الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر — كليـــة: الشريعة والاقتصاد

قسنطينة — قســـم: الشريعة والقانون

الرقم التسلسلي:..... — تخصص: الفقه الجنائي

رقم التسجيل:.....

إعمال قاعدة النظر إلى المآل وأثرها في العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون

بحث مكمل لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون.

إعداد الطالبة: — إشراف الدكتور:

➢ مفيدة مباركية — ➢ نور الدين صغيري

أعضاء لجنة المناقشة:

العضو	الصّفة	الرّتبة العلمية	الجامعة الأصلية
أ.د عبد القادر جدي	رئيسا	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر– قسنطينة
د.نور الدين صغيري	مشرفا ومقرّرا	أستاذ محاضر	جامعة الأغواط
د.سمير جاب الله	عضوا	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر– قسنطينة

السنة الجامعية 2013/2012م الموافق لـــ1434/1433هـــ

شكر و تقدير:

أحمد الله العلي القدير على عظيم فضله و جزيل إحسانه، إذ أذن لي بإتمام هذا البحث وأعانني على كتابته منذ أن ألقى به فكرة في خاطري إلى أن فرغت منه وأخرجته مطبوعا.

و أعترف بالفضل الكبير وأتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى من أخذ بيدي، ورافقني خلال رحلة البحث، معلمي وموجهي، الأستاذ المشرف نور الدين صغيري على ما كان منه من سعة البال ورحابة الصدر في تشجيعي وإرشادي وتقديم النصح لي رغم كثرة أعماله وانشغالاته.

كما أتوجه بخالص شكري وعرفاني إلى كل من أعانني وكانت له يد في إتمام بحثي. من قريب أو بعيد. أخص بالذكر عمال مكتبة أحمد عروة بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. الأستاذ الفاضل "بعداش"، إذ تفضل علي بكتب أفدت منها كثيرا، الأخت الكريمة "غنية دالي"، التي لم تتواني في تقديم مساعدتها، دون أن ألتمسها، وعمال مكتبة كلية الحقوق بجامعة سطيف، الذين أبدوا تعاونا مشجعا.

شكر موصول إلى من خففوا عني مشاق الدرب بطيب قولهم وخالص دعائهم.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مقدمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على رسول الله الكريم، محمد الصادق الأمين، وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الغر المحجلين، وبعد:

فإن المشتغل بعلوم الشريعة، والمتأمل في نصوص الوحي من قرآن وسنة، والمتتبع لتاريخ التشريع في أدواره الأولى، يمكن له أن يقف على وثاقة الصلة بين الأحكام الشرعية الضابطة لسلوك الفرد، وتلك المعاني والحكم والمصالح التي تنضح بها نصوص الشريعة، وتأتي الأحكام لإرسائها وحفظها، فتدور معها وجودا وعدما. والتي يمكن الجزم بأنها قطب الشريعة الخاتمة، وجوهرها.

تلك الحكم والمعاني كانت موجودة من الناحية العملية، ومفعلة فيما جاء به محمد- صلى الله عليه وسلم - زمن الوحي، ولازمت اجتهادات الرعيل الأول من صحابته الكرام، ومن أتى بعدهم من العلماء العدول الربانيين. وهي ما عبر عنه فيما بعد بمقاصد الشريعة الإسلامية. والتي تمخضت عن جهود العديد من الأصوليين، أمثال الغزالي، وابن تيمية و ابن القيم، والقرافي والعز، وغيرهم. إلا أنها — وعلى أهميتها- لم تر النور كعلم قائم بذاته إلا متأخرا، مقارنة بعلوم الشريعة الأخرى. ولعلها تدين بالفضل الكبير إلى الأمام المجدد أبي إسحاق الشاطبي، الذي خصها بكتاب مستقل في موافقاته. حيث نظر وأسس لمفاهيم جديدة أحدث من خلالها ثورة فكرية في علوم الشريعة عموما، وفي علم أصول الفقه خصوصا.

من أهم ما التفت إليه وأسس له، مبدأ اعتبار المآلات، والاجتهاد التطبيقي. حيث ميز بين الاجتهاد الاستنباطي الذي ينصب على فهم النصوص واستنباط الأحكام الشرعية منها، وبين الاجتهاد التطبيقي الذي يعنى بإسقاط وتنزيل الأحكام الشرعية على الأعيان والوقائع المتباينة بما يتوافق وروح الشريعة العادلة السمحة، ويحقق مقاصدها.

وهو اجتهاد يقوم على تحقيق مناطات الأحكام، والنظر في المآلات والنتائج، واعتبارها في بناء الأحكام. فقد يكون لمسألة مجردة حكما ابتدائيا مجردا، ولكنها قد تحتف بها ظروف وملابسات تجعل من سحب الحكم الابتدائي عليها، والتمسك به مفضيا إلى نقض المصلحة الشرعية، التي يفترض تحقيقها من وراء الحكم الشرعي.

إن المجتهد الأمين ملزم بالالتفات إلى النتائج والتداعيات، والحرص على إصدار الأحكام المرتبة لمقاصد الشريعة بجلب مصلحة أو درء مفسدة.

ومن جهة أخرى، فقد عانت الإنسانية طويلا، وخاضت تجارب مريرة في سبيل الوصول

بالعقوبة إلى النظريات الحديثة التي تدعو إلى أنسنتها وتفريدها.

وتتفق الشريعة الإسلامية مع الأفكار الحديثة، والسياسات العقابية – إلى حد ما–حول فكرة أن العقوبة هي أذى هادف غائي، يسعى من خلاله إلى تحقيق مصلحة إنسانية، وليست مجرد انتقام وتشفي. وهو ما تتجه التشريعات إلى تكريسه، وتعمل على تحقيقه من خلال إعطاء مساحة أوسع للقاضي الجنائي لاختيار العقوبة المحققة لهذه المصلحة، بعد دراسة وافية للواقعة الجرمية.

وبالنظر إلى المصلحة التي ترمي العقوبة إليها نجد أنها تتمحور حول منع تكرار الجريمة مستقبلا، وتحقيق مقصد الردع. فيكون بذلك اعتبار النتائج والمآلات من صميم اجتهاد القاضي، وآلية هامة لامناص له منها.

لذلك يأتي هذا الموضوع لتوظيف قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة وبيان كيفية التعامل معها أثناء مرحلة التطبيق في كل من الفقه الإسلامي والقانون. والذي وسمته بعنوان"**إعمال قاعدة النظر إلى المآل وأثرها في العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون**".

إشكالية البحث:

بالنظر إلى طبيعة الاجتهاد المآلي نجد أن أهم ما يميزه هو أنه اجتهاد من شأنه التحقق من موافقة الأحكام الشرعية لمقاصد الشريعة، ومن أن تطبيق النصوص والأحكام الابتدائية لا يتعارض معها. لذلك فقد يصطدم تطبيق النص مع مقاصد الشريعة وكلياتها، ويجد المجتهد نفسه ملزما بإصدار حكم يحقق المقاصد ويوافق الكليات، وإن تعارض مع النص وناقض الجزئيات.

هذا، ولا يخفى على مطلع أن من بين أهم المبادئ المؤسسة للعقوبة هو مبدأ الشرعية، فلا عقوبة إلا بنص. ولا شك أن الاجتهاد بالنظر إلى المآل والمستقبل، وبناء الأحكام استنادا إلى ما يلوح للقاضي من نتائج مستقبلية يثير إشكالية التصادم بهذا المبدأ.

لذلك فإني من خلال هذه الدراسة أحاول بيان كيفية إعمال القاضي لقاعدة النظر إلى المآل، ومدى تأثيرها في العقوبة أثناء مرحلة التطبيق. وبالتالي فإن السؤال الذي ألتمس الإجابة عنه من خلال الموضوع هو: كيف يمكن إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة، وإلى أي مدى يمكن لها أن تؤثر فيها؟.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في أنه يتصل بموضوع العقاب، وما ينضوي عليه هذا الأخير من حساسية كبيرة، كون العقوبة الجنائية هي أذى وحرمان ومساس بالحريات، يلجأ إليها بغرض تحقيق مصلحة وأهداف مستقبلية إلى جانب الأهداف الآنية. فتوجب لأجل ذلك الاحتكام إلى قضاء يؤسس أحكامه على أصول علمي الإجرام والعقاب، ويبنيها بالنظر إلى ما يحيط بالوقائع الجرمية من حيثيات، والتبصر بعواقب الأمور ونتائجها. فيصدر الأحكام العقابية المحققة للمصلحة والمرتبة لأهداف العقاب وغاياته.

أسباب ودوافع اختيار الموضوع:

ما دفعني لاختيار الموضوع هو أهميته، بالإضافة إلى أسباب ذاتية تتعلق ربما ب:

- ميولي إلى الفكر المقاصدي، الذي يشكل الهالة التي يمكن أن تنضوي تحتها مختلف المذاهب الإسلامية، بشتى توجهاتها الفكرية والعقدية، ويمثل نقطة تنصهر وتتلاقى عندها لتأكد على أسمى معاني العدل والرحمة واليسر. فيتجسد من خلاله دور الدين في التقريب والاتفاق والألفة. بدل التعصب وما ينجر عنه من شقاق وتشرذم يفرغان الدين من محتواه.

كذلك فإن النظر المقاصدي يضفي على نصوص الوحي روحا متجددة، ويكسب الشريعة الإسلامية مرونة وسلاسة تجعلان منها قابلة للتطبيق في كل الأزمنة والأمكنة، مهما تغيرت الأحوال والظروف. ويكشف عن البعد الإنساني في الشريعة الخاتمة، وأن محورها هو الإنسان كيفما كان.

- إيماني العميق بالأفكار الداعية إلى تفريد الجزاء الجنائي، واستثماره في الإصلاح والمعالجة مهما كان الجرم. وتكريس القضاء في التقويم والتأديب بالموازاة وعلى قدم المساواة مع انتصاف الحق للضحية، وجبر الضرر. فمحاربة الجريمة لا تعني بالضرورة محاربة المجرم.

أهداف الدراسة:

إن معالجة الموضوع -بنظري- هي محققة للأهداف التالية:

- بيان معالم توظيف قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة. ومدى تأثيرها فيها. وكذا الفرقات

الجوهرية بين الفقه الإسلامي والقانون حول ذلك.

- عرض ما توصل إليه الفكر الإنساني فيما يتعلق باعتبار المآلات في العقوبة، في ظل الفقه الإسلامي، والمنظومة الإسلامية، حتى يتسنى إبراز مواطن الضعف وتصويب المغالطات العلمية فيه. وبالتالي تفعيل الشريعة الإسلامية في المنظومة القانونية ورأب الصدع بين المنظومتين. لأن الأخذ بالنظريات العلمية دون احتكام إلى الشرع أمر لا يستقيم. كما أن التغني في كل مرة بتفوق الشريعة وأسبقيتها للأفكار والنظريات العلمية، أمر لا طائل منه.
- إبراز مرونة الشريعة وقابليتها للتطبيق في كل الأزمنة والأمكنة. وتصويب النظرة الخاطئة حول العقوبات الشرعية، بأنها قاسية، ومنافية للقيم والمعاني الحضارية، وحقوق الإنسان.
- خلق همزة وصل بين الواقع الإنساني في الوقت الراهن، والتراث العلمي، الذي تزخر به المكتبات الإسلامية، ويفتقر إلى إعادة قراءة، وصياغة في ظل الفكر المقاصدي، ومعطيات المنهج العلمي الحديث.

الدراسات السابقة:

إن قاعدة النظر إلى المآل مدروسة من قبل، وتناولها الكثيرون بالبحث، والذي أسعى إليه من خلال بحثي هو توظيف هذه القاعدة في أحكام العقوبات.

من هؤلاء، نجد:

- الإمام الشاطبي، الذي يعد أول من فصل في مبدأ المآلات، من خلال كتاب الموافقات.
- عبد الرحمان ابن معمر السنوسي، في كتابه"اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات". وهي دراسة مقارنة في أصول الفقه ومقاصد الشريعة.
- وليد بن علي الحسين، في كتاب بعنوان"اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي".
- خالد بن محمد بابكر، في رسالة دكتوراه له بعنوان"قاعدة النظر إلى المآل وأثرها الفقه الإسلامي".

وهي دراسات أصولية بحتة، انطلقت منها لفهم القاعدة، ومن ثم تطبيقها على أحكام العقوبات وبيان أثرها فيها.

ومن الدراسات الحديثة ذات الصلة القريبة بالموضوع نجد:

- رسالة ماجستير لماجد سالم الدراوشة بعنوان"سد الذرائع في جرائم القتل".وهي دراسة شرعية غير مقارنة.
- رسالة ماجستير لعساف بن معمر العتيبي بعنوان "اعتبار المآلات في سياسة التجريم". بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، بالرياض. تناولها الباحث في أربعة فصول، تضمن الأول منها، مشكلة الدراسة وأبعادها. و تناول في الثاني، مفهوم اعتبار المآلات في سياسة التجريم وسنده. وفي الفصل الثالث، قواعده وأثره. وفي الأخير، الغاية من اعتبارها.

وهي دراسة قريبة من بحثي إلى أنها تنصب على التجريم، ويعالج موضوعي العقاب، كما أني اطلعت عليها متأخرا لذلك فإني لم أفد منها كثيرا.

أما الدراسات التي تعالج الموضوع محل البحث ذاته، ولو بصورة مشابهة، فإني لم اعثر فيما اطلعت على أي منها.

صعوبات البحث:

لعل أصعب ما واجهته خلال البحث متعلق بالموضوع ذاته، وبقاعدة النظر إلى المآل تحديدا، ففي محاولة لضبط التصور حولها واستبيان ماهيتها، وجدتني أمام ازدواجية في المفهوم، صعب علي التعاطي معها وتساءلت كثيرا: هل أوظفها في العقوبة باعتبار أن موضوعها هو أفعال المكلفين، وبالتالي أبين فيما بعد أثر مآلات الأفعال الجرمية في العقوبة، أم أوظفها باعتبار أن موضوعها هو الأحكام الشرعية عموما، وبالتالي أبين فيما بعد أثر مآلات تطبيق العقوبة فيها؟. وفي مبادرة لإيجاد مخرج عمدت إلى أخذ العصا من وسطها، ووجدت أنه لا بد من معالجة الموضوع باعتبار الأمرين معا.

منهج الدراسة:

في سبيل الإجابة عن إشكالية البحث اعتمدت بشكل أساسي على المنهج الاستقرائي التحليلي، حيث قمت بتتبع الجزئيات والنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع، ومن ثم تحليلها بغرض الوصول إلى أحكام كلية تجيب عن الإشكالية المطروحة.

كذلك اعتمدت على المنهج المقارن للكشف عن الفروق الجوهرية بين المنظومتين الشرعية

والقانونية فيما يتعلق باعتبار المآلات.

الخطة المجملة للبحث:

لمعالجة الموضوع رسمت خطة بفصلين، مهدت لهما بفصل تمهيدي، تعرضت فيه لقاعدة النظر إلى المآل وبيان ماهيتها. وكذا فكرة العقوبة في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

- تناولت في الفصل الأول إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة، كيف يتم في الفقه الإسلامي، ببيان مفهومه، والمآلات المعتبرة فيه، وكذا سنده ومبرراته. وقمت بعد ذلك بسحب ما توصلت إليه من تصورات على المنظومة القانونية لبيان الاعتداد بالمآلات فيها.
- تناولت في الفصل الثاني أثر قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة ومداه في كل من الفقه الإسلامي والقانون.
- ختمت كل فصل بخلاصة ضمنتها مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون. وختمت الدراسة بخاتمة ضمنتها الإجابة عن الإشكالية، وأهم نتائج البحث. وذلك كما يلي:

الفصل التمهيدي: قاعدة النظر إلى المآل و فكرة العقوبة.

المبحث الأول: ماهية قاعدة النظر إلى المآل.

المبحث الثاني: فكرة العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون.

خلاصـــــــة الفصـــــل التمهيدي.

الفصل الأول: إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

المبحث الأول: إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الاعتداد بالمآل في العقوبة في القانون.

خلاصـــــــة الفصـــــل الأول.

الفصل الثاني: أثر قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

المبحث الأول: أثر قاعدة النظر في المآل في العقوبة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أثر المآلات في العقوبة في القانون.

خلاصـــــــة الفصـــــل الأول.

خاتمـــة.

أهم المصادر والمراجع المعتمدة في البحث:

لمعالجة الموضوع اعتمدت على مجموعة من المصادر والمراجع الشرعية والقانونية.

أما الشرعية فكان أهمها: كتاب الموافقات للشاطبي ، قواعد الأحكام لابن عبد السلام، الفروق للقرافي، إعلام الموقعين لابن القيم، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات لعبد الرحمان بن معمر السنوسي، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي لوليد بن علي الحسين.

بالإضافة إلى مصدرين أو أكثر من مصادر الفقه الإسلامي في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة. وكذا تفاسير القرآن الكريم، و شروح السنة النبوية.

أما الكتب القانونية فكان أهمها: دروس في علم الإجرام والعقاب لمحمود نجيب حسني، قانون العقوبات لعوض محمد، أصول علمي الإجرام والعقاب لرؤوف عبيد، أصول علم الإجرام والجزاء لسليمان عبد المنعم، شرح قانون العقوبات الجزائري لعبد الله سليمان، علم الإجرام والعقاب للقهوجي....

إضافة إلى التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة.

طريقة كتابة البحث:

خلال عملية البحث حاولت قدر المستطاع الالتزام بما يلي:

- نسخ الآيات القرآنية من مصحف واحد، برواية حفص عن عاصم، نسخا صحيحا. بالاعتماد على برنامج إلكتروني.
- تخريج الأحاديث النبوية الواردة في المتن.
- عزو الأقوال والنصوص إلى أصحابها، وذلك بإيراها بين مزدوجتين" " إذا كان النقل حرفيا، وأتت داخل الفقرات حتى أميزها عن غيرها من الكلام. وإيرادها دون مزدوجتين إذا كان غير ذلك. مع إعطائها أرقاما موافقة لأرقام الهامش الحاملة لأسماء المؤلفين والمؤلفات، ومعلومات النشر.
- إذا كتبت شيئا بالاعتماد على قولين فأكثر، أو نقلت فكرة، وعبرت عنها بأسلوبي، أو أحلت على مؤلف أو صفحة من البحث، أوردت في الهامش كلمة "ينظر".

- إذا نقلت قولا وأعدت صياغته، لأن السياق يقتضي ذلك أو لأمر آخر، أوردت في الهامش كلمة "بتصرف".
- شرح المفردات التي قد تبدو غريبة في المتن.
- التوثيق لما يجب التوثيق له من المتن في الهامش، بذكر اسم المؤلف، ثم اسم المؤلف، ثم اسم المحقق إن وجد، ثم دار النشر ومكان الطبع، ثم رقم الطبعة وسنة الطبع، ثم رقم الجزء والصفحة، في أول اعتماد على المؤلف. مع التفرقة بين أسماء القدامى، والمعاصرين، حيث اكتفيت بذكر اسم الشهرة للقدامى، ثم ذكر الاسم كاملا في فهرست المصادر والمراجع، وذلك لتلافي الطول في الهوامش.
- إذا تكرر الاعتماد على المؤلف، ذكرت اسم صاحبه، ثم عبارة" المرجع السابق" أو "المصدر السابق".
- إذا تكرر الاعتماد على المؤلف، مرتين أو أكثر على التوالي دون أن يفصل بينها مرجع آخر، اكتفيت بذكر عبارة" المرجع نفسه "، أو"المصدر نفسه".
- إذا اعتمدت على كتابين فأكثر لمؤلف واحد، وتكرر الاعتماد على أحدها، ذكرت اسم الكتاب المتكرر قبل عبارة "المرجع السابق"، ليحصل تمييزه عن غيره من كتب المؤلف.
- إيراد الفهارس في آخر البحث.

هذا، وما أصبت فمن الله المنعم المنان، وما أخطئت فمن نفسي والشيطان، والحمد لله رب العالمين.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

✍الفصل التمهيدي:

قاعدة النظر إلى المآل و فكرة العقوبة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قبل الخوض في إشكالية البحث ومحاولة الإجابة عنها، يتعين بداية التعرض لقاعدة النظر إلى المآل وبيان ماهيتها ومحتواها، وكذا التعرض لفكرة العقوبة في كل من الفقه الإسلامي والقانون، للوصول في الأخير إلى خلاصة أضمنها أهم النتائج التي أبني عليها وأستثمرها في الإجابة على إشكالية البحث، وذلك من خلال ما يلي:

المبحث الأول: ماهية قاعدة النظر إلى المآل.

المبحث الثاني: فكرة العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون.

خلاصة الفصل التمهيدي.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: ماهية قاعدة النظر إلى المآل.

لبيان ماهية قاعدة النظر إلى المآل، أقوم ببيان مفهوم القاعدة المقاصدية عموما، باعتبار أن قاعدة المآل قاعدة مقاصدية، ثم بيان مفهوم قاعدة النظر إلى المآل نفسها، وكذا الأدلة المؤسسة عليها والشواهد التي تشهد باعتبارها. وذلك من خلال:

المطلب الأول: مفهوم القاعدة المقاصدية.

المطلب الثاني: مفهوم قاعدة النظر إلى المآل.

المطلب الثالث: مشروعية قاعدة النظر إلى المآل.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: مفهوم القاعدة المقاصدية.

إن الالتفات إلى القواعد المقاصدية كان متأخرا وحديثا، مقارنة بالقواعد الأصولية والفقهية. لذلك فإن الكتابات فيها قليلة وهي لا تزال محل بحث. ولتقريب مفهوم القاعدة المقاصدية أحاول تعريف وبيان الألفاظ المصاغة منها.

الفرع الأول: تعريف القاعدة.

القاعدة لغة الأساس، وقواعد البيت إساسه، وفي التنزيل: **(وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ ...)** [1] والقاعدة الأصل والقانون والضابط[2]. وفي الاصطلاح تطلق على معان ترادف المعنى اللغوي، وتعرف بأنها: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها "[3]. وبأنها: "حكم **كلي** ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منها"[4].

كما تعرف بأنها: "حكم **أكثري** لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها"[5] .

وسواء كان وصف هذا الحكم كليا أو أكثريا، فإنه "قد جرى هذا الاصطلاح على جميع العلوم، ولكل علم قواعد، فهناك قواعد أصولية، وقانونية، ونحوية، وغيرها. فالقاعدة عند الجميع هي أمر كلي ينطبق على جميع جزئياتها. مثل قول النحاة: الفاعل مرفوع، وقول الأصوليين: الأمر للوجوب. فمثل هذه القاعدة تنطبق على جميع الجزئيات، بحيث لا يشذ عنها فرع من الفروع. وإذا كان هناك شاذ خرج عن نطاق القاعدة، فالشاذ والنادر لا حكم له ولا ينقض القاعدة"[6]. ومنه قولهم، لكل قاعدة استثناء.

الفرع الثاني: تعريف مقاصد الشريعة.

([1])- سورة البقـــرة، الآيـــة 127.

([2])– أبو حـــاقة: معجم النفائس الوسيط، دار النفائس، بيـــروت، ط:1، 1418ه-2007م، ص:1015.

ابن منظور: لسان العرب الوسيط، تقديم: عبد الله العلايلي،دار الجيل،بيروت،ط:/،1408ه-1988م،ج:5،ص:127.

([3])– الجرجـــاني: التعريفـــات، مكتبـــة لبنـــان، بيـــروت، ط:/، 1985م، ص: 177 .

([4])– التفتـــزاني: شرح التلـــويح على التوضيـــح، دار الكتب العلمية، بيـــروت، ط:1، س:/، ج:1 ، ص: 35.

([5])– الحمـــوي: غمـــز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، بيـــروت، ط: 1، 1405ه-1985م، ج: 1، ص:51.

([6])– علي أحمد النـــدوي: القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق،ط:2، 1412ه-1991م، ص:41.

الشريعة هي "جملة الأحكام العملية التي تضمنها الإسلام...ويمكن القول بأنها الجانب العملي فيه"[1].

أما المقاصد، فهي لغة من مادة قصد. يقال: قصده، وقصد له وإليه، توجه إليه عمدا. والقصد استقامة الطريق وإتيان الشيء خلاف الإفراط. والمقصد، مكان القصد[2].

أما اصطلاحا، فتعرف بتعريفات عديدة تصب في معنى واحد تقريبا.

فتعرف بأنها "الغاية من الشريعة، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"[3].

وتعرف بأنها: "الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد"[4].

وبأنها: "الحكم المقصودة للشارع في جميع أحوال التشريع"[5].

أو هي: "المعاني الغائية التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها عن طريق أحكامها"[6].

ومفاد هذه التعريفات، أن "شريعة الإسلام جاءت لما فيه صلاح البشر في العاجل والآجل. أي في حواضر الأمور وعواقبها. وليس المراد بالآجل أمور الآخرة...وإنما نريد من التكاليف الشرعية ما قد يبدو فيه حرج وإضرار بالمكلفين وتفويت مصالح عليهم، كتحريم الخمر وبيعها. ولكن المتدبر إذا تدبر في تلك التشريعات ظهرت له مصالحها في عواقب الأمور. واستقراء أدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة الصحيحة يوجب لنا اليقين بأن أحكام الشريعة الإسلامية منوطة بحكم وعلل راجعة للصالح العام للمجتمع والأفراد "[7].

([1])– أحمد الريسوني: الفكر المقاصدي وفوائده، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط:/، 1999م، ص: 10.

([2])– الفيروز أبادي: القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، لبنان، ط:/، س:/، ج:3، ص:331.

أبو حاقة: المرجع السابق، ص:1001. ابن منظور: المرجع السابق، ج: 5، ص: 96.

([3])– علال الفاسي: مقاصد الشريعة ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:5، 1993م، ص:7.

([4])– أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الشاطبي، تقديم: طه جابر العلواني، المعهد العالي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط:4، 1416ه-1995م، ص:19.

([5])– حمادي العبيدي: الشاطبي ومقاصد الشريعة، دار قتيبة، بيروت، ط: 1، 1412ه-1992م، ص: 119.

([6])– عبد الرحمان إبراهيم الكيلاني: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، دار الفكر، دمشق، ط:3، 1426ه-2005م، ص:37.

([7])– محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، بيروت،ط:2،

تلك الحكم والمصالح هي ما يصطلح عليها مقاصد الشريعة.

الفرع الثالث: أقسام المقاصد الشريعة.

يورد الدارسون لمقاصد الشريعة الإسلامية تقسيمات عديدة وفق معايير مختلفة[1]. أقتصر منها على تقسيمين فقط.

الفقرة الأولى: بحسب أهميتها وقوة اعتبارها: تنقسم وفق هذا المعيار إلى: ضرورية، حاجية، وتحسينية[2].

1- "الضروريات: ومعناها أنها 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، والرجوع بالخسران المبين...ومجموع الضروريات خمسة هي: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ النسل، حفظ المال، وحفظ العقل.

2- الحاجيات: ومعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ... كالرخص المخففة بالنسبة إلى لحوق المشقة بالمريض، كالسفر.

3- التحسينات: ومعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات. ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق،كإزالة النجاسات وستر العورة، وأخذ الزينة، والتقرب بنوافل الخيرات من الصدقات"[3].

الفقرة الثانية: بحسب العموم والخصوص: تنقسم إلى مقاصد عامة، خاصة، وجزئية.

1- المقاصد العامة (الكلية): وهي التي تراعيها الشريعة وتعمل على تحقيقها في كل أبوابها التشريعية أو في كثير منها. وهذا التقسيم هو الذي يعنيه غالبا المتحدثون عن مقاصد الشريعة[4].

1424ه-2001م، ص:180.

([1])– ينظر: عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1،2006م، ص:36.

([2])– الشاطبي: الموافقات، تقديم: بكر بن عبد الله أبو بوزيد، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط:1، 1417ه-1997م، ج:2، ص:17.

([3])– المصدر نفسه، ج:2، ص:17...23.

([4])– أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المرجع السابق، ص:19.

ومثال ذلك مقصد تحقيق الخلافة في الأرض، ومقصد التيسير ورفع الحرج، ومقصد حفظ نظام الأمة. فما من حكم من أحكام الشريعة عقيدة أو عبادة أو معاملة إلا يتبين عند التأمل أنه ينتهي إلى تحقيق هذه المقاصد، بصفة مباشر أو غير مباشرة، بحيث تصبح مجمل الشريعة بمجمل أحكامها مفضية إلى هذه المقاصد الكلية، منتهية إليها في غايتها[1].

2- المقاصد الجزئية (النوعية): وهي المقاصد التي تهدف الشريعة إلى تحقيقها في باب معين من أبواب الفقه، أو في أبواب قليلة متجانسة من أبواب التشريع[2]. فتلتقي عليها جملة من الأحكام الشرعية التي تنتمي إلى نوع واحد من أنواع مجالات الحياة[3].كمقاصد الشارع من أحكام الأسرة، ومقاصده في التصرفات المالية، والقضاء والشهادة والتبرعات والعقوبات[4]، وغيرها من الأحكام المنضوية تحت كل باب من أبواب الفقه وتتصل بمجال خاص من المجالات.

3- المقاصد الجزئية: وهي تلك المقاصد التي تهدف إلى تحقيقها آحاد الأحكام الشرعية الخاصة بها، بحيث يكون المقصد منسوبا إليها آحاد، مختصا بها أفرادا...وقد يعبر عن هذه المقاصد الجزئية بألفاظ أخرى تفيد المعنى نفسه الذي يفيده لفظ المقصد أو ما هو قريب منه، وذلك مثل: الحكمة، المعنى، السر، والعلة[5].

الفرع الرابع: تعريف القاعدة المقاصدية.

من الذين وضعوا تعريفا للقاعدة المقاصدية نجد:

-الدكتور الكيلاني، حيث يعرفها بأنها: "ما يعبر عن معنى عام مستفاد من أدلة الشريعة المختلفة، اتجهت إرادة الشارع إلى إقامته من خلال ما بني عليه من أحكام"[6].

([1])– عبد المجيد النجار: المرجع السابق، ص:41.

([2])– أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المرجع السابق، ص:19.

([3])– عبد المجيد النجار: المرجع السابق، ص:41.

([4])– ينظر: محمد الطاهر ابن عاشور: المرجع السابق.

([5])– عبد المجيد النجار: المرجع السابق، ص: 42.

([6])– عبد الرحمان إبراهيم الكيلاني: المرجع السابق، ص:55.

-الدكتور خالد بابكر، ويعرفها بأنها: "حكم كلي يتناول المعاني والغايات التي رامها الشارع في أحكامه تحقيقا لمصالح العباد"[1].

كذلك نجد من يعرفها بأنها: "عبارة عن قضايا كلية تضمنت المعاني التي رعاها الشارع في تشريع الأحكام من أجل تحقيق العبودية لله، والمصلحة للعباد "[2].

وانطلاقا من هذه التعريفات يتبين أن القاعدة المقاصدية تتسم بالكلية، أي أنها ليست مختصة بباب دون باب، أو حال دون حال، أو زمان دون زمان، ولا بشخص دون شخص، وإنما تشمل جميع ذلك.

وتعبر عن معنى عام قصده الشارع والتفت إليه، يعرف من خلال تصفح كثير من الجزئيات والأدلة التي نهضت به[3].

وهذا المعنى المستقرئ من مجموع الأدلة الكلية والجزئية يرتقي إلى منزلة الأصل المعنوي العام، ويصبح بمنزلة المنصوص عليه بصيغة عامة من حيث قوة الاحتجاج به، وبناء الأحكام عليه[4]. وإلزاميـــة الاعتداد به عند التفريع وإنزال الأحكام، وإن كانت هذه الأخيرة مثبتة بنص قطعي.

فـــفقه المقاصد لا يقف عند حدود التعليل اللفظي والقياس الجزئي، بل ينطلق من منهج استقرائي شامل يحاول الربط بين الأحكام الجزئية، وصياغتها في قانون عام دلت على اعتبار الشرع له الكثير من الأدلة وتضافرت عليه العديد من الشواهد. وبذلك يعتبر هذا القانون الكلي من مقاصد الشريعة، فيتحول إلى حاكم على الجزئيات قاض عليها بعد أن كان يستمد وجوده منها[5]. ويكون هو الأصل والضابط لعملية الاجتهاد وتنزيل الأحكام الشرعية.

المطلب الثاني: مفهوم قاعدة النظر إلى المآل.

(1)– خالد بن محمد بابكر: قاعدة النظر إلى المآل وأثرها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة،كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 1430/1431ه-2008-2009م، ص:66.

(2)– عفيف محمد: القواعد المقصدية عند الإمام القرافي، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة،كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 1424 /1427ه-2005/2006م، ص:92.

(3)– عبد الرحمان إبراهيـــم الكيلاني: المرجع السابـــق،ص:57.

(4)– خالـــد بن محمـــد بابكر: المرجع السابـــق، ص: 67.

(5)– طـــه جابر العلوانـــي: مقاصد الشريعة، دار الهدى، بيروت، ط:1، 1421ه-2001م، ص:124.

بعد التعرض للقاعدة المقصدية عموما، أحاول بيان مفهوم قاعدة النظر إلى المآل من خلال التطرق إلى تعريف النظر، والمآل، للوصول إلى المعنى الاصطلاحي ل: النظر إلى المآل.

الفرع الأول: تعريف النظر.

النظر لغة حس العين. فإذا قلت نظرت إليه، لم يكن إلا بالعين. وإذا قلت نظرت في الأمر، احتمل أن يكون تفكرا فيه وتدبرا بالقلب. ويقال نظر في الأمر، تدبره وفكر فيه يقدره ويقيسه[1]. وهذا المعنى هو المقصود في هذا الموضع.

وإذا أردنا أن نعرفه تعريفا يبين المقصود منه هنا، فإنه يمكن القول بأنه: إعمال الفكر في سبيل التبصر بما قد يخفى من الأمور وإدراكها على حقيقتها.

الفرع الثاني: المقصود بالمآل.

المآل لغة من آل. وآل الشيء، يؤول أولا وموئلا، رجع. والمآل المرجع والنتيجة[2]. ومنه المعنى الاصطلاحي، وهو النتيجة والأثر المترتبان على أمر ما. وكأننا بصدد مقدمات تؤدي إلى نتائج، وأسباب تفضي إلى مسببات. هذه النتائج والمسببات هي ما يطلق عليه لفظ"مآل".

ولا شك أن قولنا "النظر إلى المآل" قول يحتاج إلى تقييد المضاف لتبين الأمر أو الشيء المنظور إلى مآله.

بالرجوع إلى أب هذه القاعدة، الإمام الشاطبي-رحمه الله-نجده:

أولا: أضاف المآل إلى "الفعل"حيث يقول: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة فيه تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيـــه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو لمصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك"[3].

([1])– أبو حاقة: المرجع السابق، ص:1254. الفيروز أبادي: المرجع السابق،ج:2، ص:144. ابن منظور:المرجع السابق، ج: 6، ص: 665.

([2])– أبو حاقة: المرجع نفسه، ص:56. الفيروز أبادي : المرجع نفســه،ج: 3، ص:331. ابن منظور: المرجع نفسه، ج:1، ص: 130.

([3])– الشاطبي: المصدر السابق، ج: 5، ص:177.

ومفاد هذا القول أن المجتهد قبل أن يحكم على فعل من الأفعال بالحرمة أو الحلية عليه أولا أن يتبصر بما ينتج عن هذا الفعل من مفسدة أو مصلحة ومدى موافقة هذه النتائج لمقاصد الشارع.

ثانيا: عرض هذا الأصل في كتاب الاجتهاد من الموافقات، وجعل اعتبار المآل شرطا من شروط تنزيل الأحكام على أرض الواقع لمنع التعسف الناتج عن التطبيق الآلي للأحكام الأصلية عن طريق النظر في المآلات الناتجة عن اختلاف الظروف والأحوال[1]. وهو ما اصطلح عليه "تحقيق المناط الخاص"[2] ومعناه النظر في ما يصلح بكل مكلف في نفسه، بحسب وقت دون وقت وحال دون حال، وشخص دون شخص[3]. ذلك أن المجتهد يبذل أقصى طاقاته العلمية في سبيل تحقيق المساواة بين الحكم التطبيقي الاجتهادي أو الإفتائي على الوقائع المعروضة، التي يتعلق بها الحكم التكليفي العام. حتى إذا احتفت بالواقعة ظروف وملابسات نشأت عنها دلائل تكليفية أخرى، لا يطبق عليها ذلك الحكم التكليفي العام لعدم تحقق مناطه فيها بل يحكم عليها بما تستدعيه تلك الدلائل من الأحكام المناسبة[4].

لأن لهذه الظروف تأثيرا في نتائج التطبيق، والنتائج تصبح هي الدليل على تكييف العمل بالمشروعية وعدمها، تبعا لنوعها من المنفعة أو المضرة، بقطع النظر عن حكم أصل الفعل[5].

([1])– فضيلة تركي: نظرية الاجتهاد عند الإمام الشاطبي، رسالة ماجستير، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1417/1416ه-1996/1995م، ص:131.

([2])– تحقيق المناط له تعريفه الخاص عند الأصوليين، حيث يعرف بأنه: "الاتفاق على علية وصف بنص أو إجماع، فيجتهد في وجودها في صورة النزاع،كتحقيق أن النباش سارق. الشوكاني: إرشاد الفحول، دار الهدى، الجزائر،ط:/،1998م،ص:427. وتحقيق المناط عند الشاطبي معناه: "أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله. ومثاله أن الشارع إذا قال: (...وأشهدوا ذوي عدل منكم...)-الطلاق 2-، وثبت عندنا معنى العدالة شرعا افتقرنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة، وليس الناس في وصف العدالة على سواء...فإذا نظر المجتهد في العدالة مثلا ووجد أن هذا الشخص متصفا بها على حسب ما ظهر له أوقع عليه ما يقتضيه النص من التكاليف المنوطة بالعدول من الشهادات والانتصاب للولايات العامة أو الخاصة. وهذا تحقيق المناط العام الذي هو النظر من حيث هو مكلف ما. الموافقات، ج: 5، ص: 11...43.

ويذكر الدريني تعريفا يوفق بين تعريف الأصوليين وتعريف الشاطبي، إذ يعرف تحقيق المناط بأنه:"إثبات مضمون القاعدة العامة، أو الأصل الكلي، أو العلة في الجزئيات". بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط:2، 1429ه-1996م، ج: 1، ص: 119 .

([3])– الشاطبـــي: المصدر السابـــق، ج: 5، ص: 25.

([4])– فتحي الدرينـــي: المرجع السابـــق، ج:1، ص: 128.

([5])– المرجع نفسه،ج:1،ص:129.

فلا يمكن تحقيق المناط دون أن يسايره ويوازيه نظر في مآل هذا الحكم أو الفعل، إذا كان مؤديا إلى مصلحة أو مفسدة. فوجود الترابط واضح بين تحقيق المناط الخاص والنظر في المآلات، فالأول متضمن للثاني، وهذا الأخير شامل له[1].

وبناء على ما سبق فإنه يمكن القول أنه لا بد من إطلاق لفظ المآل دون إضافة ليشمل الأمرين معا، أفعال المكلفين وتنزيل الأحكام. وعبارة "النظر في مآلات الأفعال"يمكن اعتبارها قاعدة فرعية ملزمة للمجتهد إذا أراد إعطاء حكم شرعي لفعل المكلف المستفتي، والتي تندرج تحت النظر في مآلات تنزيل الأحكام عموما.

كذلك فإن المتأمل يدرك أن أهمية الموضوع لا تنحصر في إعطاء حكم شرعي لفعل ما، بل هي تكمن أساسا في تطبيق هذا الحكم على مكلف بعينه، وواقعة بعينها. فكأن المجتهد يتعاطى مع الفعل لإعطائه حكما مناسبا، وهو من وراء ذلك يلتفت إلى الحكم الشرعي، ومدى إفضائه إلى المصلحة الشرعية.

لذلك يمكن القول أن موضوع قاعدة النظر إلى المآل بشكل عام هو الحكم الشرعي وتطبيقه، وأن موضوعها بشكل خاص هو فعل المكلف.

الفرع الثالث: تعريف قاعدة النظر إلى المآل وبيان مضمونها.

بالاعتماد على ما سبق فإن من التعاريف التي أجدها قريبة لمعنى قاعدة النظر إلى المآل، هو: "تحقيـــق مناط الحكم بالنظر إلى الاقتضاء التبعي الذي يكون عليه عند تنزيلـــه من حيث حصول

مقصده، والبناء على ما يقتضيه ذلك الاقتضاء" [2].

والمقصود بتحقيق المناط في التعريف، "المعنى العام الذي هو إجراء الحكم المتيقن، أو الأصل الكلي في آحاد صوره من خلال معرفة الغاية النوعية التي استهدفها الشارع من شرع الحكم، والكشف عن وجودها في الحادثة المعروضة على النظر"[1].

([1])– فريـــدة زوزو: البعد المقاصدي في فقه عمر وأثره في الفقه المالكي، رسالة ماجستير، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1417ه-1997م، ص:123.

([2])– عبد الرحمان السنوسي: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط: 1، 1424ه، ص:19.

وكذا تحقيق المناط بالمعنى الخاص من خلال انتقاء الأحكام وتوقيع الأكثر ملائمة منها بما يتوافق ويتلاءم مع كل شخص على حدة، وبما يحقق المقاصد التي شرع من أجلها الحكم.

"وخرج بهذا الفصل، التعدية الآلية غير المتبصرة بالمقاصد والغايات التي تعمد إلى تطبيق الاقتضاء الأصلي حتى وإن أفضى إلى نقيض مقصود الشارع من ذلك الحكم.

أما الاقتضاء التبعي فالمقصود به ما يقابل الاقتضاء الأصلي، ومعلوم أن الأحكام الشرعية وضعت على الغالب المعهود في الاعتياد والجريان الكسبي دون مراعاة لخصوصيات الأحوال والأشخاص والمحال المستجدة بعد طروء العوارض، فإذا وجدت موجبات استثناء تلك الأمور من العموم الأصلي، روعي فيها المعنى الإضافي القائم بها، مما يستدعي نظرا اجتهاديا مستجدا.

والمراد بعبارة "عند تنزيله...الخ"، الجزئيات التي تشخصت في وجود الملابسات والعوارض الفعلية في الواقع، بحيث يكون تطبيق الأحكام الشرعية مراعى فيه سلامة النتائج، من خلال التكييف الغائي المتبصر بالمآلات التي تنفصل عن تطبيق الحكم بملاحظة القصد الذي لم يشرع الحكم الأصلي إلا وسيلة لتحقيقه"[2].

فمضمون القاعدة أن المجتهد حين يجتهد، يحكم ويفتي، "عليه أن يقدر مآلات الأفعال التي هي محل حكمه وإفتائه، وأن يقدر عواقب حكمه وفتواه، وألا يعتبر أن مهمته تنحصر في "إعطاء الحكم الشرعي". بل مهمته أن يحكم في الفعل وهو يستحضر مآله، أو مآلاته، وأن يصدر الحكم وهو ناظر إلى أثره، أو آثاره...فإذا لم يفعل، فهو إما قاصر عن درجة الاجتهاد، أو مقصر فيها. وهذا عن كون "الأحكام بمقاصدها". فعلى المجتهد الذي أقيم متكلما باسم الشرع أن يكون حريصا أمينا على بلوغ الأحكام مقاصدها، وعلة إفضاء التكاليف الشرعية إلى أحسن مآلاتها[3]. وإلا كان ظالما متعديا.

المطلب الثالث: مشروعية قاعدة النظر إلى المآل.

([1])– المرجع نفسه، ص: 20.

([2])– المرجع نفســـه، ص:21 .

([3])– أحمـــد الريسونـــي: نظريـــة المقاصد عند الإمام الشاطبـــي، المرجع السابـــق، ص:381.

استند الشاطبي في اعتبار قاعدة النظر إلى المآل إلى العقل والاستقراء، واستشهد بجملة من النصوص. كما يلي:

الفرع الأول: الدليل العقلي.

يشهد العقل باعتبار المآلات من حيث:

-"أن التكاليف المشروعة لمصالح العباد، ومصالح العباد إما دنيوية أو أخروية. أما الأخروية فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ليكون من أهل النعيم لا من أهل الجحيم، وأما الدنيوية فإن الأعمال إذا تأملتها مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، والمسببات هي مآلات الأسباب. فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب. وهو معنى النظر في المآلات"[1]. ولا مناص من الاحتراز والحذر قبل الإقدام على الأعمال بالالتفات إلى ما قد يترتب من نتائج مناقضة لما قصد من تلك الأعمال.

-"أن مآلات الأعمال إما أن تكون معتبرة شرعا أو غير معتبرة. فإذا اعتبرت فهو المطلوب، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال، وذلك غير صحيح لما تقدم من أن التكاليف لمصالح العباد، ولا مصلحة تتوقع مطلقا من إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد.

وأيضا فإن ذلك يؤدي إلى أن نتطلب مصلحة بفعل مشروع ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع، وهو خلاف وضع الشريعة"[2].

فما الأحكام إلا وسائل لتحقيق غايات، وحفظ مقاصد وضعت الشريعة لأجلها. والأحكام تتعلق بالأعمال وتقيدها وفقا لما تفضي إليه تلك الأعمال. وتجاهل كون التكاليف لمصالح العباد يؤدي إلى نقض الشريعة وتحميلها ما لا تطيق.

-أن الأدلة الشرعية والاستقراء التام يفيد أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية[3]. والشواهد على ذلك في القرآن الكريم والسنة واجتهادات الصحابة أكثر من أن تعد.

([1])– الشاطبي: المصدر السابق،ج: 5، ص: 178.

([2])– المصدر نفسه،ج: 5، ص: 179.

([3])–الشاطبي: المصدر السابق،ج: 5، ص: 179.

الفرع الثاني: شواهد من القرآن الكريم.

في القرآن الكريم ما يدل على اعتبار المآلات على الجملة، وما يدل على اعتبار مآلات الأفعال على الخصوص.

فمما يدل على اعتبارها على الجملة قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)[1]. وقوله: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)[2].

ففي الآيتين الكريمتين ربط بين المقدمات والنتائج وإشارة إلى مآل عبادة الله والانصياع إلى أوامره، وهو تحصيل التقوى.

ومما يدل على اعتبار مآلات الأمور وعواقبها في الحكم على الأفعال والتصرفات وتنزيل الأحكام عليها:

-نهيه عز وجل عن سب آلهة المشركين لما في ذلك من حصول سب إله المؤمنين رب العزة جل شأنه، إذ يقول: (وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ...) [3].

الفرع الثالث: شواهد من السنة النبوية.

من شواهد اعتبار مآلات الأمور وعواقبها في السنة النبوية:

- امتناعه— صلى الله عليه وسلم- عن قتل المنافقين[4] مع علمه بهم، ورغم حصول أذاهم ونواياهم المعادية للمؤمنين ودينهم. ففي قتلهم مصلحة، ومع ذلك امتنع عن قتلهم "لكونه ذريعة إلى التنفير، وقول الناس أن محمدا يقتل أصحابه"[5].

([1])– سورة البقرة، الآية 21.

([2])– سورة البقرة، الآية 183.

([3])– سورة الأنعام، الآية 108.

([4])– البخاري: الصحيح ،كتاب التفسير، باب قوله تعالى:(سواء عليهم استغفرت لهم أم لم تستغفر لهم)، المطبعة السلفية، القاهرة، ط: 1، 1400ه،ج: 3، ص: 310.

مسلم: الصحيح،كتاب البر والصلة، باب: أنصر أخاك ظالما أو مظلوما، دار طيبة: الرياض، ط:1،1427ه-2006م مج:2، ص:1200 .

([5])– ابن القيم: إغاثة اللهفان، تحقيق: على الحلبي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط:/، س:/، ج:1، ص:615.

- تركه- صلى الله عليه وسلم-بناء الكعبة على قواعد إبراهيم –عليه السلام-لحداثة عهد قومه بالكفر[1]. حيث إن هدم الكعبة وبناؤها على قواعد إبراهيم في تلك الظروف تحديدا له مآل مناقض للشريعة، والمفسدة فيه أعظم من المصلحة، وهو استخفاف القوم بحرمة البيت والاستهانة به.

- نهيه- صلى الله عليه وسلم- صحابته عن تعنيف الأعرابي الذي بال في المسجد[2]. رغم حرمة المكان وشناعة فعله، إلا أن في تعنيفه حصول مفسدة أعظم بأن تطال نجاسة البول مواضع أخرى من المسجد، ولحوق ضرر صحي بالرجل.

الفرع الرابع: شواهد من اجتهادات الصحابة.

تشهد الكثير من اجتهادات الصحابة- ض- عن اعتبار المآلات، والالتفات إلى النتائج والتداعيات، والحرص على إفضاء الأحكام إلى المقاصد وموافقتها للكليات. من ذلك:

- امتناع الخليفة عمر- ض- عن قسمة أراضي الفيء، حيث شاور الصحابة – ض- في قسمة الأرضين التي أفاء الله على المسلمين من أراضي العراق والشام، فتكلم قوم فيها وأرادوا أن يقسم لهم حقوقهم وما فتحوا، فقال -ض-: "فكيف بمن يأتي من المسلمين فيجدون الأرض بعلوجها[3] قد اقتسمت وورثت عن الآباء، وحيزت. ما هذا برأي...فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها وأرض الشام بعلوجها، فما يسد به الثغور وما يكون للذرية، والأرامل بهذا البلد وبغيره من أرض الشام والعراق ؟ [4].

([1])– البخاري: الصحيح،كتاب الحج، باب: فضل مكة وبنيانها، المصدر السابق،ج: 1، ص: 488.
مسلم: الصحيح،كتاب الحج، باب: نقض الكعبة وبناؤها، المصدر السابق، مج:1، ص: 604.

([2])– البخاري: الصحيح،كتاب الأدب، باب: الرفق في الأمر كله، المصدر نفسه،ج: 4، ص: 96.
مسلم: الصحيح،كتاب الطهارة، باب: وجوب غسل البول، المصدر نفسه، مج:1، ص: 139.

([3])– العلوج: جمع مفرده، علج. والعلج كل شديد غليظ من الرجال. سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، ط:2، 1988م، ص: 97.

([4])– أبو يوسف: كتاب الخراج، دار المعرفة، بيروت، ط: /، 1302ه، ص: 25- 25.

واضح مما احتج به عمر–ض–أنه رأى في تطبيق الاقتضاء الأصلي الذي يتمثل في قسمة أرض الفيء على الفاتحين نتائج ضررية بالغة الخطورة. لأنها تتعلق بإهدار المصلحة العامة، وفيها من المآلات الممنوعة ما لم يقصده الشارع عند تشريع الحكم[1].

– المنع من تزوج الكتابيات حيث بلغه أن حذيفة تزوج يهـــودية فكتب إليه أن يفـــارقها، فقال: "إني أخشى أن تدعوا المسلمات وتنكحوا المومسات"[2].

فرغم أن فعل حذيفة مما أحله الله له، إلا أن الواقعة احتفت بها أحوال وظروف جعلت لتطبيق الحكم الأصلي مآلات تتصادم مع مقاصد الشريعة وتترتب عليها مفاسد ما شرع الحكم من أجلها، حيث تسببت الفتوحات واستشهاد عدد كبير من الجنود في بقاء كثير من المسلمات أرامل وعوانس. وقد التفت عمر –ض– إلى مآلات إقدام المسلمين على الكتابيات، وعزوفهم عن المسلمات من مفاسد ومضار[3]. مما حمله على العدول عن الحكم الأصلي إلى حكم آخر للفعل، تدخل المآل في إيقاعه .

المبحث الثاني: فكرة العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون.

في هذا المبحث أتعرض لفكرة العقوبة في كل من الفقه الإسلامي والقانون. وذلك من خلال تعريفها وبيان خصائصها، وكذا تقسيماتها.كما يلي:

المطلب الأول: تعريف وخصائص العقوبة في الفقه الإسلامي.

([1])– عبد الرحمان السنوسي: المرجع السابـــق، ص: 164.

([2])– البيهقي: السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:3، 1424ه–2003م،ج:7، ص: 280.

ينظر أيضا: الطبري: تاريخ الطبري، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف، مصر، ط:2، س:/، ج:3،ص:588.

([3])– ينظر: عبد الرحمان السنوسي، المرجع السابق، ص: 165.

المطلب الثاني: أقسام العقوبة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: تعريف وخصائص العقوبة في القانون.

المطلب الرابع: أقسام العقوبة في القانون.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: تعريف وخصائص العقوبة في الفقه الإسلامي.

أحاول فيما يلي بيان تعريف العقوبة، وكذا خصائصها في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي.

العقوبة لغة ترد بمعنى الجزاء. وقيل هي ما يلحق بالإنسان من محنة الذنب في الدنيا[1]. والعقوبة والمعاقبة والعقاب يختص بالعذاب[2].

وبالرجوع إلى مصادر الفقه الإسلامي لا نجد تعريفا محددا لمسمى العقوبة. وإنما نجد أقوال تقترب من تحديد معنى لها. ومن ذلك قولهم:

- أن "... العقوبة تكون على فعل محرم أو ترك واجب..." [3].

-أنها "جزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل، سمي بها لأنها تتلو الذنب من تعقبه إذا تبعه"[4].

-"هي زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر، وترك ما أمر به."[5].

ومن المعاصرين من يعرفها بتعريف يقترب من المعنى الأخير بقوله: "العقوبة جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه، وترك ما أمر به"[6].

ويعرفها عبد القادر عودة بأنها: "الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان الشارع"[7].

وهناك من يعرفها بأنها " أذى يترل بالجاني زجرا له"[8].

كذلك فإن من التعريفات نجد قولهم بأنها: "الجزاء المترتب على الفعل المحظور لضمان احترام الأوامر الشرعية." [9] .

ولعل من بين هذه التعريفات ما هو منتقد من حيث:

([1])– أبو حاقــة: المرجع السابــق، ص:853.

([2])– الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، ط:/، 1324ه، ص: 340.

([3])– ابن القيم: الطرق الحكمية، تحقيق:محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت،ط:/، 1372ه-1953م،ص:265.

([4])– ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، ط:/، 1423ه-2003م، ج:6، ص:3.

([5])– الماوردي: الأحكام السلطانية، تحقيق: أحمد مبــارك البغدادي، دار ابن قتــيبة، الكويت، ط:1، 1409ه-1989م، ص:288 .

([6])– أحمد فتحي بهنسي: العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط: 6، 1409ه- 1989م، ص: 13.

([7])– التشريع الجنائي الإسلامي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: /، س: /، ج:1، ص: 609.

([8])– محمد أبو زهرة: العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:/، س:/، ص: 6.

([9])– محمد فاروق النبهان: المدخل التشريعي الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، ط: 2، 1981م، ص:52.

-كونه أطلق الجزاء دون تقييد، والجزاء دنيوي وأخروي في الفقه الإسلامي. والجزاءات الدنيوية لا تنحصر في صورة العقوبة .

-كونه أغفل الجهة التي ترتب هذا الجزاء وتوقعه، والتي تتمثل في الشارع الحكيم.

لذلك فإن التعريف الذي أجده مناسبا أكثر هو أن العقوبة: "عذاب دنيوي يرتبه الشارع على ارتكاب المحظور، ويوقعه القاضي".

على أن يقيد المحظور الشرعي بكونه الفعل الذي يكون للقضاء فيه سلطة عليه، فيخرج بذلك النوايا وما يختلج النفوس، ما لم تترجم إلأى ضرر ملموس يلحق بالمصلحة التي يحميها الشارع بأحكامه. وكذلك الذنوب التي يتعذر على القضاء وجهات الإثبات التعاطي معها. كسوء الجوار، والغيبة والنميمة وما إلى ذلك.

الفرع الثاني:خصائص العقوبة في الفقه الإسلامي.

تقوم العقوبة في الفقه الإسلامي على مجموعة من الخصائص، نورد أهمها كما يلي:

الفقرة الأولى: شرعية العقوبة: إن العقوبة لا تكون إلا من الشرع بمصدريه الكتاب والسنة النبوية الصحيحة، ومختلف أدلته الأخرى. والأصل في ذلك قوله تعالى: (**وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَـئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ**)[1].

ومن لم يحكم بما أنزل الله هو "من كتم حكم الله الذي أنزله في كتابه وجعله حكما بين عباده، فأخفاه وحكم بغيره.كحكم اليهود في الزانيين المحصنين بالتجبيه والتحميم، وكتمانهم الرجم."[2]

على أن هناك فرقا بين النصية على العقوبة وشرعيتها. فالنصية معناها أن النص الشرعي هو الذي يحدد العقوبة حرفيا من حيث سببها وكمها ونوعها[3].

([1])– سورة المائدة، الآية 44.

([2])– الطبري: تفسير الطبري، تحقيق: محمود محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط:2، س:/،ج:10، ص:354.

([3])– يذهب عبد القادر عودة إلى أن شرعية العقوبة معناها النصية. وبناء على هذا حاول إثبات شرعية العقوبات التعزيرية من خلال إثبات النصية عليها. حيث يقول :"...كما نصت على جرائم التعزير نصت على عقوبات التعزير والآن نقدم الدليل..." فيعرض مجموعة من العقوبات التعزيرية مرفقة بآيات وأحاديث وآثار على أنها أدلة شرعيتها –أي نصيتها-.ثم يقول:"...وظاهر

أما الشرعية فمعناها أن الشريعة الإسلامية بمختلف أدلتها هي منبع العقوبة ومصدرها، سواء كان الدليل نصا أو إجماعا أو غير ذلك من الأدلة المعتبرة.

فالقاضي لا يوقع من العقوبات إلا ما يتوافق مع مبادئ الشريعة وقواعدها العامة، وهو المقصود بشرعية العقوبة.

الفقرة الثانية: شخصية العقوبة: إن من المبادئ العامة المقررة في الفقه الإسلامي أن لا يؤاخذ أحد بجريرة أحد، ولا يتزل عقاب بمن لم يثبت ضلوعه في الفعل المجرم. والأصل في ذلك العديد من النصوص كقوله تعالى: **(وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ...)**[1]. وقوله: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ...)**[2].حيث فرض على ولي الدم الوقوف عند قاتل وليه، وترك التعدي على غيره، كما كانت العرب تتعدى فتقتل غير القاتل[3]. وقوله على لسان النبي يوسف—عليه السلام- **(قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِندَهُ إِنَّا إِذًا لَّظَالِمُونَ)**[4].أي معاذ الله أن نأخذ البريء بالمجرم[5]، ونعاقب غير السارق.

وهناك من يعتبر تحميل العاقلة الدية مع الجاني في شبه العمد والخطأ استثناء من المبدأ العام[6].

غير أن الدية في حالة الخطأ تحمل معنى الضمان أكثر من معنى العقوبة[7]، ولا يتفق على تكييفها عقوبة بالمعنى الدقيق.

الفقرة الثالثة: العمومية والمساواة: العقوبة في الفقه الإسلامي عامة يتساوى أمامها الجميع، الحاكم والمحكوم، والشريف والوضيع، والغني والفقير. وفي الصحيحين عن عائشة –ض–أن

مما سبق أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنة والإجماع .ومن ثمة فهي عقوبات شرعية لا شك فيها".ومن المعلوم أن التعازير مفوضة إلى القاضي في تقديرها –كما سيأتي بيانه – ينظر عبد القادر عودة: المرجع السابق،ج:1، ص:145-147.

(1)– سورة الأنعام، الآية 164.

(2)– سورة البقرة، الآية 178.

(3)– القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط:1،1427ه-2006م، ج:3، ص:65.

(4)– سورة يوسف، الآية 79.

(5)– القرطبي: المصدر السابق،ج:11، ص:421.

(6)– عبد القادر عودة: المرجع السابق، ج:1، ص:395.

(7)– ينظر عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط: /، 1935ه-1954م، ص:5. أحمد فتحي بهنسي: الدية في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، ط:4،1409ه-1988م، ص:15.

رسول الله قال: "...**و الذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها**"[1]. وذلك عندما أهم قريشا شأن مخزومية سرقت، فأرسلوا من يشفع لها.

الفقرة الرابعة: قضائية العقوبة: للقضاء في الفقه الإسلامي عامة وفي الفقه الجنائي خاصة مكانة حساسة، بالغة الأهمية لما يضطلع به من تنزيل الأحكام على الأشخاص على وجه الإلزام إذ هو"تبيين الحكم الشرعي، و الإلزام به"[2].

والمقصود بقضائية العقوبة هو أن الذي يتولى الحكم بها وتقديرها والبت في أحكامها هو القاضي بما خوله الشرع من مزايا وصلاحيات تؤهله لتوقيع العقوبة الأنسب والأصلح دون حيف أو انحياز أو جور، ولا يجوز لغير الجهة القضائية ذلك مهما كانت صفته.

المطلب الثاني: أقسام العقوبة في الفقه الإسلامي.

درج الفقهاء على تقسيم العقوبات إلى حدود وقصاص وتعازير. وحذا حذوهم المعاصرون. إلا أن الكثير ممن جمعوا بين الفقه الإسلامي والقانون نجدهم يوردون تقسيمات فقهاء القانون

([1])– البخاري: الصحيح،كتاب الحدود، باب: إقامة الحدود على الشريف والوضيع، المصدر السابق،ج:4، ص:248.
مسلم: الصحيح،كتاب الحدود، باب: قطع السارق وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، المصدر السابق، مج: 2، ص:805.

([2])– السفاريني: كشف اللثام وشرح عمدة الأحكام، تحقيق: نور الدين طالب، دار النوادر، سوريا، ط:1، 1428ه-2007م، ج: 6، ص: 439.

للعقوبة وفق معايير متعددة[1].

أقتصر على إيراد التقسيم الذي أجده ذا صلة قريبة بإشكالية البحث، بالنظر إلى سلطة القاضي في اختيارها. وهي تنقسم وفق هذا المعيار إلى عقوبات توقيفية وتفويضية كما يلي:

الفرع الأول: العقوبات التوقيفية.

هي عقوبات نص عليها القرآن الكريم أو السنة النبوية الصحيحة. وهي عقوبات الحدود والقصاص. وقد رتبها الشارع على جرائم معينة، تسمى نصية، وتسمى أيضا العقوبات المقدرة، أي التي قدرها الشرع[2].

وبالتالي فسلطة القاضي فيها محدودة لا تتعداها، وليس له فيها أثر سوى إصدار الحكم[3]، وتطبيقها متى استوفيت الشروط وانتفت الموانع. وهي كما يلي:

الفقرة الأولى: العقوبات الحدية: الحد في اصطلاح الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة شرعا على معصية[4]. وبالمعنى الأخص –وهو المعتمد عادة والمراد عند الإطلاق-:"عقوبة مقدرة واجبة حقا لله عز شأنه"[5].

وتتمثل العقوبات الحدية في: حد الزنا، حد القذف، حد الشرب، حد السرقة، حد الحرابة، حد الردة[6].

([1])– ينظر: عبد القادر عودة: المرجع السابق. محمد أبو زهرة: المرجع السابق. محمود جبر الفضيلات: سقوط العقوبات في الفقه الإسلامي، دار عمان، الأردن، ط: 1، 1408ه-1987م. محمود شلتوت: الإسلام شريعة وعقيدة، دار الشروق، القاهرة، ط:6، 1412ه-1992م. محمد الزحيلي: النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط:1، 1414ه-1993م .

([2])– محمد الزحيلي: المرجع نفسه، ص: 26.

([3])– محمود جبر الفضيلات: المرجع السابق، ص: 26.

([4])– البهوتي: شرح منتهى الإيرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ناشرون، ط:1، 1421ه-2000م، ج: 6، ص: 165.

([5])– الكاساني: بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:2، 1406ه-1986م،ج:7، ص: 33.

([6])– الحطاب: مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1416ه-1995م،ج:8، ص:365.
الرافعي: العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1،1417ه-1997م،ج:11، ص:69.
المقدسي: العدة، تحقيق: خالد محمد حرم، المكتبة العصرية، بيروت، ط:/، 1412ه-1992م. البهوتي: شرح منتهى الإيرادات، المصدر السابق، ج: 6. لا يثبت الحنفية حد الردة كما يفرقون بين الشرب والسكر. ينظر ابن عابدين:

أولا:حد الزنا: الزنا هو "كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين. وهذا متفق عليه بين علماء الإسلام"[1]. إلا أن العقوبة تختلف باختلاف الزاني،كما يلي:

1-الزاني غير المحصن: أي الذي لم يطأ في نكاح صحيح[2]. وعقوبته الجلد مائة علنا، ونفي عام. أما الجلد فمنصوص عليه في قوله تعالى: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ)[3] .

وأما النفي، فقد نصت عليه الأحاديث الصحيحة، منها قوله – صلى الله عليه و سلم – للرجل الذي سأله: "...**وعلى ابنك جلد مائة و تغريب عام...**"[4].

2-الزاني المحصن: وعقوبته الرجم حتى الموت عند الجمهور، لثبوت أحاديث الرجم، فخصصوا الكتاب بالسنة[5]. ومن هذه الأحاديث، قوله – صلى الله عليه و سلم- في حديث العسيف السابق: "...**فإن اعترفت فارجمها**". وقوله: " **لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة** "[6].

ثانيا: حد القذف: ويجب بأحد أمرين، أحدهما أن يرمي المقذوف بالزنا، والثاني أن ينفيه عن نسبه[7]. وهي عقوبة منصوص عليها في قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)[8].

المصدر السابق، ج: 6، ص:3. الكساني: المصدر السابق،ج:7، ص: 33.

(1)– ابن رشد: بداية المجتهد، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط:1، 1424ه-2004م، ص:686

(2)– سعدي أبو جيب: المرجع السابق، ص: 91.

(3)– سورة النور، الآية 02.

(4)– البخاري: الصحيح،كتاب الحدود، باب: الاعتراف بالزنا، المصدر السابق،ج:4، ص:257.
مسلم: الصحيح،كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا ، المصدر السابق، مج:2 ،ص:811.

(5)– ابن رشد: المصدر السابق، ص:687.

(6)– ابن ماجة:سنن ابن ماجة، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الجيل، بيروت،ط:1 ،1418ه-1998م،ج:4، ص:154.
الترميذي: الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1، 1996م،ج:3، ص:73.
حديث صحيح، ابن الملقن: البدر المنير، دار الهجرة، الرياض، ط:1، 1420ه-2004م.ج:8، ص: 344.

(7)– ابن رشد: المصدر السابق، ص: 692.

(8)– سورة النور، الآية 04.

ثالثا: حد شرب الخمر[1]: لا يوجد نص في القرآن الكريم يحدد مقدار حد الشرب، ويستند الفقهاء فيه إلى نصوص السنة النبوية، وفعل الخلفاء من بعده. والأصل في هذه العقوبة أنه–صلى الله عليه وسلم–ضرب فيها بالأيدي والنعال وأطراف الثياب والجريد، وضرب فيها أربعين، وتبعه أبو بكر –ض– على الأربعين[2].

ويروي الإمام مالك في موطئه أن عمر بن الخطاب –ض– استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له علي –ض– : "أرى أن نجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى".

أو كما قال، فجلد عمر في الخمر ثمانين[3]. وإنما استشار لأن النبي –صلى الله عليه وسلم– لم يبينه، أي لم يقدر فيه حدا مضبوطا[4].

لذلك يمكن القول أن مقدار عقوبة الشرب ثابت بفعل الخليفة عمر– ض– وإجماع الصحابة والتابعين وجمهور الفقهاء[5].

رابعا: حد السرقة: السرقة أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه[6]. وعقوبتها القطع لقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ

---

(1)– يفرق الأحناف بين الشرب والسكر، فيوجبون الحد في شرب الخمر ولا يوجبونه في بقية الأشربة إلا بالسكر. وسبب اختلافهم مع الجمهور هو الاختلاف في معنى الخمر، فهي عندهم شراب يعتصر من العنب خاصة نوما اعتصر من غير العنب كالزبيب والتمر و غيرهما، فيسمونه نبيذا. أما عند الجمهور فهي كل شراب ملذ مطرب، سواء أكانت من العنب أو من غيره. ينظر: ابن العربي: أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر العطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:3،1424ه–2003م،ج:1، ص:2009. السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط:/، 1409ه–1989م، ج:24، ص:2.

(2)– ابن القيم: إعلام الموقعين، تحقيق: عصام الدين الصبابصي، دار الحديث، القاهرة، ط:/، 2004، ج:2، ص :385. زاد المعـــاد، دار الكتاب العربي، بيـــروت، ط:/، س:/، ج:2، ص:210 .

(3)– رواه مالك في الموطأ، والشافعي عنه عن ثور بن زيد الديلي. وهو حديث منقطع لأن ثورا لم يلحق عمر، لكن وصلـــه النسائي في الكبرى والحاكم في المستدرك من وجه آخر. وصحح إسناده .
الموطأ: رواية يحي بن يحي الليثي،كتاب الأشربة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1405ه– 1984م، ص:470.
الحـــاكم: المستدرك، كتاب الحدود، دار الحرمين، القاهرة، ط:1، 1417ه–1997م، ج:4، ص:530.
العسقـــلاني: تلخيص الحبيـــر، مؤسسة قرطبـــة، القاهرة، ط:1، 1416ه– 1995م، ج:4، ص:142.

(4)– الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ مالك، دار المعرفة، بيروت، ط:/ ،1401ه–1981م،ج:4، ص:167.

(5)– ابن عبـــد البـــر: الاستذكـــار، دار الـــوعى، حلـــب، ط:1، 1414ه– 1993م، ج: 24، ص:277.

(6)– ابن رشد: المصدر السابق، ص: 696.

حَكِيمٌ)[1].

خامسا:حد الحرابة: والأصل فيها قوله تعالى: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ)[2].

يسمي الفقهاء القدامى الحرابة، قطع الطريق، والسرقة الكبرى، وهي أخذ المال مكابرة بإشهار السلاح وإخافة السبيل[3].

وهي اليوم تأخذ صورا أخرى جديدة، تستدعي إعادة تكييفها وصياغتها من جديد لتشمل العديد من الجرائم المستحدثة.

سادسا:حد الردة: الردة هي الرجوع عن الإسلام إلى الكفر[4]. ولا نص في القرآن الكريم على عقوبة الردة، وإنما يثبتها الفقهاء استنادا إلى السنة الصحيحة، والأصل فيها قوله – صلى الله عليه وسلم-: " **من بدل دينه فاقتلوه**"[5]. وقوله أيضا: " **لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة**"[6].

الفقرة الثانية: القصاص والديات: وهي كما يلي:

أولا: القصاص: القصاص في اصطلاح الشرع معاقبة الجاني على جريمة القتل والقطع والجرح بمثلها[7]. والأصل في هذه العقوبة نصوص من الكتاب والسنة والإجماع.

([1])– سورة المائدة، الآية 38.

([2])– سورة المائدة، الآية 33.

([3])– ابن عابدين: المصدر السابق،ج: 6، ص: 183.
القرافي: الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1، 1994م،ج:12، ص:123.
الرافعي: المصدر السابق،ج:11، ص:248. البهوتي: المصدر السابق،ج:6، ص:26.

([4])– الماوردي: الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية ،بيروت ،ط:1 ،1414ه-1994م ،ج:13 ،ص:149.

([5])– البخاري: الصحيح،كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب:حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، المصدر السابق، ج:4، ص: 279.

([6])– سبق تخريجه، ينظر ص: 22 .

([7])– مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط:1، 1418ه-1998م،ج:2، ص: 679.

فمن الكتاب قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى...) [1]. وقوله: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ...) [2].

ثانيا: الديات: الديات جمع دية، والدية هي المال المؤدى إلى المجني عليه أو وليه بسبب الجناية[3]. فتشمل: الدية بالمعنى الخاص –والتي هي المال بدل النفس[4]– والأرش المقدر وغير المقدر.

وهي ثابتة بنص القرآن الكريم في قوله تعالى: (...وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ...)[5].

والديات إما أن تكون دية كاملة أو أرشا مقدرا أو أرشا غير مقدر.

1–الدية كاملة: وتجب في القتل، وفي تفويت المنفعة المقصودة من العضو على الكمال، وذلك في الأصل بأحد أمرين، بإبانة العضو وإذهاب معنى العضو مع بقاء العضو صورة، و لم يكن لهذا العضو نضير في البدن، ومثاله الأنف واللسان والذكر[6].

2–الأرش المقدر: ويقصد به ما هو أقل من الدية، ويجب في الأعضاء والشجاج والجراح. ويختلف باختلاف الأطراف والأعضاء.كربع الدية في الأجفان، وخمس من الإبل في السن والموضحة، وعشر من الإبل في كل أصبع[7] .

3–الأرش غير المقدر: ويسمى أيضا حكومة عدل[8] .ويجب فيما لا قصاص فيه من

([1])– سورة البقرة، الآية 178.

([2])– سورة المائدة، الآية 45.

([3])– البهوتي: المصدر السابق،ج: 6، ص:75 .

([4])– ابن عابدين: المصدر السابق،ج: 10، ص: 230.

([5])– سورة النساء، الآية 92 .

([6])– الكساني: المصدر السابق،ج:7، ص:310 .

([7])– ينظر: المصدر نفسه، ج:7، ص:314 .

([8])– الحكومة في الجراح أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به. ثم يقوم وهي به قد برئت، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية، كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة، وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة، فيكون فيه عشر ديته.

والعدل في الشهادة في عرف الفقهاء، هو الحر البالغ العاقل المسلم ذو المروءة، صوابه أكثر من خطئه، و لم يكن فاسقا ولا محجورا عليه، ولا صاحب بدعة وإن تأولها، ولا كثير ذنب، ولا باشر كبيرة أو صغيرة خسة وسفاهة، ولا متأكد القرابة للمشهود له كأب وولد...سعدي أبو الجيب، المرجع السابق. ص: 97. ص: 244.

الجنايات على ما دون النفس، وليس له أرش مقدر ،كالعظام مثلا: ففي جميعهما حكومة عدل – إلا السن خاصـــة–لأن استيفاء القصاص فيها متعذر، و لم يرد الشرع فيه بأرش مقدر، وكذلك في لســـان الأخرس والعين القائمة الذاهب نورها و السن السوداء القائمة واليد الشلاء[1] وما إلى ذلك .

الفرع الثاني: العقوبات التفويضية.

وهي ما يعرف بالتعزيرات، و"تختلف مقاديرها وأجناسها وصفاتها باختلاف أحوال الجرائم وكبرها وصغرها وبحسب حال المذنب في نفسه"[2] .

فهي عقوبات ترك الشارع أمر تحديدها وتقديرها إلى القاضي حسب الجريمة المرتكبة وحسب حال الجاني والمجني عليه[3]، وملابسات وظروف كل واقعة.

المطلب الثالث: تعريف وخصائص العقوبة في القانون.

فيما يلي أورد تعريف العقوبة في القانون، واستخلاص أهم ما تتسم به من خصائص.

الفرع الأول: تعريف العقوبة في القانون.

([1])– الكاساني: المصدر السابق، ج:7، ص: 323. ابن رشد: المصدر السابق، ص: 678.
وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ط:/، 1402ه–1982م، ص: 343...349.

([2])– ابن القيـــم: الطرق الحكميـــة، المصدر السابق، ص: 265.

([3])– محمود جبـــر الفضيـــلات: المرجـــع السابـــق، ص:27.

يتوقف تعريف العقوبة في القانون على الزاوية التي ينظر منها إليها، فقد تعرف من الزاوية الشكلية، كما قد تعرف من الزاوية الموضوعية، أو من حيث مضمونها[1] وجوهرها.

-**التعريف الشكلي**: تعرف العقوبة من ناحية الشكل بأنها النتيجة القانونية كجزاء على مخالفة النصوص التجريمية، والتي تطبق بإتباع الإجراءات الخاصة بالدعوى الجنائية، وبواسطة السلطة القضائية على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة[2] .

كما يمكن تعريفها بأنها جزاء يقرره القانون، ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته عن فعل يعتبر جريمة في القانون، ليصيب به المتهم في شخصه أو ماله أو شرفه[3] .

-**التعريف الموضوعي**: تعرف العقوبة من ناحية الموضوع بأنها: "قصاص يفرضه القانون من أجل الوقاية، وعند الاقتضاء من أجل قمع الاعتداء على النظام الاجتماعي، الذي يوصف بالجريمة"[4] .

أو بأنها: "إيلام مقصود يوقع من أجل الجريمة ويتناسب معها "[5]

كما يمكن تعريفها بأنها: "جزاء قانوني محدد ينطوي على إيلام مقصود توقعه السلطة القضائية عن طريق الدعوى الجنائية على كل من ارتكب فعلا يعده القانون جريمة"[6].

– ومن التعريفات التي تجمع بين المعيارين نجد: "العقوبة هي انتقاص أو حرمان من كل أو بعض الحقوق الشخصية يتضمن إيلاما ينال مرتكب الفعل الإجرامي كنتيجة قانونية لجريمتـــه، ويـــتم توقيعها بإجراءات خاصة وبمعرفة جهة قضائية"[7] .

– والمعيار الذي أجده مناسبا هو المعيار الشكلي، لأنه يمثل الإطار المتفق عليه، والذي يتسع ليشمل كافة الآراء والاتجاهات حول جوهر وأهداف العقوبة، والذي يمكن من خلاله تعريف

([1])– مأمون محمد سلامـــة: قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:3، 1990م، ص: 615.

([2])– المرجع نفســـه، ص:615.

([3])– محمد زكي أبو عامر: دراسة في علم الإجرام والعقاب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط:/، 1418ه-1985م، ص: 404 .

([4])– جيرار كورنو: معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط:1،1418ه-1998م،ج:2، ص: 1110.

([5])– محمود نجيب حسني: دروس في علم الإجرام والعقاب، دار النهضـــة العربيـــة، القاهرة، ط:/، 1988م، ص: 224.

([6])– عوض محمد: قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة التولى، الإسكندرية، ط:/ ، س:/، ص:534.

([7])– مأمون محمد سلامـــة: المرجع السابـــق، ص: 620.

العقوبة بأنها: "جزاء جنائي يقرره القانون ويوقعه القضاء على المجرم"[1].

وهو تعريف مختصر يمكن من خلاله استنباط أهم خصائص العقوبة.

الفرع الثاني: خصائص العقوبة في القانون.

انطلاقا من التعريف المختار للعقوبة، يمكن استخلاص أهم ما تتميز به العقوبة من خصائص.

الفقرة الأولى: جزائية العقوبة: تتميز العقوبة بأنها "جزاء" بمعنى قصاص، "chatiment"، أي إنزال نوع من الإيذاء والإيلام والحرمان والتعذيب بحق من توقع به عن طريق المس بحياته (الإعدام) أو بحريته أو الحبس أو السجن أو الاعتقال أو بأمواله (الغرامات والمصادرات) أو بشرفه (نشر الحكم وإلصاقه والعقوبات التشهيرية). والجزاء في صورته هذه هو جوهر العقوبة الأساسي[2]. وبه تتميز عن التدابير البولسية، التي تتخذ قبل وقوع الجريمة بغية الحيلولة دون حدوثها وبصفة عامة بهدف الوقاية من حدوث الجرائم[3].

كما تتميز عن القبض والحبس الاحتياطي والإجراءات القضائية التي تستلزمها مقتضيات الملاحقة والتحقيق والمحاكمة[4].

كذلك يتعين تمييز العقوبة عن التدبير الاحترازي، وعنصر الإيلام هو ما يمكن به التمييز بينهما، فهو مقصود في العقوبة دون التدبير الاحترازي[5].

كذلك يمكن التمييز بينهما من خلال نقطتين بارزتين:

1- من حيث الوظيفة: حيث ترتبط العقوبة تاريخيا وحتى اليوم بفكرة القصاص والثأر، وتلتف غالبا إلى الماضي، فهي تمثل ردة فعل المجتمع على أفعال قد ارتكبت فهي مقابلة للجاني بما يستحق، ولا بد أن تكون منبع معاناة لمن توقع عليه.

([1])– عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط:4، 2005، ص:417.

([2])– فريد الزغبي: الموسوعة الجزائية، دار صادر، بيروت، ط:3، 1995م،ج:1، ص:346.

([3])– سليمان عبد المنعم: أصول علم الإجرام والجزاء، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط:1، 1416ه-1996م، ص:321.

([4])– عوض محمد: المرجع السابق، ص: 539. فريد الزغبي: المرجع السابق، ص:350.

([5])– عوض محمد: المرجع السابق، ص: 539. سليمان عبد المنعم: المرجع السابق، ص:421. محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص: 405. محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص: 224.

في حين أن التدبير الاحترازي خال من كل هذه المعاني، فهو يتشوف إلى المستقبل والغرض منه هو العلاج، ومواجهة الحالة الخطرة لدى الشواذ و أنصاف المجانين.

2- من حيث التحديد: فالعقوبة محددة مسبقا ومنصوص عليها في النص العقابي وفيما بعد في الحكم القضائي في حين أن التدبير الاحترازي غير محدد المدة لأنه يعالج الحالة الخطرة، ومدته مرتبطة بتطوراتها وحال الشخص[1].

الفقرة الثانية: جنائية العقوبة: كون العقوبة جنائية يميزها عن باقي الأنظمة التي تشبهها، فهي تختلف عن التدابير الإدارية التي تقوم بها السلطة السياسية التنفيذية عن طريق التوقيف الكيفي أو الإقامة الجبرية، أو عن طريق الممارسات التي يعتمدها الضابطة العدلية أو قوى الأمن الداخلي أو أجهزة الأمن العام...كذلك تختلف العقوبة عن العقوبات المدنية التي تقتصر على التعويضات الشخصية كطريقة لإزالة آثار الضرر في الحدود الممكنة سواء حصل التعويض في الدعاوى المدنية أو حتى في الدعاوى الجزائية نفسها، والعقوبات المدنية الباقية كبطلان العقد وغرامة التأخير في تنفيذ الالتزامات المدنية[2].

الفقرة الثالثة: شرعية العقوبة: الشرعية في القانون معناها أنه يجب أن يستند كل تصرف أو عمل قانوني سواء كان عاما أو خاصا إلى قاعدة قانونية مجردة وسابقة على التصرف أو العمل، وبعبارة أخرى فإنه يجب أن يخضع جميع الأفراد في علاقاتهم القانونية بعضهم ببعض وفي علاقاتهم القانونية بالدولة وهيئاتها المختلفة لحكم القانون[3].

ويقصد بمشروعية العقوبة أن تكون مقررة بنص، فالمشرع يستقل بوضع القانون ويقتصر عمل القاضي على تطبيقه[4].

ويترتب على هذا المبدأ انحصار مصادر العقوبة في قانون العقوبات، وما ينص عليه المشرع حرفيا.

---

(1)– Patrick Kolb & Laurence Lutermy, Droit Pénal Général ,Gualino éditeur , E.J.A ,Paris,2005 ,p : 335-336 .

(2)– فريد الزغبي: المرجع السابق، ص: 350-351.

(3)– عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، عالم الكتاب، القاهرة، ط:1، 1984م، ص:13.

(4)– عوض محمد: المرجع السابق، ص: 537.

الفقرة الرابعة: قضائية العقوبة: ومؤدى هذه الخاصية أن العقوبة في مفهومها الحديث لا يجوز توقيعها إلا بواسطة السلطة القضائية، ويترتب عليها امتناع تنفيذ أي عقوبة –ولو كان منصوصا عليها قانونا– ما لم يصدر بهذه العقوبة حكم قضائي صادر عن محكمة جنائية مختصة وفقا لأحكام القانون[1].

الفقرة الخامسة: شخصية العقوبة: ويقصد بها أن العقوبة الجنائية تقتصر في آثارها على شخص المذنب المحكوم عليه، ولا يجوز بحال من الأحوال أن تمس هذه العقوبة شخصا آخر غير المحكوم عليه مهما كانت صلة قرابته من المحكوم عليه[2].

المطلب الرابع: أقسام العقوبة في القانون.

يورد الشراح تقسيمات عديدة للعقوبة وفق معايير مختلفة[3]. وإذا اعتمدنا المعيار نفسه في تقسيم العقوبات في الفقه الإسلامي، بالنظر إلى مدى سلطة القاضي فيها، فإن العقوبات في

(1)– سليمان عبد المنعم: المرجع السابق، ص: 434.

(2)– المرجع نفسه، ص:435 .

(3)– تحاشيت إيراد هذه التقسيمات لأن لا صلة مباشرة لها بإشكالية البحث. ينظر في هذه التقسيمات: عبد الفتاح الصيفي +محمد زكي أبو عامر: علم الإجرام والعقاب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط: /، 1997-1998م، ص: 403. عوض محمد: المرجع السابق، ص:543.

القانون وعلى خلاف الفقه الإسلامي كلها نصية وتوقيفية، وليس للقاضي فيها إلا التطبيق الحرفي للنص.

ونتيجة للانتقادات الموجهة لمبدأ المشروعية –المرادف في معناه ل"النصية"–فإن الفكر الجنائي الغربي اتجه شيئا فشيئا إلى ما يسمى بالسلطة التقديرية للقاضي وكذا التفريد القضائي للعقوبة[1]، بحيث تترك مساحة للقاضي يكون فيها مفوضا في تقدير العقوبة، ولكن في إطار النص الحرفي دائما والذي يحاول المشرع أن يجعله فضفاضا بقدر الإمكان حتى يسع الكثير من الوقائع الجرمية ومختلف الصور المتصور حدوثها. وكذا منحه آليات أخرى من شأنها أن تضفي على النص العقابي نوعا من المرونة والاستغراق،كظروف التشديد والتخفيف وغيرها. الأمر الذي يساعد القاضي على أن يتحرر إلى حد ما من النصية.

واستنادا إلى المعيار المذكور فإنه يمكن ملاحظة أن العقوبات في القانون إما أن تكون ذات حد واحد، وإما أن تكون تخييرية وذات حدين .

الفرع الأول: العقوبات ذات الحد الواحد.

جنحت بعض التشريعات في القرن 18 في أوربا إلى مواجهة كل جريمة بعقوبة ثابتة النوع والمقدار، وإن تباينت ظروف الجناة أشد التباين[2]. فسلطة القاضي في تحديدها تتراجع إلى أدناها.

أما اليوم فقد اختفى تقريبا هذا الصنف من النصوص العقابية. و لم يعد موجودا إلا في بعض الجرائم الخطيرة أين يتحتم على المشرع الحسم، بحيث يوقع لها عقوبات محددة، ويحرم القاضي من تطبيق الظروف المخففة أو منعه من الحكم بالبدائل العقابية مثل وقف التنفيذ أو تشديد العقوبة، ومن أمثلة ذلك، جرائم الاعتداء على أمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج[3]، وجرائم التزوير، حيث تنص المادة 77 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالإعدام الاعتداء الذي يكون الغرض منه إما القضاء على نظام الحكم أو تغييره، وإما تحريض المواطنين أو السكان على حمل السلاح ضد سلطة الدولة أو ضد بعضهم البعض، ..." [4]. وكذلك كل من المواد: 84[1]،

([1])– عوض محمد: المرجع نفسه، ص:537، بتصرف.

([2])– المرجع نفسه، ص: 537.

([3])– أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط:6، 1996م، ص:543.

([4])– قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006م المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

86[2]، 88[3].

الفرع الثاني: العقوبات ذات الحدين والتخييرية.

وهي العقوبات التي ينص عليها المشرع محصورة بين حدين أدنى وأقصى، يختار القاضي مقدارها بين هذين الحدين أثناء عملية تطبيق العقوبة، أو ينص على أكثر من عقوبة للجريمة الواحدة يختار القاضي من بينها العقوبة التي ملائمة أكثر.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري[4] فإن العقوبات في معظمها تخييرية بين عقوبتي السجن والغرامة، ومحصورة بين حدين أعلى وأدنى يختار القاضي من بينها الأنسب لكل واقعة.

خلاصة الفصل التمهيدي.

بعد التعرض لقاعدة النظر إلى المآل، وفكرة العقوبة في كل من الفقه الإسلامي والقانون، يمكن الخلوص إلى ما يلي:

أولا: فيما يتعلق بقاعدة النظر في المآل:

- حسب قراءتي المتواضعة للقاعدة، أجد من المناسب أكثر إطلاق لفظ المآل دون تقييد

([1])– الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966م المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

([2])– المرجع نفسه.

([3])– المرجع نفسه.

([4])– ينظر: المرجع نفسه.

بإضافة "الأفعال". لأنه يقصد عندئذ بهذه الأخيرة أفعال المكلفين حصرا، والقاعدة في جوهرها ومعناها الأعم تتعلق بتنزيل الأحكام وتطبيقها. فموضوعها الأحكام الشرعية عموما وليس أفعال المكلفين فقط.

– يمكن القول أن قاعدة النظر إلى المآل هي ذات مفهوم مزدوج. أحدهما خاص متعلق بأفعال المكلفين، والآخر عام متعلق بتنزيل الأحكام الشرعية عامة وتطبيقها، والثاني يستغرق الأول ويتضمنه. وهما غالبا ما يتداخلان ويلتقيان فيشكلان وجهين لعملة واحدا، ولكن ليس دائما.

ثانيا: فيما يتعلق بفكرة العقوبة:

– يتفق الفقه الإسلامي والقانون حول فكرة العقوبة من حيث المفهوم والمضمون عموما، إلا أن ثمة فروقا جوهرية بينهما، تعود إلى الاختلاف في الفلسفة والأسس التي تقوم وترتكز عليها فكرة العقوبة.

من أهم الأمور المتفق حولها،"مبدأ شرعية العقوبة". فهو من المبادئ التي يقرها كل من الفقه الإسلامي والقانون معا، إلا أنهما يختلفان في معناه وتطبيقه ، فمفاده في الفقه الإسلامي أن العقوبة يجب أن تكون مستوحاة من الفقه الإسلامي بمختلف مصادره وأدلته، مصاغة من قواعد الشريعة ومبادئها العامة، سواء نص عليها الكتاب والسنة حرفيا أم لا. وبالتالي لا يمكن حصر العقوبات المشروعة في العقوبات النصية.

أما شرعية العقوبة في المنظومة القانونية فمعناها النصية، والعقوبة بذلك لا تكون شرعية مالم ينص عليها التشريع العقابي حرفيا.

هذا المعنى القانوني لمبدأ الشرعية الذي تستند إليه العقوبات المنصوص عليها في مدونة قانون العقوبات، يمكن –إلى حد كبير– تلمسه في العقوبات الإسلامية التوقيفية. فتلتقي بذلك هذه الأخيرة مع العقوبات التي تضمها مدونة قانون العقوبات، في نقطة صعوبة، وجدلية الاجتهاد فيها، والقياس عليها.

– يتفق الفقه الإسلامي والقانون حول "مبدأ قضائية العقوبة"، وأنه لا بد من المرور بالعقوبة عبر جهاز القضاء قبل النطق بها وتنفيذها.

إلا أنهما مع ذلك يختلفان من حيث تطبيق وممارسة المبدأ أثناء مرحلة المحاكمة. ففي المنظومة

القانونية، ينطلق القاضي من العقوبات الشرعية(النصية) ليصل في الأخير إلى النطق بالعقوبة التي يراها عادلة ومناسبة من بين الكثير من العقوبات المنصوص عليها.

أما في الفقه الإسلامي فإن القاضي وإن انطلق من العقوبات التوقيفية أو من مدونة قانون العقوبات، فهو ليس ملزما بها بقدر ما هو ملزم بالوصول في الأخير إلى العقوبة الشرعية. حتى إذا تعلق الأمر بالعقوبات التوقيفية، فكونها نصية لا يعني بالضرورة أنها شرعية دائما. لأن العقوبة تكون شرعية متى اتفقت وروح الشريعة، وانضوت تحت النسق العام الذي تشكله مبادئها وقواعدها العامة.

لذلك فإنه يمكن الوقوف في الفقه الإسلامي على الوظيفة الحساسة التي يكرسها هذا المبدأ، وهو البلوغ إلى العقوبة الشرعية. وليس الانطلاق منها، والعودة إليها.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول:

إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

في هذا الفصل أحاول تبيان إعمال قاعدة النظر إلى المآل في أحكام العقوبة في الفقه الإسلامي بالتعرض لمفهومه، والمآلات المعتبرة فيه وكذا تبريره وبيان سنده، من خلال المبحث الأول، وفي المبحث الثاني أقوم بتلمس وتقصي الاعتداد بالمآل في تطبيق العقوبة في القانون، ومدى سلطة القاضي الجنائي في ذلك، لأصل في الأخير إلى خلاصة أضمنها مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في كيفية الاعتداد بالمآل، وكذا أهم نتائج الفصل.

المبحث الأول: إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الاعتداد بالمآل في العقوبة في القانون.

خلاصـــــــة الفصـــــل الأول.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة في الفقه الإسلامي.

بعد التعرض لقاعدة النظر إلى المآل تبين أن المقصود بها أن المجتهد قبل الحكم على فعل من الأفعال عليه أن يتبصر بالمآلات والنتائج المترتبة على هذا الفعل، وكذا عليه قبل إنزال الحكم الشرعي على الوقائع المطروحة أمامه أن يتبصر بالنتائج المترتبة على تطبيق هذا الحكم، ومدى موافقته لمقاصد الشرع.

فيما يلي أحاول توظيف هذه القاعدة المقاصدية في العقوبات الشرعية من خلال التعرض لمفهوم هذا الإعمال والمآلات المعتبرة وسنده، وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

المطلب الثاني: المآلات المعتبرة أثناء إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

المطلب الثالث: سند ومبررات إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: مفهوم إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

أحدد مفهوم إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة بتبيان صلة العقوبات الشرعية بهذه القاعدة تحديدا، والمقصود بالإعمال وكذا الجهة المعنية بصفة أساسية بهذه القاعدة.

الفرع الأول: صلة العقوبة بقاعدة النظر إلى المآل.

بعد التعرض لقاعدة النظر إلى المآل تبين أنها قاعدة مقاصدية ضابطة لعملية الاجتهاد، بحيث تراعى مقاصد الشريعة من خلالها، ويحرص على تحقيقها أثناء بناء الأحكام الشرعية.

وتكمن أهمية القاعدة بشكل أساسي ورئيس في فائدتها العملية أثناء الاجتهاد التطبيقي[1]، بحيث تدرس كل واقعة على حدة بملابساتها وأحوالها وظروفها، ويوصف لها من الأحكام ما يلائمها ويحقق فعلا مقاصد الشريعة ويتوافق ومبادئها العامة.

ومن جهة أخرى فإن العقوبة أذى هادف غائي له مقاصد وثمار ترجى منه ف: "الله-عز وجل- حرم نفس الفطرة، وأول التعبد دماء الخليقة والبشر وأشعارهم وأبشارهم بعضهم على بعض، فلم يبح إهراق دم ولا إزهاق نفس ولا إيلام أحد من الناس إلا لحاضر من الفساد يتقى أو لمتخوف منه يتوقى أو إصلاح عام يرتجى أو لعائدة يؤمل عودها على عامة المسلمين وجماعة المؤمنين أو يكون فيه تأييد للدين وانتقام من المذنبين واعتبار المعتبرين. كالطبيب الحاذق الرفيق والوالد البر الشفيق يقطع من ولده الجارحة الدونه[2]، إبقاء على البقية، ويجرعه الأدوية البشعة

([1])– يعرف الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين بأنه استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع إما في استنباط الأحكام الشرعية وإما في في تطبيقها. وبذلك يكون الاجتهاد على ضربين أحدهما بياني خاص باستنباط الأحكام وبيانها، والثاني تطبيقي خاص بتطبيقها وهو المعروف عند الأصوليين بتحقيق المناط، ووصفه الشاطبي بأنه لا ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف. إذ الأفعال لا تقع في الوجود مطلقة وإنما تقع معينة مشخصة فلا يكون الحكم واقعا عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق أو ذلك العام. وقد يكون ذلك سهلا وقد لا يكون، وكله اجتهاد.

ينظر:الشاطبي: المصدر السابق، ج:5، ص:17.محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:/، س:/، ص:379. عبد المجيد النجار: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة، منشورات مركز دراسات المستقبل الإسلامي، دار المستقبل، الجزائر، ط:/، س:/، ص:21.

([2])– الدونه: مؤنث والمذكر الدون، أي الشيء الحقير الهين. ابن فارس: مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، دمشق، ط:/، 1399ه-1979م، ج:2، ص:317. الرازي: مختار الصحاح، تحقيق:محمود خاطر، مكتبة ناشرون، بيروت، ط:/، 1415ه-1996م، مادة: دون.

الكريهة تأميلا لرفع علة أو إعادة صحة أو إبقاء سلامة وعافية"[1].

وليكون الأمر كذلك على المجتهد المعروضة أمامه الوقائع والأحداث أن يفرد كل واقعة بالنظر واستئناف الاجتهاد أثناء تطبيق العقوبة وتوقيعها، فيحتكم إلى قاعدة المآل، ويعتد بما يترتب على ما سيصدر من أحكام، وبما يفضي إليه إيقاع عقوبة ما، لأنه يحرص على تحقق مقاصد وغايات من وراء العقوبة، وقاعدة المآل من شأنها تكريس ذلك.

ومن هنا تظهر العلاقة بين العقوبة وقاعدة النظر إلى المآل، بحيث يمكن اعتبار الأخيرة إحدى آليات الاجتهاد في تنزيل العقاب، والتي تشكل ضمانة هامة للعدل أمام التطبيق الآلي المجرد للعقوبات وغض الطرف عن العواقب والنتائج المستقبلية.

الفرع الثاني: المقصود بالإعمال.

الإعمال لغة من الفعل أعمل، وهو مزيد للفعل الثلاثي عمل. يقال عمل عملا، فعل فعلا عن قصد. وأعمل آلته أو رأيه، عمل به. وأعمل ذهنه في كذا، شغله به وفكر فيه[2].

والمقصود بالإعمال هنا، الاعتداد بقاعدة النظر إلى المآل وتحكيمها أثناء عملية الاجتهاد وتنزيل وتطبيق الأحكام الشرعية على الجزئيات والوقائع المتباينة بحيث تكون هذه القاعدة مرجعا ودليلا موجها ومبررا للحكم على الأفعال الجزئية وعزوف المجتهد عن الحكم الأصلي في بعض الأحيان إلى الحكم الجديد التبعي، إذ من شأن القواعد عموما أن تكون موجهة للحكم على الجزئيات، ومرجعا محكما يستند إليه في عملية الاجتهاد وبناء الأحكام.

والمراد بالاجتهاد، الاجتهاد التطبيقي الذي ينقل المجتهد من التنظير إلى الواقع والتطبيق. وإعمال القاعدة ضمن هذا الاجتهاد يفترض وجود أحكام شرعية ابتدائية عامة ومجردة يجتهد في تنزيلها وتطبيقها، أو غياب الأحكام الشرعية الابتدائية فيجتهد في استنباطها وتطبيقها، ووجود مقاصد وغايات يحرص على تحقيقها من وراء أحكام الشريعة، فيعمل المجتهد قدر الإمكان على تحصيلها من خلال إعطاء الأحكام التي من شأنها إفراز نتائج موافقة لتلك الغايات والمقاصد.

([1])– الماوردي: نصيحة الملوك، تحقيق: خضر محمد خضر، مكتبة الفلاح، الكويت، ط:1، 1403ه-1983م، ص:251 .

([2])–مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط: 4، 1425ه-2003م، ص: 628.
الفيروز أبادي: المرجع السابق، ج: 4، ص: 21.

لأنه: "في نزوعه إلى تنزيل الحكم المتقرر في ذهنه كليا ينبغي أن يكون نظره إلى الواقع بحسب طبيعته المجزأة ليجري الحكم على كل جزء وكل فرد من أجزاء الواقع وأفراده...وما يدعو إلى هذا المنهج التجزيئي[1]هو أن بعض الأجزاء والأفراد في الواقع تحيط به ظروف وملابسات تجعل إجراء الحكم الكلي عليها مثل مثيلاتها من نوعها وجنسها مفضيا إلى الحرج والمشقة، وربما إلى الفساد فيتعطل مقصد الحكم وهو المصلحة...وإذا كان مقصد المصلحة يتحقق بالفعل في أغلب أفراد الأفعال والأحداث حينما يجرى عليها الحكم المتعلق بجنسها ونوعها، فإن أفراد أخرى من تلك الأفعال والأحداث قد تحيط بها ظروف وملابسات في ذات فاعليها أو أزمانها أو علاقاتها بأفعال وأحداث غيرها تجعلها حينما يجرى عليها الحكم الشرعي لنوعها لا يتحقق لها المقصد الشرعي بل قد يحصل من تطبيقه الضرر من حيث أريدت المصلحة[2]. مما يحتم على المجتهد التثبت والتحقق قدر الإمكان من أن الحكم المستنبط والمطبق موافق لمقاصد الشريعة.

وعندما يتعلق الأمر بموضوع العقوبات، وباستحضار مضمون قاعدة النظر إلى المآل فإنه يمكن القول إن المقصود بإعمال قاعدة النظر في المآل في العقوبة هو أن المجتهد عند تطبيق العقوبات وتنزيلها على الأشخاص والوقائع الجرمية، عليه أن يعتد بمآل الفعل الجرمي، ويتبصر بمآل تطبيق العقوبة، فلا يوقع إلا العقوبة المحققة لمقاصدها الموافقة لمقاصد الشرع.

وإذا كان المآل معتبرا في الحكم على الأفعال بالجواز والمنع والندب والكراهة...أثناء عملية الإفتاء[3]، فإنه معتبر في أحكام العقوبات في التشديد والتخفيف والإسقاط وما إلى ذلك، أثناء عملية تطبيقها وتنزيلها. وهو المقصود بإعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

الفرع الثالث: الجهة المعنية بإعمال القاعدة.

لما كانت قاعدة النظر إلى المآل متعلقة تحديدا بالاجتهاد التطبيقي فإن المجتهد المطبق هو من يلتزم بإعمالها، لأن أهميتها تكمن في تحقيق الغايات والمقاصد التي شرعت لأجلها الأحكام.

والمجتهد المطبق هو من يعول عليـــه أكثر في تحقيق تلك المقاصد والغايات، كونـــه يتصل

([1])– يقوم المنهج التطبيقي في الشريعة الإسلامية على أسس تتمثل في: التجزئة والإفراد، تحقيق المناط وتحقيق المآل. ينظر: عبد المجيد النجار:في المنهج التطبيقي للشريعة الإسلامية. دار النشر الدولي،الرياض، ط:1، 1415ه-1994م،ص:22.

([2])– المرجع نفسه، ص:24-27.

([3])– ينظر: وليد بن علي الحسين: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، دار التدمرية، السعودية، ط:1، 1429ه-2008م.

مباشرة ويحتك بالواقع والأفراد. وبالتالي يتسنى له وحده دراسة كل واقعة على حدة بظروفها وملابساتها، كما يتسنى له وحده أن تتراءى له نتائج وثمار تنزيل الأحكام، ومن ثم التحقق من مدى توافق المآلات مع المقاصد والغايات الشرعية.

وعندما يتعلق الأمر بالعقوبات فإن القاضي الجنائي هو الجهة المعنية أساسا بالقاعدة، باعتباره المجتهد المطبق للعقوبات. حيث يعمد إلى إعمال القاعدة من خلال النظر إلى مآلات الأفعال الجرمية، والنظر إلى مآل تطبيق العقوبة وإيقاعها.

ولما كان"علم القضاء من أجل العلوم قدرا وأعزها مكانا وأشرفها ذكرا، لأنه مقام علي ومنصب نبوي، به الدماء تعصم وتسفح والأبضاع تحرم وتنكح والأموال يثبت ملكها ويسلب والمعاملات يعلم منها ما يجوز ويحرم ويكره ويندب، وكانت طرق العلم به خفية المسارب[1] مخوفة العواقب، والحجج التي تفصل بها الأحكام مهامه يحار فيه القطا[2]، وتقصر فيه الخطا، كان الاعتناء بتقدير أصوله وتحرير فصوله من أجل ما صرفت له العناية، وحمدت عقباه في البداية والنهاية...ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع الجزئيات، وغالب تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه ذكرى، ولا أحاط بها الفقيه خبرا، وعليها مدار الأحكام"[3].

وإذا مكانة القضاء في الإسلام كذلك فإن الذي تسند إليه مهمة القيام به لا بد من اشتماله على مجموعة من الصفات والشروط تتمثل في[4]:

-كونه رجلا: وهذا الشرط يجمع بين البلوغ والذكورية.

-كونه صحيح التمييز، جيد الفطنة بعيدا عن السهو والغفلة...

([1])– المسارب: يقال هذه مسارب الحيات لمواضع آثارها إذا انسابت في الأرض على بطونها. مجمع اللغة العربية :المرجع السابق، ص:425 .

([2]) – القطا: نوع من اليمام يؤثر العيش في الصحراء، ويتخذ أفحوصه في الأرض ويطير جماعات ويقطع مسافات شاسعة ... المرجع نفسه، ص: 748.

([3])– ابن فرحون: تبصرة الحكام، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، ط:1، 1406ه-1986م، ص:1.

([4])– الماوردي: الأحكام السلطانية، المصدر السابق ،ص:88-89.

-أن يكون حرا، مسلما.

-العدالة: وهي أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفا عن المحارم متوقيا للمآثم، بعيدا عن الريب مأمونا في الرضا والغضب مستعملا لمروءة مثله في دينه ودنياه...

-السلامة في السمع والبصر ...

-أن يكون عالما بالأحكام الشرعية، وعلمه بها يشتمل على علم أصولها والارتباط بفروعها.

ويذهب الإمام الشاطبي عند كلامه عن تحقيق المناط الخاص إلى أبعد من ذلك في وصف المجتهد القائم به، حيث يقول: "...و هو في الحقيقة ناشئ عن نتيجة التقوى المذكورة في قوله تعالى(إن تَتَّقُوا اللَّهَ يَجْعَل لَّكُمْ فُرْقَانًا)[1]. وقد عبر عنه بالحكمة، ويشير إليها قوله تعالى: (يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَن يَشَاءُ ۚ وَمَن يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا)[2]...إلى أن يقول: "...فصاحب هذا التحقيق هو الذي رزق نورا يعرف به النفوس ومراميها، وتفاوت إدراكها، وقوة تحملها، وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها...فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف "[3].

تجدر الإشارة إلى أن القاضي اليوم قد يكون ملزما بمدونة قانون العقوبات، حتى في الدول التي تستمد قانون العقوبات من الفقه الإسلامي[4]. وبالتالي فالمشرع هو الآخر معني باعتبار

([1])– سورة الأنفال، الآية 29.

([2])– سورة البقرة، الآية 269.

([3])– الموافقات: المصدر السابق، ج:5، ص: 240-241.

([4])– الدول التي تستمد قوانينها العقابية من الفقه الإسلامي تنقسم اليوم حول تقنين العقوبات إلى قسمين: أولاهما ضمنت قوانين العقوبات الحدود ومعظم التعازير، بالإضافة إلى نظم خاصة ببعض التعازير مكملة لقانون العقوبات. وهذه الدول هي:جمهورية موريطانيا وجمهورية ليبيا وجمهورية السودان ودولة الإمارات العربية المتحدة. وسارت في مقابل ذلك المملكة العربية السعودية على عدم تقنينها ووضعها في قانون موحد يسترشد به القاضي عند الحكم بالعقوبة التعزيرية. واستثناء نصت على بعض الجرائم والعقوبات بقوانين خاصة. كالرشوة والتزوير والتزييف التي يختص بها ديوان المظالم، وجرائم التهريب الجمركي التي تختص بها لجان الجمارك والمخالفات التجارية وجرائم المرور وأنظمة العمل وقانون مهربي المخدرات ومروجيها.
ويرجع السبب-برأي هؤلاء- إلى أن العقوبات التعزيرية اجتهادية والنص على عقوبة معينة للتعازير يعتبر تعطيلا لاجتهاد القاضي. ثم إن المذاهب الفقهية الأربعة تعتبر مراجعا يستقي منها الحكام والقضاة أحكام تعازيرهم ويجوز الأخذ بأي منها. وتقنين العقوبات يعتبر تحيزا لمذهب دون آخر ....

المآلات، إلا أن تعلقها بعمل القاضي هو الأصل والأهم. ويمكن توضيح ذلك بأن المقنن عندما يكون بصدد تقنين العقوبات، وهو مجتهد منظر فإنه يسن قواعد عامة ومجردة، ولا شك في أنه ينظر في مآلات الأفعال عند التجريم ووضع الجزاء، ويؤثر ذلك حتما على نوع ومقدار العقوبة، إلا أن تلك القواعد العامة والمجردة ستكون محل اجتهاد القاضي عند الفصل في القضايا الجزئية المتباينة، ويتعرض لها بإجراءات الاجتهاد التطبيقي، وقاعدة المآل تحديدا.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

حامد حسن متروك الجهني: السلطة التقديرية للقاضي في تفريد العقوبة في مجال التعازير، رسالة ماجستير، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، المعهد العالي للعلوم الأمنية، الرياض، 1414-1415ه، ص:134.

المطلب الثاني: المآلات المعتبرة أثناء إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

سبق وبينت المقصود بالمآل، وذكرت أنه يقصد به أحد أمرين: مآل الفعل(فعل المكلف)، أو مآل تطبيق الحكم والنتائج وعواقب الأمور عموما.

وبسحب ذلك على موضوع العقوبة يكون المقصود بالمآل، مآل الفعل المجرم المرتب للعقاب، أو مآل تطبيق وإيقاع العقوبة. والقاضي وفقا لقاعدة النظر إلى المآل يعتد بمآل الفعل الجرمي من أجل إيقاع العقوبة الملائمة والموافقة والمحققة لمقصودها، ويعتد عموما بالنتائج المستقبلية قبل إيقاع العقوبة.

الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.

إن الفعل الجرمي يمثل السبب الموجب للعقاب. وليشكل الفعل جريمة يجب أن يشتمل على أركان التجريم المتمثلة في الركن الشرعي، الركن المادي، والركن الأدبي (المعنوي)[1]. والنظر في مآل الفعل الجرمي يمكن أن يكون من خلال الركن المادي بالنظر إلى جسامة الضرر المستقبلي، ومن خلال الركن المعنوي بالنظر إلى البواعث والدوافع.

الفقرة الأولى: حجم الضرر المستقبلي: يتشكل الركن المادي للفعل الجرمي من سلوك أو نشاط ونتيجة ورابطة سببية بين السلوك والنتيجة.

والأصل أن القاضي يعتد بالنتيجة الموجبة للعقوبة، فيوقع العقوبة الأنسب بالنظر إلى جسامة الضرر الذي سببته النتيجة الابتدائية المكونة للجريمة التي هو بصددها والتي أوجبت العقوبة ابتداء.

إلا أن الأفعال في بعض الأحيان قد تكون لها نتائج مستقبلية متراخية تظهر مستقبلا مغايرة للنتائج الابتدائية، وينتج عنها مستقبلا ضررا أشد وأخطر، ما يحمل القاضي على اختيار العقوبة تبعا لحجم الضرر المستقبلي.

الفقرة الثانية: البواعث: القصد الجنائي هو اتجاه الإرادة للفعل أو الترك المعاقب عليه[2].

([1])– عبد القادر عـــودة: المرجع السابق،ج: 1، ص: 111.

([2])– أحمد فتحي بهنـــسي: الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة، بيروت، ط:/، 1412ه-1991م، ج:4،

والباعث أمر يشتبه به ولكنه مختلف عنه تماما. لأن القصد الجنائي له تأثير في نوع الجريمة دون العقوبة.

أما الباعث فليس له تأثير في وجود الجريمة، فتقع الجريمة مهما كان الباعث على ارتكابها، ولو كان شريفا. ولكنه قد يؤثر في مدى تطبيق القاضي للعقوبة[1].

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن للمقاصد والنوايا أثرها في الحكم على الأفعال والتصرفات بالجواز أو المنع. فقد يكون الفعل مباحا في الأصل ولكن يحكم عليه بالحرمة لأن للفاعل مقصدا مناقضا لمقاصد الشرع، فيترتب على إتيان الفعل نتيجة تتصادم معها.

والاعتداد بالباعث والدافع إلى ارتكاب الفعل الجرمي معتبر أيضا في الفقه الإسلامي في تقدير العقوبة وتطبيقها، فقد يقدم الجاني على أفعال موجبة للعقاب والدافع إليها وقوع نتائج وأهداف مستقبلية. فينتج ضررا حالا ابتدائيا بقصد تحقق نتائج أخرى مستقبلا. كمن يقتل بدافع تعجيل الميراث، فتكون عقوبته إضافة إلى القصاص، الحرمان من حقه في الميراث معاملة له بنقيض قصده، وحتى لا يتخذ ذريعة إلى استعجال الميراث[2].

الفرع الثاني: مآل تطبيق العقوبة.

المقصود بتطبيق العقوبة اختيارها كما ونوعا من طرف القاضي.

والمآلات المعتبرة التي يعتد بها عموما أثناء عملية تطبيق العقوبة يمكن إجمالها فيما يعبر عنه بمقاصد الشريعة، والتي تتمثل في مصلحة تجلب أو مفسدة تدرأ.

الفقرة الأولى: المقصد المآلي للعقوبة: إن للعقوبة مقاصد خاصة تتمثل في الأهداف والغايات التي أرادها الشارع الحكيم من العقوبة. ويجملها الفقهاء عموما في:

-حفظ الكليات الخمس الضرورية: الدين، النفس، المال، العقل، والنسل.

ص:235.

([1])– أحمد فتحي بهنسي: الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج:4، ص:235.

([2])– الشيرازي: المهذب، تحقيق: محمد الغزالي، دار القلم، دمشق، ط:1، 1417ه-1996م، ج:4، ص:81.

أحمد بن محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط:2،1409ه-1989م، ص:472.

-تحقيق العدالة والرحمة[1].

-تأديب الجاني، إرضاء المجني عليه، وزجر المقتدى بهم[2]. حيث يعبر عن التأديب والزجر بالردع.

والملاحظ على هذه المقاصد أن منها ما يحصل بإدراكه ومعرفته، الاقتناع والوقوف على حكمة الشارع وعظمته والاطمئنان إلى شرعه وأحكامه، كحفظ الكليات الخمس ومقصد الرحمة، في قوله تعالى : (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)[3].

ومنها ما هي- فضلا عن ذلك- مرشد وموجه وملزم للمجتهد بحيث يحرص على استجلابها وتحققها من خلال ما يصدره من أحكام وعقوبات، كمقصد الجبر، وشفاء غيض المجني عليه والتأديب والزجر.

ومن هذه المقاصد ما هو فوري يتحقق بمجرد إيقاع العقوبة، كجبر الضرر وشفاء غيض المجني عليه، ومنها ما هو مستقبلي بحيث يتراخى ويؤمل تحققه مستقبلا ومآلا، وهي المقصودة في هذا الموضع. وتتمثل بشكل أساسي في مقصد الردع، الذي يمثل المصلحة المستقبلية للعقوبة، والمقصد الجوهري لها.

يقول ابن القيم: "فكان من بعض حكمته سبحانه وتعالى ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض في النفوس والأبدان والأعراض والأموال فأحكم سبحانه وجوه الزجر الرادعة عن هذه الجنايات المتضمنة مصلحة الردع والزجر"[4].

وتكون العقوبة رادعة بحيث تمنع الكافة عن الجريمة قبل وقوعها، فإذا وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجاني على جنايته، وتزجر غيره عن التشبه به وسلوك طريقه، وفي هذا يقال عن العقوبات أنها موانع قبل الفعل زواجر بعده[5].

والردع عام وخاص. يرتكز الأول على أن توقيع العقوبات على المجرم يزجر الناس

([1])– ينظر: محمد أبو زهـــرة: العقوبة، المرجع السابق، ص:11.

([2])– محمد الطاهر ابن عاشور: المرجع السابق، ص:515...518.

([3])– سورة البقرة، الآية 179.

([4])– إعلام الموقعين: المصدر السابق، مج:1، ص:383.

([5])– ابن الهمـــام: شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط:/، س:/، ج:5، ص:212.

ويردعهم من اقتراف الجرائم، ويمنع كل من تسول له نفسه عن ارتكاب الجرائم...أما الثاني فهو ذو طابع علاجي وهو يتجه إلى شخص بعينه، وهو الذي اندفع إلى ارتكاب الجريمة[1].

والردع الخاص هو المقصد الذي ينبغي للقاضي الالتفات إليه والحرص على تحققه، ويختلف من شخص لآخر، ومن واقعة إلى أخرى. فما يكون رادعا ل **أ** قد لا يكون كذلك ل **ب**. وهنا يبرز دور القاضي وقاعدة النظر إلى المآل.

أما الردع العام فيحصل بصورة آلية بمجرد التنصيص على العقوبة والإعلان عنها. لذلك فإن نظر القاضي يتجه صوب الردع الخاص ويركز عليه، وهو المآل المعتبر بصورة مباشرة من طرف القاضي عند تطبيق واختيار العقوبة.

الفقرة الثانية: المفسدة المآلية الراجحة: المفسدة، الضرر وما يؤدي إلى الفساد من لهو ولعب ونحوهما. والفساد، التلف والعطب والاضطراب[2].

ويقصد بها شرعا ما قابل المصلحة، وهي وصف للفعل يحصل به الفساد، أي الضرر دائما أو غالبا للجمهور والآحاد[3].

والمصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم من مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفا، وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفا. ولذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوبا إلى الجهة الراجحة. فإذا رجحت المصلحة فمطلوب، ويقال فيه إنه مصلحة. وإذا غلبت جهة المفسدة فمهروب منه، ويقال إنه مفسدة، على ما جرت به العادات في مثله[4].

والأصل في العقوبات الشرعية أنها مصلحة لما في إيقاعها من حفظ للضرورات الخمس، ولما في تضييعها والتهاون فيها من تضييع للمصالح، واختلال النظام والأمن.

والقاضي مع ذلك ملزم باعتبار ما يفضي إليه إيقاع وتنفيذ العقوبة من مفسدة غالبة إذا

([1])– عبد الله بن سعيد بن فهد الدوه: مقاصد الشريعة من العقوبات التعزيرية وتطبيقاتها القضائية في محاكم المملكة العربية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1426ه-2005م، ص:201...203.

([2])– المعجم الوسيط: المرجع السابق، ص:688. سعدي أبو جيب: المرجع السابق، ص:286.

([3])– محمد الطاهر ابن عاشور: المرجع السابق، ص:279.

([4])– الشاطبي: المصدر السابق، ج:5، ص:45.

رجحت لديه.

وفي القاعدة في تحصيل المصالح ودرء المفاسد يقول العز بن عبد السلام أنه: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فلنا ذلك امتثالا لأمر الله تعالى فيهما لقوله تعالى: (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ)[1]. وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"[2].

الفرع الثالث: مسالك معرفة المآلات.

إن المآلات التي تحتم على القاضي الاعتداد بها والالتفات إليها إنما هي المآلات المتوصل إليها عن طريق مسالك محددة تفيد العلم والظن الغالب، لا مجرد الهوى والظنون البعيدة. يمكن إجمال هذه المسالك فيما يلي:

الفقرة الأولى: التصريح: أظهر المسالك التي يعرف بها المآل ويستند إليها في الإثبات الحكمي للأمر المتوقع التصريح بالمآل[3]. وهذا أقوى الطرق دلالة على كشف المآل لإفادته القطع، فلا يتطرق إليه احتمال. ويرد التصريح من الشرع ومن المكلف.

أولا: تصريح المشرع: وهو أن ينص الشارع على المآل الذي يفضي إليه الفعل، بمعنى أن يكون المآل الذي يفضي إليه الفعل منصوصا عليه من قبل الشارع، وقد جاء مقترنا مع الحكم. ومن شواهد ذلك قوله تعالى: (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)[4]. فصرح عز وجل بما يؤول إليه القصاص من إحياء النفوس وحفظها لأنه يزجر الناس عن القتل.

ثانيا: تصريح المكلف:كأن ينص المكلف على الباعث له على الفعل ومقصوده منه. فإذا صرح المكلف بنيته التي قصدها من الفعل فهذا يكشف عن المآل المفضي إليه الفعل[5]. كأن يصرح بدافعه إلى ارتكاب فعل القتل أو السرقة.

الفقرة الثانية: القرائن المحتفة: تطلق القرينة على كل أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل

([1])– سورة التغابن، الآية 16.

([2])– قواعد الأحكام، تحقيق: نذير كمال حماد+عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، ط:/، س:/، ج:1، ص:136.

([3])– عبد الرحمان السنوسي: المرجع السابق، ص:381.

([4])– سورة البقرة، الآية 179.

([5])– وليد بن علي الحسين: المرجع السابق،ج: 1، ص:247-248.

عليه[1]. ويراد بالقرائن بالقرائن المحتفة هنا ما يحتف بالأفعال والتصرفات من الأمارات والملابسات والأحوال العارضة التي تنبئ عن المآلات المتوقعة وتكشف عن المقاصد، نظرا لما تحمله تلك القرائن والأمارات المتوقعة من مقدمات الإفضاء إلى المآلات وما تفيده من الظن الغالب في الإفضاء إليها.

وقد أشار ابن القيم إلى أهمية معرفة المجتهد لدلائل الحال وأثرها في حفظ الحقوق وبناء الحكم الصحيح، فقال:" الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال، ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهه في جزئيات وكليات الأحكام، أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه لا يشكون فيه اعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله"[2]. ومن القرائن المعتبرة في العقوبات:

-طبيعة المحل: ويقصد به أن تكون طبيعة الشيء الذي هو محور الجرم، أو الخصائص الذاتية والأعراض الملازمة للفعل أو الشيء ذات دلالة وضعية على كونها مقدمة لنتيجة معينة تلزم عنها أو كونها محلا لمعنى معين[3].

مثال ذلك الأداة المستعملة في جرائم القتل والضرب، حيث تعد القرينة دالة في الغالب على الباعث والقصد إلى تحقق نتيجة ما.

-حال الشخص: من القرائن المعتبرة في الكشف عن المآل، حال الشخص الجاني. "فقد يرى المجتهد من حال المكلف فرط جهل أو فضاضة طبع أو غلبة وسواس أو تهاون في حدود الله- عز وجل-أو غير ذلك، فيعطيه حكما يناسب حاله من الرفق والتيسير أو الردع والزجر"[4].

الفقرة الثالثة: التجربة: أصل التجربة اختبار الشيء مرة بعد أخرى[5]. "إلى أن يتحصل للمرء ما يقارب العلم أو الظن. إذ العقلاء متفقون على صحة الاستناد إلى التجارب في تعاطي الأمور ولأن العلم الحاصل بالتجربة يقارب مرتبة القطع والعلم الضروري عند كثير من النظار، وفي أقل أحواله يأخذ حكم الظن الغالب بوجود الشيء أو حصوله"[6].

([1])– مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ج:2، ص:936.

([2])– ابن القيم: الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص:4.

([3])– عبد الرحمان السنوسي: المرجع السابق، ص:387. بتصرف.

([4])– وليد بن علي الحسين: المرجع السابق، ج: 1، ص:263.

([5])– مجمع اللغة العربية: المرجع السابق، ص: 114.

([6])– عبد الرحمان السنوسي: المرجع السابق، ص: 391.

الفقرة الرابعة: أصول البحث المنهجي المعاصر: "إن البحث المعاصر بما انتهى إليه من تقعيد للأصول المنهجية في تقصي الحقائق واستكناه المدارك والظواهر أصبح باستطاعته أن يضع يد الباحث على مكامن الواقع وخلفيات ظواهره. كما أوجد مفاتيح إدراك العلاقة السببية بين البيئة الاجتماعية والطبيعية مع ما يفرزه ذلك من تفاعل بين الناس وواقعهم، مما يعين على الإحاطة بما يحرك الناس نحو ممارسات ومواقف معينة، ويساعد على رصد ما يتوقع في الآجل من نتائج التصرفات و الأفعال.

وقد انتهت العلوم الاجتماعية إلى تقرير كثير من القوانين الصحيحة وأصول التشخيص والتحليل والكشف. واستطاعت أن تتيح للباحثين والمجتهدين والقضاء إمكانات التحري والاستقصاء للبواعث والمقدمات التي تكون سببا في نشوء الوقائع والتصرفات"[1].

المطلب الثالث: سند ومبررات إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

فضلا عن أدلة مشروعية قاعدة النظر إلى المآل السالف عرضها في الفصل التمهيدي،

([1])– المرجع نفسه، ص:395.

أحاول في هذا المطلب التبرير لإعمال القاعدة في العقوبة على وجه الخصوص، بالتركيز على مكانة العقوبة في الفقه الإسلامي، وعلى المبادئ العامة التي تقوم عليها الأحكام، وتتأسس عليها فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي والمتمثلة في مبدأ العدل، المصلحة، والتناسب.

الفرع الأول: منزلة العقوبة بين المقاصد والوسائل.

إن المتتبع لتطور نظرية المقاصد يجد أن "أول ما لفت انتباه العلماء إلى الضرورات الخمس هو العقوبات الإسلامية المعروفة باسم الحدود. ففي حد الردة حفظ الدين وفي حد الحرابة حفظ النفس والمال وفي حد السرقة حفظ المال فقط. وفي حد الزنا والقذف حفظ النسل. وفي حد الخمر حفظ العقل"[1].

يقول الإمام الغزالي: " ومقصود الشرع من الخلق خمسة أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم...وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المصالح. ومثاله، قضاء الشرع بقتل الكافر المضل وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته. فإن هذا يفوت على الخلق دينهم، وقضاؤه بإيجاب القصاص، إذ به حفظ النفوس، وإيجاب حد الشرب إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف. وإيجاب حد الزنا إذ به حفظ النسل والأنساب. و إيجاب زجر الغصاب والسراق إذ به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش الخلق وهم مضطرون إليها..." [2].

إن العقوبات الشرعية حافظة لمقاصد الشرع الضرورية من جانب العدم[3]. ومؤيدات لحفظ الحقوق والأنفس والأموال، وتطبيق القواعد والأحكام[4] المعللة بمقاصد وغايات.

يمكن القول أن العقوبات هي وسائل حفظ وتأييد لمقاصد الشريعة العامة، وسائل لتحقيق المقاصد الشرعية الخاصة المشروعة من أجلها.

والتقسيم في موضوع المقاصد والوسائل يختلف باختلاف مورد التقسيم وأساسه الذي يعتمد عليه. وبناء على اختلاف مورد التقسيم يختلف مدلول مصطلح"المقاصد والوسائل"، فيكون

([1])– أحمد الريسوني: الفكر المقاصدي، المرجع السابق، ص: 29 .

([2])– المستصفى: المطبعة الأميرية، مصر، ط:1، 1322ه، ج:1، ص:287.

([3])– الشاطبي: المصدر السابق، ج: 2، ص:19.

([4])– محمد الزحيلي: المرجع السابق، ص:19.

المراد به في موضع غير المراد به في موضع آخر[1].

والمعنى المقصود من كون العقوبات وسيلة، إنما هو المعنى العام[2]، الذي يكون في مقابل مصطلح المقاصد بالمعنى الاصطلاحي. والذي أراده الإمام القرافي في شرحه لقوله تعالى: (ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطَئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَّيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ)[3] بقوله: "فأثابهم الله على الظمأ والنصب وإن لم يكونا من فعلهم بسبب أنهما حصلا لهم بسبب التوسل إلى الجهاد الذي هو وسيلة لإعزاز الدين، وصون المسلمين"[4]. ولا شك أن إعزاز الدين وصون المسلمين هو مقصد من مقاصد الشرع المتعلقة بكلية حفظ الدين.

ويترتب على التفرقة بين المقاصد والوسائل أمور أهمها[5]:

-أن الوسائل أخفض رتبة من المقاصد في حكمها [6].

-أن الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل من سائر الوسائل... [7].

-المقاصد أفضل من الوسائل[1].

([1])– مصطفى بن كرامة الله مخدوم: قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية،دار إشبيليا، الرياض، ط:1،1420ه-1999م ص:15.

([2])– ترد الوسائل بمعنيين عام وخاص:

المعنى الخاص: تحدث عنه الإمام القرافي في فروقه، في قوله: "وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد، وهي المتضمنة للمصالح و المفاسد في أنفسها.ووسائل، وهي المفضية إليها وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم و تحليل". والمقاصد هنا لم يقصد بها المعنى المعنى الاصطلاحي لأنه قال: "وموارد الأحكام "، والمقاصد كما سبق تعريفها هي الحكم والغايات التي يتوصل إليها باستقراء مجموع الأحكام. وإنما أطلق المقاصد وأراد بها الأحكام المقصودة (المشروعة) لذاتها. لأنها تحقق جلب مصلحة أو درء مفسدة في ذاتها. ويقابلها الوسائل، وهي الأحكام غير المقصودة لذاتها، ويتعلق بها الأحكام المقصودة لذاتها وجودا وعدما ومثالها اشتراط الطهارة وسيلة لصحة الصلاة، والإشهاد في النكاح ...وتشمل الأسباب، الشروط، الموانع، الرخص، الذرائع المختلفة، وصيغ العقود والمعاملات...وما إلى ذلك.

ينظر: القـــرافي: الفـــــروق، مؤســـــسة الرسالة، ناشرون، لبنان، ط:1،1424ه-2003م،ج:2،ص:63-64.

محمد الطاهرابن عاشور: المرجع السابق،ص: 414...418. نور الدين بن مختار الخادمي: الاجتهاد المقاصدي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط:1، 1419ه- 1998م، ج:1، ص: 63- 68.

([3])– سورة التوبة، الآية 120.

([4])– القـــرافي: الفروق، المصدر السابق،ج: 2، ص: 64.

([5])– عفيف محمـــد: المرجع السابق، ص:137.

([6])– القـــرافي: الفروق ، المصدر السابق، الفرق العاشر، الفرق الثامن والخمسون، الفرق الحادي والستون.

([7])–القـــرافي: الفروق ، المصدر السابق، الفرق الثامن والخمسون. ابن عبد السلام: المصدر السابق،ج:1،ص:165.

-العناية بالمقاصد أولى من الوسائل[2].

-كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة[3].

ومفاد ذلك أن العقوبة ليست مقصودة لذاتها، إنما شرعت لتحقيق مقاصد وغايات، يعد من العبث إيقاعها إذا كانت غير محققة لتلك المقاصد والغايات.

الفرع الثاني: مبدأ العدل.

العدل ضد الجور. وفي اللغة يقال عدل كذا بكذا أي سواه به ووازنه عدلا...ثم شاع إطلاقه على إيصال الحق لأهله، ودفع المعتدي على الحق عن مستحقه[4]. لذلك قال الله تعالى: (... وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ...)[5]. أي إيصال الحقوق المتعلقة بذمم الغير إلى أصحابها، وتمكين صاحب الحق من حقه[6].

ومن هنا يتبين أن مفهوم العدل في الإسلام لا يتبدى إلا من خلال مفهوم الحق الذي قام على أساسه بنيان التشريع كله. ويتميز-أي الحق-مفهومه وطبيعته بما يأتي:

-أنه ذو مفهوم ذاتي واجتماعي معا، إذ يراعى فيه حق الغير من الفرد والمجتمع إبان استعماله كسبا وانتفاعا.

-أن هناك حقا للمجتمع يطلق عليه حق الله تعالى، وسمي بذلك لشمول نفعـــه وعظيم خطـــره.

-أن اعتبار كل منهما، الحق الفردي وحق المجتمع يجعل كلا من المصلحة الفردية ومصلحة المجتمع معتبرة على قدم المساواة، ذلك أن الحق وسيلة غايته المصلحة، وهذا ينطوي على اعتراف بالقيمة الذاتية للإنسان الفرد واعتراف بالمجتمع كشخصية اعتبارية ذات مصلحة جوهرية ومستقلة عن المصالح الفردية لأن كلا منهما من مكونات الواقع الاجتماعي.

([1])– المصدر نفسه، الفرق الثالث عشر والمائة، الفرق التاسع والثمانون والمائة.

([2])– المصدر نفسه، الفرق العشرون والمئتان.

([3])– المصدر نفسه، الفرق الثامن والخمسون، ابن عبد السلام: المصدر السابق،ج:1،ص:161.

([4])– محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس،ط:/،1984ه،ج:5، ص:94.

([5])– سورة النساء، الآية 58.

([6])– الآلوسي: روح المعاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط:/، س:/ ،ج:5، ص:64.

-أن اعتبار المصلحتين معا عدل ينبغي العمل على تحقيقه، حتى لا تفتات إحدى المصلحتين على الأخرى ... [1].

ولما كانت العقوبة حقا يتنازعه المجتمع (المجني عليه)، والفرد(الجاني)، لزم ليكون الحكم بها عادلا مراعاة الجانبين معا، لأن تغليب جانب على الآخر ظلم وجور، والعدل تخويل كل ذي حق حقه دون تفريط أو إفراط في الحال، والمآل معا.

كذلك فإن العقوبة "وسيلة ينبغي أن تفضي إلى غايتها، ومن هنا كان تقييد استعمال الحق على نحو يؤدي إلى المصلحة التي شرع من أجلها. لأن المصلحة في ذاتها معتبرة شرعا واعتبارها الشرعي يضفي عليها صفة العدل من المشرع نفسه إذ لا يعتبر ما كان جورا أو ضررا"[2].

وإن من الجور إيقاع عقوبة لا تفضي إلى نتائجها وأهدافها التي شرعت لأجلها، لأن في ذلك تضييعا للحق الذي يعد جوهر العدل ولبه.

من هنا تظهر علاقة اعتبار المآل بكون العقوبة عادلة، ويمكن التعبير عنها بأنه لا عدل في العقوبة ما لم تعتبر النتائج والمآلات، سواء في الأفعال الجرمية وما تفضي إليه، أو توقيع العقوبة وما تفضي إليه من تحقيق للمقاصد والأهداف. وبأن اعتبار المآل حرص وتأكيد على إيصال الحق لصاحبه جانيا كان أم مجنيا عليه.

الفرع الثالث: المصلحة.

المصلحة لغة: المنفعة[3]. وفي اصطلاح الفقهاء والأصوليين "تطلق إطلاقين: الأول مجازي وهو السبب الموصل إلى النفع، والثاني حقيقي وهو نفس المسبب الذي يترتب على الفعل من خير ومنفعة"[4]. على أن المنفعة المعتبرة إنما هي التي قصدها الشارع الحكيم لعباده[5].

يقول الغزالي في تعريفها : "لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع. ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم وعقلهم ونسلهم، ومالهم. فكل ما

([1])– فتحي الدريني : المناهج الأصولية، المرجع السابق. ص:24 .

([2])– المرجع نفسه، ص:25.

([3])– مجمع اللغة العربية: المرجع السابق، ص:520.

([4])– مصطفى شلبي: تعليل الأحكام، دار النهضة، بيروت، ط:/، س:/، ص:279.

([5])– سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط:/، 1385ه -1965م، ص:23.

تضمن هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"[1].

ويعرفها الطـــوفي بأنها : "السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة"[2].

والعقوبة من الأمور المشتملة على المصالح والمفاسد مع رجحان مصالحها على مفاسدها[3]. وإنما تكون مصلحة متى أوصلت إلى مقصود الشرع، لأن وصف التصرف بأنه مصلحة أو مفسدة متوقف على ما يفضي هذا التصرف من مصلحة أو مفسدة، يقول العز ابن عبد السلام في هذا: "... و ربما كانت أسباب المصالح مفاسد فيؤمر بها، أو تباح لا لكونها مفاسد، بل لكونها مؤدية إلى المصالح، وذلك كقطع الأيدي المتآكلة حفظا للأرواح، وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد. وكذلك العقوبات الشرعية ليست مطلوبة لكونها مفاسد، بل لأدائها إلى المصالح المقصودة من شرعيتها.كقطع السراق وقطاع الطريق، وقتل الجناة، ورجم الزناة وجلدهم وتغريبهم، وكذلك التعزيرات.كل هذه مفاسد أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية، وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب..." [4].

وما يبرر للنظر في المآل عند تطبيق العقوبة أن المصلحة في إيقاع العقاب تكون مآلية ويحرص ويجتهد في تحققها مستقبلا، والمتمثلة في مقصد الردع.

الفرع الرابع: مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة.

إن الأصل في تجريم الأفعال في الفقه الإسلامي هو الضرر الناتج. "فالأفعال المعتبرة جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها لأن في إتيانها أو تركها ضررا بنظام الجماعة أو عقائدها أو بحياة أفرادها أو بأموالهم أو بأعراضهم أو بمشاعرهم، أو بغير ذلك من شتى الاعتبارات التي تستوجب حال الجماعة صيانتها وعدم التفريط فيها"[5].

ومن المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي مبدأ التناسب بين العقوبة وحجم الضرر الناتج،

([1])– المستصفى: المصدر السابق، ج:1، ص:287.

([2])– رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق أحمد عبد الحليم السايح، الدار المصرية اللبنانية، ط:/، 1413ه -1993م، ص:25 .

([3])– ابن عبد السلام: المصدر السابق، ج:1، ص:157.

([4])– المصدر نفسه،ج:1 ، ص:19.

([5])– عبد القادر عـــودة: المرجع السابق، ج: 1، ص: 68 .

فالضرر معتبر في التجريم وحجمه معتبر في العقاب.حيث توقع العقوبة المتوافقة وحجم الضرر الناتج عن الفعل المجرم، وفي هذا الصدد يقول ابن القيم: "...و تأمل كيف جاء إتلاف النفوس في مقابلة أكبر الكبائر وأعظمها ضررا وأشدها فسادا للعالم، وهي كالكفر الأصلي والطارئ، والقتل وزنى المحصن، وإذا تأمل العاقل فساد الوجود رآه من هذه الجهات الثلاث...ثم لما كانت سرقة الأموال تلي ذلك في الضرر و هو دونه جعل عقوبته قطع الطرف، ثم لما كان القذف دون سرقة المال في المفسدة جعل عقوبته دون ذلك، وهو الجلد، ثم لما كان شرب المسكر أقل مفسدة من ذلك جعل حده دون حد هذه الجنايات كلها، ثم لما كانت مفاسد الجرائم بعد متفاوتة غير منضبطة في الشدة والضعف والقلة والكثرة ...جعلت عقوباتها راجعة إلى اجتهاد الأئمة، وولاة الأمور." [1].

والأصل أن الضرر المحقق شرط في إيقاع العقوبة، ويقصد به "ما يكون قد وقع بالفعل أو أنه سيقع حتما، وهذا الأخير هو ما يسمى بالضرر المستقبل. فليس يقصد بالضرر المحقق الضرر الحال فحسب بل يقصد به الضرر الذي قام سببه وإن تراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل"[2].

وتظهر صلة الاعتداد بالمآل بمبدأ التناسب أن هناك من الأفعال المجرمة الموجبة للعقاب ما تنتج أضرارا ابتدائية، ولكن لها آثارا مستقبلية أخطر وأشد، مما يستوجب اختيار عقوبة تتناسب وحجم الضرر المستقبلي، لأن الاعتداد بالآثار الابتدائية دون الالتفات إلى الأضرار المستقبلية يعد نقضا للمبدأ، والعقوبة تكون غير متناسبة وحجم الضرر الحقيقي، مما يجعل منها غير رادعة، وبالتالي تضييع الغاية والمقصد من العقوبة المتمثل في الردع.

المبحث الثاني: الاعتداد بالمآل في العقوبة في القانون.

بعد التعرض لإعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة في الفقه الإسلامي، تبين أن المقصود به هو أن اجتهاد القاضي في تطبيق وتنزيل العقوبة بالنظر إلى مآل الفعل الجرمي وحجم الضرر المستقبلي، وبالنظر في مآلات التطبيق والنتائج عموما.

وفي هذا المبحث أحول التعرض لفكرة الاعتداد بالمآلات أثناء تطبيق العقوبات في القانون

([1])– إعـــلام الموقعـــين، المرجع السابق، ج:1، ص:393-394.

([2])– أحمـــد موافي :الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، السعودية، ط:1، 1418ه -1997م، ج:1، ص:721.

الوضعي. من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: النظرة المآلية للعقوبة في الفكر الجنائي.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاعتبار المآل في تطبيق العقوبة.

المطلب الثالث: المآلات المعتبرة في تطبيق العقوبة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: النظرة المآلية للعقوبة في الفكر الجنائي.

فيما يلي عرض لأهم المحطات التي مر بها الفكر الإنساني في سبيل تشكل الأفكار التي يرسو عليها علم العقاب اليوم، ومحاولة استجلاء النظرة المآلية للعقوبة فيها، بدء بالفكر الجنائي القديم، ومن ثمة المدارس الفقهية الكبرى لفلسفة العقوبة في الفكر الجنائي الغربي.

الفرع الأول: النظرة المآلية للعقوبة في الفكر القديم.

بادئ الأمر وفي أولى خطواته نحو فكرة العقاب، أخذ الإنسان لنفسه بالثأر. واتسمت العقوبات عموما بالقسوة وإلحاق العاهات والتشوهات[1]. وعلى طول خط التاريخ عمرت فكرة الانتقام والتشفي، بداية في صورة الانتقام الفردي، وفيما بعد في الانتقام الجماعي...واستمرت العقوبات على قسوتها حتى بعد ظهور المدن،كمدينة روما ومدينة أثينا[2].

فوظيفة العقوبة في مفهومها التقليدي كانت وظيفة استبعادية مرصودة للعقاب على الجريمة، ولا شأن لها بما يحمله المستقبل[3].

ولعل أفلاطون يعد من الأوائل الذين أدركوا مفهوم معنى الجريمة وأبرزوا فكرة أن هدف العقوبة يجب ألا يكون الانتقام من البغي الذي وقع لأنه لا يمكن لشيء أن يمنع ما حدث من الحدوث، وإنما يكون الهدف حماية المستقبل، وتفادي جرائم أخرى من جانب الذي يوقع عليه العقاب[4].

إلا أن فكرة الانتقام والتشفي ظلت سائدة حتى ما قبيل الثورة الفرنسية، ما دفع بالكثير من المفكرين في القرن 18م إلى المناداة بالحد من غلوائها.كان على رأس هؤلاء نخبة من فلاسفة الثورة الفرنسية ومفكريها أمثال مونتسكيو، وفولتير، وروسو. مهدت أفكارهم وآراؤهم لظهور المدارس العلمية التي تهتم بدراسة مشكلة الجريمة وبصفة خاصة سياسة العقاب من حيث أساسه وأغراضه... [5].

الفرع الثاني: المدرسة التقليدية.

تعد اللبنة الأساس في بناء الفكر الجنائي الغربي الحديث والمعاصر، وكل المدارس والنظريات التي تلتها تدين بالفضل للمركيز سيزاري بيكاريا، أحد أكبر رجالاتها. و يتردد أقطاب هذه المدرسة بين مذهبين: مذهب التناسب بين الجريمة والعقوبة، وهي فكرة تستند إلى أن العقوبة

([1])– ول وايريل ديورانت: موسوعة قصة الحضارة، ترجمة: زكي نجيب محمود، نوبليس، بيروت، ط:1، 2008،ج:1، ص:78، ج:2، ص:224، ج:3، ص:21.

([2])– علي عبد القادر القهوجي: علم الإجرام والعقاب، الدار الجامعية، مصر، ط:/، 1995، ص:201 -202 .

([3])– محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص:312، بتصرف.

([4])– مارك أنسل: الدفاع الاجتماعي الجديد، تعريب وتحليل: حسن علام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط:/، 1991 ،ص:51 .

([5])– علي عبد القادر القهوجي: المرجع السابق، ص:203-204.

تتحدد بقدر ما أحدثته من ضرر، ومذهب العقوبة الرادعة، حيث يؤسس بيكاريا الجريمة والعقوبة على أساس الضرورة التي تنبثق عنها "المنفعة العامة "داخل إطار فكرة العقد الاجتماعي[1].

ويمكن تلمس النظرة المآلية للعقوبة في المدرسة التقليدية عندما نادى بيكاريا بمبدأ "منفعة العقوبة "حيث يرى أن فائدة العقاب تتجلى في منع وقوع الجريمة مستقبلا، أما بالنسبة للماضي فإن الجريمة قد وقعت بالفعل، ففائدة العقوبة هي منع تكرر وقوع جرائم مماثلة مستقبلا، ولذا فينبغي أن يتحدد مقدارها بمقدار جسامة الخطر الذي يمثله الجاني، وهذا الخطر يقاس بدوره بمقدار جسامة الضرر الذي أحدثه بالمجني عليه[2].

كذلك عند قول بنتام جيريمي بأن ما يبرر العقاب هو منفعته أم بالأدق ضرورته[3]. وأن مازاد عن ذلك يصبح شرا على من يوقع عليه لما فيه من ألم و شر على المجتمع بما يكبده من نفقات[4].

الفرع الثالث: المدرسة التقليدية الجديدة.

"إن من الانتقادات الموجهة للمدرسة التقليدية هي أنها قد انحرفت حين أصرت على ربط العقاب بضوابط مادية موضوعية لا سلطان للقاضي في تطبيقها...فالجزاء المحدد الثابت لكل المجرمين المقترفين لفعل واحد، لا يمكن أن يكون ردعا لهم جميعا، لأن اختلافهم في التكوين الخلقي والنفسي من شأنه أن يجعل هذا الجزاء ناقصا بالنسبة لبعضهم كافيا بالنسبة للبعض الآخر.

ومن جهة أخرى فإن الجزاء الجنائي كشر لا بد منه لا ينبغي أن ترتبط وظيفته بالردع وحده، وإنما ينبغي أن يكون علاج المجرم و تقويمه من بين الوظائف التي يستهدفها"[5]. "لذلك فقد كان من الجيد ظهور المدرسة التقليدية الجديدة التي احتفظت بجوهر المبادئ التي نادت بها المدرسة التقليدية، مع إقرار عناصر جديدة هامة في السياسة العقابية...ومن أهم العناصر الجديدة التي نادت بها ...مبدأ تفاوت العقوبات بين حدين أقصى وأدنى حتى يكون للقاضي سلطة تقديرية

([1])– عبد الفتاح مصطفى الصيفي: حق الدولة في العقاب، دار الهدى، الإسكندرية، ط:2، 1985، ص:62.

([2])– رؤوف عبيد: أصول علمي الإجرام والعقاب، دار الجيل، مصر، ط:8 ،1989م، ص:62.

([3])– المرجع نفسه، ص:64 .

([4])– محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص:349.

([5])–محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص:351.

يستخدمها بحسب الظروف الواقعة ومرتكبيها... ومن أحسن ما قام به رجال هذه المدرسة[1] أنهم جمعوا بين فكرة العدالة، وفكرة المنفعة الاجتماعية...فالعقوبة تقوم أساسا على قاعدة العدالة، وترمي إلى تحقيقها لكنها ينبغي أن تكون بحدود منفعتها يعاقب بما يتجاوز حدود العدالة ...

كذلك فإن الفضل يعود إلى هذه المدرسة في انتشار أنظمة التخفيف العقابي التي من صورها نظام الأعذار القانونية، والظروف القضائية المخففة، ووقف التنفيذ والعفو التنفيذي والقضائي، بالإضافة إلى انتشار أنظمة التفريد التي أصبح لها صداها الواضح في جميع الشرائع الحديثة"[2].

وتتجلى النظرة المآلية للعقوبة فيما سبق في إدخال التعديل على مبدأ "شرعية العقوبات "الذي نادت به المدرسة التقليدية، وإتاحة مجال للقاضي لتوقيع العقوبة الأنسب والأقرب لتحقيق المنافع التي شرعت لأجلها. فأفكارها تمثل ردة فعل على التطبيق الآلي للنصوص العقابية دون تبصر بالنتائج التي ينبغي أن تكون موافقة لغايات العقوبة وأهدافها في الردع والإصلاح.

الفرع الرابع: المدرسة الوضعية.

"ظهرت السياسة العقابية الوضعية فيما بين القرنين 18 و19م على أيدي الطبيب الشرعي والعالم النفساني سيزار لومبروزو، والعالم الاجتماعي أنريكو فري، والقاضي الفقيه رافائيل جارو فالو.

يقوم أساس العقاب في منطق هذه المدرسة على مبدأ "الدفاع الاجتماعي ضد الجريمة "فكل سلوك يشكل خطر وقوع جريمة في المستقبل يشكل وضعا لا بد من تدخل المجتمع للحيلولة دون وقوعه دفاعا عن نفسه، ولهذا كان منطقيا أن يبتكر أقطاب هذه السياسة نوعا جديدا من الجزاء، لا يعتبر عقوبة، وإن كان بديلا لها. وهو ما اصطلح على تسميته بالتدابير الاحترازية...تقتضي لتطبيقها دراسة شاملة للمجرم نفسيا وجسديا وظروفا لاختيار التدبيـــر الذي يتوجه لمعالجة الجانب الذي كان فيه مصدر الإجرام، وهو ما يسمى بتفريد العقوبة"[3].

وبهذا تظهر فكرة اعتبار المآل في السياسة العقابية، عندما دعت المدرسة إلى استحداث التدابير الاحترازية التي يمكن من خلالها الالتفات إلى الجريمة كظاهرة اجتماعية تستوجب الدراسة

([1])– أبرزهم :الفقيه جيزو، جارو، جارسون. ينظر: رؤوف عبيد، المرجع السابق ،ص:70.

([2])– المرجع نفسه، ص:70-75.

([3])– محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص:355 -364.

والبحث في أسبابها، وبالتالي وأد الواقعة الجرمية في بذورها والمنع من وقوعها بحسم الأسباب المؤدية إليها.

الفرع الخامس: الاتحاد الدولي للقانون الجنائي.

"يعد من المحاولات التوفيقية بين المدرستين التقليدية والوضعية، حيث أعلن أن للعقوبة أغراضا متعددة تختلف باختلاف الأحوال...كما أبقى على العقوبة والتدابير الوقائية معا كنظامين لكل منهما وظيفته المستقلة"[1].

وفي سبيل النظر في مآل العقاب، وكرأي أصيل أعلن الاتحاد الدولي كمبدأ "تفريد تنفيذ العقوبة "، بحيث يراعى في تنفيذ العقوبة ظروف كل محكوم عليه مع مراعاة تصنيف المحكوم عليهم إلى فئات تبعا لماهية العوامل التي دفعتهم إلى ارتكاب الجريمة"[2].

الفرع السادس: حركتا الدفاع الاجتماعي والدفاع الاجتماعي الحديث.

"لما كان المجتمع لا يستهدف من الجزاء سوى الدفاع عن نفسه ضد الجريمة، فإن سعيه لذلك لا ينبغي أن ينحصر في توقيع الجزاء على المجرم باعتباره مصدرا للإجرام، وإنما ينبغي أن يتطور ليلاءم المشكلة الاجتماعية التي يواجهها برد فعل اجتماعي، وبالتالي فإن عليه أن يتجاوز العقوبة والتدبير ويغوص في عمق المشكلة لدراسة أسبابها وعوامل نشأتها في سبيل علاجها ليصبح القصد من الجزاء إعادة التأهيل الاجتماعي للمجرم بتسوية شذوذه وتعديل طباعه حتى يتكيف من جديد مع المجتمع.

وعلى ضوء هذا الفهم دعا الأستاذ جراماتيكا إلى إلغاء اسم قانون العقوبات وتسميته ب "قانون الدفاع الاجتماع"، وكذلك إلغاء اسم الجريمة وإطلاق وصف "العصيان الاجتماعي"عليها، وإلغاء العقوبة أخيرا والاستعاضة عنها ب"تدابير الدفاع الاجتماعي"، وبالتالي يصبح الهدف هو إصلاح المجرم وتقويمه تمهيدا لعودته إلى حظيرة المجتمع. وإعادة التكيف الاجتماعي يحتاج لا إلى الجزاء بالمفهوم التقليدي، وإنما لتدابير دفاع اجتماعي غرضها الوقاية والعلاج والتربية وأساسها الدراسة العلمية والتجريبية المحكومة بدراسات ومعطيات العلوم الإنسانية... "[3].

([1])– عبد الفتاح مصطفى الصيفي+ محمد زكي أبو عامر: علم الإجرام والعقاب، المرجع السابق، ص:82.

([2])– المرجع نفسه، ص:82.

([3])– محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص:377- 378.

"ونظرا لمغالاة جراماتيكا بالدعوة إلى إلغاء قانون العقوبات فقد كان من الطبيعي أن يقوم "مارك أنسل" بتصحيح مسار الحركة من خلال الإبقاء على قانون العقوبات إلى جانب سياسة جنائية محددة ومقامة على معطيات العلوم الاجتماعية وعلم الجريمة، خارج نطاق قانون العقوبات باعتباره قالبا قانونيا. وتنبثق هذه السياسة الجنائية الحديثة من تلك المقدمة الجوهرية ألا وهي أن الجريمة بما أنها حدث اجتماعي وعمل إنساني فإن الأمر لا ينتهي عندما تحدد الجريمة قانونا وتطبق عليها العقوبة المقررة لها في القانون بل إنه يتبقى من بعد ذلك تفهمها باعتبارها ظاهرة اجتماعية فردية، ومنع ارتكابها أو منع العودة لارتكابها مرة أخرى، والتساؤل عن الموقف الذي يتخذ إزاء فاعلها بصرف النظر عن التكييف القانوني للجريمة"[1]. وفي هذا تظهر فكرة الاعتداد بالمآل في العقوبة في أجلى صورها، بالدعوة إلى تفريد العقاب والابتعاد عن التطبيق الآلي والمجرد للعقوبة المنصوص عليها قانونا .

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاعتبار المآل في تطبيق العقوبة.

"يقصد بتطبيق العقوبة تحديدها بواسطة القضاء تحديدا يبين نوعها ومقدارها في كل حالة تعرض عليه. ويستند القضاء في ذلك إلى القانون الذي يحدد مقدار العقوبات كعمل تشريعي يسبق العمل القضائي ويكون أساسا له"[2].

"ويتحدد الدور الذي يضطلع به القاضي الجنائي بتطبيق قاعدة القانون مع إدخال أكبر قدر ممكن من العناصر الذاتية في دائرة اهتماماته. ينبغي الفصل إذا بين الجانح الذي يتحدث عنه المشرع بشكل تجريدي، والجانح الحقيقي الماثل أمام القاضي، ومعنى هذا أن المشرع حر في تقدير عقوبة السلوك المجرم وفقا للجسامة الموضوعية للجريمة بالدرجة الأولى إذا تعذر عليه إدخال

(1)– مارك أنسل: المرجع السابق، ص:38.

(2)– عبد الله سليمان: المرجع السابق، ج: 2، ص:491.

العناصر الذاتية في هذا التقدير، ولكن يجب عليه في كل الأحوال أن يترك هامشا عريضا للقاضي، بحيث يتمتع بسلطة تقدير معقولة تخوله إعادة ضبط المعادلة التشريعية بما يتفق مع معطيات كل قضية"[1]، وذلك في إطار ما يسمى بالتفريد القضائي للعقوبة، حيث "تقاس العقوبة بحسب الشخصية الإنسانية، وتوزع بطريقة تتعادل مع العناصر المكونة لهذه الشخصية، ومؤهلاتها وأوضاع الفاعل البنيوية والنفسية والاجتماعية والتربوية والعائلية ونسبة خطورته الإجرامية، بحيث لا تطال جميع المجرمين في قضية واحدة بذات القدر المحدد لها، وإنما بالقدر الذي يستحقه كل منهم...فيصبح الإنسان محور العقاب"[2]، حتى يتحقق المآل المعتبر والهدف الجوهري من تطبيق العقوبة، والمتمثل في الردع الخاص،كما سيأتي بيانه فيما بعد[3].

وبالتالي فإن اعتداد القاضي الجنائي بالمآل والمستقبل أثناء تطبيق العقوبة، يمكن عده من ضمن التفريد القضائي للعقوبة.

المطلب الثالث: المآلات المعتبرة في تطبيق العقوبة.

على غرار ما سبق قوله حول المآلات المعتبرة في الفقه الإسلامي والمتمثلة في مآل الفعل الجرمي، ومآل تطبيق وإيقاع العقوبة، أحاول تبينها في القانون كما يلي:

الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.

ويكون الاعتداد بالمآل في الفعل الذي يعتبر جريمة بنص القانون من خلال الركن المادي بالنظر إلى الضرر المستقبلي الناتج عن السلوك، ومن خلال الركن المعنوي بالنظر إلى الباعث والدافع.

الفقرة الأولى: جسامة الخطر: يتمتع القاضي الجنائي في إطار السلطة التقديرية المتاحة له

([1])– أحمد محـــمودة: أزمة الوضوح في الإثم الجنائي، دار هومه، الجزائر، ط:/، 2004م، ج:2 ،ص:970-971.

([2])– فريد الزغـــبي: المرجع السابق،ج:1، ص:351-352 .

([3])– ينظر: ص: 66 من البحث.

من طرف المشرع بصلاحية التقدير الكمي والنوعي للعقوبة، ويعد حجم الضرر الناتج عن الفعل الإجرامي إحدى أهم المعايير التي يأخذها القاضي بعين الاعتبار، حيث يقرر العقوبة المتناسبة وحجم الضرر[1].

وهو في عمله هذا مقيد بالنصوص العقابية، "فهو ملزم بنوع العقوبة المقررة قانونا، وعليه أن يحترم مجال سلطته فلا يتعدى الحد الأقصى بلا قانون ولا يهبط عن الحد الأدنى إلا بتوافر أسباب التخفيف[2].

وبالعودة إلى التشريعات نجدها تعتد بالمآل في تجريم السلوك وإن لم ينتج أثرا ماديا ملموسا إذا ترجح احتمال تحقق نتيجة مستقبلا تكون متوقعة وفقا للمجرى العادي للأمور، ولذلك تفرق بين نوعين من الجرائم "تبعا لضرورة أو عدم تحقق نتيجة معينة لسلوك إجرامي كعنصر لازم للركن المادي. فهناك جرائم السلوك والنتيجة (جرائم الضرر)، وهي التي يتطلب فيها المشرع تحقق نتيجة معينة لاكتمال الجريمة في ركنها المادي. ومثال ذلك جرائم القتل والضرب والجرح. وهناك جرائم السلوك المجرد (جرائم الخطر) وفيها يجرم المشرع الفعل أو الامتناع بغض النظر عن تحقق نتائج عنه أو عدم تحققها. ومثال ذلك جريمة الامتناع عن أداء الشهادة أمام سلطات التحقيق والحكم، وجرائم تعريض الأطفال للخطر، وجريمة شهادة الزور"[3].

"واعتداد القاضي بجسامة الخطر والنتيجة المآلية للسلوك في تقدير العقوبة يكون من خلال إثبات توافر العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة لأن ذلك من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع "[4]، إلا أنه اجتهاد لا يكون إلا في الحدود التي يسمح بها النص، وفي النطاق الذي يرسمه المشرع.

الفقرة الثانية: الباعث: وتصطلح بعض القوانين على تسميته بالدافع، وهو الإحساس بالرغبة في تحقيق مصلحة معينة، يدفع الإرادة – التي هي عنصر في القصد الجنائي– إلى انتهاج سلوك محقق لتلك الرغبة. غير أن الباعث يتميز عن الإرادة يسبقها، ولا يعتبر عنصرا في القصد

([1])– ينظر: أكرم إبراهيم نشأت: السياسة الجنائية، دار الثقافة، الأردن، ط:1، 1427ه -2008م، ص: 160 .

([2])– عبد الله سليمان : المرجع السابق،ج: 2، ص: 494 .

([3])– مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص:138-169، بتصرف يسير.

([4])– مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص:170.

الجنائي[1].

و"عرفته المادة 192 من القانون اللبناني بأنه: "العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتوخاها ". فالباعث بحسب المادة يمكن أن يقع على إحدى صورتين:

-**صورة العلة**: في معنى السبب الباعث على ارتكاب الفعل الجرمي، إذ لا يمكن أن تكون هناك جريمة بدون سبب، وهذا السبب هوا لعامل النفساني والباطني في شخص الفاعل المبني على العواطف والأهواء والميول والنزوات والرغبات التي تحرك إرادته وتسيطر عليها وتتحكم بها وتوجهها وتسيرها نحو تحقيق الأفعال التنفيذية.

-**صورة الغاية**: في معنى الهدف العملي من اقتراف الفعل الجرمي، إذ لا جريمة بدون غاية، وهي النتيجة الشخصية التي يتوخاها الفاعل ويرتجيها ويرمي إلى إحداثها، و يسعى للحصول عليها عبر العمل الذي قام به من أجلها"[2].

وبالتالي "تختلف البواعث على ارتكاب الجريمة باختلاف الأشخاص...إلا أنها لا يعتد بها في ارتكاب الجريمة مهما كان نوعها، فالجاني يسأل عن القتل العمد متى اتجهت إرادته إلى إزهاق روح المجني عليه، سواء كان الباعث له على القتل الانتقام من المجني عليه أو الطمع في الاستيلاء على ماله أم إشفاقا عليه...أو أي باعث آخر عادي أو شريف أو دنيء.

غير أن للباعث دورا بارزا في توجيه القاضي عند ممارسته سلطته التقديرية في تحديد العقوبة ضمن حدود العقوبة المقررة للجريمة في القانون، كما نص على ذلك بصريح العبارة القانون الإيطالي والليبي، وكما نصت قوانين أخرى على اعتبار الباعث الشريف عذرا مخففا والباعث الدنيء ظرفا مشددا"[3].

و"تعد طبيعة البواعث التي حركت الجاني ودفعته إلى ارتكاب الجريمة من العوامل التي تؤثر في ضمير القاضي ووجدانه عند تقدير العقوبة"[4].

الفرع الثاني: مآل تطبيق العقوبة.

([1])– أكرم إبراهيم نشأت: المرجع السابق، ص:162.

([2])– فريد الزغـــبي: المرجع السابق، ج:3، ص:127-128.

([3])– أكرم إبراهيم نشأة: المرجع السابق، ص:162- 163.

([4])– عوض محمد: المرجع السابق، ص: 250.

والمآلات التي يعتد بها القاضي عند تطبيق العقوبة إما أن تكون مصلحة يسعى لتحقيقها، أو مفسدة متوقعة غالبة يعمل على دفعها وردها، في الحدود التي يسمح بها المشرع.

الفقرة الأولى: المنفعة المستقبلية للعقوبة. إن السياسات العقابية بمختلف اتجاهاتها ترمي من وراء العقوبة إلى تحقيق أغراض وأهداف معينة تتمثل في" الوظائف المنوطة بها، أو فاعليتها في إحداث الآثار المترتبة عليها والتي من أجلها تستخدمها الدولة كرد فعل حيال الجريمة.

وفاعلية العقوبة بالنسبة للماضي يعبر عنها بالزجر حيث يجازى الجاني على السلوك الإجرامي الذي حققه فعلا، وثبتت مسؤوليته عنه"[1]. ويعبر عنه أيضا ب"تحقيق العدالة"الذي من شأنه أن يعيد للعدالة كقيمة اعتبارها الاجتماعي، وإعادة التوازن القانوني، وإرضاء شعور اجتماعي يتأذى بالجريمة، ويتطلب الإشباع في صورة العقوبة"[2].

أما بالنسبة للمستقبل فوظيفتها هي الردع العام والخاص في الوقت ذاته. و"الردع العام يتحقق بما تباشره العقوبة على نفوس الآخرين خلاف الجاني، أما الردع الخاص فيتوافر بما تؤثر به العقوبة على نفسية الجاني ذاته، بمنعه من ارتكاب جرائم مستقبلة"[3].

فمختلف الاتجاهات الفكرية والفلسفية، ومختلف الثقافات تشكل اليوم اتفاقا تاما على أنه ينبغي أن تكون للعقوبة "منفعة مستقبلية تتمثل في إصلاح الجناة ومكافحة الجريمة، وليس مكافحة المجرم في حد ذاته...كما أن العقوبة في حد ذاتها رغم ضرورتها لا تفيد في شيء وبخاصة إذا تعلق الأمر بفعل إجرامي حدث وانتهى، فهي على سبيل المثال لن تعيد الأمور على ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الإجرامي، ومن هنا اكتسبت فائدة العقوبة صفتها المستقبلية. أما المستفيد من هذه المنفعة فينبغي أن يكون بالدرجة الأولى المجتمع بأسره، ثم بعد ذلك الفرد الجاني على نفسه"[4].

والذي يعنينا هنا إنما هو الغرض المتعلق بالمستقبل والذي يتسنى للقاضي الاجتهاد في تحقيقه مستقبلا والذي يتمثل في الردع الخاص، ومعناه "علاج الخطورة الكامنة في شخص المجرم على

([1])– مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص: 622.

([2])– محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص:234.

([3])– مأمون محمد سلامة : المرجع السابق، ص: 622.

([4])– مضواح بن محمد آل مضواح: المنفعة المستقبلية للعقوبات الجنائية من منظور إصلاحي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1430ه –2009م، ص: 6.

المجتمع والاجتهاد في استئصالها، لأن للردع طابعا فرديا إذ يتجه إلى شخص بالذات ليغير من معالم شخصيته، ويحقق التآلف بينه وبين القيم الاجتماعية، ويفترض الردع الخاص من هذه الوجهة الاعتداد بالظروف الفردية، ويجتهد في الملائمة بين أساليبه وبين هذه الظروف"[1].

الفقرة الثانية: المفسدة المتوقعة الغالبة: إن العقوبة تكون ذات منفعة مستقبلية بقدر ما تحققه من الأهداف المستقبلية، ومما لا يرقى الشك إليه أن "العقوبة تكون ذات مضرة آنية ومستقبلية على الجاني وعلى المجتمع وأمنه واستقراره حين تفشل في تحقيق المنفعة المستقبلية المتوخاة من ورائها، وفي المقابل فمن الطبيعي أن يتم التركيز على عقوبة بعينها عندما يتوافر ما يؤكد أنها تحقق من تلك المنفعة التي لا تستطيع أن تحققه عقوبة أخرى ذات طبيعة أخرى أو بديلة، للفعل نفسه"[2]. على أن اعتداد القاضي بهذه المفسدة لا يكون إلا فيما هو يسمح به المشرع والنص.

خلاصة الفصل الأول.

بعد توظيف قاعدة النظر إلى المآل في العقوبات، ومحاولة سحب ذلك على العقوبات في القانون والظفر بما يوازيه ويقابله في الفكر الجنائي الحديث والمعاصر، يمكن التوصل إلى أمور، أجملها في النقاط التالية:

-استنادا إلى ماهية قاعدة النظر إلى المآل وطبيعتها، وبالنظر إلى فكرة العقوبة، يكون المقصود بإعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة، هو اجتهاد القاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتنزيلها على الوقائع الجرمية وفق قاعدة النظر إلى المآل، من خلال الاعتداد بمآلات الأفعال الجرمية، وما ينجر عنها من نتائج ضررية، وكذا من خلال الاعتداد بمآلات الحكم بعقوبة ما، ومدى إفضائها إلى المقاصد الشرعية، وتحقيقها لها.

([1])– محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص:236 .

([2])– مضواح بن محمد آل مضواح: المرجع السابق، ص: 8.

– تتمثل المآلات المعتبرة من طرف القاضي أثناء تطبيق العقوبة، في مآل الفعل الجرمي المرتب للعقاب ابتداء، ومآل التطبيق عموما، والمتمثل في مقاصد الشرعية من العقوبة. والتي تتمثل بدورها في مصلحة تجلب، أو مفسدة تدرأ.

– يستند الاجتهاد في العقوبة وفق هذه القاعدة تحديدا، إلى أسس، تتمثل في منزلة العقوبة بين المقاصد والوسائل، ومبدأي العدل، والمصلحة اللذان يعتبران قطبي الشريعة المحمدية، ومحور أحكامها، وقواعدها، وكذا مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة، أحد أهم المبادئ الجوهرية المؤسسة للعقوبة العادلة.

– بعد تتبع فكرة اعتبار المآل والمستقبل في العقوبة في المدارس العلمية يتبين أن هذه الأخيرة، وإن اختلفت وتضاربت في الأفكار والفلسفات التي تؤسس عليها العقاب، إلا أنها تتفق في مجملها حول الدعوة إلى أن تكون العقوبة هادفة، لها مقاصد وغايات ترجى من خلالها وتتطلع لتحققها مستقبلا، وبالتالي فإن فكرة اعتبار المآل في العقوبة لها أصل ومكان في المنظومة القانونية الوضعية وإن غابت التسمية واختلفت الكيفية.

– بالنظر إلى اعتبار المآلات في العقوبة في الفقه الإسلامي، وبالنظر إلى عمل وصلاحيات القاضي الجنائي في القانون، يمكن القول إن اجتهاده بالنظر إلى المآل والنتائج المستقبلية، هو صورة من صور الاجتهاد القضائي في سبيل تفريدها، من خلال ممارسته لسلطته التقديرية والوسائل الشرعية المتاحة له في الحدود التي يرسمها المشرع.

– على غرار الفقه الإسلامي، تتمثل المآلات المعتبرة من طرف القاضي فيما ينجر عن الأفعال الجرمية، وكذا الغرض المآلي للعقوبة، المتمثل في المنفعة المستقبلية لها، وهي تحقيق الردع، ومنع تكرار الجريمة، أو المفسدة الراجحة الغالب تحققها، إن طبقت العقوبة.

– إن اعتبار القاضي للمآل في تطبيق العقوبة في القانون يثير إشكالات لعل أهمها: مبدأ الشرعية، والتعارض بين أغراض العقوبة.

أولا: مبدأ الشرعية: يمكن القول إن من الوظائف الأساسية لقاعدة النظر في المآل ما يمكن تسميته بوظيفة "المراجعة"، أي التحقق والتأكد من أن ما يطبق من عقوبة يكون مرتبا للآثار والأهداف المرجوة منها ومتوافقا وروح الشريعة، أثناء عملية تطبيق وتنزيل الأحكام عموما.

وهي وظيفة يمكن للقاضي الجنائي ممارستها في الفقه الإسلامي، حتى أثناء تطبيق العقوبات النصية (التوقيفية). لأن ذلك يدخل في صلاحياته وتسمح به طبيعة اجتهاده. إن عمله لا تقيده النصوص الحرفية المنتهية، وإنما يتم في إطار نسق عام شامل ومتكامل مداره العدل، ومقاصد الشريعة ومبادئها العامة.

أما في المنظومة القانونية فإن مبدأ الشرعية يعني التقيد الحرفي بالنصوص العقابية، ووظيفة المراجعة التي تقدمها قاعدة النظر إلى المآل تغدو عملية صعبة أثناء تطبيق العقوبة، والقاضي لا يجد متسعا لممارستها إلا في الحدود التي تسمح بها النصوص.

ويثار هذا الإشكال بصورة أكبر في حالة اعتبار مآل الفعل والسلوك، فلا عقوبة إلا على السلوك المنصوص عليه حرفيا مهما كانت درجة الخطر المتوقع، ومهما كان احتمال وقوعه كبيرا.

ثانيا: التعارض بين أغراض العقوبة: يتردد فلاسفة وفقهاء القانون بين تيارين في القول بالأغراض المبررة للعقاب[1]. تيار العدالة المطلقة الذي يؤسس العقاب ويبرر له من خلال "العدالة". والتيار النفعي الذي يؤسس العقاب ويبرر له من خلال المنفعة، بمنع وقوع جرائم مستقبلة.

ونظرية "العدالة"التي تمسك بها كل من كانت وهيجل وأقطاب المدرسة التقليدية كأساس وغرض للعقوبة مفادها أن العدالة كقيمة من شأن العقاب رد اعتبارها الاجتماعي، أي أن ما يبرر العقاب هو أن الجريمة كشر لا بد من أن يقابل بشر مثله لإعادة التوازن القانوني.

و الملاحظ على هذين الغرضين أنهما قد يتعارضان، مما يجعل عملية الجمع والتنسيق بينهما صعبة، مما يستدعي ترجيح أحدهما على الآخر.

وهذا المفهوم الخاص للعدالة والذي هو بمعنى القصاص ومقابلة الشر بالشر يمكن ملاحظته بشكل واضح ومحدد في عقوبات القصاص في الفقه الإسلامي. إلا أن اعتباره يكون في إطار مبدأ ومقصد العدل المهيمن على كل الأحكام، ويكون ملغى لا اعتبار له حتى في عقوبات القصاص متى عارض وناقض مبدأ العدل، لذلك يسقط القصاص في الكثير من الحالات إذا كان التمسك بحق القصاص والإصرار عليه يخرم مبدأ العدل المهيمن.

([1]) – ينظر إلى: مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص:588– 589.محمود نجيب حسني: المرجع السابق. ص: 234.

ويترتب على هذا الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون في التعامل مع مبدأ العدالة المطلقة (القصاص) أنه لا إشكال ولا تصادم في الجمع والتنسيق، والترجيح بين مبدأ العدالة ومبدأ المنفعة بتحقيق الردع الخاص في الفقه الإسلامي.

أما في القانون فإن الالتفات إلى المنفعة المستقبلية بتحقيق مقصد الردع الخاص يصطدم ومبدأ العدالة المطلقة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

✍الفصل الثاني:

أثر قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

في هذا الفصل أحاول بيان مدى وكيفية تأثير قاعدة النظر إلى المآل في العقوبات في الفقه الإسلامي، من خلال المبحث الأول. وفي مبحث آخر أحاول بيان مدى وكيفية تأثير اعتبار المآلات في العقوبات في القانون. وفي الأخير بيان مدى الاتفاق والاختلاف بين المنظومتين.

المبحث الأول: أثر قاعدة النظر في المآل في العقوبة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أثر المآلات في العقوبة في القانون.

خلاصـــــــة الفصـــــل الأول.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: أثر قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة في الفقه الإسلامي.

من خلال ما سبق تبين أن إعمال قاعدة النظر في المآل في العقوبة يكون إما بالنظر في مآل الفعل الجرمي وما يفضي إليه من نتائج وتداعيات وإما بالنظر في مآل تطبيق العقوبة وإيقاعها.
وبالنظر إلى طبيعة القاعدة وصنفي العقوبة، أجد أن تأثير القاعدة في العقوبة التفويضية لا يثير الصعوبة التي يثيرها تأثير القاعدة في العقوبة التوقيفية، لأن هذه الأخيرة ثابتة بالنصوص الصريحة التي تجعل إعمال القاضي لقاعدة المآل فيها عملا صعبا. لذلك فإني ارتأيت التعرض للعقوبة التوقيفية في ثلاثة مطالب، وخصصت مطلبا واحدا للعقوبة التفويضية.

المطلب الأول: أثر قاعدة النظر إلى المآل في إسقاط العقوبة التوقيفية.

المطلب الثاني: أثر قاعدة النظر إلى المآل في تشديد العقوبة التوقيفية.

المطلب الثالث: أثر قاعدة النظر إلى المآل في تخفيف العقوبة التوقيفية.

المطلب الرابع: أثر قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة التفويضية.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: أثر قاعدة النظر في المآل في إسقاط العقوبة التوقيفية.

المقصود بإسقاط العقوبة هو العدول عنها، وإفلات الجاني منها بعد ثبوت ما يوجبها، لأمر تقتضيه المصلحة والعدل، وتمليه روح الشريعة ومبادئها العامة.

ويمكن لقاعدة النظر في المآل أن تكون مسقطة للعقاب، من خلال اعتبار مآلات الأفعال أو من خلال اعتبار مآلات التطبيق عموما. ويمكن توضيح ذلك كما يلي:

الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.

يمكن لمآل الفعل الجرمي التأثير بإسقاط العقوبة، عندما يرتكب الجاني الفعل الموجب للعقوبة، ولكن لهذا الفعل نتيجة تعقبه تتمثل في تحقيق مصلحة راجحة معتبرة شرعا، فيكون الدافع لارتكاب الجرم والتعدي على حد الله، الضرورة الملجئة، بأن "تطرأ على الإنسان حالة الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو العضو، أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته، دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع"[1].

"فيرتفع الإثم والمؤاخذة الأخروية عند الله تعالى، وقد ينضم إلى ذلك امتناع العقاب الجنائي كما في حال الدفاع الشرعي." [2] أو ما يسميه الفقهاء القدامى بدفع الصائل. والذي يعرف بأنه "واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع الاعتداء "[3].

فهو "لو منع من ذلك لأدى إلى تلفه وأذاه في نفسه وحرمته وماله ولأنه لو لم يجز ذلك لتسلط الناس بعضهم على بعض وأدى إلى الهرج والمرج"[4].

فتعين لذلك سقوط القصاص إذا لم يندفع الصائل إلا بقتله[5]. وسقوطه عن المرأة التي

([1])- وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 4، 1405ه-1985م، ص:67-68.

([2])- المرجع نفسه، ص: 226.

([3])- عبد القادر عودة: المرجع السابق، ج:1، ص: 473.

([4])- البهوتي:كشاف القناع، تحقيق: محمد الضناوي، عالم الكتب، بيروت، ط: 1، 1417ه-1997م،ج:5، ص:132.

([5])- ابن قدامة: المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط:3، 1417ه-1997م،

أرادهـــا رجل عن نفسها، و لم تستطع دفعه إلا بقتله[1]. وسقوط حد الشرب على من لم يندفع عطشه المفضي إلى هلاكه إلا بشرب الخمر[2].

الفرع الثاني: مآل التطبيق.

إذا كانت العقوبة وسيلة يرجى منها تحقق مقصود الشرع منها فإن سقوط الأخير يستوجب سقوطها، ومقصود الشرع في مجمل أحكامه الشرعية بما فيها أحكام العقوبة تتمحور حول جلب مصلحة أو درئ مفسدة.

ومآل التطبيق الذي يتمثل إما في تحقيق مقصد الردع والزجر وإما في درء المفسدة الراجحة يؤثر في سقوط العقوبة، متى أفضى إيقاع العقوبة إلى مفسدة يغلب حدوثها وفق السير العادي للأمور.

هذا ما يظهر من خلال ما يلي:

الفقرة الأولى: سقوط القصاص: من المقرر في الفقه الإسلامي أن من شروط إيقاع القصاص في الجروح المماثلة والأمن ما التعدي، والمعاقبة بالمثل، يقول تعالى: (**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**)[3]. وبناء على هذا الأصل فإن مما يتفق حوله العلماء، أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة من الشجاج، وكسور العظام وإن كان الاعتداء عمديا[4]، لأن إيقاع القصاص في هذه الحالة يفضي إلى الحيف وربما إلى هلاك المقتص منه.

جاء في العـــدة في شروط استفاء القصاص: "...الأمن من التعدي، بحيث يمكن الاستيفاء بغير حيف فإن كـــان قطع طرف، "بأن" يكون "من مفصل" وإن كـــان جرحا فبأن ينتهي إلى

ج:12 ، ص:531 -533.

([1])- ابن قدامة: المصدر السابق، ج:12 ، ص:533.

([2])- الدسوقي: حاشية الدســـوقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ط:/، س:/، ج:4، ص:352.

([3])- سورة: البقرة، الآية 194.

([4])- ابن عابدين: المصدر السابق، ج: 10، ص:243. الكاساني: المصدر السابق،ج:7، ص:309 القرافي: الذخيرة، المصدر السابق، ج:12،ص:328. الشيرازي: المصدر السابق، ج:5، ص:31. ابن قدامة: المصدر السابق، ج:11، ص: 531. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، تحقيق: عامر الباز، دار الوفاء، المنصورة، ط:3، 1326ه-2005م، ج:28، ص: 209.

عظم "كالموضحة"[1] وما عدا هذا كالجائفة[2] وما دون الموضحة من الشجاج أو فوقها أو قطع الطرف من غير مفصل كقطع اليد من الساعد أو العضد أو الرجل من الساق أو الفخذ فلا قصاص فيـــه عند أكثرهم. لأنه لا يمكن المماثلة فيها ولا تؤمن الزيادة عليها ولا يمكن أن يستوفى أكثر من الحق، فسقط القصاص ..." [3].

وفي الاستذكار:"...والذي عليه جمهور العلماء وجماعة أئمة الفتوى بالأمصار أنه لا قود في مأمومة[4] ولا في جائفة ولا منقلة[5]، لأنه مخوف من تلف النفس" [6].

بهذا يظهر أنه متى أفضت عقوبة القصاص إلى الحيف ونقض مبدأ العدل، بأن رجح التلف وهلاك النفس. وجب سقوطها واستبدالها بالدية والأرش، وهي عقوبة من شأنها تفادي تلك المفسدة.

الفقرة الثانية: سقوط التغريب على المرأة: التغريب، إخراج الزاني عن موضع إقامته بحيث يعد غريبا[7]. وإذا كان التغريب في جانب الرجل له مغزاه وفائدته باعتبار أنه يساعد الناس على نسيان جريمته وعقوبته، ويجعله في جو بعيد وآمن من التعيير الذي يولد في نفسه الخزي والذلة، مما يسهل توبته واستقامته[8]، فإن الأمر يختلف إذا كان في جانب المرأة فهو"لا يصلح حدا لما فيه من الإغراء على ارتكاب الفاحشة دون الزجر[9].

([1])- معنى الموضحة عند جماعة العلماء ما أوضح العظم من الشجاج، فإذا ظهر من العظم شيء قل أو كثر فهي موضحـــة. وفي معناها أيضا كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ في قول أكثر أهل العلم...ابن قدامة: المصدر نفسه، ج:11، ص:532، ابن عبد البر: المصدر السابق،ج:25، ص:120.

([2])- الجائفة في البدن وهي التي تصل إلى الجوف، ابن قدامة: المصدر السابق، ج:11، ص : 539.

([3])- المقدسي: المصدر السابق، ص: 490.

([4])- المأمومة شجاج الرأس وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ لأنها تجمعه فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ. ابن قدامة: المصدر السابق، ج:11، ص: 539.

([5])- الْمُنَقِّلَةُ التي تكسر عظم الرأس حتى يتشظى فَتُسْتَخْرَجُ عظامه من الرأس لِيَلْتَئِمَ و إنما قيل لها الْمُنَقِّلَةُ لأن عظامها تُنَقَّلُ وقد يقال لها الْمَنْقُولَةُ. الشافعي: الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، ط:1، 1422ه-2001م، ج: 7، ص: 192.

([6])- ابن عبد البر: المصدر السابق، ج:25، ص:133.

([7])- الشوكاني: نيل الأوطار، دار ابن القيم، الرياض، ط:1، 1426ه-2005م، ج:9، ص:13.

([8])- محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 90. بتصرف.

([9])- السرخسي: المصدر السابق، ج: 16، ص:127.

وبناء على هذا النظر المصلحي أسقط الإمام مالك النفي على النساء، لأن فيه إعانة على إفسادها وتعرضها للزنا[1]. ففيه نقض وإبطال للمقصود من إقامة الحد، وهو المنع من الفساد وليس الوقوع فيه.

فمتى لاح للمجتهد تحقق مفسدة راجحة يغلب وقوعها من وراء العقوبة كان له الحكم بسقوطها، لأن التمسك بها عندئذ يكون نقضا لمقصود الشرع.

المطلب الثاني: أثر قاعدة النظر إلى المآل في تخفيف العقوبة التوقيفية.

يختلف تأثير المآلات في تخفيف العقوبة التوقيفية تبعا لاختلاف المآلات المعتبرة، التي يمكن أن تكون مآلات الأفعال الجرمية، أو أن تكون مآلات الإيقاع والتطبيق.

الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.

إن مآلات الأفعال الجرمية الموجبة للعقوبات التوقيفية لا يسوغ للقاضي الاعتداد بها عند تقدير العقوبة ولا يمكن لمآلات الأفعال التأثير في تخفيف العقوبة. فمتى تم فعل القتل وجب القصاص، ومتى تم فعل الزنا وجب الجلد مائة، ومتى تم فعل القذف وجب الجلد ثمانين...وبالتالي ليس للقاضي في هذه الحالة الاعتداد بمآل الفعل، لأن النتيجة الابتدائية تمثل العلة[2] في إيقاع العقوبة المحددة النوع والقدر.

وللسبب ذاته "لا يؤثر الدافع في تخفيف العقوبة التوقيفية مهما كان شريفا"[3].

([1])- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مطبعة دار السعادة، مصر، ط:/، 1323ه، ج:16، ص:236. القرافي: الذخيرة، المصدر السابق، ج:12، ص: 88. ابن رشد: المصدر السابق، ص: 688.

([2])- للعلة عند الأصوليين ثلاثة معان هي:

- ما يترتب على الفعل من نفع أو ضرر وهي الحكمة، ومثال ذلك ما يترتب على القتل من ضياع النفوس و إهدارها.
- ما يترتب على تشريع الحكم من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وهي العلة الغائية. ومثال ذلك ما يترتب على القصاص من حفظ النفوس .
- الوصف الظاهر المنضبط الذي يترتب عللا تشريع الحكم عنده مصلحة للعباد. ومثال ذلك وصف"القتل العمد"فإنه علة في وجوب القصاص. وهذا المعنى الأخير هو المقصود هنا. وليد بن علي الحسين: المرجع السابق ،ج:2، ص:483.

([3])- عبد القادر عودة: المرجع السابق، ج:1، ص: 411-412. أحمد فتحي بهنسي: الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج: 4، ص: 236.

الفرع الثاني: مآل التطبيق.

إن عدم إمكانية الاجتهاد في العقوبات التوقيفية في مقدارها بالزيادة والنقصان لا ينفي مشروعية الاجتهاد في تنزيلها، والنظر في مدى تحقيقها للمصلحة والعدل وموافقتها لمقاصد الشريعة ومبادئها العامة.

وبالتالي فإن قاعدة النظر إلى المآل تؤثر في تطبيق العقوبة التوقيفية بالتخفيف. ولعل الأمثلة الموالية تبين ذلك.

الفقرة الأولى: التخفيف بتأجيل الحد لعارض: لما كانت عقوبات القصاص والحدود في مجملها بدنية فإن إقامتها في بعض الحالات تفضي إلى إلحاق المشقة الزائدة وإتلاف النفس، لوجود عارض كالمرض أو الحر أو البرد. لذلك ذهب جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية إلى القول بتأخير إقامة الحد حتى زوال العارض، فربما ينضم ألم الجلد إلى ألم المرض فيؤدي إلى الإتلاف والحد إنما يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا[1].

ويذهب الحنابلة إلى أنه لا يؤخر الحد بسبب المرض أو الحر أو برد أو ضعف لحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض[2]. إلا أنهم يقولون بتأخير القطع إذا خيف التلف، وبأنه إذا خيف من السوط أقيم بطرف الثوب، وعثكول[3] نخل[4] ولا شك في أن هذا تخفيف أيضا.

الفقرة الثانية: التخفيف بتأجيل الحد على الغزاة: يذهب الأحناف إلى القول بأن من أتى من الغزاة حدا، أو ما يوجب قصاصا في أرض العدو لم يقم عليه حتى يقفل فيقام عليه حده[5]. خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله- من تعطيله أو تأخيره- من لحوقه بالمشركين حمية

([1])- السرخسي: المصدر السابق، ج:9، ص: 100. مالك ابن أنس: المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج:16، ص:250. ابن رشد: المصدر السابق، ص:690. الشافعي: المصدر السابق، ج:7، ص:382.

([2])- البيهقي: السنن الكبرى،كتاب الأشربة، باب من وجد منه ريح شراب، المصدر السابق، ج:8، ص:548.

([3])- عثكول: بوزن عصفور، هو الضغث. كأن يؤخذ ضغث به مائة شمراخ. والضغث: كل ما جمع وقبض عليه بجمع الكف ونحوه، والشمراخ: الغصن الدقيق. ينظر: البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، المصدر السابق، ج:6، ص:172.مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص: 493+ 540.

([4])- البهـــوتي: شرح منتهى الإيرادات، المصدر السابق، ج:6، ص:172-173. ابن قدامة: المصدر السابق، ج: 12، ص: 329.

([5])- ابن قدامة: المصدر نفسه، ج: 13، ص: 17.

وغضبا[1].

وهو قول يكشف عن أثر المآل في تأخير العقوبة حتى يزول العارض الذي يجعل من العقوبة مفسدة بإفضائها الغالب إلى مفسدة الارتداد والكفر فتعين درؤها.

الفقرة الثالثة: التخفيف بإبدال الحد تعزيرا: مما يتفق حوله في الفقه الإسلامي، أن السارق تقطع يده اليمنى في السرقة الأولى[2]، ورجله اليسرى في السرقة الثانية[3]. واختلفوا في السرقة الثالثة والرابعة على قولين. فذهب المالكية والشافعية إلى القول بقطع اليد اليسرى في الثالثة، والرجل اليمنى في الرابعة[4]. وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا قطع بعد السرقة الثانية استحسانا، وإنما يحبس و يعزر حتى تظهر توبته[5]. وعمدتهم في ذلك أدلة من بينها ما روي عن سيدنا علي- ض – أنه أوتي بسارق فقطع يده، ثم أتي به فقطع رجله، ثم أتي به فقال: أقطع يده بأي شيء يتمسح، وبأي شيء يأكل، ثم قال: أقطع رجله على أي شيء يمشي، إني لأستحي من الله. قال: ثم ضربه وخلده السجن"[6].

وفي هذا القول يبدو تأثير المآل واضحا في تخفيف العقوبة لما في قطع الأطراف الأربعة من إتلاف للنفس.

([1])- ابن القيم: إعلام الموقعين، المصدر السابق، ج:2، ص:7.

([2])- ابن عبد البر: المصدر السابق،ج: 24، ص: 188.

([3])- القرافي: الذخيرة، المرجع السابق، ج:12، ص: 184. الماوردي: الحاوي الكبير، المصدر السابق،ج: 13، ص:321. البهوتي: شرح منتهى الإيرادات، المصدر السابق، ج:6، ص: 256. الكاساني: المصدر السابق: ج:7، ص:86. ابن قدامة: المصدر السابق، ج:12، ص:440.

([4])- القرافي: الذخيرة، المصدر السابق، ج:12، ص:181. الدسوقي: المصدر السابق، ج:4، ص:332-333. الماوردي: الحاوي الكبير المصدر السابق، ج:13، ص:321.

([4])- السرخسي: المصدر السابق، ج:9، ص:166. الكاساني: المصدر السابق، ج:7، ص:86. المقدسي: المصدر السابق، ص: 552. ابن قدامة: المصدر السابق، ج:12، ص: 446.

([6])- البيهقي: السنن الكبرى، كتاب السرقة، باب السارق يعود فيسرق ثانيا وثالثا، المصدر السابق، ج: 8، ص:477.

المطلب الثالث: أثر قاعدة النظر في المآل في تشديد العقوبة التوقيفية.

لقد وضعت شروط وضوابط قوية لكل جناية، وبالأخص ما تعلق بالحدود والقصاص والدية، وذلك لغلظة أحكامها، ووجوب حماية ظهور المؤمنين منها، إلا في حد أو حق"[1]. والقول بالزيادة عليها، قول يحتاج إلى تثبت وحذر، وسند قوي يقوم عليه.

الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.

إذا كان اعتبار مآل الفعل في تخفيف عقوبات القصاص والحدود متعذرا ولا تأثير له، فإن اعتباره في تشديد العقوبة ممكن ومطلوب، عند من يرى جواز الزيادة على الحد بتعزير.

يقول ابن العربي في معرض حديثه عن صفة الضرب بالسوط :"...وهذا ما لم يتتابع الناس في الشر، ولا احلولت لهم المعاصي، حتى يتخذوها ضراوة ويعطفون عليها بالهوادة، فلا يتناهوا عن منكر فعلوه، فحينئذ يتعين الشدة ويزاد الحد لأجل زيادة الذنب ..." [2].

ويوافقه في هذا القرطبي، حيث يقول بعد أن ذكر كلام ابن العربي السابق :"...ولهذا والله أعلم زيد في حد الخمر حتى انتهى إلى ثمانين..." [3]. حيث ورد عن عمر أنه استشار الصحابة في حد الخمر لما انهمك الناس في شربها، فأشار عليه علي – ض- بحد الفرية والجلد ثمانون بقوله:

"نراه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون"[4].

وهو اجتهاد مبني على اعتبار المآلات وما سيسفر عنه الفعل غالبا، ما يستدعي إيقاع عقوبة تتناسب وجسامة الضرر المتوقع، حتى يتحقق مقصد الردع والزجر.

أما الدوافع فإن هناك من يقول بأنها لا تؤثر في العقوبات التوقيفية[5]، والواقع أنه يمكن أن تؤثر بالتشديد إذا كانت دنيئة وأمكن إثباتها، يشهد لذلك أن الذي يقتل بدافع تعجيل الميراث

([1])- عبد الله الهلالي: قاعدة لا ضرر و لا ضرار، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط:1، 1426 ه- 2005 م، ج:1، ص:214 .

([2])- أحكام القرآن، المصدر السابق، ج:3، ص:335.

([3])- الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، ج:15، ص:111.

([4])- سبق تخريجه، ينظر: ص: 23.

([5])- ينظر: عبد القادر عودة : المرجع السابق، ج:1، ص:411. أحمد فتحي بهنسي: الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج: 4، ص:236.

تكون عقوبته إضافة إلى القصاص الحرمان من حقه في الميراث معاملـــة له بنقيض قصده، وحتى لا يتخذ ذريعة إلى تعجيل الميراث[1].

كذلك فإن الإمام مالك- ر- أثبت عقوبة القتل قصاصا في حق المسلم الذي يقتل الذمي غيلة، أي إذا كان الدافع لفعل القتل أخذ ماله[2].

الفرع الثاني: مآل التطبيق.

استنادا إلى القول السابق بجواز الزيادة على الحدود بتعزير، فإنه يمكن لمآل التطبيق أن يؤثر بتشديد العقوبة أثناء تنزيلها وتطبيقها وذلك عندما يجتهد القاضي في تحقيق المقصد المآلي للعقوبة الذي يتمثل في الردع والزجر. لأن الجرم واحد، والوقائع متعددة، والمذنبون يختلفون فيما يردعهم .كزيادة وصف على الجرم يوجب التشديد.

ومما يمكن الاستناد إليه في هذا هو" ما قضى به علي- ض- لما أوتي بسكران في رمضان فضربه مائـــة، ثمانين حد الخمر وعشرين لهتك حرمة الشهر[3]، فهكذا يجب أن تركب العقوبـــات على تغليظ الجنايات وهتك الحرمات... [4].

والزيادة على الحد لزيادة الذنب تكون على الوجه الذي يحقق المصلحة الشرعية، فهي ليست انتقاما محضا، وإنما هي التماس للعقوبة الرادعة للجاني من التجرؤ مستقبلا على انتهاك الحرمات.

([1])- ينظر ص: 44.

([2])- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج:16، ص:427، الحطاب: المصدر السابق، ج: 8، ص: 293.

([3])- ابن أبي شيبة: المصنف،كتاب الحدود، ما جاء في السكران متى يضرب... مكتبة الرشد، الرياض، ط:1، 1425ه-2003م، ج: 9، ص:386.

([4])- ابن العربي: المصدر السابق، ج:3، ص: 335.

المطلب الرابع: أثر قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة التفويضية.

يمكن القول إن العقوبات التفويضية هي المجال الرحب لاعتداد القاضي بالمآلات والنتائج المستقبلية للأفعال الجرمية والتطبيق والتنزيل عموما. لأن الأصل في هذه العقوبات أن القاضي هو من يختارها حسب كل واقعة و نازلة.

واعتمادا على الأصل فإن اعتداد القاضي بالمآلات عند تطبيقه للعقوبة لا يثير إشكالا سواء تعلق الأمر بمآلات الأفعال الجرمية، إذ يمكنه الالتفات إلى الآثار المستقبلية الأكثر جسامة، وإلى الدوافع في تقدير العقوبة تخفيفا وتشديدا، أم تعلق الأمر بمآلات التطبيق والتنزيل عموما.

فقاعدة النظر في المآل يمكن أن تؤثر في العقوبة التفويضية بالتخفيف والتشديد والإسقاط متى رأى القاضي المصلحة في ذلك.

ولعل ما يمكن الاستشهاد به هنا هو ما أشار به سيدنا علي على عمر بن الخطاب- رضي الله عنهما- عقوبة للشرب حيث نظر فيما يؤول إليه فعل السكر غالبا، وهو القذف والنيل من الأعراض، فأوقع له حد الفرية[1]. فنظر في مآل الفعل واعتد به في اختيار العقوبة الملائمة.

والقاضي إذ يجتهد وفق هذه القاعدة يجتهد في حدود ما تسمح به مبادئ الشريعة العامة من مصلحة وعدل.

(1)- سبق تخريجه .ص: 23.

المبحث الثاني: أثر المآلات في العقوبة في القانون.

لما كان القاضي الجنائي في المنظومة القانونية أثناء عملية تطبيق العقوبة مقيدا بالنصوص العقابية، فإن اعتداده بالمآلات لا يكون إلا في الحدود التي يرسمها المشرع ومن خلال الوسائل القانونية المتاحة له والتي تمكنه من التفريد القضائي العقوبة.

والقاضي إذ يعمل على تفريد العقوبة يجد نفسه إما ملزما باعتبار المآلات في حالات يحددها المشرع، وإما مختارا في أعتباراها في حالات أخرى.

لذلك فإني من خلال هذا المبحث أحاول بيان أثر المآلات في العقوبة في الحالات الملزمة للقاضي، وفي الحالات الجوازية أحاول بيان إلى أي مدى يمكن للقاضي اعتبار المآلات، أو إلى أي مدى يمكن للمآلات أن تؤثر في عمل القاضي واختياره للعقوبة أثناء مرحلة التطبيق، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: أثر المآلات في المنع من العقوبة.

المطلب الثاني: أثر المآلات في تخفيف العقوبة.

المطلب الثالث: أثر المآلات في تشديد العقوبة.

المطلب الرابع: أثر المآلات في وقف تنفيذ العقوبة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : أثر المآلات في المنع من العقوبة.

لبيان مدى تأثير المآلات في العقوبة بالمنع منها، لا بد في البداية من تحديد المقصود بموانع العقوبة.

الفرع الأول: المقصود بموانع العقوبة.

أقصد بها كل ما من شأنه حمل القاضي على إخلاء سبيل الجاني وإعفائه تماما من العقوبة بعد ثبوت موجبها، وهي حالات ينص عليها المشرع، وتكون إما عذرا من الأعذار القانونية المعفية، وإما مانعا من موانع المسؤولية الجنائية وإما سببا من أسباب الإباحة ورفع صفة التجريم الموجب للعقوبة أساسا.

وما يمكن قوله حول هذه الحالات فيما يخص عمل القاضي وتطبيقه للعقوبة أنه متى توافرت في الواقعة الجرمية، وجب على القاضي الالتزام بترتيب أثرها والإعفاء من العقوبة بسببها. وعليه فإن اعتداد القاضي بالمآلات والنتائج في ترتيب المنع من العقوبة كأثر لها لا يكون إلا من خلال النصوص القانونية الصريحة.

بالرجوع إلى هذه الأخيرة يتبين من خلالها أن للمآلات أثرها في المنع من العقوبة،كما يلي.

الفرع الثاني: أثر مآل الفعل الجرمي في المنع من العقوبة.

إن مآل الفعل المجرم وما يترتب عليه من مصلحة راجحة يمكن أن يؤثر في العقوبة بمنعها تماما، رغم تحقق الجريمة تامة بأركانها، وهذا الأثر يبدو بصورة واضحة في حالة الضرورة، وحالة الدفاع الشرعي.

الفقرة الأولى: حالة الضرورة: الضرورة مشتقة من الضرر، ويقصد بها حلول خطر لا سبيل إلى دفعه إلا بارتكاب محظور[1]. فهي ظرف أو موقف يحيط بالإنسان، ويجد فيه نفسه أو غيره مهددا بخطر جسيم يوشك أن يقع ولا سبيل أمامه للخلاص منه إلا بارتكاب جريمة. ومن أمثلتها الأم التي لا يوجد لديها مورد رزق فتسرق رغيفا لإطعام صغيرها الذي يكاد يموت جوعا، وسائق السيارة الذي يصطدم قصدا بسيارة أخرى أو بدابة لتفادي قتل أحد المارة أمامه[2].

([1])- عوض محمد: المرجع السابق، ص: 496.

([2])- علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط:/، 2008م، ص:711.

وغيرها من الحالات التي لا يمكن حصرها، لذلك ينص عليها بلفظ العموم كما في المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري، إذ تنص"لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"[1].

وكما هو واضح من خلال المادة فإن هذه القوة يمكن أن تأخذ صورا متعددة لا حصر لها. وفي المادة 308 نجد المشرع يؤكد على إحدى هذه الصور بالنص عليها، والمتمثلة في ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر في جريمة الإجهاض، حيث تنص المادة: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه الطبيب أو الجراح في غير خفاء، وبعد إبلاغه السلطة الإدارية"[2].

وبهذا يظهر تأثير المآل في المنع من العقوبة، لأن ارتكاب الفعل المجرم سيفضي إلى دفع الخطر الأكيد، ويحقق مصلحة راجحة.

الفقرة الثانية: حالة الدفاع الشرعي: الدفاع الشرعي حق يعطي لصاحبه استعمال القوة اللازمة لدفع تعرض (اعتداء) على النفس أو المال بفعل يعد جريمة"[3].

وبالنظر إلى الأساس الذي يقوم عليه حق الدفاع الشرعي نجد من الفقهاء من يرجح أن أساسه يرجع إلى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد وتغليب ما كان منها أولى بالرعاية، فرغم أن فعل الاعتداء الصادر عن المدافع يهدد مصلحة المعتدي لكن، يصون في نفس الوقت مصلحة المعتدى عليه. وهذه المصلحة الأخيرة هي الأرجح أهمية في نظر المجتمع، أي أن مصلحة المدافع في حماية حقوقه –كالحق في الحياة– أولى بالاعتبار من مصلحة المعتدي[4].

وفي هذا القول اعتبار للمآل، وإن لم يعبر عنه صراحة.

الفرع الثالث: أثر مآل التطبيق في المنع من العقوبة.

إن القاضي أثناء تطبيقه للعقوبة يجد نفسه ملزما في بعض الحالات باستبعاد العقوبة، ومنع إيقاعها لأن النص يلزمه بذلك، وفي هذا الأخير يظهر اعتداد المشرع بمآل التطبيق، وما يفضي إليه

([1])- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

([2])- المرجع نفسه.

([3])- نظام توفيق المجالي: شرح قانون العقوبات، دار الثقافة، الأردن، ط: 1، 1430ه-2009م، ص:164.

([4])- المرجع نفسه، ص: 166.

إيقاع العقوبة، كما في حالة الضرورة.

وهي وإن عرضتها سابقا لبيان أثر مآل الفعل الجرمي، فإن ذلك لا يمنع من قراءة أثر مآل التطبيق فيها أيضا، من حيث أن "فعل المضطر لا ينم عن خطورة إجرامية كامنة في نفسه، وإنما هو أمر عارض تمليه ظروف شاذة يعذر الشخص لوجوده فيها. ولما كان الجزاء الجنائي يستهدف الردع والزجر فقد رأى المشرع أن يقيل المضطر من عثرته، وأن يتغاضى عن جرمه تقديرا لعذره، ولعدم الجدوى من عقابه[1].

كذلك فإن القانون في بعض الأحيان يقرر الإعفاء من العقوبة رغم توافر شروط تطبيقها، في إطار نظام الأعذار القانونية المعفية. وهي عبارة عن"ظروف تعفي من العقوبة شخصا ثبت قضائيا أنه ارتكب جريمة"[2]. تتسم بأنها واردة على سبيل الحصر، ومنصوص عليه صراحة، وبكونها ملزمة للقاضي[3].

وبالنظر إلى الحكمة التي يراعيها القانون في تقدير هذه الظروف نجدها تتعدد. فقد يراعي في تقديرها تشجيع الكشف عن الجرائم والمجرمين في جرائم يصعب عملا اكتشافها،كما في إخبار الجاني للحكومة بوجود اتفاق جنائي وبمن اشتركوا فيه[4].

وكذلك إخبار السلطات الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها[5].

وقد يراعى في تقدير الإعفاء من العقوبة كون الجاني قد أصلح آثار جريمته،كما إذا تزوج الخاطف بمن خطفها زواجا شرعيا، فإن هذا يعفيه من عقوبة الخطف[6].

وأخيرا قد تكون الحكمة من الإعفاء أن التغاضي عن العقوبة فيه ضرر أهون من ذلك الذي

([1])- عوض محمد: المرجع السابق، ص:499.

([2])- سيد البغال: الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات فقها وقضاء، دار الكتاب العربي، مصر، ط:/، 1982م، ص:11.

([3])- عوض محمد: المرجع السابق، ص:617.

([4])- المادة 179من قانون العقوبات الجزائري، الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

([5])- المادة 92 من المصدر نفسه.

([6])- المادة 326 من المصدر نفسه.

ينشأ من الإصرار على توقيعها في ظروف معينـــة، كما في حالـــــة إخفاء الأقارب والأصهار للفار من العدالة[1][2].

وفي كل ذلك يظهر تأثير مآل تطبيق العقوبة ومدى جدواها في العقوبة، لأن توقيع العقاب عمل غائي، ووسيلة لتحقيق هدف مآلي، يتمثل في تحقيق الردع والزجر، وهذا الأخير يسقط اعتباره أمام الأعذار القانونية، لأنها في مجملها تكشف عن غياب ما يستوجب الردع والزجر والعلاج أصلا، وفي المقابل فإن التغاضي عن العقاب في هذه الحالات تحقيق مصلحة راجحة كما في حالة الكشف عن الجرائم الخطيرة، وحالة إصلاح الجاني للأضرار الناجمة عن جريمته.

المطلب الثاني : أثر المآلات في تخفيف العقوبة.

يقصد بتخفيف العقوبة أحد أمرين:

1-الحكم على الجاني بالحد الأدنى للعقوبة المقررة في النص الجنائي، وهذا ما تملكه محكمة الموضوع، بلا حاجة إلى نص خاص.

2-النزول بالحد الأدنى للعقوبة في الجنايات والجنح لتوافر عذر من الأعذار القانونية الواردة في القانون على سبيل الحصر، والملزمة للقاضي[3].

ولمعرفة مدى أثر المآلات في تخفيف العقوبة، أتعرض إلى أسباب التخفيف عموما، وانطلاقا من طبيعة هذه الأسباب والظروف أحاول بيان إلى أي مدى يمكن لكل من مآل الفعل الجرمي، ومآل التطبيق أن يكون سببا يحمل القاضي على تخفيف العقوبة أثناء تطبيقها، والعمل على تفريدها.

([1])- المادة 180 من المصدر السابق.

([2])- رمسيس بهنـــام: النظرية العامة للمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط:/، س:/، ص: 167.

([3])- إبراهيم الشباسي: الوجيز في شرح قانون العقوبات، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط:/، س:/، ص: 206.

الفرع الأول: أسباب تخفيف العقوبة.

أسباب التخفيف وقائع وأحوال تتصل بالجريمة ذاتها فتضعف من جسامتها، أو تتصل بشخص مرتكبها فتنم عن قلة خطورته، وفي الحالتين تصلح مبررا لتخفيف العقوبة، إما بالنزول بها إلى أقل من حدها الأدنى، أو بحظر الوصول بها إلى حدها الأقصى، أو بإحلال عقوبة أخف محلها، أو باستبعاد العقوبة أصلا، والقضاء بأحد التدابير بدلا عنها[1].

وأسباب التخفيف نوعان: أسباب حصرها المشرع، وبينها في القانون ويطلق عليها أسباب التخفيف الوجوبية أو "الأعذار القانونية المخففة"، وأسباب ليس في وسع المشرع حصرها مقدما لأنها بطبيعتها تستعصي على الحصر، فترك أمرها للقاضي، ويطلق عليها"أسباب التخفيف الجوازي"، أو "الأسباب المخففة "، أو "الظروف القضائية المخففة"[2].

الفقرة الأولى: الأعذار القانونية المخففة: وهي طائفة من الظروف المخففة نص عليها المشرع صراحة ورتب عليها أثرها فأوجب النزول بالعقوبة عند وجودها إلى أدنى مما تنزل إليه عند وجوده الظروف المخففة الأخرى[3].

فهي واردة على سبيل الحصر، لا يمكن للقاضي إضافة عذر إليها، وهي ملزمة له بحيث لا خيار له في اعتبارها من عدمه.

ومن الأعذار القانونية المخففة، عذر حداثة السن، وعذر الاستفزاز[4].

الفقرة الثانية: الظروف القضائية المخففة: إلى جانب إمكان الحكم على الجاني بالحد الأدنى للعقوبة، وهو ما تملكه محكمة الموضوع بلا حاجة إلى نص خاص...وإلى جانب ما يقضي به التشريع من النزول بالحد الأدنى للعقوبة في مواد الجنايات والجنح عند توافر عذر من الأعذار القانونية، فإن هناك نظام الظروف القضائية المخففة الذي يسمح للقاضي بأن لا يوقع على الجاني العقوبة الأصلية المقررة للواقعة، بل يوقع عقوبة أخف منها[5].

([1])- عوض محمد: المرجع السابق، ص:615.

([2])- علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص:808.

([3])- عوض محمد: المرجع السابق، ص:616.

([4])- إبراهيم الشباسي: المرجع السابق، ص: 206.

([5])- المرجع نفسه، ص: 208.

فهي وقائع عارضة يتولى تحديدها القاضي في كل جريمة على حده ويقدر أثرها القانوني على العقوبة، ولذلك فهي تمثل أعلى درجات السلطة التقديرية للقاضي في إطار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[1].

الفرع الثاني: أثر مآل الفعل الجرمي في تخفيف العقوبة.

بالنظر إلى الظروف القضائية المخففة[2]، نجد أنها ظروف وأحوال ترك المشرع أمر تحديدها لفطنة القاضي وخبرته، فلقد قدر المشرع أنه قد يرى القاضي بعض الحالات-فيما وراء حالات الأعذار القانونية- أن في ظروف الجريمة وأحوال المجرم ما يقتضي تخفيف العقوبة عليه، ولما كان من غير المستطاع الإحاطة بكل هذه الظروف وحصرها مقدما، فقد اقتصر المشرع على منح القاضي سلطة تخفيف العقوبة، تاركا له تقدير الظروف التي تبرر هذا التخفيف بحسب ما يظهر له من وقائع كل دعوى[3].

ومما يندرج تحت هذه الظروف التي يمكن للقاضي استخلاصها، نجد شرف الباعث لدى الجاني، ودرجة جسامة الضرر أو الخطأ الناشئ عن الفعل الجرمي[4]. فقد يلوح للقاضي في الواقعة محل اجتهاده عدم جسامة الفعل ذاته، أو ما قد يتخلف عنه من ضرر، مما يحمله على تخفيف العقوبة.

فمآل الفعل وما ينجر عنه مستقبلا يمكن أن يكون ظرفا قضائيا مخففا للعقوبة، على غرار الظروف القضائية الأخرى المحتفة بالواقعة الجرمية والتي يجد القاضي من الحكمة والعدل تخفيف العقوبة بسببها.

الفرع الثالث: أثر مآل التطبيق في تخفيف العقوبة.

إن مآل الفعل الجرمي يمكن أن يكون ظرفا من بين الكثير من الظروف التي يراها القاضي

---

(1)- مأمون محمد سلامة : المرجع السابق، ص: 555.

(2)- اقتصرت على الحديث عن الظروف المخففة القضائية دون الأعذار القانونية تفاديا للتكرار، لأن ما ذكرته حول الأعذار القانونية المعفية يصدق على الأعذار القانونية المخففة.أنظر الفرع الثالث من المطلب السابق.

(3)- علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص:811.

(4)- ينظر:عوض محمد: المرجع السابق.ص:620. مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص:552. سيد البغال: المرجع السابق، ص: 214.

موجبة لتخفيف العقوبة، كخلو صحيفة سوابقه الجنائية من أية جرائم، وفقره المدقع واستفزاز المجني عليه، وتحرشه به، ومثل وقوعه تحت تأثير شخص آخر له عليه سلطان قانوني أو فعلي كوالده أو وليه، أو ندم الجاني وتوبته، وإصلاح الضرر[1].كلها ظروف وحيثيات من شأنها أن تحمل القاضي عند تطبيقه للعقوبة على تخفيفها، حتى يتحقق مقصد الردع الذي يمثل المقصد المآلي لتطبيق العقوبة.

وبذلك يكون مآل التطبيق مؤثرا في العقوبة بتخفيفها، أثناء عملية التفريد القضائي لها. لأن الظروف المخففة في مجملها هي كاشفة عن قلة الخطورة الإجرامية الكامنة في نفس المجرم، وبالتالي يكون من غير الحكمة إيقاع عقوبة تتجاوز القدر الذي يتلاءم والواقعة الجرمية فعلا.

المطلب الثالث: أثر المآلات في تشديد العقوبة.

لبيان مدى تأثير المآلات في تشديد العقوبة وسلطة القاضي في اعتبار المآلات في ذلك، أحاول بداية التعرض لأسباب التشديد عموما. ثم وانطلاقا من طبيعة هذه الأسباب أبين إلى أي مدى يمكن أن يكون مآل الفعل الجرمي أحد هذه الأسباب، وكذلك بيان أثر مآل التطبيق في تشديد العقوبة.

الفرع الأول: أسباب تشديد العقوبة.

تذهب الأغلبية من الفقهاء إلى أن تشديد العقوبة يقصد به تجاوز الحد الأعلى لعقوبة الجريمة، أو إحلال عقوبة أخرى من نوع أشد محلها. في حالات وظروف محددة ينص عليها القانون. ووفقا لهذا القول لا يعد القضاء بالحد الأعلى للعقوبة المنصوص عليها تشديدا بالمعنى الصحيح، وإنما هو فقط استعمال القاضي لسلطته التقديرية استعمالا عاديا[2].

وفي المقابل هناك من يعتبر الحالتين معا تشديدا للعقوبة. وبذلك تكون أسباب تشديد

([1])- على عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص:811-812.

([2])- ينظر: أكرم إبراهيم نشأت: المرجع السابق، ص:148. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط: 3، 1998م،ج:2، ص: 1118. عوض محمد: المرجع السابق، ص: 630. رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص:171. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص:815.

العقوبة إما قانوني، وإما قضائية[1].

وهذا المعنى الأخير المعنى الذي أعتمده لأنه الأعم.

الفقرة الأولى: الظروف المشددة القانونية: وهي ظروف أو حالات نص عليها القانون، ويرتب على تحققها تشديد العقوبة وجوبا أو جوازا، إما بتجاوز الحد الأقصى، وإما بتطبيق عقوبة من نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة، وهي على الدوام أسباب قانونية لا تكون إلا بنص[2].

وهذه الظروف قد تكون عامة، وهي التي يسري حكمها على كافة الجرائم أو أغلبها، كظرف العود، وقد تكون خاصة بكل جريمة على حدة. منها ما يرجع إلى درجة إجرام الجاني، أو إلى جسامة قصده الجنائي كما في ظرف الإصرار أو ظرف الترصد، ومنها ما يرجع إلى طريقة تنفيذ الجريمة أو ظروف ارتكابها كظرف التسور، أو الكسر أو حمل السلاح أو الليل... [3].

الفقرة الثانية: الظروف القضائية المشددة: وهي تلك الظروف التي ترك المشرع للقاضي حرية استخلاصها واستظهارها من وقائع الدعوى المطروحة أمامه بما له من سلطة في التقدير. وذلك نظرا إلى أن هذه الظروف تختلف اختلافا بينا بالنسبة لكل جريمة وظروف ارتكابها وظروف الجناة والمجني عليهم فيها، ولا يمكن بالتالي بيانها أوحصرها مقدما، لذلك تركها المشرع للقاضي ليستخلصها مما هو معروض أمامه، كما ترك له جواز رفع العقوبة، وذلك في حدود النهايتين الكبرى والصغرى لها[4].

والقاضي في استخلاصه لهذه الظروف وتقديره للعقوبة، لا يخرج عن نطاق سلطته التقديرية، ولا يتجاوز الحد الأعلى المنصوص عليه للعقوبة.

الفرع الثاني: أثر مآل الفعل الجرمي في تشديد العقوبة.

بالنظر إلى أسباب تشديد العقوبة نجد أن القاضي أثناء مرحلة التطبيق وفي سبيل تفريد العقوبة يمكنه اعتبار مآل الفعل الجرمي فقط في إطار سلطته التقديرية، أي لا يمكنه أن يعتبره ظرفا مشددا، وذلك بالنظر إما إلى حجم الضرر المستقبلي الذي يتوقع في السير العادي للأمور أن

([1])- حسن سيد البغال: المرجع السابق، ص:13.

([2])- علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص:816.

([3])- حسن سيد البغال :المرجع السابق، ص: 14.

([4])-المرجع نفسه، ص: 15.

يترتب على الفعل الجرمي، وإما بالنظر إلى الدافع الدنيء لتحقيق نتيجة أخطر، على أن تأثير المآل في تشديد العقوبة يكون مقيدا بالنص العقابي، فلا يتجاوز الحد الأعلى للعقوبة المنصوص عليها.

أما فيما يتعلق بالظروف المشددة القانونية فإن القاضي لا يمكنه إضافة ظروف لم ينص عليها القانون بما في ذلك مآل الفعل الجرمي. واعتداده بهذا الأخير لا يكون إلا وفقا لإرادة المشرع.

وبالرجوع إلى مدونة قانون العقوبات الجزائري لتقصي اعتداد المشرع بمآلات الأفعال تبين ما يلي:

1-توقع الضرر المستقبلي ليس كافيا –في أغلب الحالات –ليكون ظرفا مشددا للعقوبة، بل لا بد من حدوث هذا الضرر فعلا، كما تبينه الكثير من المواد القانونية، مثل المادة 100في فقرتها الثانية، حيث تنص:"...كل تحريض مباشر بنفس الوسائل على التجمهر المسلح يعاقب عليه بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نتج عنه حدوث أثره.." [1].كذلك ما تنص عليه المادة 264 المتعلقة بأفعال العنف العمدية[2].

2- في حالات كثيرة نجد المشرع يعتد بمآلات الأفعال عند سن العقوبات ابتداء، فيوقع العقوبات القاسية على الأفعال التي يرى في مآلاتها نتائج خطيرة وأضرارا جسيمة حتمية، كالمعاقبة على فعل الشروع في الجرائم الخطيرة بالعقوبة نفسها للجريمة التامة[3]. والمعاقبة على الأفعال التي من شأنها المساس بأمن الدولة واستقرارها بعقوبة الإعدام[4].

الفرع الثالث: أثر مآل التطبيق في تشديد العقوبة.

إن تحقق مقصد الردع وحماية المستقبل من الجريمة يقتضي في حالات ووقائع معينة تشديد العقوبة، وتغليظها، والقاضي الجنائي مخول بتشديدها فقط فيما دون حدها الأقصى المنصوص

(1)- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

(2)- المصدر نفسه.

(3)- ينظر المواد: المادة 30، الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
المادة 30 مكرر 13، القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.
المادة: 354، القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.
المادة :389 مكرر3، الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

(4)- ينظر المواد :61، وما بعدها، القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

عليه، وفي إطار ممارسته العادية لسلطته التقديرية، لذلك فإن تأثير المآل في حالة التشديد مقيد بإرادة الشارع.

وكذلك الحال عندما يتعلق الأمر بأسباب التشديد القانونية، فإن القاضي ملزم بما تحويه النصوص، واعتباره لمقصد الردع الخاص يكون وفقا لإرادة النص.

وبالرجوع إلى النصوص المتضمنة أسباب التشديد نجد للمآل أثره في تشديد العقوبة، من حيث أن أسباب التشديد هي في مجملها تنم عن خبث واعوجاج التركيبة النفسية للجاني، وتكشف عن خطورته الإجرامية،كما في حالة الاعتداء على القصر، واستغلال السلطة[1]. وبالتالي يكون احتمال ارتكاب جريمة مستقبلا واردا بقوة، مما يستوجب تشديد العقوبة ورفعها عن قدرها المحدد.

المطلب الرابع: أثر المآلات في وقف تنفيذ العقوبة.

تتجه الأفكار الحديثة إلى محاولة إصلاح المحكوم عليه بشتى الطرق التي يؤمل منها تحقيق هذه الغاية. ومن الطرق التي يسمح بها القانون، وأخضعها للسلطة التقديرية للقاضي"نظام وقف التنفيذ[2].

وفيما يلي أقوم بداية بالتعريف بهذا النظام، ثم أبين أثر المآلات في تطبيقه.

الفرع الأول: نظام وقف تنفيذ العقوبة.

وقف تنفيذ العقوبة من الأنظمة التي تدين فيها الشرائع العقابية بالفضل للمدرسة الوضعية الإيطالية التي اقترحت وقف تنفيذ العقوبة بالنسبة لأقل الجناة خطرا على المجتمع، وهم مجرموا الصدفة. لأن تنفيذ العقوبة عليهم قد يكون سببا لإفسادهم لا لتقويمهم، وقد يخلق منهم بالتدريج مجرمين بالعادة بسبب اختلاطهم في السجون بغيرهم من الجناة بالفطرة[3].

وإذا ما أردنا تعريف هذا النظام فإنه يمكن القول بأنه: "تعليق تنفيذ عقوبة على شرط

([1])- ينظر المواد: المادة 334 والمادة 380، الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم. المادة 353، القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

([2])- عبد الله سليمان: المرجع السابق،ج:2،ص:495.

([3])- إبراهيم الشباسي: المرجع السابق، ص:211.

موقف خلال مدة يحددها القانون"[1] أو هو: "نظام يقضي بمنح سلطة تعليق تنفيذ العقوبة على شرط موقف خلال مدة تجربة يحددها القانون"[2].

وبهذا يتضح أن وقف التنفيذ يفترض إدانة المدعى عليه والحكم بعقوبة عليه ومن ثم لم يكن له محل، إذا ثبت عدم جدارته بالعقوبة لأي سبب من الأسباب، ويعني ذلك أن هذا النظام تنصرف آثاره المباشرة إلى إجراءات تنفيذ العقوبة، وتؤدي هذه الآثار إلى عدم اتخاذ هذه الإجراءات[3].

الفرع الثاني: أثر مآل الفعل في وقف تنفيذ العقوبة.

تنص المادة 592 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: "يجوز للمجالس القضائية، وللمحاكم في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة إذا لم يكن المحكوم عليه قد سبق الحكم عليه بالحبس لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام أن تأمر في حكمها نفســـه بقرار مسبب بإيقاف تنفيذ العقوبة الأصلية"[4].

من خلال المادة يظهر أن نظام وقف تنفيذ العقوبة هو نظام متعلق بعقوبة الحبس أو الغرامة. وعقوبة الحبس كما هو معلوم مقررة للجنح، والغرامة مقررة للمخالفات بحسب الأصل في التشريع الجزائري[5].

والمخالفات والجنح عموما هي أقل خطورة، لذلك يمكن القول أن نظام وقف التنفيذ متعلق بالعقوبة المقررة للأفعال ذات الخطر الأقل. وبالتالي فإن كل فعل يكشف عن قلة أو تفاهة ضرره ونتائجه مستقبلا، يجوز أن يكون حالة يرى فيها القاضي وقف تنفيذ العقوبة، ويجوز له الحكم به متى استوفيت الشروط[6] الواجب توافرها للحكم بوقف التنفيذ. وبهذا يظهر مآل الفعل الجرمي وجسامة الخطر في الحكم بوقف التنفيذ.

([1])- محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ج:2، ص: 1109.

([2])- أكرم إبراهيم نشأت: المرجع السابق.ص: 149.

([3])- محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ج: 2، ص: 1105.

([4])- الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

([5])- إبراهيم الشباسي: المرجع السابق، ص: 213.

([6])- للتفصيل في الشروط ينظر: إبراهيم الشباسي: المرجع السابق، ص: 213. عبد الله سليمان: المرجع السابق، ص: 496. محمود نجيب حسني: المرجع السابق،ج: 2، ص: 1163.

الفرع الثالث: أثر مآل التطبيق في وقف تنفيذ العقوبة.

الأصل أن توقيع العقوبة يقتضي تنفيذها، وإلا كان القضاء بها عبثا، بيد أن هذا الأصل غير مطلق، فالعقوبة غير مقصودة لذاتها بل لما تحققه من أغراض اجتماعية. وقد رأى المشرع أن وقف التنفيذ يحقق في بعض الأحيان هذه الأغراض على نحو أفضل مما يحققه التنفيذ ذاته...فهو نظام يستهدف تحقيق أغراض العقوبة دون اللجوء إلى تنفيذها[1].

فالعلة الأساسية لهذا النظام هي تجنب مساوئ تنفيذ العقوبات المانعة للحرية ذات المدة القصيرة، فهي تعرض المحكوم عليه بها – وهو في الغالب ذو خطورة إجرامية قليلة، وخاصة إذا لم يكن قد حكم عليه من قبل بعقوبة مثلها أو أشد منها – لمساوئ الاختلاط بمجرمين أكثر منه خطورة، فتكون النتيجة الحتمية لذلك أن يغادر السجن عند انقضاء عقوبته وهو أكثر خطورة من يوم أن أدخل فيه، وهذه العقوبات بعد ذلك غير ذات جدوى في تأهيل المحكوم عليه، ذلك أن تنفيذ البرنامج التأهيلي –وهو بطبيعته عمل فني بطيء – يقتضي وقتا، ولا توفر هذه العقوبات ذلك الوقت، ويعني أن تنفيذها لا يحقق أهم الأغراض المنوطة بالعقوبة المانعة من الحرية. ولذلك يكون من المصلحة حيث تقتضي اعتبارات العدالة والردع العام النطق بعقوبة مانعة للحرية ذات مدة قصيرة، الاجتهاد في تجنيب المحكوم عليه الخضوع لها اكتفاء بتهديده بها[2].

([1])- عوض محمد: المرجع السابق، ص:662.

([2])- محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ج: 2، ص:1161.

خلاصة الفصل الثاني.

بعد التعرض لمدى وكيفية تأثير المآلات في العقوبة، في كل من الفقه الإسلامي والقانون، يمكن القول أن ذلك يختلف باختلاف المآلات المعتبرة، كما يلي:

أولا: فيما يتعلق بمآلات الأفعال الجرمية:

يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي حول اعتبار مآلات الأفعال في التجريم، واختيار العقوبة ابتداء، في مرحلة التشريع، وسن النصوص العقابية.

ففي الفقه الإسلامي، نجد أن ما تتسم به العقوبات التوقيفية من شدة وقسوة هو نتيجة لأثر مآلات الأفعال الجرمية، فكل فعل من أفعال الحدود، نجده يلحق نتائج ضررية فادحة بكلية من الكليات الخمس الضرورية، وينجر عنه لحوق العنت والتهارج بالمجتمعات الإنسانية. مما يستدعي تشديد العقوبات وتغليظها.

أما في مرحلة القضاء والتطبيق، وهي المرحلة حيث توظف قاعدة النظر إلى المآل، فإن القاضي ملزم بتطبيق العقوبات التوقيفية المحددة القدر والنوع دون نقصان، متى انتهك الحد ، وتم الفعل الموجب للعقوبة، بغض النظر عما يحمله المستقبل، وبغض النظر عن الدافع إلى التعدي على حدود الله. إلا أن الأفعال إذا ارتكبت بدافع تحقيق مصلحة راجحة معتبرة، كحفظ المهج، ودفع الصائل، يمكن أن ترقى لتشكل شبهة مسقطة العقوبة.

والقول بالزيادة على مقدار الحد لدناءة الدافع، أو حصول ضرر مستقبلي أشد، يتوقف على مدى جواز الزيادة على الحد بتعزير، فالمسألة محل اختلاف بين الفقهاء.

وفي القانون، نلحظ أيضا التفات المشرع للنتائج ومآلات الأفعال عند سن نصوص التجريم والعقاب.

أما القاضي في مرحلة التطبيق واختيار العقوبة فإنه يلتفت إلى جسامة الضرر الذي رتبه الفعل فعلا وتحققت نتائجه في أرض الواقع. ولا سبيل أمامه للنظر فيما يحمله المستقبل من نتائج وتداعيات إلا فيما يسمح به النص حرفيا، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. وفي حدود ممارسته العادية لسلطته التقديرية.

ثانيا: فيما يتعلق بمآلات تطبيق العقوبة:

يتفق كلا من الفقه الإسلامي والقانون حول أن العقوبة تكون مصلحة بقدر ما تحققـــه من

منافع وأهداف. ويتفقان كذلك حول أن أهداف العقاب تتمحور بشكل واضح حول هدفين أساسيين أحدهما آني فوري يتمثل في تحقيق مقصد العدالة الاجتماعية بمعنى القصاص ومقابلة الشر بالشر، والآخر مآلي مستقبلي يتمثل في تحقيق مقصد الردع والزجر ومنع تكرر الجريمة مستقبلا.

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي إلى حد ما حول أن مرحلة القضاء وتطبيق العقوبة هي مرحلة حاسمة، حيث تقرر العقوبة المحققة لأهدافها. لذلك يعمد المشرع إلى توسيع حدود السلطة التقديرية للقاضي بمنحه الآليات التي من شأنها تفريد العقوبة وجعلها تتلاءم مع كل واقعة وكل شخص على حده. إلا أن عمل القاضي رغم ذلك يبقى مقيدا بالنص. ولما كانت قاعدة النظر إلى المآل في مضمونها وجوهرها تجابه النص وتضعه على محك المقاصد والكليات فإن تأثيرها في العقوبة في القانون يكون في إطار النص فقط، ويتقهقر إلى أدنى مدى. وعلى العكس في الفقه الإسلامي فإن تأثير القاعدة في العقوبة أثناء تطبيقها يبلغ ذروته حتى عندما يتعلق الأمر بالعقوبات التوقيفية. لأن شرعية العقوبة في الفقه الإسلامي تقتضي الالتفات إلى مقصدي العدل والمصلحة الشرعية اللذان يشهد باعتبارهما النصوص الغفيرة. وإن تعارض ذلك مع النصوص الجزئية الصريحة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

خاتمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بعد هذه الدراسة المقتضبة، يمكن تلخيص ما توصلت إليه من نتائج في النقاط التالية:

- إن الشريعة الإسلامية شريعة قائمة على رعاية المصالح وحفظها، فكل ما من شأنه تحقيق مصلحة للخلق في العاجل والآجل تقره الشريعة، وترسيه وتكرسه من خلال أحكامها.

و يمكن القول أن الشريعة المحمدية تدور مع المصالح وجودا وعدما، فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله-كما قيل-، ولا يمكن الحديث عن شريعة إسلامية بعيدا عن مصالح العباد.

على أن المصلحة المعتبرة هي المصلحة التي اعتبرها الشرع، وبذلك يكون للمصلحة مفهوم مختلف في الفلسفة الإسلامية عنه في الفلسفة الغربية.

- تقوم الشريعة بالموازاة مع ذلك على العدل، فلا اتساق بين الشريعة والجور، ولا وجود للإفراط أو التفريط في أحكامها، ولا قيام لها بعيدا عنه.
- إن قيام الشريعة على أصلي المصلحة والعدل يستلزم اعتبار المآلات، والنظر في النتائج والتداعيات قبل إصدار أي حكم، ووصفه بالشرعية. فالحكم يكون "شرعيا" بقدر ما يحققه من عدل ومصلحة شرعية.
- بالنظر إلى المقصود باعتبار المآلات، ومفهوم قاعدة النظر إلى المآل، يمكن القول أن لها مفهومين، أحدهما خاص قيده الشاطبي ب"الأفعال" أي أفعال المكلفين. والقاعدة بهذا المفهوم تفيد في الحكم على الأفعال بالجواز والمنع والندب و الكراهة وما إلى ذلك .

والآخر أعم، يمكن استنباطه من كلام الشاطبي حول الاجتهاد التطبيقي، ومن كتابات المشتغلين بعلم مقاصد الشريعة من المعاصرين والذين كتبوا في الاجتهاد التطبيقي وقاعدة المآل تحديدا أمثال الريسوني وعبد المجيد النجار. والقاعدة بهذا المفهوم مفادها الالتفات إلى مآلات الحكم على الأفعال وتطبيق الأحكام الشرعية ومآلات الأمور عموما.

والمعنى الأول قد يدخل في الثاني، ولكن ليس دائما.

- ترتكز سياسة الشريعة الإسلامية في مكافحة الجريمة أساسا وبصورة واضحة على فكرة الوقاية ومبدأ التبصر بالمآلات وعواقب الأمور، فتعمد إلى حسم مواد الشر في النفس البشرية منذ الوهلة الأولى، وسد كل الثغرات المؤدية إلى الجريمة، من خلال الإرشاد إلى أساليب

التربية والتنشئة الدينية، وتقرير الأحكام الشرعية الضابطة للسلوك الإنساني في ظل عقيدة محددة.

- إن مآلات الأفعال وعواقب الأمور معتبر في أصل التشريع، واعتبارها في العقوبة تشهد له النصوص الشرعية من كتاب وسنة، فعلى قدر النتائج الضررية المنجرة على الفعل، وعلى قدر المصلحة الشرعية التي تحققها العقوبة، تكون العقوبة. وإن اعتبار الشريعة لمآلات الأفعال الجرمية، وما ينجر عنها من نتائج ضررية فادحة، تلحق التهارج والفساد بالمجتمعات الإنسانية، وتهز أمنها واستقرارها، هو ما جعل العقوبات التوقيفية قاسية عند من يراها كذلك.

- إن أهم ما يحرص القاضي على تحققه في العقوبة سواء كانت توقيفية أم تفويضية هو أن تكون "شرعية" بمعنى أن تكون موافقة لكليات الشريعة وقواعدها العامة. والشرعية في الفقه الإسلامي ليست مرادفة للنصية كما هو الحال في القانون.

- تكمن أهمية قاعدة النظر إلى المآل بشكل أساسي في مرحلة التطبيق، والمشرع وإن اعتبر المآلات في سن العقوبات إلا أن عمله يحتاج إلى عمل القاضي، الذي يتاح له الاطلاع على الحيثيات والظروف، ويمكنه الوقوف إلى حد ما على النتائج والتداعيات. لذلك فإن القاضي هو المعني بصفة أساسية بإعمال قاعدة النظر إلى المآل.

- بالنظر إلى مفهوم وطبيعة قاعدة النظر إلى المآل، وباستحضار الأصول العامة لعلم العقاب، وقانون العقوبات العام، يمكن القول أن اجتهاد القاضي وفق هذه القاعدة يكون باعتبار مآلات الأفعال الجرمية ، ومآلات التطبيق عموما. وأن النتائج المعتبرة والتي يمكن أن تؤثر في العقوبة تتمثل فيما ينطوي عليه الفعل من خطر وما سيحدثه من ضرر أكيد أو غالب، وفيما ترتبه العقوبة من تحقيق مقاصدها بجلب مصلحة أو دفع مفسدة.

- تتمحور مقاصد العقوبة والأهداف المتوخاة منها، في كلا المنظومتين الإسلامية والقانونية حول أمرين أساسين، أحدهما مقصد فوري آني يتمثل في تحقيق العدالة (بمعنى القصاص ومقابلة الشر بمثله)، والآخر مقصد مآلي مستقبلي، يتمثل في تحقيق الردع، ومنع تكرر الجريمة. وقاعدة النظر إلى المآل خادمة للمقصدين معا. في ظل مبدأ العدل المهيمن الذي هو ضد الجور والظلم.

- إن اعتبار المآلات في تطبيق العقوبة في الفقه الإسلامي، يصب في مجموع الأفكار الداعية إلى التفريد القضائي للعقوبة في القوانين الوضعية. وهما – أي الفقه الإسلامي والقانون- يتفقان في اعتبار المآلات- إلى حد ما-. رغم الفروق الجوهرية بينهما. إلا أنهما يختلفان في مدى تأثيرها في تطبيق العقوبة، وتوجيهها لعمل القاضي أثناء ذلك.
- يختلف مدى تأثير قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة باختلاف صنفها، في الفقه الإسلامي. حيث تتسع دائرة اجتهاد القاضي في العقوبات التفويضية بالنظر إلى المآلات سواء كانت مآلات الأفعال أو مآلات التطبيق، والاعتداد بها هو من مقومات وركائز الاجتهاد القضائي في تقدير العقوبة وتطبيقها. أما تأثيرها في العقوبات التوقيفية فإنه يتوقف على المآلات المعتبرة، حيث لا يمكن للقاضي الالتفات إلى مآلات الأفعال الجرمية والاعتداد بها في تخفيف عقوبات الحدود والقصاص، والنزول بها عن مقدارها، لأن وقوع النتائج الفعلية يمثل العلل الموجبة للعقوبة. كما لا يمكنه إسقاطها اعتمادا على مآلات الأفعال إلا في حال ما إذا دفع لارتكاب الفعل حالة الضرورة أودفع مفسدة أكيدة تلحق بالنفس أو غيرها من الكليات الخمس. ويتوقف اعتداد القاضي بمآلات الأفعال في تشديد العقوبة التوقيفية على مدى القول بجواز الزيادة على العقوبة الحدية بعقوبة تعزيرية، فهي مسألة خلافية.

أما تأثير مآلات التطبيق في العقوبات التوقيفية فلا خلاف بينها وبين العقوبات التفويضية، ويمكن لها التأثير فيها بإسقاطها وتخفيفها وتشديدها، كما يشهد لذلك الكثير من النصوص الشرعية والوقائع الاجتهادية زمن النبوة، والصحابة والتابعين. فكونها توقيفية لا ينفي ضرورة الإجتهاد في تحقيق مناطاتها، والنظر في مآلاتها ومدى تحقيقها للمصلحة الشرعية، وموافقتها لمقاصد الشرع.

- تحضى فكرة اعتبار المآلات في العقوبة في المدارس العلمية الغربية– على غرار الفقه الإسلامي- بحماس كبير نلمسه في مختلف المدارس رغم الاختلافات بينها، وهو حماس يبلغ أوجه لدى حركة الدفاع الاجتماعي. التي دعت إلى إلغاء قانون العقوبات والاستعاضة عنه بتدابير الدفاع الاجتماعي.

إلا أن فكرة اعتبار المـــآل في العقوبة لدى هذه المدارس مخـــتزلة في المنفعة المستقبلية للعقوبة والتي تتمثل في الإصلاح، على خلاف ما هي عليه في الفقه الإسلامي، فهي في هذا

الأخيـــر فكرة قائمـــة أساسا على العـــدل والحرص على تحقيق مقاصد العقوبة والموازنة بين المصالح والمفاسد. فهي ذات مفهوم أعم وأوسع.

- تكشف النصوص القانونية، عن اعتداد المشرع بالمآلات واعتبارها ابتداء في تقدير العقوبة، سواء كانت مآلات الأفعال الجرمية أو مآلات التطبيق عموما، والحرص على تحقيق أهداف متفق عليها تقريبا. إلا أن إمكانية ومدى تأثير المآلات في عمل القاضي أثناء مرحلة التطبيق مرهون بإرادة المشرع التي تعبر عنها النصوص العقابية حرفيا. ورغم آليات التفريد التشريعي والقضائي للعقوبة المتاحة للقاضي إلا أن هذا الأخير يبقى مقيدا بالنص إلى حد كبير، مما يضعف فعالية قاعدة النظر إلى المآل في تحقيق العقوبة العادلة المحققة للمصلحة.

وفي الأخير، جدير بالذكر أن الموضوع لا يزال بحاجة إلى مزيد بحث وتعمق، لأمرين:

- يتمثل الأول في أن هناك أمورا هامة أرى أنه كان لا بد من إدراجها في البحث، ولكني اضطررت إلى شطبها، لأن البحث أتى في إطار استكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، فانصرف شطر اهتمامي إلى مسابقة الزمن، في ظل غياب دراسة سابقة أستند عليها، وطبيعة الموضوع التي تتطلب الكتابة فيه الاطلاع الواسع والإلمام الكبير بعلوم كثيرة ومختلفة. وهو شيء أسعى لتحقيقه ولا يزال يفصلني عنه مزيد من البحث الدءوب، والعمل المتواصل، و أشواط طويلة من القراءة الواسعة، والمتعمقة.

من هذه الأمور، الآليات التي ينبغي للقاضي استخدامها أثناء اعتباره للمآلات، والضوابط التي ينبغي عليه الالتزام بها، لأن بناء الأحكام استنادا إلى المآل، يحتاج إلى دعائم قوية، والمآل المؤثر في العقوبة يحتاج إلى ضبط وتقييد. ورغم أني تحدثت عن طرق معرفة المآلات المعتبرة والمؤثرة، إلا أن ذلك ليس كافيا في تقييد المآل.

- يتمثل الآخر في أن اعتبار المآلات في العقوبة يثير إشكالية التعارض وضرورة الترجيح –في حال ما إذا تمسكنا باعتبار المآلات– بين مقصد تحقيق العدالة الاجتماعية (بمعنى القصاص)، ومقصد تحقيق المنفعة المستقبلية للعقوبة والمتمثلة في الإصلاح. فلا شك أن الترجيح بين المقصدين يحتاج إلى قواعد ينبني عليها.

لذلك فإني أرجو أن أوفق من خلال دراسة لاحقة في استكمال ما بدأته، والتفصيل فيما أجملته، وتصويب ما قد يكون ورد في البحث من أخطاء تتعلق بتصوري وقراءتي الشخصية لقاعدة النظر إلى المآل وتوظيفها في العقوبة ، اجتهدت ما استطعت في أن لا تكون، وفي أن تأتي إسقاطاتي وتصوراتي للمفاهيم، ومعالجتي للموضوع، علمية وموضوعية.

فسبحانك اللهم، لا علم لنا إلا ما علمتنا. إنك أنت العليم الحكيم. والحمد لله رب العالمين.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفهارس.

1-فهرس الآيات القرآنية.

2- فهرس الأحاديث والآثار.

3-فهرس المصادر والمراجع.

4-فهرس الموضوعات

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات القرآنية:

السورة	الرقم	السورة	الصفحة
يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ	21	البقرة	13
وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ ...	127		03
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى	178		19، 25
وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ	179		45، 47
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ	183		13
فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ	194		73
يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَن يَشَاءُ ۚ وَمَن يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا	269		41
... وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ...	58	النساء	52
...وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ...	92	النساء	25
إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ...	33	المائدة	24
وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ	38	المائدة	24
وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ	44	المائدة	18
وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ...	45	المائدة	25
وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ...	108	الأنعام	13
وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ...	164	الأنعام	19

إن تَتَّقُوا اللَّهَ يَجْعَل لَّكُمْ فُرْقَانًا	29	الأنفال	41
ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ... إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ	120	التوبة	51
قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِندَهُ إِنَّا إِذًا لَّظَالِمُونَ	79	يوسف	19
الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ...	02	النور	22
وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ...	04	النور	23
فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ	16	التغابن	47

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأحاديث والآثار :

طرف الحديث أو موضوعه	الصفحة
"أرى أن نجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر..."	23 -78-80
"أقطع يده بأي شيء يتمسح ،وبأي شيء يأكل..."	77
امتناع عمر- ض- من قسمة أراضي الفيء	14
امتناعه —صلى الله عليه و سلم- عن قتل المنافقين	13
أن عمر- ض-أقام الحد على قدامة وهو مريض	76
"إني أخشى أن تدعوا المسلمات وتنكحوا المومسات"	15
تركه —صلى الله عليه وسلم-بناء الكعبة على قواعد إبراهيم — عليه السلام-	13
"لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث،..."	22 -24
ما قضى به علي—ض- لما أوتي بسكران في رمضان	79
"من بدل دينه فاقتلوه..."	24
نهيه-صلى الله عليه وسلم-صحابته عن تعنيف الأعرابي الذي بال في المسجد.	14
"والذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"	20
"...وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام"	22

فهرس المصادر والمراجع:

المصادر والمراجع الشرعية:

-القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

-الكتب الشرعية:

1. أحمد الريســـوني: الفكر المقاصدي وفوائده، مطبعـــة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،ط:/.
2. أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الشاطبي، تقديم: طه جابر العلواني، المعهد العالي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط:4، 1416ه-1995م.
3. أحمد بن محمد الحنفي الحمـــوي: غمـــز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، بيـــروت، ط: 1، 1405ه-1985م،ج: 1، ص:51.
4. أحمد بن محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط:2،1409ه-1989م.
5. أحمد فتحي بهنسي: الدية في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، ط:4،1409ه-1988م.
6. أحمد فتحي بهنسي: العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط:6، 1409ه-1989م.
7. أحمد فتحي بهنـــسي: الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة، بيروت، ط:/، 1412ه-1991م.
8. أحمـــد موافي: الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، السعودية، ط:1، 1418ه - 1997م.
9. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي: الموافقات، تقديم: بكر بن عبد الله أبو بوزيد، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط:1، 1417ه- 1997م.
10. برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، ط:1، 1406ه-1986م.

11. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:3، 1424ه-2003م.
12. أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم ابن أبي شيبة: المصنف، مكتبة الرشد، الرياض، ط:1، 1425ه-2003م.
13. أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري: أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر العطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:3،1424ه-2003م.
14. بهاء الدين بن إبراهيم المقدسي: العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: خالد محمد حرم، المكتبة العصرية، بيروت، ط:/، 1412ه-1992م.
15. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تاريخ الطبري، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف، مصر، ط:2، س:/.
16. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري، تحقيق: محمود محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط:2، س:/.
17. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي: المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية، مصر، ط:1، 1322ه.
18. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، ط:1، 1409ه-1989م.
19. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت ،ط:1 ،1414ه-1994م.
20. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي: نصيحة الملوك، تحقيق: خضر محمد خضر، مكتبة الفلاح، الكويت، ط:1، 1403ه-1983م.
21. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، دار طيبة: الرياض، ط:1،1427ه-2006م.
22. الحطاب الرعيني: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي: مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1416ه-1995م.

23. حمادي العبيدي: الشاطبي ومقاصد الشريعة، دار قتيبة، بيروت، ط: 1، 1412ه-1992م.
24. سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي: شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية،بيروت،ط:1،س:/.
25. سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط:/، 1385ه -1965م.
26. شمس الدين ابن قيم الجوزية: إغاثة اللهفان، تحقيق: على الحلبي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط:/، س:/،
27. شمس الدين ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت،ط:/، 1372ه-1953م.
28. شمس الدين السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط:/ ،1409ه-1989م.
29. شمس الدين بن قيم الجوزية: إعلام الموقعين، تحقيق: عصام الدين الصبابصي، دار الحديث، القاهرة، ط:/، 2004.
30. شمس الدين بن قيم الجوزية: زاد المعاد، دار الكتاب العربي، بيروت، ط:/، س:/، ج:2، ص:210 .
31. شمس الدين محمد بن أحمد بن سالم السفاريني النابلسي الحنبلي: كشف اللثام شرح عمدة الأحكام، تحقيق: نور الدين طالب، دار النوادر، سوريا، ط:1، 1428ه-2007م.
32. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ط:/، س:/.
33. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1، 1994م.
34. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الفروق، مؤسسة الرسالة، ناشرون، لبنان، ط:1،1424ه-2003م.
35. شهاب الدين السيد محمود الآلوسي البغدادي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط:/، س:/.

36. الشيـــرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي: المهذب في فقه الإمام الشافعي ، تحقيق: محمد الغزالي، دار القلم، دمشق، ط:1، 1417ه-1996م.
37. طـــه جابر العلوانـــي: مقاصد الشريعة، دار الهدى، بيروت، ط:1، 1421ه-2001م،
38. أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد السلام ابن تيمية: مجموع الفتاوى، تحقيق: عامر الباز، دار الوفاء، المنصورة، ط:3، 1326ه-2005م.
39. عبد الرحمان إبراهيم الكيـــلاني: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، دار الفكر، دمشـــق، ط:3، 1426ه-2005.
40. عبد الرحمان السنوسي: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية،ط:1،1424 ه.
41. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط:/، س:/.
42. أبو عبد الله الحـــاكم النيسبوري: المستدرك على الصحيحين، كتاب الحدود، دار الحرمين، القاهرة، ط:1، 1417ه-1997م.
43. عبد الله الهلالي: قاعدة لا ضرر و لا ضرار، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط:1، 1426 ه-2005م.
44. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، مطبعة دار السعادة، مصر، ط:/، 1323ه.
45. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي: الموطأ: رواية يحي بن يحي الليثي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1405ه-1984م.
46. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط:1،1427ه-2006م.
47. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، ط:1، 1422ه-2001م.
48. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري: الجامع الصحيح، المطبعة السلفية، القاهرة، ط:1، 1400ه.

49. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الجيل، بيروت،ط:1 ،1418ه-1998م.
50. عبد المجيد النجار: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة، منشورات مركز دراسات المستقبل الإسلامي، دار المستقبل، الجزائر، ط:/، س:/.
51. عبد المجيد النجار: في المنهج التطبيقي للشريعة الإسلامية. دار النشر الدولي، الرياض، ط:1، 1415ه-1994م.
52. عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1،2006م.
53. عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام: رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق أحمد عبد الحليم السايح، الدار المصرية اللبنانية، ط:/، 1413ه -1993م.
54. عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق: نذير كمال حماد+عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، ط:/، س:/.
55. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:2، 1406ه-1986م.
56. علال الفاسي: مقاصد الشريعة ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط: 5، 1993م.
57. علي أحمد الندوي: القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق،ط:2، 1412ه-1991م.
58. أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي: الاستذكار، دار الوغى، حلب، ط:1، 1414ه-1993م.
59. أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي: الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1، 1996م.
60. فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط:2، 1429 ه-1996م.
61. أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني: تلخيص الحبير، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط:1، 1416ه-1995م.

62. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي: العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1،1417ه-1997م.
63. محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:/، س:/.
64. محمد أبو زهرة: العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:/، س:/.
65. محمد الزحيلي: النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط:1، 1414ه- 1993م.
66. محمد الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ مالك، دار المعرفة، بيروت، ط:/ ،1401ه-1981م،ج:4، ص:167.
67. محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس،ط:/،1984ه.
68. محمد الطاهر ابن عاشـــور: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، بيـــروت،ط:2، 1424ه-2001م.
69. محمد أمين (بن عابدين): رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، ط:/، 1423ه-2003م.
70. محمد بن علي بن محمد الشوكاني: إرشاد الفحول، دار الهدى، الجزائر،ط:/،1998 م.
71. محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطارمن أسرار منتقى الأخبار، دار ابن القيم، الرياض ، ط:1، 1426ه-2005م.
72. محمد صادق المهدي: العقوبات الشرعية وموقعها في النظام الاجتماعي الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، ط:1، 1407ه-1987م.
73. محمد فاروق النبهان: المدخل التشريعي الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، ط:2، 1981م.
74. محمود جبر الفضيلات: سقوط العقوبات في الفقه الإسلامي، دار عمـــان، الأردن،ط: 1 ،1408ه-1987م.
75. محمود شلتوت: الإسلام شريعـــة وعقـــيدة، دار الشروق، القاهرة، ط:6،1412ه-1992م.
76. مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط:1، 1418ه-1998م.

77. مصطفى بن كرامة الله مخدوم: قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية،دار إشبيليا، الرياض، ط:1،1420ه-1999م.
78. مصطفى شلبي: تعليل الأحكام، دار النهضة، بيروت، ط:/، س:/.
79. ابن الملقن: سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي: البدر المنير، دار الهجرة، الرياض، ط:1، 1420ه-2004م.
80. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: شرح منتهى الإيرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ناشرون، ط:1، 1421ه-2000م.
81. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي:كشاف القناع، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت، ط:1، 1417ه-1997م.
82. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط:3، 1417ه-1997م.
83. نور الدين بن مختار الخادمي: الاجتهاد المقاصدي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط:1، 1419ه-1998م.
84. ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط:/، س:/.
85. وليد بن علي الحسين: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، دار التدمرية، السعودية، ط:1، 1429ه-2008م.
86. أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط:1،1424 ه-2004م.
87. وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 4، 1405ه-1985م.
88. أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم: كتاب الخراج، دار المعرفة، بيروت،ط:/، 1302ه.

المراجع القانونية:

89. إبراهيم الشباسي: الوجيز في شرح قانون العقوبات، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط:/ ، س:/.

90. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط:6، 1996م.

91. أحمد محـــحودة: أزمة الوضوح في الإثم الجنائي، دار هومه، الجزائر، ط:/، 2004م.

92. أكرم إبراهيم نشأت: السياسة الجنائية، دار الثقافة، الأردن، ط:1، 1427ه – 2008م.

93. جيرار كورنو: معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط:1،1418ه– 1998م.

94. رؤوف عبيد: أصول علمي الإجرام والعقاب، دار الجيل، مصر، ط:8 ،1989م.

95. رمسيس بهنـــام: النظرية العامة للمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط:/، س:/.

96. سليمان عبد المنعم: أصول علم الإجرام والجزاء، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط:1، 1416ه–1996م.

97. سيد البغال: الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات فقها وقضاء، دار الكتاب العربي، مصر، ط:/، 1982م.

98. عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، عالم الكتاب، القاهرة، ط:1، 1984م.

99. عبد الفتاح الصيفي+محمد زكي أبو عامر: علم الإجرام والعقاب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط: /، 1997–1998م.

100. عبد الفتاح مصطفى الصيفي: حق الدولة في العقاب، دار الهدى، الإسكندرية، ط:2، 1985.

101. عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط:4، 2005.

102. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط:/، 2008م.
103. علي عبد القادر القهوجي: علم الإجرام والعقاب، الدار الجامعية، مصر، ط:/، 1995.
104. عوض محمد: قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة التولى، الإسكندرية، ط:/، س:/.
105. فريد الزغبي: الموسوعة الجزائية، دار صادر، بيروت، ط:3، 1995م.
106. مارك أنسل: الدفاع الاجتماعي الجديد، تعريب وتحليل: حسن علام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط:/، 1991م.
107. مأمون محمد سلامـــة: قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:3 ،1990م.
108. محمد زكي أبو عامر: دراسة في علم الإجرام والعقاب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط:/، 1418ه-1985م.
109. محمود نجيب حسني: دروس في علم الإجرام والعقاب، دار النهضـــة العربيـــة، القاهرة، ط:/، 1988م.
110. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط: 3، 1998م.
111. مضواح بن محمد آل مضواح: المنفعة المستقبلية للعقوبات الجنائية من منظور إصلاحي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1430ه -2009م.
112. نظام توفيق المجالي: شرح قانون العقوبات، دار الثقافة، الأردن، ط: 1، 1430ه-2009م.
113. ول وايريل ديورانت: موسوعة قصة الحضارة، ترجمة: زكي نجيب محمود، نوبليس، بيروت، ط:1، 2008.
114. ينظر عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط:/، 1935ه-1954م.
115. Patrick Kolb & Laurence Lutermy, Droit Pénal Général ,Gualino éditeur , E.J.A ,Paris,2005.

النصوص القانونية:

116. الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

117. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966م المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

118. قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006م المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

119. القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

المعاجم والقواميس:

120. الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، ط:/، 1324ه.

121. أبو حـــاقة: معجم النفائس الوسيط، دار النفائس، بيـــروت، ط:1، 1418ه-2007م.

122. أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا: مقاييس اللغة، تحقيق:عبد السلام هارون، دار الفكر، دمشق، ط:/، 1399ه-1979م.

123. سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، ط:2، 1988م.

124. علي بن محمد الجرجـــاني: التعريفـــات، مكتبـــة لبنـــان، بيـــروت، ط:/، 1985م.

125. أبو الفضل جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور: لسان العرب الوسيط، تقديم: عبد الله العلايلي، دار الجيل، بيروت،ط:/،1408ه-1988م.

126. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيـــروز أبادي: القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، لبنـــان، ط:/، س:/.

127. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط:4، 1425ه-2004م.

128. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، تحقيق:محمود خاطر، مكتبة ناشرون، بيروت، ط:/، 1415ه-1996م.

-الرسائل الجامعية:

129. حامد حسن متروك الجهني: السلطة التقديرية للقاضي في تفريد العقوبة في مجال التعازير، رسالة ماجستير، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، المعهد العالي للعلوم الأمنية، الرياض، 1414-1415ه.

130. خالد بن محمد بابكر: قاعدة النظر إلى المآل وأثرها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة،كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 1431/1430ه-2008-2009م.

131. عبد الله بن سعيد بن فهد الدوه: مقاصد الشريعة من العقوبات التعزيرية وتطبيقاتها القضائية في محاكم المملكة العربية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1426ه-2005م.

132. عفيف محمد: القواعد المقصدية عند الإمام القرافي، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة،كلية أصول الدين والشريعة و الحضارة الإسلامية، 1424 /1427ه-2006/2005م.

133. فريدة زوزو: البعد المقاصدي في فقه عمر وأثره في الفقه المالكي، رسالة ماجستير، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1417ه-1997م.

134. فضيلة تركي: نظرية الاجتهاد عند الإمام الشاطبي، رسالة ماجستير، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1417/1416ه-1996/1995م.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الموضوعات:

مقدمة.....أ

الفصل التمهيدي:

قاعدة النظر إلى المآل و فكرة العقوبة.....01

المبحث الأول: ماهية قاعدة النظر إلى المآل..... 02

المطلب الأول: مفهوم القاعدة المقاصدية.....03

الفرع الأول: تعريف القاعدة.....03

الفرع الثاني: تعريف مقاصد الشريعة.....04

الفرع الثالث: أقسام المقاصد الشريعة.....05

الفقرة الأولى: بحسب أهميتها وقوة اعتبارها.....05

الفقرة الثانية: بحسب العموم والخصوص.....05

الفرع الرابع: تعريف القاعدة المقاصدية.....06

المطلب الثاني: مفهوم قاعدة النظر إلى المآل.....08

الفرع الأول: تعريف النظر.....08

الفرع الثاني: المقصود بالمآل.....08

الفرع الثالث: تعريف قاعدة النظر إلى المآل وبيان مضمونها.....10

المطلب الثالث: مشروعية قاعدة النظر إلى المآل.....12

الفرع الأول: الدليل العقلي.....12

الفرع الثاني: شواهد من القرآن الكريم.....13

الفرع الثالث: شواهد من السنة النبوية.....13

الفرع الرابع: شواهد من اجتهادات الصحابة.....14

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثاني: فكرة العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون.....16

المطلب الأول: تعريف وخصائص العقوبة في الفقه الإسلامي.....17

الفرع الأول: تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي.....17

الفرع الثاني: خصائص العقوبة في الفقه الإسلامي.....18

الفقرة الأولى: شرعية العقوبة.....18

الفقرة الثانية: شخصية العقوبة.....19

الفقرة الثالثة: العمومية والمساواة.....20

الفقرة الرابعة: قضائية العقوبة.....20

المطلب الثاني: أقسام العقوبة في الفقه الإسلامي.....21

الفرع الأول: العقوبات التوقيفية.....21

الفقرة الأولى: العقوبات الحدية.....21

الفقرة الثانية: القصاص والديات.....25

الفرع الثاني: العقوبات التفويضية.....26

المطلب الثالث: تعريف وخصائص العقوبة في القانون.....27

الفرع الأول: تعريف العقوبة في القانون.....27

الفرع الثاني: خصائص العقوبة في القانون.....28

الفقرة الأولى: جزائية العقوبة.....28

الفقرة الثانية: جنائية العقوبة.....29

الفقرة الثالثة: شرعية العقوبة.....29

الفقرة الرابعة: قضائية العقوبة.....30

الفقرة الخامسة: شخصية العقوبة.....30

المطلب الرابع: أقسام العقوبة في القانون.....31

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفرع الأول: العقوبات ذات الحد الواحد..... 31
الفرع الثاني: العقوبات ذات الحدين والتخييرية.....32

خلاصة الفصل التمهيدي..... 33

الـفـصـــل الـأول:

إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.....35

المبحث الأول:إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة في الفقه الإسلامي...36

المطلب الأول: مفهوم إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.....**37**
الفرع الأول:صلة العقوبة بقاعدة النظر إلى المآل.....37
الفرع الثاني:المقصود بالإعمال.....38
الفرع الثالث:الجهة المعنية بإعمال القاعدة.....39

المطلب الثاني: المآلات المعتبرة أثناء إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.....**43**

الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.....**43**
الفقرة الأولى: حجم الضرر المستقبلي.....43
الفقرة الثانية: البواعث.....**43**
الفرع الثاني: مآل تطبيق العقوبة.....**44**
الفقرة الأولى: المقصد المآلي للعقوبة.....44
الفقرة الثانية: المفسدة المآلية الراجحة.....**46**
الفرع الثالث: مسالك معرفة المآلات.....**47**
الفقرة الأولى: التصريح.....**47**
الفقرة الثانية: القرائن المحتفة.....48
الفقرة الثالثة: التجربة.....48
الفقرة الرابعة: أصول البحث المنهجي المعاصر.....49

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الثالث:سند ومبررات إعمال قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة.....50

الفرع الأول: منزلة العقوبة بين المقاصد والوسائل.....**50**
الفرع الثاني: مبدأ العدل.....**52**
الفرع الثالث: المصلحة.....53
الفرع الرابع : مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة.....54

المبحث الثاني: الاعتداد بالمآل في العقوبة في القانون.....56

المطلب الأول: النظرة المآلية للعقوبة في الفكر الجنائي الغربي.....57
الفرع الأول: النظرة المآلية للعقوبة في الفكر القديم.....57
الفرع الثاني: المدرسة التقليدية.....58
الفرع الثالث: المدرسة التقليدية الجديدة.....58
الفرع الرابع:المدرسة الوضعية.....59
الفرع الخامس: الاتحاد الدولي للقانون الجنائي.....60
الفرع السادس: حركتا الدفاع الاجتماعي والدفاع الاجتماع الحديث.....60

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاعتبار المآل في تطبيق العقوبة.....62

المطلب الثالث: المآلات المعتبرة في تطبيق العقوبة.....63
الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.....63
الفقرة الأولى: جسامة الخطر.....63
الفقرة الثانية: الباعث.....64
الفرع الثاني: مآل تطبيق العقوبة.....65
الفقرة الأولى: المنفعة المستقبلية للعقوبة.....65
الفقرة االثانية: المفسدة المتوقعة الغالبة.....65.

خلاصـــة الفصـــل الأول.....67

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الـفـصـــل الـثـانـــي:

أثر قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة

المبحث الأول: أثر قاعدة النظر في المآل في العقوبة في الفقه الإسلامي.....71

المطلب الأول: أثر قاعدة النظر إلى المآل في إسقاط العقوبة التوقيفية.....72

الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.....72
الفرع الثاني: مآل التطبيق.....73
الفقرة الأولى: سقوط القصاص.....73
الفقرة الثانية: سقوط التغريب على المرأة.....74

المطلب الثاني: أثر قاعدة النظر إلى المآل في تخفيف العقوبة التوقيفية.....75
الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.....75
الفرع الثاني: مآل التطبيق.....76
الفقرة الأولى: التخفيف بتأجيل الحد لعارض.....76
الفقرة الثانية: التخفيف بتأجيل الحد على الغزاة.....76
الفقرة الثالثة: التخفيف بإبدال الحد تعزيرا.....77

المطلب الثالث: أثر قاعدة النظر إلى المآل في تشديد العقوبة التوقيفية.....78
الفرع الأول: مآل الفعل الجرمي.....78
الفرع الثاني: مآل التطبيق.....79

المطلب الرابع: أثر قاعدة النظر إلى المآل في العقوبة التفويضية.....80

المبحث الثاني: أثر المآلات في العقوبة في القانون.....81

المطلب الأول: أثر المآلات في المنع من العقوبة.....82
الفرع الأول: المقصود بموانع العقوبة.....82
الفرع الثاني: أثر مآل الفعل الجرمي في المنع من العقوبة.....82

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفقرة الأولى: حالة الضرورة 82
الفقرة الثانية: حالة الدفاع الشرعي 83
الفرع الثالث: أثر مآل التطبيق في المنع من العقوبة.....83

المطلب الثاني: أثر المآلات في تخفيف العقوبة.....85
الفرع الأول: أسباب تخفيف العقوبة..... 86
الفقرة الأولى: الأعذار القانونية المخففة.....86
الفقرة الثانية: الظروف القضائية المخففة.....86
الفرع الثاني: أثر مآل الفعل الجرمي في تخفيف العقوبة.....87
الفرع الثالث: أثر مآل التطبيق في تخفيف العقوبة.....87

المطلب الثالث: أثر المآلات في تشديد العقوبة.....88

الفرع الأول: أسباب تشديد العقوبة.....88
الفقرة الأولى: الظروف المشددة القانونية.....89
الفقرة الثانية: الظروف القضائية المشددة.....89
الفرع الثاني: أثر مآل الفعل الجرمي في تشديد العقوبة.....89
الفرع الثالث: أثر مآل التطبيق في تشديد العقوبة.....90

المطلب الرابع: أثر المآلات في وقف تنفيذ العقوبة.....91

الفرع الأول: نظام وقف تنفيذ العقوبة.....91
الفرع الثاني: أثر مآل الفعل في وقف تنفيذ العقوبة.....92
الفرع الثالث: أثر مآل التطبيق في وقف تنفيذ العقوبة.....93

خلاصـــة الفصـــل الثاني.....94

خاتمة.....96

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الـفـهـــــارس:

فهرس الآيات القرآنية.....101
فهرس الأحاديث والآثار.....103
فهرس المصادر والمراجع.....104
فهرس الموضوعات.....115

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية