مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 25–03–2021

التخريج الفقهي للعقوبة البديلة عن السجن
(على ضوء القواعد والضوابط الفقهية)

Jurisprudential extraction of alternative punishment for imprisonment in light of the principles and rules of Jurisprudence

د. عائشة لروي
aicha_laroui@yahoo.fr
جامعة أحمد دراية – أدرار

تاريخ الإرسال: 2019/11/04 تاريخ القبول: 2121/01/24

الملخـــص:

إن الشريعة الإسلامية لا تهدف إلى العقاب أساسًا، وتسعى إلى الوقاية منه قبل حدوث سببه. وعقوبة السجن في الشريعة الإسلامية عقوبة ثانوية لا يعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة، عكس السياسة العقابية الوضعية التي اتخذت منها العقوبة الأساسية، ففشلت في تحقيق الردع الخاص والعام بها، ما أدى إلى ظهور اتجاه ينادي بضرورة إيجاد بدائل للسجن. ولقد تأكد من خلال هذا البحث، أن التعزير باب فسيح لتفعيل العقوبة البديلة باعتبار الواقع العملي، الذي جعل السجن عقوبة تعزيرية احتلت الصدارة في كثير من المعاصي والمخالفات. كما تم رصد مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية الصالحة للتخريج الفقهي لهذه البدائل.

الكلمات المفتاحية: العقوبة؛ البديلة؛ السجن؛ القواعد؛ الفقهية.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

Abstract:

Islamic law is not intended to punish in principle, but seek to prevent it before it happens. The prison sentence in Islamic law is secondary and can only be punished by minor offenses, contrary to the penal policy which has made it a fundamental punishment and failed to obtain private and public deterrence with. This led to the emergence of a trend calling for the need to find alternatives to sanctions for freedom. It was confirmed by this search that disciplinary sanction (Al-Ta'azir) is a broad gateway to activate them, given the practical reality, the prison sentence became a punishment (Ta'aziriya) taking the forefront in many sins and offenses. And that a set of rules and jurisprudential principles have been found appropriate for rooting these alternative sentences.

Keywords: Punishment; Alternative; Prison; Rules; Jurisprudence.

المقدمـــة:

الحمد لله الذي أكمل لنا ديننا، وأتم علينا نعمه، ورضي لنا الإسلام دينًا. ونصلي ونسلم على سيد المرسلين، سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فقد تصدت الشريعة الإسلامية لحسم مادة الفساد، ولكل ما من شأنه أن يؤدي إلى الهرج والفتن والاعتداء، واختلال توازن أحوال العباد في أنفسهم واختلال نظام جماعاتهم، ومن ثمة نظام الأمة ككل.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

ورغم تشريعها العقوبات بأنواعها: المقدرة، والتعزيرية، لحفظ نظام الأمة، فإن الشريعة الإسلامية لا تهدف إلى العقاب أساسًا، بل هي متشوفة إلى تقليله، وتسعى إلى الوقاية منه قبل حدوث سببه؛ وذلك بتكثير أسباب دفعه؛ لأن "**الدفع أسهل وأولى من الرفع**".

فقد أقرت بعض القواعد والضوابط الفقهية، – وهي من جوامع كلمه ﷺ –، والتي من شأنها كبح جماح إيقاع العقوبات، والتقليل منها ما أمكن. من مثل قاعدة: "**درء الحدود بالشبهات**"، وقاعدة: "**أن يخطئ القاضي في العفو، خير من أن يخطئ في العقوبة**"، وقاعدة: "**الأصل براءة الذمة**"...، وغيرها، وهذا كله إصلاحًا لحال الناس، واستصحابًا لمقصد الشريعة العام من التشريع، وهو حفظ نظام الأمة، واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه وهو نوع الإنسان[1].

بالإضافة إلى ذلك، فإن من مقاصد الشريعة الإسلامية: الحرية، فالشارع متشوِّف للحرية، ومرغب فيها، وحاث عليها في تصرفات المكلفين القولية منها والفعلية، مع الوقوف بها عند حدود الشرع، وإلا استلزم ذلك العقاب.

وانعكس هذا المقصد على العقوبة السالبة للحرية (السجن)؛ إذ هي في الشريعة الإسلامية عقوبة ثانوية لا يعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة، وإذا غلب على الظن أنها مفيدة.

في حين، نجد السياسة العقابية الوضعية اتخذت من عقوبة السجن العقوبة الأساسية، التي يعاقب بها في كل الجرائم تقريبًا، وفشلت في تحقيق الردع الخاص والعام بها؛ نظرًا لما نتج عن هذه الوسيلة العقابية من سلبيات على جميع الأصعدة، الاجتماعية

[1]– مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر بن عاشور: 194/3.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

منها والاقتصادية، بل وعلى نفسية المحكوم عليه وعائلته، وقبل كل ذلك فقد كرست الجريمة بدل القضاء عليها، الشيء الذي أدى إلى ظهور اتجاه ينادي بإلحاح على ضرورة إيجاد بدائل للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، سعيًا للتقليل من تلكم السلبيات. فظهرت العديد من العقوبات البديلة، مادية ومعنوية، وتباينت الآراء حولها.

ولقد اتجهت غالبية التشريعات العقابية إلى تبني هذه السياسة العقابية الحديثة، ومنها الدول العربية، وإن كان تبني هذه الأخيرة لفكرة العقوبة البديلة جاء على استحياء، وأدخلتها في سياستها العقابية، بين مؤيد ومعارض. كما أن مشروعيتها لا تزال محل نقاش، وغير واضحة المعالم لدى كثير من فقهاء الإسلام المعاصرين. وقد ارتأيت الخوض في هذا المجال، وذلك بتخريج هذه العقوبات البديلة عن السجن على ضوء بعض القواعد والضوابط الفقهية، تقريبًا للفكرة، وبيانًا لموقعها في التشريع الجنائي الإسلامي. وقد وسمتها بـــ:

"التخريج الفقهي للعقوبة البديلة عن السجن (على ضوء القواعد والضوابط الفقهية)"

فلئن كانت الشريعة الإسلامية تتشوف لتقليل العقاب والوقاية منه، وتتشوف كذلك للحرية:

– فهل الشريعة الإسلامية تقر العقوبات البديلة عن السجن؟

– وإن كان كذلك، فما التكييف الشرعي لهذه البدائل ؟

– وما القواعد الكلية العامة منها والخاصة، التي تخرج عليها هذه البدائل في الشريعة الإسلامية؟

هذا ما يسعى هذا البحث الخوض فيه، تكييفًا للعقوبات البديلة، مع بيان متعلقاتها في الشريعة الإسلامية.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

ويجب التنويه هنا، أنه رغم أهمية الموضوع، لم أقف على دراسة أو بحث أكاديمي، تناول تخريج هذه العقوبات البديلة عن السجن على ضوء القواعد والضوابط الفقهية.

وسيتم تناول الموضوع، وفق خطة جاءت بعد المقدمة في ثلاثة مطالب، وخاتمة، كما يلي:

– **المطلب الأول**: مفهوم العقوبة البديلة عن السجن، وتكييفها الفقهي.

– **المطلب الثاني**: تخريج العقوبة البديلة عن السجن، على ضوء الضوابط الفقهية الخاصة بالتعزير.

– **المطلب الثالث**: تخريج العقوبة البديلة عن السجن على ضوء القواعد الفقهية العامة.

– **خاتمة**: بأهم النتائج المتوصل إليها.

– المطلب الأول: مفهوم العقوبة البديلة، وتكييفها الفقهي.

يهتم هذا المطلب ببيان مفهوم العقوبة البديلة، وتكييفها في الشريعة الإسلامية. وهذا باعتصار غير مخل، فرضه المقام.

أولًا: مفهوم العقوبة البديلة:

الحديث عن العقوبات البديلة، هو حديث عن العقوبات القصيرة المدة، أي ما تعلق بالجنح والمخالفات، أما الجنايات الخطيرة، فأصحابها غير معنيين بالخيار البديل. وهذا بيان مفهومها:

1- تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي:

العقوبة لغةً:

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

العُقُوبة والعِقابُ والمــُعاقَبة: أَن تَجْزي الرجلَ بِمَا فَعل سُوءًا. وعاقَبه بِذَنْبِهِ معاقَبة وعِقابًا: أَخَذَه بِهِ. وتَعَقَّبْتُ الرجلَ إِذا أَخَذْتَه بذَنْبٍ كَانَ مِنْهُ[1].

والعقوبة اصطلاحًا:

– عرفها الماوردي، قال: "زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر، وترك ما أمر به"[2].

– وعرفها عبد القادر عودة، قال: "العقوبة هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة، على عصيان أمر الشارع"[3].

– أما أحمد فتحي بهنسي فقال: "العقوبة هي جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه، وترك ما أمر به، فهي جزاء مادي مفروض سلفًا يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة، فإذا ارتكبها زجر بالعقوبة حتى لا يعاود الجريمة مرة أخرى، كما يكون عبرة لغيره. فالعقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده، أي أن العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل، وإيقاعها بعده يمنع من العودة إليه"[4].

2– تعريف البديل:

لغةً: من البَدَل، وبَدَلُ الشَّيْءِ: غَيْرُه. بدْل الشَّيْءِ وبَدَله وبَدِيله الخَلَف مِنْهُ. واسْتَبْدَلَ الشَّيْءَ بِغَيْرِهِ وتَبَدَّلَهُ بِهِ إِذا أَخذه مَكَانَهُ[5].

[1]– لسان العرب، لابن منظور: 619/1.

[2]– الأحكام السلطانية، ص: 325.

[3]– التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة: 609/1.

[4]– العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 13.

[5]– لسان العرب: 48/11.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

3- مفهوم العقوبة البديلة:

العقوبات البديلة في الشريعة الإسلامية، هي: "العقوبات التي تحل محل عقوبة أصلية إذا امتنع تطبيق العقوبة الأصلية لسبب شرعي، ومثالها: الدية إذا درئ القصاص، والتعزير إذا درئ الحد والقصاص.

والعقوبات البدلية هي عقوبات أصلية قبل أن تكون بدلية، وإنما تعتبر بدلًا لما هو أشد منها إذا امتنع تطبيق العقوبة الأشد، فالدية عقوبة أصلية في القتل شبه العمد، ولكنها تعتبر عقوبة بديلة بالنسبة للقصاص، والتعزير عقوبة أصلية في جرائم التعازير ولكن يحكم به بدلًا من القصاص أو الحد إذا امتنع الحد أو القصاص لسبب شرعي"[1].

وفي الحقيقة لا يختلف تعريف العقوبة البديلة عن العقوبة الأصلية، فكلاهما جزاء يقرره المشرع ويطبقه القاضي على مرتكب الجريمة.

إلا أن هناك اصطلاح حادث للعقوبة البديلة عرفته السياسات العقابية الوضعية، واختلف المعاصرون حول تعريفه وبيان حقيقته، لكن أغلبهم ذهب إلى أن العقوبة البديلة هي: عقوبة غير سجنية، بدلًا عن العقوبة السجنية التقليدية القصيرة المدة، وهي بهذا المعنى أقرب للقانون الوضعي منها لمفهومها في الشريعة الإسلامية، كما سبق بيانه.

وأحسن تعريف وقفت عليه لما موضوع البحث بصدده، أن العقوبة البديلة هي: "ما يحل محل السجن في تحقيق المصلحة الشرعية للفرد والجماعة، من عقوبات التعزير"[2].

فهذا التعريف أقرب لمقصود الشرع؛ إذ ربط هذه العقوبات البديلة بالغرض من البدلية، والذي هو الغرض من العقوبات عمومًا وهو تحقيق المصلحة الشرعية للفرد

[1]– التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي: 632/1.

[2]– بحث: العقوبات البديلة في الفقه الإسلامي، لإبراهيم محمد قاسم الميمن، ص: 8.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

والجماعة، وكذا رد هذه العقوبات البديلة إلى أصلها في الشريعة الإسلامية، ألا وهو باب التعزير، كما سيأتي بيانه.

فإذا كانت العقوبة البديلة هي ما يحل محل السجن؛ باعتباره العقوبة السالبة للحرية، والتي يبحث لها عن بدائل، وجب بيان حقيقة السجن في الفقه الإسلامي، وذلك كما يلي:

– **السجن** لغةً: من الفعل سَجَنَ: السِّينُ وَالْجِيمُ وَالنُّونُ أَصْلٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ الْحَبْسُ. يُقَالُ سَجَنْتُهُ سَجْنًا. وَالسِّجْنُ: الْمَكَانُ يُسْجَنُ فِيهِ الْإِنْسَانُ. قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ فِي قِصَّةِ يُوسُفَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿ **قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ**﴾ [يوسف: 33]. فَيُقْرَأُ فَتْحًا عَلَى الْمَصْدَرِ، وَكَسْرًا عَلَى الْمَوْضِعِ[1].

أما السجن اصطلاحًا:

فقد عرفه ابن القيم، قال: "إن الحبس الشرعي ليس هو السَجْن في مكان ضيق، وإنما هو تعويق الشخص، ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيله عليه، وملازمته له"[2].

فلم يفرق ابن القيم بين السجن والحبس كما هو واضح من تعريفه، وهو صنيع الفقهاء وأهل اللغة كذلك، وإن كان الحبس في الفقه أعم من السجن؛ إذ من معانيه: الوقف، كما أنه لم يشترط لتطبيقه وجود مكان معين ومحدد لذلك – كما هو الحال اليوم–، وهذا بناء على ما كان عليه السجن والحبس في عهد النبوة.

[1]– معجم مقاييس اللغة، لابن فارس: 137/3.

[2]– الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 269.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

والدليل على أن ملازمة الخصم لخصمه نوع من السجن له، قوله تعالى: **(وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا)** [آل عمران: 75].

يقول ابن عطية في تفسيره لهذه الآية: "قائمًا في هذه الآية معناه: قائمًا على رأسه، على الهيئة المعروفة، وتلك نهاية الحقر؛ لأن معنى ذلك أنه في صدر شغل آخر، يريد أن يستقبله، وذهب إلى هذا التأويل جماعة من الفقهاء، وانتزعوا من الآيات جواز السجن؛ لأن الذي يقوم عليه غريمه فهو يمنعه من تصرفاته في غير القضاء، ولا فرق بين المنع من التصرفات وبين السجن"[1].

ثانيًا: التكييف الفقهي للعقوبة البديلة.

لما كان الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فإن الحديث عن العقوبات البديلة، والوسائل التي يمكن الاستغناء بها عن السجن في الشريعة الإسلامية، يدخل في نطاق باب التعازير بأنواعها؛ نظرًا لكون التعزير باب واسع تظهر من خلاله مرونة الشريعة الإسلامية في باب العقوبات.

وقد كان من بين النقاط التي احتوى عليها برنامج تطوير القانون الجنائي الوضعي، أنه:

– يجب أن يسمح النظام للمحكمة في اختيار التدبير الملائم في كل حالة على حدة، لكي يتفق مع حالة من سيفرض عليه التدبير[2].

يقول أحمد فتحي بهنسي، معلقًا على ذلك: وهذا "... لا يمنع القاضي الذي يطبق الشريعة الإسلامية من الأخذ بها، فلا خلاف أن من خصائص التعزير أنه غير مقدر

[1]– المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: 458/1 .

[2]– موقف الشريعة من الدفاع الاجتماعي، لأحمد فتحي بهنسي، ص: 126.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

وأمره متروك للإمام بحسب حالة المجرم وبحسب كل جريمة، وهو بحسب المصلحة وعلى قدر الجريمة. ويجتهد فيه ولي الأمر، ولا حد لأكثره، وقد يزيد الإمام فيه من الحد إذا رأى المصلحة العامة في ذلك"[1].

وأضاف بأن التعزير "هو الباب الطبيعي المفتوح الذي تتسلل منه نظرية الدفاع الاجتماعي[2] بصورتها المعتدلة، أو برنامج الحد الأدنى بمبادئه... ويستطيع القاضي الذي يطبق الشريعة أن يوقع التدابير الاحترازية أو العقوبات التي تقول بها النظرية فيما يعرض عليه من قضايا التعزير، ويكون بذلك في فلك الأحكام الشرعية"[3].

فما مفهوم التعزير؟

التعزير لغةً:

جاء في معجم مقاييس اللغة: عَزَرَ: الْعَيْنُ وَالزَّاءُ وَالرَّاءُ كَلِمَتَانِ: إِحْدَاهُمَا التَّعْظِيمُ وَالنَّصْرُ، وَالْكَلِمَةُ الْأُخْرَى جِنْسٌ مِنَ الضَّرْبِ. فَالْأُولَى النَّصْرُ وَالتَّوْقِيرُ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ**﴾ [الفتح: 9]. وَالْأَصْلُ الْآخَرُ التَّعْزِيرُ، وَهُوَ الضَّرْبُ دُونَ الْحَدِّ[4].

وفي لسان العرب: وأَصل التَّعْزير: التأْديب، وَلِهَذَا يُسَمَّى الضربُ دُونَ الْحَدِّ تَعْزيرًا، إِنما هُوَ أَدَبٌ[5].

---

[1]– موقف الشريعة من الدفاع الاجتماعي، ص: 127.

[2]– نظرية الدفاع الاجتماعي: "فكرة الدفاع الاجتماعي في تطورها، وفيما انتهت إليه، مرتبطة بتطور فلسفة العقاب والعلوم الاجتماعية، أو ما يسمى بعلوم الإنسان. كما أن ارتباطها وثيق بالفقه القانوني في الجريمة والعقوبة والإجراءات الجنائية".

– موقف الشريعة من الدفاع الاجتماعي، ص: 10.

[3]– موقف الشريعة من الدفاع الاجتماعي ، ص: 149.

[4]– معجم مقاييس اللغة: 311/4.

[5]– لسان العرب: 562/4.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

التعزير اصطلاحًا:

تعددت التعاريف التي وضعها العلماء للتعزير، وإن اختلفت ألفاظها، فالمعنى واحد. أذكر منها:

– تعريف الماوردي، بأنه: "تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود"[1].

– وتعريف ابن القيم، قال: "اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية، ليس فيها حد"[2].

– أما ابن فرحون، فقال: "التعزير تأديب استصلاح، وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود، ولا كفارات"[3].

– وذهب وهبة الزحيلي إلى أن: "التعزيرات: هي العقوبات غير المقدرة شرعًا، وإنما فوض الشرع النظر في نوعها ومقدارها إلى ولي الأمر (الدولة) لمعاقبة المجرم بما يكافئ جريمته، ويقمع عدوانه، ويحقق الزجر والإصلاح، ويراعي أحوال الشخص والزمان والمكان والتطور، وذلك يختلف باختلاف درجة الرقي وتحضر المجتمعات، وتهذيب الجماعات وأحوال الناس في مختلف الأزمنة والأمكنة"[4].

و لم يَفت أرباب القواعد الفقهية، صياغة ضوابط فقهية في بيان حقيقة التعزير، من ذلك:

[1]– الأحكام السلطانية، ص: 344.

[2]– الطرق الحكمية، ص: 279.

[3]– تبصرة الحكام: 288/2.

[4]– الفقه الإسلامي وأدلته: 5300/7.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

قول ابن نجيم في كلية فقهية: "**كل معصية ليس فيها حدٌّ مقدَّر، ففيها التَّعزير**"[1].

وقول السيوطي: "**مَنْ أَتَى مَعْصِيَةً لَا حَدَّ فِيهَا وَلَا كَفَّارَةَ، عُزِّرَ، أَوْ فِيهَا أَحَدُهُمَا، فَلَا**"[2].

والتعزير يقابل الحدَّ الذي هو عقوبة مقدرة حقًا لله تعالى؛ لأن التعزير عار عن التقدير من قبل الشارع، كما سيأتي بيانه. وهو من باب السياسة الشرعية، بل من الفقهاء من اعتبر السياسة الشرعية هي التعزير[3].

ويطرح ها هنا تساؤل، مفاده:

هل السجن عقوبة أصلية في الشريعة الإسلامية، حتى نبحث لها عن بدائل؟

سبق وأن ذكرت في المقدمة أن السجن عقوبة ثانوية في الشريعة الإسلامية، لا يعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة، وإذا غلب على الظن أنها مفيدة، أي أنه عقوبة من بين العقوبات التعزيرية، فهو على هذا ليس عقوبة أصلية.

ولكن " حينما نقول عقوبة بديلة عن السجن، هذا باعتبار الواقع التطبيقي والنظامي الذي جعل السجن عقوبة تعزيرية في كثير من المخالفات"[4].

فالسجن أصبح العقوبة التعزيرية المعمول بها والمطبقة على غالب الجرائم.

فيكون المراد في هذا البحث: أن التعزير كعقوبة غير مقدرة شرعًا، خول للقاضي حق وضع عقوبات بديلة للسجن، باعتبار الواقع العملي، الذي جعل السجن عقوبة

[1]– الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص: 157.

[2]– الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص: 489.

[3]– انظر: حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار): 15/4.

[4]– الإلزام بالأعمال التطوعية في العقوبة التعزيرية، ص: 38.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

تعزيرية احتلت الصدارة في كثير من المعاصي والمخالفات، حتى أصبح التعزير يكاد ينحصر فيها.

– المطلب الثاني: تخريج العقوبة البديلة عن السجن، على ضوء الضوابط الفقهية الخاصة بالتعزير.

بعدما تم تحرير الأصل الفقهي الذي تنتمي إليه العقوبة البديلة، ألا وهو التعزير، يمكن الآن تخريجها على ضوء ما قرره الفقهاء من ضوابط فقهية خاصة بالتعازير، وهذا بيان ذلك:

الضابط الفقهي الأول: "التعزير إلى الإمام على قدر عِظَم الجرم وصِغَرِهِ"[1].

هذا الضابط أصل في بابه؛ ويهتم ببيان مدى سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية، فإن أهم العقوبات التعزيرية في الشريعة الإسلامية، والتي شهدت التطبيق العملي، كما نص عليها الفقهاء في مصنفاتهم، واستدلوا لها من الكتاب والسنة، وعمل الصحابة والخلفاء الراشدين، والتي للقاضي إيقاع واحدة منها أو أكثر، هي:

– القتل: والأصل أن التعزير للتأديب، فإذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله، عزر بالقتل، وهذا على اختلاف بين الفقهاء.

– الجلد: وهي العقوبة المفضلة في جرائم التعازير الخطيرة.

– الحبس: الحبس في الشريعة على نوعين، حبس محدد المدة، وحبس غير محدد المدة. فالمحدد المدة: يعاقب به على جرائم التعزير العادية. وأقل مدة هذا النوع من الحبس يوم واحد، أما حده الأعلى فغير متفق عليه، وهو مقصود البحث.

[1]– الخراج، لأبي يوسف، ص: 167.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

ويشترط في الحبس كما يشترط في غيره من العقوبات أن يؤدي غالبًا إلى إصلاح الجاني وتأديبه، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجاني أو لن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى.

أما الحبس غير محدد المدة: فيعاقب به المجرمون الخطرون ومعتادو الإجرام، ومن اعتادوا ارتكاب جرائم القتل والضرب والسرقة، أو تكرر منهم ارتكاب الجرائم الخطيرة، ومن لا تردعهم العقوبات العادية، ويظل المجرم محبوسًا حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه، وإلا بقي محبوسًا مكفوفًا شره عن الجماعة حتى يموت. وهو ما يفيده الضابط الفقهي القائل إن: " **كل من شهد عليه أنه موصوف بالسرقة، فإنه يحبس في السجن حتى يموت، وأما الذي لا يعرف حاله فلا يسجن حتى يسأل عنه، وإن سجن فلا يطال سجنه**"[1].

– التغريب والإبعاد، والصلب، والوعظ: فيجوز للقاضي أن يكتفي في عقاب الجاني بوعظه إذا رأى أن في الوعظ ما يكفي لإصلاحه وردعه. وهذه العقوبات لا توقع إلا على من غلب على الظن أنها تصلحه وتزجره وتؤثر فيه.

– الهجر، والتوبيخ: فإذا رأى القاضي أن التوبيخ يكفي لإصلاح الجاني وتأديبه، اكتفى بتوبيخه.

– التهديد: وهذا بشرط أن يرى القاضي أنه منتج وأنه يكفي لإصلاح الجاني وتأديبه.

– التشهير: ويقصد به: الإعلان عن جريمة المحكوم عليه. ويكون التشهير في الجرائم التي يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس، كشهادة الزور والغش.

[1]– تبصرة الحكام: 159/2.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

– العزل من الوظيفة: وتطبق على الذين يتولون الوظائف العامة، والحرمان: أي حرمان المجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعًا، كالحرمان من تولي الوظائف، ومن أداء الشهادة، وكإسقاط النفقة للنشوز.

بالإضافة إلى الإزالة والغرامة المالية، والمصادرة[1].

فهل العقوبات التعزيرية محصورة فيما ذكر، بحيث على القاضي أن لا يتعدها، وإنما له الحق فقط في الاختيار من بينها بحسب الفعل والفاعل، دون الحق في إنشاء عقوبات تعزيرية أخرى؟ وبالتالي لا مجال للحديث عن عقوبات تعزيرية أخرى اجتهادية بديلة؟

ذهب المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]، وهو الراجح عند الحنفية[5]، إلى أن التعزير عقوبة مفوضة إلى رأي الحاكم واجتهاده، فله أن يُقَدِّر العقوبة التعزيرية في ضوء الملابسات المحيطة بالجناية، من حيث خطورتها أو بساطتها، وهو ما أفاده الضابط المذكور.

ومنع بعض الحنفية تفويض التعزير، وقالوا بعدم تفويض ذلك للقاضي، لاختلاف حال القضاة، وقد أيدوا هذا الرأي بأن المراد من تفويض التعزير إلى رأي القاضي ليس

[1]– التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي: 687/1–708؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: 236/12 وما بعدها.

[2]– انظر: تبصرة الحكام: 290/2–291.

[3]– انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، للجويني: 349/17.

[4]– انظر: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، للبهوتي الحنبلي: 503/3.

[5]– انظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 34/7.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

معناه التفويض لرأيه مطلقًا، بل المقصود القاضي المجتهد. وقد ذكر أن عدم التفويض هو الرأي الضعيف عند الحنفية[1].

فيكاد الفقهاء يجمعون على أن القاضي مفوض إليه الاجتهاد في العقوبة التعزيرية، استنادًا إلى النظر المصلحي، المراعي للواقعة والفاعل والمجتمع والزمان والمكان.

يقول ابن فرحون: "العقوبة تكون على فعل محرم أو ترك واجب أو سنة أو فعل مكروه، ومنها ما هو مقدر، ومنها ما هو غير مقدر، وتختلف مقاديرها وأجناسها وصفاتها باختلاف الجرائم وكبرها وصغرها، وبحسب حال المجرم في نفسه، وبحسب حال القائل والمقول فيه والقول"[2].

غير أن من المعاصرين من رأى خلاف ذلك، فقد ذهب الأستاذ عبد القادر عودة – رحمه الله– إلى أن العقوبات التعزيرية محددة، ولا يفوض للقاضي الاجتهاد فيها أو الخروج عنها، وهي العقوبات المشار إليها آنفًا؛ حيث قال:

"**لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص**: ...إن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديدًا دقيقًا بحيث لا يستطيع القاضي أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة، ولا يستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعازير، ولا أن يخرج على حدودها"[3].

[1]– الموسوعة الفقهية الكويتية: 262/12 وما بعدها، نقلًا عن: مطالع الأنوار على الدر المختار، للسندي: 603/7.

[2]– تبصرة الحكام: 289/2.

[3]– التشريع الجنائي الإسلامي: 148/1.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

وأضاف: "إن القول بأن للقاضي سلطة تحكمية في جرائم التعزير هو قول لا أساس له، ولا نكون مغالين إذن إذا قلنا: إن أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم، فالحقيقة التي لا يجادل فيها إلا مكابر أن كل من أوتي حظًا من الاطلاع على نصوص الشريعة، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم، يعلم حق العلم أن القاضي ليس له سلطة تحكمية ولا غير تحكمية في تعيين الجرائم والعقوبات، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة، وأن سلطة القاضي منحصرة في تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه، فإن انطبق وقع على الجاني العقوبة، ولكن الشريعة أعطت القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة للجريمة..."[1].

إن ما ذهب إليه الأستاذ عبد القادر عودة محل نظر؛ فالحصر في العقوبات الحدية، وليس مقصودًا للشارع في العقوبات التعزيرية، ولا دليل يدل عليه، والآيات والأحاديث التي ذكرت تلك العقوبات، هي دليل على مشروعيتها، لا على حصرها.

ويؤيد هذا، ما ذهب إليه الإمام محمد أبو زهرة، موضحًا ماهية قاعدة: "**لا جريمة ولا عقوبة بلا دليل في التعزير**"، حيث أكد القاعدة، ووضَّح أنها قائمة بالنسبة للعقوبات على أمرين:

1- أن العقوبات المقدرة جعلت أساسًا لتبنى عليها العقوبات غير المقدرة. فالعقوبات التعزيرية لم تترك فرطًا، وإن تركها لتقدير القاضي أو ولي الأمر، مع قيام أسباب القياس لا يعد تركًا.

2- أن الشارع الإسلامي عندما ترك العقوبات التعزيرية من غير تقدير، وفوض ذلك للقاضي في أكثر الأحوال ما خرج عن قاعدة: "**لا عقوبة من غير نص**" في الدور الأخير لها؛ ذلك أن آخر دور لهذه النظرية بالنسبة للعقوبات هو أنها جعلت للعقوبات

[1]- المرجع نفسه: 148/1.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

حدًا أقصى، و لم تجعل لها حدًا أدنى، وأطلقت للقاضي حرية التقدير في هذا الحد الواسع، فله أن يبرئ ولكن ليس له أن يزيد على ما قدره الشارع[1].

هذا بالنسبة للعقوبات، أما الجرائم، "فالأوامر القرآنية والسنة النبوية والنواهي، هي التي تكشف عن المطلوب شرعًا، والمنهي عنه شرعًا، وهي التي تحوي في ثناياها بيان الجريمة، وبذلك يتحقق بلا شك معنى لا جريمة بلا نص، أو ما يومئ إليه النص، وولي الأمر هو الذي يميز بين ما يجري عليه الإثبات، وما لا يجري من أوامر القرآن الكريم ونواهيه، حتى يمكن اعتبار الفعل جريمة قضائية، أو ليس جريمة قضائية"[2].

وعلى هذا، فالقياس على العقوبات التعزيرية المنصوص عليها، يفتح للقاضي المجال واسعًا لتقدير عقوبات بديلة، وفق الجرم وصاحبه.

على أن الأستاذ عبد القادر عودة، ذكر في موضع آخر من كتابه، ما يناقض رأيه ذاك تمامًا؛ حيث قال: "وإذا كانت الشريعة قد عرفت عقوبات تعزيرية معينة، فليس معنى ذلك أنها لا تقبل غيرها، بل إن الشريعة تتسع لكل عقوبة تصلح الجاني وتؤدبه، وتحمي الجماعة من الإجرام"[3].

فظاهر من كلامه هذا، مما لا يدع مجالًا للشك، تراجعه عن رأيه الأول، وإن لم يصرح بذلك.

تحصيلًا لما سبق، فإن للقاضي الحق في تحديد بدائل العقوبة، شريطة أن تكون مضبوطة بضوابط الشرع وقواعده الأساسية، فهو مقيد بالمساحة المسموح بها له في

[1]– الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، لأبي زهرة، ص: 140.
[2]– المرجع نفسه، ص: 144.
[3]– التشريع الجنائي الإسلامي: 686/1.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

سلطته التقديرية في الوقائع التعزيرية؛ وهذا لتتحقق بذلك مقاصد الشريعة من التعزير، والتي هي إجمالًا[1]: تأديب الجاني، وإرضاء المجني عليه، وزجر المقتدي بالجناة.

الضابط الفقهي الثاني: "التعزيرات اجتهادية بقدر الفعل والفاعل، ووجه الفعل"[2].

وهذا الضابط الفقهي يفيد: أن التعزير يختلف بحسب الجناية في العظم والصغر، وبحسب الجاني في الشر وعدمه، وبحسب المجني عليه في الشرف وعدمه، وبحسب اختلاف الجناية، ومدى تحمل المعاقب وصبره على يسير العقوبة، ومدى انزجاره إذا عوقب بأقلها.

يقول ابن فرحون: "التعزير لا يختص بالسوط واليد والحبس، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الإمام، قال الأستاذ أبو بكر الطرطوشي في أخبار الخلفاء المتقدمين: أنهم كانوا يعاملون الرجل على قدره وقدر جنايته منهم من يضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام واقفًا على قدميه في المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من يحل إزاره"[3].

ويقول ابن رشد مطبقًا للضابط الفقهي: "قول الرجل للرجل يا كلب يفترق فيه ذو الهيئة من غيره في القائل والمقول له، فأما إذا كانا جميعًا من ذوي الهيئة عوقب القائل عقوبة خفيفة بها، ولا يبلغ به السجن، وإذا كانا جميعًا من غير ذي الهيئة عوقب القائل أشد من عقوبة الأول يبلغ به فيها السجن، وإذا كان القائل من ذوي الهيئة والمقول له

[1]– انظر تفصيلها في: مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر بن عاشور: 553/3.
[2]– قواعد الفقه، للمقري، ص: 354 (ق: 689).
[3]– تبصرة الحكام: 290/2–291.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

من غير ذوي الهيئة عوقب بالتوبيخ ولا يبلغ به الإهانة ولا السجن، وإذا كان القائل من غير ذوي الهيئة والمقول له من ذوي الهيئة عوقب بالضرب..."[1].

فالمساواة في نوع العقوبة التعزيرية غير مطلوبة، ولو اشترطت المساواة فيها، لأصبحت عقوبة التعزير حدًا، وإنما المطلوب هو المساواة في أثر العقوبة على الجاني، والأثر المرجو للعقوبة هو الزجر والتأديب، وبعض الأشخاص يزجرهم التوبيخ، وبعضهم لا يزجرهم إلا الضرب أو الحبس، وعلى هذا تعتبر المساواة محققة إذا عوقب المشتركين في جريمة واحدة بعقوبات مختلفة تكفي كل منها لردع من وقعت عليه بحسب حاله وظروفه[2].

وهذا ما ينشده أرباب السياسة العقابية الحديثة، عند مناداتهم بالأخذ ببدائل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، فقد اقترح بعضهم ألا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها، بل تعين الجرائم دون تعيين عقوبتها، ثم تعين العقوبات التي يستطيع القاضي تطبيقها، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجاني. وهو عين مسلك الشريعة الإسلامية في جرائم التعزير[3].

الضابط الفقهي الثالث: "التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار"[4].

هذا الضابط الفقهي يُبين: أن العقوبات التعزيرية تختلف باختلاف الأعصار والأقاليم، واختلاف الأفراد، ويراعى فيها الأثر الاجتماعي والنفسي، وأثر الجريمة ذاتها اجتماعيًا.

[1]– البيان والتحصيل: 16/302–303.
[2]– التشريع الجنائي الإسلامي: 1/631.
[3]– المرجع نفسه: 1/149.
[4]– الفروق، للقرافي: 4/183 (ف: 246).

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

يقول القرافي: "التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فرب تعزير في بلاد يكون إكرامًا في بلد آخر، كقلع الطيلسان بمصر تعزير وفي الشام إكرام، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هوانًا وبالعراق، ومصر هوان"[1].

ويؤكد ابن القيم فحوى الضابط، بقوله: "لما كانت مفاسد الجرائم متفاوتة غير منضبطة في الشدة والضعف والقلة والكثرة،... جعلت عقوباتها راجعة إلى اجتهاد الأئمة وولاة الأمور، بحسب المصلحة في كل زمان ومكان، وبحسب أرباب الجرائم في أنفسهم، فمن سوى بين الناس في ذلك، وبين الأزمنة والأمكنة والأحوال لم يفقه حكم الشرع"[2].

إن هذا الضابط الفقهي، دليل على كمال الشريعة الإسلامية، وعلى مرونتها ومواكبتها للأعصار والأمصار، فقد وسعت التعزيرات، وجعلتها منوطة بالحاكم كما سبق بيانه، يراعي فيها مصلحة الفرد والمجتمع، والزمان والمكان.

– المطلب الثالث: تأصيل العقوبة البديلة على ضوء القواعد الفقهية العامة.

إضافة لما سبق عرضه من ضوابط فقهية خاصة بباب التعزير، والتي تعتبر أصلًا للعقوبة البديلة، فإنه يمكن كذلك تخريج هذه العقوبات البديلة على ضوء بعض القواعد الفقهية الكلية العامة، وهذا بيانها بإيجاز لا إطناب فيه:

القاعدة الفقهية الأولى: "كل ما دعت الحاجة إليه في الشريعة مما فيه منفعة ولم يعارضه محظور، فإنه جائز وواجب بحسب حاله"[3].

[1]– المصدر نفسه: 183/4.

[2]– إعلام الموقعين عن رب العالمين: 84/2.

[3]– المعيار المعرب، للونشريسي: 87/1، نقلًا عن: أبي بكر بن العربي في القبس: 881/1.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

إن إنشاء عقوبات تعزيرية بديلة، يرى القاضي أنها ملائمة للجناية، هو أمر جائز فيه منفعة تعود على الأمة، بل هو من الواجب عند الحاجة إليه، و"**الحاجة تنزل منزلة الضرورة: عامة كانت أو خاصة**"، وهذا ما دامت تلك العقوبات التعزيرية غير محظورة شرعًا، وموافقة لمقاصد الشريعة من العقاب.

القاعدة الفقهية الثانية: "العبرة بالمقاصد لا بالوسائل، وبالغايات، لا بطرائقها"[1].

فإذا كانت العقوبة التعزيرية البديلة محققة لمقاصد الشرع من العقوبة، فلا يهم عندها الوسيلة التي توصل بها إلى ذلك، بل المهم هو تحقق المقصد.

يقول ابن القيم في ذلك: " أي طريق استخرج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها. والطرق أسباب ووسائل لا تراد لذواتها، وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد"[2].

فـــصورة العقوبة لا تعني الشارع لذاتها، وإنما الذي يعنيه غايتها، أي ما يمكن أن تحققه، فهي مجرد وسيلة، وعلى ذلك فكل عقوبة تحقق المقصود من التعزير فهي مقبولة شرعًا– كما سبق–، بشرط ألا تخالف أصلًا من أصول الشريعة.

ولما كان من مقاصد العقاب، تحقيق العدل والعدالة في الأرض، دون النظر إلى الوسيلة، وجدنا ابن القيم يقول: "**إذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه**"[3]. فهذه القاعدة

[1]– الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، ص: 99.
[2]– إعلام الموقعين: 284/4.
[3]– الطرق الحكمية، ص:31.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

الشرعية تأكيد واضح على مشروعية العقوبة البديلة في الشريعة الإسلامية، وفق الضوابط والقيود المذكورة.

فإذا لم يتحقق المقصد بعقوبة ما، عدل عنها لغيرها؛ لأنها تكون قاصرة عن تحصيل المقصود منها. جاء في التبصرة الفرحونية: "إذا كانت العقوبة التعزير والزجر، فإن علم أن الزجر لا ينفع فلا يفعل التعزير، لكن يسجن الكبير حتى يتحقق توبته ولا يعرض للصغير"[1].

وهذه المسألة مبنية على قاعدة فقهية أخرى، صاغها المقري، قال: "**كل تصرف قاصر عن تحصيل مقصوده لا يُشرع، ويَبْطُل إن وقع: كنكاحِ المحرم... وتعزيرِ من لا يُفيده التعزيرُ زجرًا، بخلاف الحدود...**"[2]. فما شرع من باب الوسائل إذا لم يحقق مقصوده بطل الاحتجاج به.

القاعدة الفقهية الثالثة: "كل عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم، واستصلاحه، وزجر غيره، وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة: هي عقوبة مشروعة"[3].

وبصيغة أخرى: "كل وسيلة تؤدي إلى إصلاح الجاني، وتأديبه، وحماية الجماعة من شره، تعتبر عقوبة مشروعة"[4].

فالقاعدة بصيغتيها، تنص مباشرة على اعتبار أي عقوبة أو وسيلة توفرت فيها شروط العقوبة، ومقاصدها فهي عقوبة شرعية، أي أن العقوبات في الشريعة الإسلامية

[1]– تبصرة الحكام: 296/2.

[2]– قواعد الفقه، ص: 247 (ق: 385).

[3]– التشريع الجنائي الإسلامي: 686/1.

[4]– المرجع نفسه: 701/1.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

سواء أكانت حدية أم تعزيرية، فهي عقوبات أصلية؛ فكل ما يحقق المصلحة الشرعية من العقاب، يعد أصلًا في العقوبة.

كانت هذه بعض القواعد والضوابط الفقهية، المكيِّفة والمؤصِّلة للعقوبة البديلة في الشريعة الإسلامية، ويمكن أن يضاف إليها: قواعد المصالح والمفاسد، بإعمال فقه الموازنات، عند اختيار البديل.

فالشريعة الإسلامية لم تترك للقاضي الاجتهاد في العقوبات التعزيرية بحسب هواه، وتشهيه، بل ضبطت ذلك بأن: "ما تعين سببه ومصلحته وجب عليه فعله ويأثم بتركه، فهو أبدًا ينتقل من واجب إلى واجب كما ينتقل المكفر في كفارة الحنث من واجب إلى واجب... والإمام يتحتم في حقه ما أدت المصلحة إليه لا أن هاهنا إباحة ألبتة، ولا أنه يحكم في التعازير بهواه وإرادته كيف خطر له، وله أن يعرض عما شاء ويقبل منها ما شاء، هذا فسوق وخلاف الإجماع"[1].

فلا بد للإمام أو القاضي أن يراعي المصلحة عند تقريره العقوبة التعزيرية البديلة، ولا يتم له ذلك إلا بإعمال فقه الموازنات، هذا الفقه الذي يحتاجه المجتهد المشتغل باستنباط الأحكام، كما يحتاجه الفقيه والمفتي في ضبط فتواه، ولا يستغني عنه الحاكم في إيجاد الحلول للعديد من القضايا التي تتعارض أو تتزاحم فيها المصالح فيما بينها، أو المفاسد فيما بينها، أو المصالح والمفاسد؛ نظرًا لكونه الميزان والمنهج الذي يُبنى عليه النظر في القضايا، وإهماله إخلال بروح القضية المبحوث فيها، وتغييب لمآلاتها؛ ذلك: "أن تقديم الأصلح فالأصلح، ودرء الأفسد فالأفسد، مَرْكُوزٌ في طبائع العباد، نظرًا لهم من رب الأرباب"[2].

[1]– الفروق، للقرافي: 182/4.

[2]– قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (القواعد الكبرى): 14/1.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

فهذا النوع من الفقه، دليل على مرونة الفقه الإسلامي، وعلى صلاحية الشريعة الإسلامية لكل الأزمنة والعصور. ومن بين قواعد المصالح والمفاسد، الواجب استحضارها عند الموازنة بين العقوبات التعزيرية، لاختيار الأصلح للجاني، وللمجتمع، قاعدة: "**درء المفاسد، أولى من جلب المصالح**".

فهذه القاعدة من القواعد المتفرعة عن القاعدة الكبرى: "**الضرر يزال**"، ذلك أن درء المفسدة ودفعها عبارة عن إزالة الضرر، والضرر لا يزال إلا بالموازنة بين المصالح والمفاسد عند التعارض.

وهي تفيد: أن دفع المفاسد والأضرار، أرجح بالتقديم في الإتيان بها من المجيء بالمصالح أو المنافع، فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، قدم دفع المفسدة غالبًا؛ لأن حرص الشارع على منع المنهيات، أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات[1].

وتنزيلًا للقاعدة على العقوبات، فإن العز بن عبد السلام يقول: "الغالب تفاوت العقوبات بتفاوت المفاسد"[2].

وقد يحدث أن تجتمع المفاسد أو المضار، والأصل عندها درؤها ما أمكن، فإذا تعذر درء جميعها، واضطررنا إلى ارتكاب بعض المفاسد أو المضار لتجنب بعضها الآخر، دون تعيين أحدها، مع تفاوتهما في الضرر، فالموازنة بين تلك المضار هي عيار ضبط عملية دفع الأكثر فالأكثر ضررًا منها، فلا يصار إلى الموازنة إلا عند تعذر درء جميع المضار. و"لَيْسَ العَاقِلُ مَنْ يَعْرِفُ الخَيْرَ مِنَ الشَّرِّ، وَلَكِنْ هُوَ الَّذِي يَعْرِفُ خَيْرَ الشَّرَّيْنِ"[3].

[1]– المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا: 996/2.

[2]– الفوائد في اختصار المقاصد (أو القواعد الصغرى)، للعز بن عبد السلام، ص: 54.

[3]– سير أعلام النبلاء، للذهبي: 74/3.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

الخاتمـــة:

وأسجل فيها أهم النتائج المتوصل إليها، وهي:

1- خلص البحث، إلى أن التعزير باب فسيح لتفعيل العقوبات البديلة؛ باعتبار الواقع العملي، الذي جعل السجن عقوبة تعزيرية احتلت الصدارة في كثير من المعاصي والمخالفات، حتى أصبح التعزير يكاد ينحصر فيها.

وقد ناهض أرباب القانون الوضعي الحديث من أجل إعمال تدابير عقابية، هي عين مسلك التعزير.

2- تأكد أن الشريعة الإسلامية تقر العقوبات البديلة، ما دامت مضبوطة بضوابط الشرع وقواعده الأساسية ومقاصده؛ نظرًا لطبيعتها المرنة، التي لا تضيق بما يستجد من حالات.

3- أمكن رصد مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية، الصالحة لتخريج العقوبات البديلة عليها، تكييفًا لها، كما يمكن إعمال قواعد المفاسد والمصالح في فقه الموازنات، عند اختيار البديل.

4- إن عراقة النظام العقابي الإسلامي، ونجاعته في التقليل من الجريمة، وفي باب التعازير على وجه أخص، كفيل بالنهوض بإصلاح السياسة العقابية المعاصرة، فقد تنوعت الجرائم، وتعددت دوافعها، وتفاوتت ظروفها، وضاقت السجون بنزلائها، وفقدت هيبتها، ما استدعى إيجاد بدائل للعقوبات السالبة للحرية؛ للحد من سلبياتها أو التقليل منها.

هذا، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

المصادر والمراجع:

* القرآن الكريم.

1- الأحكام السلطانية، لأبي الحسن الماوردي. تحقيق: أحمد جاد. القاهرة: دار الحديث.

2- الأشباه والنظائر، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، تحقيق وتقديم: محمد مطيع الحافظ. بيروت: دار الفكر المعاصر. دمشق: دار الفكر. الطبعة الرابعة: 1426هـ/2005م.

3- الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى: 1411هـ/1990م.

4- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية. تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى:1411هـ/1991م.

5- الإلزام بالأعمال التطوعية في العقوبة التعزيرية، (ملخص البحوث المقدمة لحلقة البحث التي عقدها مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة في: 1430/4/5هـ، إعداد: لجنة البحوث والنشر بالمركز. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية– المملكة العربية السعودية.

6- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر علاء الدين الكاساني. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الثانية: 1406هـ/1986م.

7- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، تحقيق: مجموعة من الأساتذة. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الثانية: 1408هـ/1988م.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

8- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، لبرهان الدين بن فرحون، طبعة قدم لها وراجعها: طه عبد الرؤوف سعد. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. الطبعة الأولى: 1406هـ/1986م.

9- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة. بيروت: دار الكاتب العربي.

10- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، لمحمد أبي زهرة. دار الفكر العربي.

11- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، لمحمد أمين بن عابدين. بيروت: دار الفكر. الطبعة الثانية: 1412هـ/1992م.

12- الخراج، لأبي يوسف يعقوب. بيروت: دار المعرفة. 1399هـ/1979م.

13- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بمنتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتي. عالم الكتب. الطبعة الأولى: 1414هـ/1993م.

14- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية، تحقيق: نايف الحمد. دار عالم الفوائد.

15- سير أعلام النبلاء، لشمس الدين الذهبي، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط. بيروت: مؤسسة الرسالة. الطبعة الأولى: 1405هـ/1984م.

16- العقوبات البديلة في الفقه الإسلامي (بحث)، لإبراهيم محمد قاسم الميمن.

17- العقوبة في الفقه الإسلامي، لأحمد فتحي بهنسي. بيروت: دار الشروق. الطبعة الخامسة: 1403هـ/1983م.

18- الفروق، لأبي العباس القرافي. ضبطه وصححه: خليل المنصور. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: 1418هـ/1998م.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

19– الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي. دمشق: دار الفكر. الطبعة: الرابعة.

20– الفوائد في اختصار المقاصد (أو القواعد الصغرى)، للعز بن عبد السلام، تحقيق: إياد خالد الطباع. بيروت: دار الفكر المعاصر – دمشق: دار الفكر. 1416هـ.

21– القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، لأبي بكر بن العربي، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: 1992م.

22– قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام. راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. طبعة: جديدة مضبوطة منقحة: 1414هـ/1991م.

23– قواعد الفقه، لأبي عبد الله محمد بن أحمد المقري، دراسة وتحقيق: محمد الدردابي. الرباط: دار الأمان. طبعة: 2012م.

24– لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين بن منظور. بيروت: دار صادر. الطبعة الثالثة: 1414 هـ.

25– معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس. تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون. بيروت: دار الفكر. 1399هـ/1979م.

26– المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لأبي محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: 1413هـ/1993م.

27 – المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا. دمشق: دار القلم. الطبعة الأولى: 1418هـ/1998م.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 03 السنة: 2020 الصفحة: 158–187 تاريخ النشر: 23–03–2021

28- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: محمد حجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي. الطبعة: 1401هـ/1981م.

29- مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر ابن عاشور. المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة. قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. 1425هـ/2004م.

30- الموسوعة الفقهية الكويتية. الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية. الطبعة: 1404/ 1427هـ.

31- موقف الشريعة من الدفاع الاجتماعي، لأحمد فتحي بهنسي. بيروت: دار الشروق. الطبعة الثالثة: 1404هـ/1984م.

32- نهاية المطلب في دراية المذهب، لأبي المعالي الجويني. تحقيق: عبد العظيم الديب. جدة: دار المنهاج. الطبعة الأولى: 1428هـ/2007م.