

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

الشرعية الجنائية الزمانية (دراسة فقهية مقارنة مع قانون العقوبات الفلسطيني)

إعداد

شفاء فوزي سعيد غنّام

إشراف

د. مأمون الرفاعي

قُدِّمَت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه
والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2020م

الشرعية الجنائية الزمانية (دراسة فقهية مقارنة مع قانون العقوبات الفلسطيني)

إعداد

شفاء فوزي سعيد غنّام

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2020/10/05م، وأُجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

.....

.....

.....

1. د. مأمون الرفاعي / مشرفاً رئيسياً

2. د. يوسف الكليبي / ممتحناً خارجياً

3. د. جمال الحشاش / ممتحناً داخلياً

ب

ب

الإهداء

بعد حمد الله ﷻ بدايةً ؛ أهدي رسالتي هذه إلى حبيبنا وشفيعنا "رسول الله ﷺ" ،
أكرمنا الله تعالى بجيرته في الفروض الأعلى.

وإلى أعز مني فُقدت ويشناق قلبي للقياسها، والدتي الغالية رحمها الله ﷻ ، التي لطالما
حلمت أن ترى ثمرة جهدها وتضحياتها، وتشهد نجاحنا، تغمدنا الله ﷻ بعظيم
كرمه ورضوانه.

وإلى والدي العزيز أطال الله ﷻ بعمره، وأحسن عمله، وحفظه الله ﷻ .

إلى من ساندني طوال فترة الدراسة زوجي الغالي والعزير، الذي مهما كتبت له أوفيه
حقه بما بذله من تعب وجهد من أجل وصولي أنا وأبنائي إلى هذه الدرجة من العلم،
فله الفضل بعد الله ﷻ في تعليمي وإكمال دراستي وتشجيعه لي، حفظه الله ﷻ .

وإلى أولادي فلذات كبدي الذين كم قصرت في حقوقهم بانشغالي بدراستي؛ خاصة
أصغري سنًا: طه... حفظهم الله ﷻ .

وإلى صاحبات القلب الطيب أخواتي العزيزات، وصديقات الدراسة اللاتي أمضيتُ معهن
أجمل لحظات وأوقات دراستي... حفظهن الله ﷻ .

إلى هؤلاء، أهدي هذا العمل المتواضع

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين، سيدنا محمد ﷺ، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. وبعد :

فإني أشكر الله تعالى ﷻ أولاً وآخراً على فضله، الذي أنعم علي نعمته حيث منّ عليّ إنجاز هذا العمل، وغمرني بعطائه، فكان الهادي والنصير، والمعلم والمُدبّر والحكيم.

ثم من بعد شكري لله تعالى، أتقدم بالشكر والعرفان والتقدير، لصاحب الفضل الكبير الذي لم يَدخر جهداً في مساعدتي، وصاحب العلم الجليل، والخلق الرفيع، معلمي وقودتي في الدين والعلم والتقوى والورع، أطال الله ﷻ في عمره؛ أستاذي ومشرقي: الدكتور مأمون الرفاعي، الأستاذ في كلية الشريعة والقانون الجنائي بجامعة النجاح الوطنية.

كما أتقدم من أستاذي الفاضل الذي تفضّل بقبول مناقشة هذه الرسالة لإثرائها وتسديد ما فيها من خلل، وهما: فضيلة الدكتور يوسف الكليبي، وفضيلة الدكتور جمال حشاش، حفظهما الله ﷻ.

وكما أتوجه لكل من ساعدني ومد يد العون لي: أقدم شكري، وامتناني، وودّي، لكم جميعاً.

والحمد والشكر لله رب العالمين ﷻ دائماً

الإقرار

أنا الموقع أدناه، مقدّمة الرسالة التي تحمل العنوان:

الشرعية الجنائية الزمانية (دراسة فقهية مقارنة مع قانون العقوبات الفلسطيني)

أقرّ بأنّ ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنّما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمّت الإشارة إليه حيثما ورد، وأنّ هذه الرسالة كاملة، أو أيّ جزء منها، لم يقدّم من قبل لنيل أيّ درجة علميّة، أو لقب علمي، أو بحث لدى أيّ مؤسّسة تعليميّة أو بحثيّة أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:

اسم الطالبة: شفاء فوزي رحيد همام

Signature:

التوقيع: شفاء فوزي رحيد همام

Date:

لتاريخ: 2020 / 10 / 15

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
و	فهرس المحتويات
ك	الملخص
1	المقدمة
7	الفصل التمهيدي: نظرة في النظام الجنائي الإسلامي وتميزه عن باقي النظم والشرائع
9	المبحث الأول: مفهوم النظام الجنائي الإسلامي وأقسامه
9	المطلب الأول: التعريف بالنظام الجنائي الإسلامي
12	المطلب الثاني: أقسام النظام الجنائي الإسلامي
13	المبحث الثاني: خصائص النظام الجنائي الإسلامي وتميزه عن غيره من النظم والشرائع
17	المبحث الثالث: فلسفة العقوبات في النظام الجنائي الإسلامي وعلة التجريم والعقاب
17	المطلب الأول: مدى أهمية العقوبة لحفظ المقاصد الشرعيّة
18	المطلب الثاني: سياسة الإسلام في منع الجريمة
19	المطلب الثالث: علة التجريم والعقاب
23	الفصل الأول: لمحة عن نظرية الشرعية في النظام الإسلامي و قانون العقوبات الفلسطيني
24	المبحث الأول: مفهوم الشرعية الجنائية عموماً
24	المطلب الأول: تعريف الشرعية الجنائية في اللغة والشرع والقانون
26	المطلب الثاني: مفهوم الشرعية الجنائية الزمانية
28	المطلب الثالث: مفهوم الشرعية الجنائية في القانون الجنائي الفلسطيني
29	المبحث الثاني: نطاق الشرعية الجنائية
29	المطلب الأول: حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع
الصفحة	الموضوع

30	المطلب الثاني: تقييد سلطة القاضي في تفسير النص الجنائي
32	المبحث الثالث: أقسام الشرعية الجنائية
32	المطلب الأول: الشرعية الموضوعية شرعية التجريم والعقاب
34	المطلب الثاني: الشرعية الإجرائية (الدعوى والبينات - المرافعات)
35	المطلب الثالث: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من الشرعية الإجرائية
35	المطلب الرابع: عناصر الشرعية الإجرائية
36	المطلب الخامس: الشرعية الإجرائية في قانون العقوبات الأردني المعمول به في فلسطين
36	المطلب السادس: التطور التاريخي لقانون الإجراءات الجزائية في فلسطين
37	المطلب السابع: شرعية التنفيذ والعقاب
42	المبحث الرابع: فلسفة الشرعية في النظام الجنائي الإسلامي
42	المطلب الأول: قانونية التجريم والعقاب في المفهوم الإسلامي
43	المطلب الثاني: سلطة التجريم والعقاب
44	المطلب الثالث: شروط وضوابط الشرعية
46	المبحث الخامس: أهمية الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي
51	المبحث السادس: مبادئ الشرعية الجنائية
51	المطلب الأول: التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية
52	المطلب الثاني: مضمون مبدأ الشرعية الجنائية
55	المبحث السابع: قواعد الشرعية الجنائية
55	المطلب الأول: معنى القاعدة لغة واصطلاحاً
56	المطلب الثاني: انفراد التشريع في تحديد الجرائم
57	المطلب الثالث: القياس في مجال نصوص التجريم والعقاب
57	المطلب الرابع: أهم قواعد الشرعية الجنائية
68	المبحث الثامن: أركان الجريمة، وموقع الشرعية الجنائية الزمانية منها
68	المطلب الأول: أقسام أركان الجريمة
69	المطلب الثاني: أركان الجريمة العامة
78	المطلب الثالث: موقع الشرعية الجنائية الزمانية من أركان الجريمة
79	المطلب الرابع: مبدأ الشرعية الجنائية، وأهميته القضائية
الصفحة	الموضوع

81	الفصل الثاني: علاقة الشرعية الجنائية الزمانية بالنص التشريعي الموضوعي
82	المبحث الأول: أقسام النصوص ونطاقها
82	المطلب الأول: سلطان النظام الجنائي على المكان
87	المطلب الثاني: سلطان النظام الجنائي على الأشخاص
88	المطلب الثالث: سلطان النظام الجنائي على الزمان
94	المبحث الثاني: مبدأ عدم الرجعية الجنائية
94	المطلب الأول: حقيقة مبدأ عدم الرجعية
96	المطلب الثاني: أسس الأثر الرجعي
97	المطلب الثالث: أصل مشروعية هذا المبدأ
99	المطلب الرابع: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية
101	المبحث الثالث: الرجعية في التشريعات الجنائية الخطيرة
101	المطلب الأول: التكييف الفقهي للجرائم الخطيرة، وعلة استثنائها
102	المطلب الثاني: مشروعية استثناء الجرائم الخطيرة في النظام الجنائي
105	المطلب الثالث: مجالات: الجرائم الخطيرة
107	المطلب الرابع: حالة القوانين الجنائية الموضوعية التي يوجد بشأنها نص خاص يقضي برجعيته
108	المطلب الخامس: النصوص القانونية الوقائية وعلاقتها بعدم الرجعية
110	المبحث الرابع: الرجعية في التشريعات الجنائية والجزائية (الأصلح للمتهم)
110	المطلب الأول: النص الجنائي الأصلح للمتهم
113	المطلب الثاني: حكم القوانين المؤقتة بالنسبة للقوانين الأصلح للمتهم
114	المطلب الثالث: مجالات النص الجنائي الأصلح للمتهم أو المحكوم عليه
117	المطلب الرابع: القوانين التفسيرية لصالح المتهم أو المحكوم عليه
118	المطلب الخامس: التدابير الاحترازية والإصلاحية
121	المطلب السادس: الجرائم المتمادية والمستمرة والمتعاقبة والجرائم الاعتيادية
125	المبحث الخامس: الرجعية والأثر الفوري والمباشر
125	المطلب الأول: مفهوم الرجعية والأثر الفوري
127	المطلب الثاني: أسس الأثر الفوري في العقوبات وسلطانه ونتائجه
128	المطلب الثالث: استثناءات الأثر الفوري
الصفحة	الموضوع

129	المطلب الرابع: نتائج الأثر الفوري
130	المطلب الخامس: مبررات الأثر الفوري
131	المطلب السادس: ضوابط الأثر الرجعي وعلاقته بالأثر الفوري
134	الفصل الثالث: علاقة الشرعية الزمانية بالنص التشريعي الإجرائي (الشكلي)
136	المبحث الأول: قواعد الاختصاص القضائي
136	المطلب الأول: مفهوم الاختصاص
136	المطلب الثاني: قواعد الاختصاص
137	المطلب الثالث: أنواع الاختصاص
138	المطلب الرابع: أنواع الاختصاص القضائي (المحلي/المكاني)
139	المطلب الخامس: مشروعية الاختصاص القضائي في الإسلام
140	المطلب السادس: معايير الاختصاص القضائي
145	المبحث الثاني: قواعد إجراءات الدعوة
145	المطلب الأول: تحريك الدعوة
148	المطلب الثاني: تقادم الدعوة
152	المبحث الثالث: قواعد الإثبات
152	المطلب الأول: مفهوم الإثبات
153	المطلب الثاني: ما يتعلق بالمسائل الموضوعية في الإثبات
154	المطلب الثالث: ما يتعلق بالمسائل الإجرائية في الإثبات
158	المبحث الرابع: قواعد تنفيذ العقاب
158	المطلب الأول: قواعد تنفيذ العقاب في النظام الجنائي في الشريعة الإسلامية
159	المطلب الثاني: قواعد تنفيذ العقاب في النظام الجنائي الوضعي
161	الفصل الرابع: تغير الأحكام بتغير الأزمان
162	المبحث الأول: مفهوم قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان ومشروعيتها وحكمها
162	المطلب الأول: المعنى الفقهي للقاعدة
162	المطلب الثاني: صيغ القاعدة وقواعد ذات صلة بها
165	المطلب الثالث: مشروعية القاعدة وحكمها
168	المبحث الثاني: علاقة القاعدة بالنظام الجنائي الإسلامي
168	المطلب الأول: الفرق بين تغير الأحكام وتغير الزمان
الصفحة	الموضوع

169	المطلب الثاني: تأصيل تغيّر أحكام التجريم والعقاب
171	المطلب الثالث: ضوابط تغيّر أحكام التجريم والعقاب
173	المبحث الثالث: نطاق قاعدة تغيّر الأحكام الجنائية
173	المطلب الأول: فيما يتعلق بالأحكام الثابتة في القرآن الكريم والسنة الشريفة
174	المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالنصوص الاجتهادية والعرفية
176	المبحث الرابع: تطبيقات فقهية قانونية على قاعدة تغيّر الاحكام بتغيّر الأزمان
176	المطلب الأول: التطبيقات الفقهية على القاعدة في القضاء
179	المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية في الدعاوى والشهادات
182	الخاتمة
185	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

الشرعية الجنائية الزمانية (دراسة فقهية مقارنة مع قانون العقوبات الفلسطيني)

إعداد

شفاء فوزي سعيد غنّام

إشراف

د. مأمون الرفاعي

الملخص

تهدف هذه الرسالة إلى توضيح مفهوم الشرعية الجنائية الزمانية اللغوي والاصطلاحي، وإظهار النظرة الشرعية فيها، مع مقارنة ذلك بقانون العقوبات الفلسطيني المطبق، والاطلاع على ما بها من أحكام تتعلق بسريان النصوص الجنائية على الزمان، وبيان مدى تأثيرها على الأحكام الجنائية المتعلقة بها. وذلك من خلال بيان: طبيعتها، ونشأتها ومشروعيتها، وضوابطها، وتكييفها، وأركانها وأقسامها ونطاقها، وذكر القواعد الشرعية-القانونية-المتعلقة بالموضوع، وما يتعلق بها من أحكام وضوابط شرعية، مع مناقشة آراء الفقهاء في بعض المسائل المختلف فيها، والمقاصد العامة والخاصة على الفرد والمجتمع. وتطرقّت الدراسة إلى توضيح وتكييف قاعدة تغيير الأحكام بتغير الأزمان، ومدى علاقتها بالشرعية الجنائية الزمانية.

وقد قدمت لهذه المعضلة الفقهية القانونية الشرعية والاجتماعية حول مفهوم النظام الجنائي الإسلامي، ومدى تميزه عن غيره من النظم، وذكرت أقسام النظام الجنائي وخصائصه وفلسفته وعلة التجريم ومدى أهمية النظام العقابي في حفظ المقاصد الشرعية.

وتناولت مفهوم الشرعية الجنائية عامة، ومفهومها في القانون الجنائي الفلسطيني، ومفهوم الزمانية خاصة، وفصلت حقيقتها من حيث بيان مصادرها، ونطاقها، عناصرها، شروطها، وضوابطها، وتناولت مفهوم الشرعية (الموضوعية والإجرائية)، وشرعيتها الجنائية والجزائية، وتطورها التاريخي في فلسطين، وأهمية الشرعية الجنائية، ومزاياها تجاه الفرد والمجتمع، ومدى سلطة القاضي في تفسير النصوص الجنائية والاجتهاد القضائي.

وقدمت شرحاً وافياً عن علاقة الشرعية الجنائية بالنص التشريعي الموضوعي، بدأت بأقسام النصوص-جنائياً وجزائياً-ونطاقها: من حيث سريانها على الزمان والمكان، وعلاقة الشرعية

الجنائية بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص). وفصلت الحديث عن مبدأ (عدم الرجعية الجنائية)، فقدمت شرحاً بخصوصه من حيث نشأته والاستثناءات الواردة عليه، وسلطان الرجعية في الجرائم الخطيرة-التي يوجد بشأنها نص موضوعي خاص-، وحال النص الجنائي الأصلح للمتهم، من حيث التشريعات المؤقتة والعقوبات المخففة. كما تناولت تطبيق الأثر الفوري بالبيان والتوضيح: مفهومه، أسسه، ضوابطه، مبرراته، الاستثناءات الواردة فيه، وعلاقته بالرجعية الجزائية.

وانتقلت إلى الجزء الثاني والأهم وهو: النصوص الشرعية الإجرائية، و بينتُ علاقتها بالشرعية الجنائية، بدأتُ بتفسير قواعد الاختصاص القضائي من حيث المعايير الشخصية والإقليمية. ثم قواعد إجراءات دعاوى التحريك والتقدم. ثم قواعد الإثبات بما يتعلق بالمسائل الموضوعية والإجرائية. وأنهيتُ بقواعد تنفيذ العقاب في النظام الجنائي الإسلامي -مقارناً بالوضعي-.

وأخيراً سلطتُ الضوء على (قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان) ببيان معنى القاعدة فقهيًا، والصيغ والقواعد ذات الصلة بها، و بينتُ حكمها ومشروعيتها، مع تكييف وتأصيل فكرة تغير أحكام التجريم والعقاب، وضوابط هذا التغير. ووضّحتُ نطاق القاعدة فيما يتعلق بالأحكام الثابتة في القرآن الكريم والسنة الشريفة، وعلاقتها بالنصوص الاجتهادية والعرفية. وأنهيتُ الفصل بالتطرق إلى قضايا وتطبيقات فقهية قضائية-قديمة ومعاصرة-حول الدعاوى والشهادات وعلاقتها بالقاعدة. واستخلصتُ مدى عظمة الشريعة الإسلامية، وصلاحياتها لكل زمان ومكان.

والحمد لله رب العالمين ﷻ

المقدّمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ، وعلى آله وصحبه أجمعين،
ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

قال الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيْ
أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾¹

لقد سعت الشرائع والأنظمة البشرية منذ القدم لإيجاد قوانين يحكم بها في النزاعات والجرائم
التي يرتكبها البشر، فوضعت لها الأحكام والعقوبات، التي من أسسها أن يتحمل مرتكبو الجرائم
مسؤولية أفعالهم الخطيرة والممنوعة، وتطوّر الأمر إلى أن وصل إلى أعلى المستويات القانونية.
ولكن هذه القوانين وضعية من صنع البشر، تتسم بالنقص والعجز، ومهما تطورت تبقى عاجزة عن
إيجاد حلول ناجعة، ومعرفة كيفية التعامل مع الكثير من الجرائم أو إيقافها، خاصة مع تغيّر الزمان
والمكان وتعدد الجرائم.

إلا أن فضل الله ﷻ -على البشرية عامة وعلى الأمة الإسلامية خاصة- كبير، فالشريعة
الإسلامية الغراء منذ نزولها اهتمت اهتماماً بديعاً بكل ما يتعلق بحياة الناس، واستقرارهم،
وسعادتهم، فأرست المبادئ العامة، والقواعد الأساسية لبناء وتعمير المجتمعات، وفق رؤية منهجية
نافعة وشاملة، ويعد (مبدأ الشرعية الجنائية) من أهم المبادئ التي صاغت الشريعة الإسلامية،
فساهمت في نشر واستقرار الأمن والأمان في المجتمعات البشرية، والشاملة لأُمور الدنيا في كل
مجالات الحياة. بما في ذلك الحدود والقصاص والتعازير، والتي تركت لولي الأمر أو القاضي
مجالاً واسعاً في الحكم بما أنزل الله ﷻ . والشريعة الإسلامية انسانية عامة، لم تقتصر على أمة
دون أخرى، وهي باقية متجددة في كل زمان ومكان. فعُدل الله ﷻ في الأرض باقٍ إلى يوم الدين،
ولا يظلم ربك أحداً.

¹ سورة النساء، آية: 65.

ووضعتُ الشريعةُ الإسلامية العديدَ من الشروط والإجراءات لاكتمال الجريمة ليُحكم عليها. وإن وُجدت شبهة فقد تُدرأ الجزاءاتُ بها. كي يتحقق العدلُ ويعم الخيرُ، وتنعم البشريةُ بالأمن والأمان، والراحة والإستقرار والاطمئنان، ويرفلوا بالسعادة الدائمة في الدنيا والآخرة.

وإنَّ علمَ أحكام النظام الجنائي في الإسلام، من أهم علوم القضاء وأخطرها، وهو من الدين بمنزلة العمود الفقري من سائر الجسد؛ لما فيه من حفظٍ لحقوق الله تعالى، وحقوق عباده، وبهذا تُحفظ الإنسانية من كل شر وخطر يحيط بها، وتسير خطأً نحو أرقى المستويات الحضارية. وتجدر الإشارة أن للنظام الجنائي الإسلامي مبادئ هي بمثابة الأسس والأركان، ومن أهم مبادئه: الشمولية، والسيادة التشريعية الربانية المقدسة، وعالمية الاختصاص، واحتواؤه للزمان والمكان والأشخاص-نظرياً وعملياً-، ولولا هذه المبادئ لفقد القضاء الكثير من أهميته ومصداقيته. وهو من الأنظمة المتجددة على مر العصور والدهور - بحسب العرف والعادة- بما لا يخالف الشريعة الإسلامية، وذلك بسبب الاختلاف والتطور في نوعية الجرائم وأساليبها، واستحداث طرق لها لم تكن معروفة وظاهرة في الزمن الغابر، وبعضها لم يذكر الشارع الحكيم تفصيلها في الشريعة الإسلامية، بل ترك أمرها-رحمةً بنا-لأهل الاختصاص؛ كي يسبروا أعماقها ببعد نظر، بُغية التوصل لأحكامها، واستخلاص نتائجها المطلوبة. و بناءً على ذلك جاء تقرير الفقهاء للقاعدة العظيمة: (لا يُنكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان)¹.

وفي هذه الرسالة سألجُ باباً من أبواب هذا النظام الجنائي الإسلامي و سأتناول جزءاً من أجزائه، ألا وهو الشرعية الجنائية الزمانية، الذي يعالج مدى شرعية النصوص-الجنائية والجزائية- وشموليتهما وعمومها وسلطتها في كافة الأزمان، ودور الزمان في تغيير الأحكام في الشريعة الإسلامية، تفسيرياً واستنباطياً، فورياً ومباشراً، تشديداً وتخفيفاً، توقيفاً وإلغاءً وإمضاءً، مع بيان جميع الإستثناءات الواردة

¹ لجنة من علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، كارخانه تجارتي كتب، كراتشي، م39، ص20. الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، مطبعة الغرب الإسلامية، 1403هـ، ص227. ابن القيم، إعلام الموقعين، ط2، دار الكتاب العربي، 1418هـ، 12/2.

في هذا المجال. ومقارنة الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي بقانون العقوبات الفلسطيني، مع البحث في الأصول والمبادئ لأي نقطة تكون محل نظرٍ وخلاف.

فهذا الجانب من الجنايات جديرٌ بالبحث، في وقتٍ عزوفٍ الكثير من الباحثين الشرعيين والحقوقيين عنه، وانشغالهم بأمور وقضايا استفاضت بحثاً منذ العصور المتقدمة، فجاء هذا البحث ليظهر ويجلي هذا الجانب المهم والحساس والواقعي في مجال النظام الجنائي.

أسأل الله العلي العظيم ﷻ أن يعينني ويسدّد خطاي، إنه ﷻ ولي ذلك، فنعم المولى ونعم النصير.

أهمية البحث

1- بيان مدى علاقة النظام التشريعي الإسلامي بغيره من التشريعات الأخرى، وخاصة الفلسطيني وما يطبقه من أحكام؛ هل هي موافقة للشرع أم أنها نحت إلى الجانب الوضعي أكثر.

2- معرفة حقيقة النظام الجنائي الإسلامي وتمييزه عن باقي الشرائع.

3- بيان حقيقة وأهمية قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)؛ وهو الدليل الشرعي-الصريح أو الكنائي، العام أو الخاص- الذي يجرم هذا الفعل، ويعاقب عليه. والتأكيد على أنّ التشريع هو المصدر الوحيد للتجريم والعقاب.

4- تحديد الاختصاص الجنائي الزماني-زمانياً وموضوعياً وإجرائياً- للقضاء والقضاة، ومعرفة تلك الحدود التي تبيّن كثيراً من معالم القضاء. كأن يُعرّف عند أي قاضٍ وفي أي محكمة تُقضى الخصومات، ومتى سيبدأ القضاء بالنظر في الخصومة.

5- تقييد سلطة القاضي في تفسير النص الجنائي، والاجتهاد فيه.

6- بيان مدى سريان النص الجنائي على الحاضر والمستقبل، إضافةً للماضي.

مشكلة البحث

لقد جاءت هذه الدراسة للإجابة عن الإستفسارات الآتية:

1- ما هي العلاقة بين (الشرعية الجنائية) في قانون العقوبات الفلسطيني مع النظام الجنائي الإسلامي: (زمانياً)، وذلك من خلال إجراء مقارنة حول مدى التزام هذا القانون بالشرعية، وموافقته، أو بعده عنها، وتطبيقه لها عملياً.

2- وما هي الحلول عند التنازع الجنائي للنصوص الجنائية الوضعية مقارنةً بالنصوص الجنائية الشرعية.

أهداف البحث

1- إعطاء الحلول التشريعية والفقهية عند تنازع نصين جنائيين أو جزائيين في النظام الجنائي الإسلامي، مقارنةً مع القانون الوضعي المعمول به في بلادنا اليوم.

2- بحكم اعتقادنا أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، لا بد من القاء الضوء على المبادئ القانونية الحديثة ومدى قبولها في تشريعنا الجنائي الإسلامي.

3- إعطاء فكرة كافية عن حقيقة وروعة النظام الجنائي الإسلامي وتمييزه عن باقي النظم والشرائع.

4- الاطلاع على قانون العقوبات الفلسطيني، ومدى ملائمته للشرعية الزمانية، وبما يخدم حقوق الشعب الفلسطيني.

5- بيان علاقة الشرعية الجنائية الزمانية بالنص التشريعي العادل-نظرياً وعملياً وواقعياً.

6- فهم علاقة الشرعية الجنائية بقاعدة "تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان".

الدراسات السابقة

فيما يلي عرضٌ موجز لما قام به الباحثون السابقون في مجال بحثي:

1- (النطاق الزمني لتطبيق النص الجنائي - دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري)، بحث لنيل درجة الدكتوراة في الشريعة والقانون، للباحث عبد الكريم تافرونت، تناول الباحث فيه مقارنة الشرعية الجنائية الجزائرية مع قانون العقوبات الإسلامي. وتناول الباحث في الباب الأول مبدأ عدم رجعية النص الجنائي، ومبرراته وعلاقته بمبدأ الشرعية، ومبدأ شرعية التجريم والعقاب، ومجال تطبيقه في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي. وفي الباب الثاني اهتم بتطبيق النص الجنائي من خلال مبد الأثر الفوري والمباشر.

لكنّ هذه الدراسة ركّزت على الجانب القانوني الوضعي، وليس الفلسطيني كما أنها لم تشمل جميع المحاور مثل قانون العقوبات الإسلامي عامة والفلسطيني خاصة التي ناقشتها وبينتها في بحثي هذا.

2- (النطاق الزمني والمكاني في النظام الجنائي الإسلامي وفي قانون دولة الإمارات المتحدة - دراسة فقهية مقارنة-)، للباحث الدكتور: نزار محمود قاسم الشيخ. وهو بحث مقدم للندوة التي تعقدها جامعة الشارقة بعنوان: أصول النظام الجنائي الإسلامي، ومنهجه في حفظ المدنية. والبحث أبرز الاختصاص القضائي الجنائي الزمني والمكاني في الفقه الإسلامي، وتناول الباحث فيه: سريان التشريع الجنائي على كل زمان ومكان، وتطبيقه في دولة الإسلام، ووحدة النظام التشريعي، وتوحيد الحكم القضائي، ومعالجة العقوبات التي تقف أمامه.

لكنّ هذه الدراسة توسّعت بالحديث عن النطاق المكاني، كما أنها لم تشمل جميع المحاور التي ناقشتها وبينتها في بحثي هذا.

3- (المسؤولية الجنائية للفرد في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الجنائي - دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراة في الشريعة والقضاء بكلية الشريعة والقانون، في جامعة العلوم الإسلامية، ماليزيا، للباحث أحمد عبد الله ويدان.

وبيّنت هذه الدراسة المسؤولية الجنائية للفرد في حال ارتكابه جرائم دولية والنظر في إمكانية محاكمته في المحكمة الجنائية الدولية، باعتبار الجرائم التي ارتكبها موضوع القانون الدولي، وبحث المسألة من وجهة نظر إسلامية. وتناولت الدراسة: التمييز بين القانون الدولي الجنائي والقانون الجنائي الدولي، وموقف الشريعة الإسلامية من القانون الجنائي، وتطوّر وضع الفرد في الفقه والقانون الدولي، ومبدأ المسؤولية الجنائية للفرد في الشريعة الإسلامية وتطوره، وتطوّرت إلى المسؤولية الجنائية في المصادر الشرعية، ومدى تحقق المسؤولية الجنائية للفرد في الشريعة الإسلامية. وتحدّثت عن البنيان القانوني للجريمة الدولية في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية.

لكنّ هذه الدراسة ركّزت على الجانب القانوني الدولي الوضعي المختص ببلد الباحث وليس الفلسطيني، وتحدّثت عن الشرعية بشكل عام، دون تخصيصٍ للشرعية الزمانية، كما أنها لم تشمل جميع المحاور التي ناقشناها وبينناها في بحثي هذا.

منهجية البحث

اتبعت في دراستي هذه المنهج الاستقرائي، و المنهج الوصفي التحليلي، إضافةً إلى المنهج المقارن بين الفقه وقانون العقوبات الفلسطيني.

1- الرجوع إلى المصادر الرئيسية المعتمدة في هذا الموضوع.

2- كتابة البحث وتوثيق ما نقلتهُ تماماً، بعزوه إلى مصادره الأصلية.

3- جمع المعلومات وفق خطة البحث.

4- دراسة المعلومات وتحليلها ومقارنتها ببعضها.

5- الرجوع إلى نظام الجنايات والعقوبات الإسلامي.

6- الرجوع إلى قانون العقوبات الفلسطينية.

7- الانتهاء بنتائج جامعة، وتوصيات مهمة.

الفصل التمهيدي

نظرة في النظام الجنائي الإسلامي والشرعية الجنائية

المبحث الأول: مفهوم النظام الجنائي الإسلامي، وأقسامه

المبحث الثاني: خصائص النظام الجنائي وتميُّزه عن غيره النظم والشرائع

المبحث الثالث: فلسفة العقوبات في النظام الجنائي الإسلامي، وعلة التجريم
والعقاب

الفصل التمهيدي

نظرة في النظام الجنائي الإسلامي والشرعية الجنائية

مَقْدِمَةٌ

لقد تكفل الإسلام في الحماية اللازمة للمجتمع - للحدّ من كافة أنواع الجرائم والمنكرات - عندما نصّ على عقوبات أهم وأخطر الجرائم التي تمثل قمة الإعتداء على المصالح الأساسية (وهي جرائم الحدود والقصاص)، وأمر بتطبيقها دون زيادة أو نقصان¹، لا سيما أنها لا تختلف باختلاف الأمكنة والأزمان؛ ولأنه لا يمكن لأي مجتمع -مهما كانت درجة تقدمه الحضاري- أن يسود فيه الأمن والسلام إلا إذا قلت فيه هذه الجرائم.

وقد شاءت حكمة الله ﷻ أن تكون النصوص التشريعية الأخرى -المتعلقة بالجرائم- محدودة العدد على شكل قواعد ثابتة وأحكام أساسية ومبادئ عامة ليست مجالاً للاختلاف في أي زمان أو مكان..؛ حتى يُفسح المجال أمام ولاة الأمور ليجرّموا ما يضرّ بالمصلحة العامة، ويقرروا من التدابير حيال المجرم ما يروونه كافياً لردعه وإصلاحه². كل هذا من خلال نظام (التعزير) الحكيم، والذي يستوعب كل مظاهر التجريم التي فرضتها الأنظمة الوضعية المستحدثة، وكل السياسات الجنائية التي ابتكرت لمكافحة الأشكال الحديثة من الإجرام.

¹ ابن القيم، محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، (ت751هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت ص135. وانظر: القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواء الفروق (المعروف بالفروق)، عالم الكتب، بيروت، (141/1). الشافعي، محمد بن إدريس (ت204هـ)، الأم، (مطبوع معه مختصر المزني)، ط3، 1393هـ، 1973م، (187/6).

² القرافي، الفروق، 17/3، وانظر: الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، ط9، 1967م، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، (629/1)، الحلبي، دار الفكر، دمشق (2317/3). الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة الشاملة الحديثة، نشر المكتبة العلمية، بيروت، (1/114).

المبحث الأول

مفهوم النظام الجنائي الإسلامي، وأقسامه

وفيه مطلبان، أتناول فيهما تعريفه وأقسامه، كما يلي:

المطلب الأول: تعريف النظام الجنائي الإسلامي

مفهوم النظام

تعريف النظام لغةً: جمعه نُظْمٌ، وهو كل خيط ينظم به لؤلؤ ونحوه، ويطلق كذلك على: السيرة، والهدي، والمنهج، والطريقة. فالكلمة تطلق على الشيء الذي يراعى فيه الترتيب والانسجام والارتباط، وهي بهذا تشبه العُقد من حيث انتظام احجاره بعضها مع بعض¹.

مفهوم النظام اصطلاحاً: "هو مجموعة القيم والمبادئ والتشريعات والأعراف التي تقوم عليها حياة المجتمع، وحياة الدولة، وبها تنتظم أمورها"².

مفهوم الجنائي

الجنائي صفة منسوبة إلى جنائية، وبالتالي لا بد لفهمها من معرفة معنى الجنائية، كما يلي:

تعريف الجنائية لغةً: الجُرْم والذنب والعدوان، والكسب المحرّم، وارتكاب المحظور والممنوع، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة. وأصله من جنى الثمر إذا أخذه من الشجر، وجنایات الإحرام: هي كل فعل ممنوع ليس للمُحرّم أو الحاج أن يفعله³.

تعريف الجنائية اصطلاحاً: لها في الشرع معنى عام ومعنى خاص. أما الأول (الجنائية بمعناها العام): "فهو كل فعل محرّم شرعاً، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غيرهما"⁴، وهذا يشمل

¹ الفيروز آبادي، مجد الدين محمد يعقوب، معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م ج1، ص 925.

² سعيد، محمد رأفت، المدخل لدراسة النظم الإسلامية، ط1، دار العلم للطباعة والنشر، جدة، 1984م، ص5.

³ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2010م، (153/14، 154). ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، (830/1). الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج2، ص78 تحقيق أبي أكرم.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج8، ص79.

كافة المحظورات وفي جميع جوانب الحياة، وحقوق الله تعالى وحقوق الأفراد، وهي بذلك مترادف معنى الجريمة في اللغة والاصطلاح.

وأما المعنى الثاني (الخاص): فهي اصطلاح خاص للفقهاء، وهو إطلاق الجناية على "الاعتداء الواقع على نفس الإنسان أو أعضائه، وهو القتل والقطع والجرح والضرب، والاعتداء على الجنين"¹.

فعرّفها الحنفية بأنها: "كل فعل عدوان على نفس أو عرض أو مال، لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان"².

وعرفها المالكية بأنها: "ما يُحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضرّ حالاً أو مآلاً"³.

وعند الشافعية: هي "الاعتداء الواقع على الانسان أو أعضائه"⁴.

والحنابلة عرّفوها بقولهم: "هي كل فعل عدوان على نفس أو مال، ولكنها في العرف مخصوصة بما يصل فيه التعدي على الأبدان"، وسموا الجنايات على الأموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة واتلافاً⁵.

وأرى أن الرأي الراجح هو رأي المالكية، لقوته ولكونه شامل لمعنى الجرائم.

¹ الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل الحنفي (ت: 1318هـ)، حاشية الطحطاوي (على مراقبي شرح نور الإيضاح)، المطبعة الأميرية، بولاق (484/1). الزيلعي، عثمان بن علي الحنفي، تبيين الحقائق (شرح كنز الدقائق)، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، 1313هـ، (52/2). ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد القرطبي أبو الوليد، (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، 1395هـ، (394/2). الجويني، إمام الحرمين أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد (ت: 478هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، ط1، دار المنهاج، 1428هـ (436/16). ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله (ت: 884هـ)، المبدع (شرح المقنع)، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ (208/8). الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (5611/7).

² ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، (2/3).

³ الحطّاب، أبو عبد الله محمد، مواهب الجليل (لشرح مختصر خليل)، ط3، دار الفكر، 1978م ص277.

⁴ الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب، الأحكام السلطانية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، ص220-223.

⁵ ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني (شرح مختصر الخراقي)، مكتبة القاهرة (635/7). البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع (عن متن الإقناع)، تحقيق: محمد أمين الصنّاوي، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، (503/5).

إنَّ الفقه الجنائي الإسلامي أو التشريع الجنائي الإسلامي أو نظام العقوبات في الإسلام، أو غيرها من مرادفاتها ذات معنى واحد، يشمل كل ما تعلق بالجنايات أو الجرائم التي حظرها الشرع الإسلامي، واعتبرها محظورات تترتب عليها أجزية وعقوبات¹.

فالنظام الجنائي: (هو مجموعة المبادئ التشريعية التي تنظم أحكام التجريم والعقاب، وما يلحق بها من مجموعة قواعد وأصول الإجراءات الجنائية، المستمدة من مصادر التشريع الإسلامي، والتي تكفل منع الجريمة وصيانة الحقوق، وتهدف إلى تحقيق الأمن والعدالة والسعادة في الدنيا والآخرة)².

وهو جزء من الفقه الإسلامي الشامل الذي يبحث في الجرائم بياناً وثبوتاً وشروطاً وأركاناً، وفي عقوباتها المقررة، والقواعد والمبادئ التي تحكمها، سواء كانت تلك الجرائم حدوداً أو قصاصاً أو تعازير³.

والنظام الجنائي هو جزء من النظام السياسي في الإسلام، والذي يلعب دوراً كبيراً في حماية الدين ومقاصده العامة، ورعاية حقوق ومصالح الأمة، وتحقيق الأمن والاستقرار، وقطع شأفة الظلم والفساد. وهو ركن أساس في النظام الإسلامي الذي لا تقوم الحياة ولا تستقيم أحوال الخلق بدونه، فهو الحارس الأمين، والدرع المتين، والحصن الرصين، لتثبيت دعائم الدولة والدين.

المطلب الثاني: أقسام النظام الجنائي

وتنقسم قواعد النظام الجنائي إلى قسمين:

¹ استخلصتُ هذا التعريف الاصطلاحي من خلال قراءتي لكتب الفقهاء المحدثين، مثل: عودة، عبد القادر (ت1373هـ): التشريع الجنائي الإسلامي (مقارناً بالقانون الوضعي)، دار الكتب العلمية (15/1) وما بعدها. فوزي، شريف فوزي محمد، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون)، مطبعة دار العلم، نشر مكتبة الخدمات الحديثة، جدة، ص13. النعيم، رائف محمد، المبادئ العامة للتشريع الجنائي الإسلامي، ط1، جبهة للنشر، الأردن، 1425هـ، ص7.

² الحلبي، محمد علي السالم، أسس التشريع الجنائي في الإسلام، ط1، 2005م، دار وائل، عمان، ص10 وما بعدها.

³ محمصاني، صبحي، فلسفة التشريع في الإسلام، دار الملايين، بيروت، ط4، 1975م، ص287. زيدان، عبد الكريم، القصاص والديات في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1428هـ، ص17. عودة، التشريع الجنائي، (16/1).

1. قواعد موضوعية¹: تتناول أحكام التجريم والعقاب، وتُسمى (القواعد التشريعية) أو (الإطار التشريعي) أو (الشرعية الجنائية). وتشمل هذه القواعد نوعين:

أ. قواعد عامة -القسم العام-: وهي النظريات والمبادئ العامة المتعلقة بالتجريم والعقاب، وهذه القواعد تسمى (النظرية الجنائية).

ب. قواعد خاصة -القسم الخاص-: وهي الأحكام الشرعية التفصيلية المتعلقة بكل جريمة خاصة وعقوباتها، وهذه القواعد تسمى (التشريع الجنائي).

2. قواعد إجرائية، أو (شكلية) أو (أصول المحاكمات) أو (المرافعات): وهي التي تنظم الدعوى والتحقيق والاستدلال والمحاكمة، وتسمى هذه القواعد أيضاً بـ (الشرعية القضائية) أو (الإطار القضائي). والقواعد الموضوعية تهدف إلى حماية مصالح الخلق ومنع الجريمة والفساد، وتحقيق الأمن والسعادة. أما القواعد الإجرائية تهدف إلى تنظيم سير العدالة الجنائية، وتوفير الضمانات الخاصة الكفيلة بالحفاظ على الحقوق والحريات الفردية، ووضع الحماية المقررة -بالنصوص الشرعية الموضوعية- موضع التنفيذ².

¹ حسني، محمود نجيب، الفقه الجنائي الإسلامي (قسم الجريمة)، ط1، 1427هـ، دار النهضة العربية، القاهرة، ص7 وما بعدها.

² الحلبي، محمد علي السالم عياد، أُسس التشريع الجنائي في الإسلام، ط1، 2005م، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ص10 وما بعدها.

المبحث الثاني

خصائص النظام الجنائي، وتميُّزه عن غيره من النظم والشرائع

الشريعة الإسلامية شريعة كاملة خالدة صالحة لكل زمان ومكان، على مر الدهور والعصور، فهي كاملة بكماله ﷺ خالدة بخلوده. أما القوانين الوضعية فهي تحمل صفات البشر وطبائعهم فهي ناقصة منقوصة بنقص الإنسان، مؤقتة بحياته وظروفه ومحددة بقصر نظره وعصره. وشتان ما بين الثريا والنثرى، ونور الحق وظلمات الدجى. ومن أهم ما تميَّز به هذا النظام-عن غيره من النظم والقوانين البشرية-ما يلي:

1- الربانية¹: فالنظام الجنائي الإسلامي (نظام رباني)؛ أي أن مصدره من عند الله ﷻ ، أما القوانين الوضعية فإنها من صنع البشر، إذ كانت العادات والتقاليد والمصالح والمعاهدات هي مصدر النظام لديهم. إن الشريعة الإسلامية شريعة قائمة بذاتها غير منقولة عن غيرها من الشرائع الوضعية، فهي مستقلة كل الاستقلال لها أصولها وتاريخها المجيد. وهذا النظام يمثل دقة وروعة الخالق ﷻ . مقابل ذلك النظام الوضعي الذي يفضح الضعف البشري وقلة حيلتهم، وكثرة نواقصهم وتخبطهم بالفوضى. وهذه الميزة التي أعطت قداسةً لهذا النظام العظيم، حيث زرعت في نفوس المؤمنين هيبةً واحتراماً والتزاماً به، جعلهم ملتزمين حدود الله ﷻ .

2- الكمال والدوام والثبات: النظام الجنائي الإسلامي وضعه خالق الزمان والمكان، الذي بيده مجريات الأحداث والواقع والوقائع، فهو لذلك يعالج الحاضر والمستقبل، ويلبي كل الحاجات البشرية، ويساير التغيرات والتطورات التي تحدث في المجتمعات البشرية، كما أنه يستوعب المستجدات المستقبلية التي يمكن أن تحدث في المجتمعات البشرية. أما القوانين الوضعية فهي مؤقتة وُضعت لمرحلة معينة وظروف معينة في الجماعات البشرية، وبا أن المفترَض أنها ثابتة تحكم متغير، فهي لا تصلح لمسايرة التطورات والتغيرات، وبالتالي فهي مشوبة بالنقصان وغير مكتملة الأركان.

3- المرونة والعموم: حيث يتسع لحاجات الجماعة والأفراد على مر الدهور والعصور، ويستوعب التغيرات والتطور، كما أن قواعده ونصوصه من السمو والرفعة والحكمة ؛ بحيث أنه لا يمكن أن يتأخر في أي مكان،

¹ أبو الخير، مصطفى أحمد، نظرية التشريع الجنائي الإسلامي في القصاص، الخبير في القانون الدولي ص36.

أو زمان، أو ينخفض عن مستوى الجماعة البشرية، وفيه القدرة على التكيف مع كل مستجدات الحياة. أما الأنظمة الوضعية فهي تتصف بالجمود، وتحكمها الأهواء والمصالح.

4- النظام الجنائي دين ونظام ودولة، مواظ وتوجيه وتشريع: حيث إن النظام الجنائي الإسلامي وُضع لتنظيم وتوجيه البشر، وإصلاح سلوكهم، وتقويم اعوجاجهم، حرصاً من الإسلام على حفظ الحقوق وعدم ضياعها، وتحقيق الخير والسعادة في الدنيا والآخرة. بينما القوانين الوضعية تابعة للجماعة وخاضعة لها في تلبية احتياجاتها البشرية الدنيوية فقط، محكومة بأهواء ومصالح المتغذّين، بعيداً عن العدل والخُلق والدين.

فالشريعة الإسلامية بنظامها الجنائي لا تكتفي بمجرد النصح والتوجيه، بل تربطه بالتشريع والتنفيذ، وبالتالي تحمي حُرُمات الله تعالى ومصالح العباد، بإنزال العقاب المناسب على كل من تجاوز حدود الله تعالى وتعداها، زجراً للمجرمين، ونكالاً لهم ولغيرهم من المجرمين، وعظةً تحول بين الخلق وشهواتهم ومطامعهم، وحمايةً للأخلاق، وحفظاً للنظام، وصوناً للمجتمع من أن تتحكم فيه الرذيلة، وتحقيقاً للعدل والأمن والطمأنينة والسعادة الدائمة في الدارين. فالنظام الجنائي الإسلامي قوة تحمي الحقوق وسياس يحصن الحرمات، وسعادة للأمة وسيادة للدولة.

5- الجزاء فيه دنيوي-قضائي- وأخروي-دياني¹: بينما الجزاء في القوانين الوضعية دنيوي فقط، نرى النظام الجنائي الإسلامي يتصل بنظام الأخلاق والفضيلة، وعقابها دنيوي وأخروي، فالأفعال الظاهرة يُعاقب عليها بعقوبة دنيوية، والأفعال غير الظاهرة يكون عقابها أخروي أمام الله ﷻ ، لذلك اتصل النظام الجنائي الإسلامي بالوازع والوجدان الديني، مما يُشعر الإنسان أنه في رقابة مستمرة من ربه ﷻ ، وذلك يعد أهم مانع نفسي وروحي من الجرائم، مما جعل "مرتكب الجريمة سراً" يذهب إلى رسول الله ويطلب منه أن ينفذ عليه العقوبة ويقم عليه الحد بوازع من وازعه وحسه الإيماني الذي خلقه ونمّاه فيه الخالق ﷻ². فعلم الإنسان بأنّ الله تبارك وتعالى على عمله رقيب، ويوم القيامة له حسيب، وإن نجا اليوم من العقوبة فلا نجا غداً، جعل تطبيق العقوبة يمنع من الإقدام على الجريمة عند العلم بها، وتنفيذها على المجرم يمنعه من العود إليها.

¹ أبو زهرة، محمد أحمد مصطفى، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998م، ص: 14. قطب، سيد إبراهيم حسن الشاربي(ت1385)، في ظلال القرآن، ط7، دار الشروق، بيروت، 1412هـ (842/2).

² أبو الخير، مصطفى أحمد، نظرية التشريع الجنائي الإسلامي في القصاص، الخبير في القانون الدولي ص37.

بخلاف القوانين الوضعية فإن المجرم إذا لم يكتشفه أحد أفلت من العقاب وازداد ضراوةً، وإذا دخل السجن مدة طويلة أو قصيرة فإنه يزداد خبرةً في الإجرام، فالعقوبات في القوانين الوضعية غير مانية للجريمة ولا مصلحة للفساد.

6- نظام يرسخ فكرة الإصلاح والتغيير والتهديب النفسي وتربية الوازع الايماني¹: فقد هدّب الإسلام النفس الإنسانية بالعبادات وأعمال الخير والبر، مما يجعل العبد المسلم أليفاً يرى نفسه من ومع وإلى الجماعة التي يعيش في وسطها وكنفها، وبالتالي فهو يعمل لصالحها وعلى حمايتها حتى من نفسه.

7- نظام أخلاقي إنساني: يعتمد النظام الجنائي الإسلامي على تكوين رأي عام فاضل، عماده وأساسه الأخلاق الفاضلة الكريمة، لذلك دعت الشريعة الإسلامية إلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كي يسود بذلك خلق الحياء في المجتمع الإسلامي، والحياء إحساس قوي بالقيود النفسية التي تجعل للجماعة وما يرضيها مكاناً في النفس الإنسانية، ما يجعل الشخص يحسّ بسلطان الرأي العام على نفسه، ولذلك حث الإسلام على الحياء ودعا إليه النبي ﷺ وأكثر من الدعوة إليه².

8- الشدة والقوة والمنعة في العقاب: فالعقوبة رادعة للمجرم زاجرة لغيره، فالغاية من العقوبة في النظام الجنائي الإسلامي أمران: الأول: حماية الفضيلة، وحماية المجتمع من أن تتحكم فيه الرذيلة، والثاني: المنفعة العامة ومصلحة الناس. فالفضيلة والمصلحة متلازمان، فلا فضيلة بدون مصلحة ولا مصلحة بدون فضيلة، بل إن كثيراً من علماء الأخلاق -حتى من غير المسلمين- يعتبرون مقياس الفضيلة أو الخير هو المصلحة الحقيقية بدون هوى.

9- يتميز النظام الإسلامي أيضاً بأن العقوبة فيها شفاء لغيظ المجني عليه، وليس للانتقام: فشفاء غيظ المجني عليه وعلاجه له أثره في تهدئة نفس المجني عليه، فلا يفكر في الانتقام ولا يسرف في الاعتداء وبالتالي تنتشر الجريمة وتنقش في المجتمع.

¹ بدران، أبو العنين بدران، أصول الفقه الإسلامي، ص 25.

² عودة، القاضي الشهيد عبد القادر، الإسلام وأوضاعنا القانونية، دار المختار الإسلامي، ص 21-25. الدناصوري، عز الدين عبد الحميد الشواربي، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 7-8. أبو رحية، الوجيز في أحكام الحدود والقصاص، دار عمار، عمان، ط 1، 1421هـ-2001م، ص 9-10.

10- كل صفات الخير التي يتَّسم بها هذا الدين الإسلامي الحنيف تنطبق على هذا النظام، فالفرع بداهةً يحمل صفات أصله، كما هو مألوف لدى العقلاء، فكيف يكون الحال إذا كان الأصل ريبانياً؟! كاملاً شاملاً عادلاً إنسانياً عالمياً رائعاً مثالياً.

وبالجملة: فهذه الميزات الفريدة السامية المثالية-المذكورة آنفاً، وغيرها الكثير - جعلت هذا النظام الجنائي الإسلامي تشريعاً حضارياً، منقطع النظير، اختاره ﷺ ليكون منارةً للقيم والأخلاق، ونبراساً للعدل والمساواة، ومِحْجَةً للإيمان والتقوى، وبالرغم من نزوله منذ خمسة عشر قرناً، ما زال حديثاً لا يُنسى، وجديداً لا يبلى، ومتجدداً لا يُعلى، ونِعْماً غزيرة على البشرية لا تُحصى. ولا تزال الحضارات الحديثة تلهث في الحاق بما تضمنه من نظريات ومبادئ فريدة. ومهما تطورت هذه القوانين البشرية فإنها ستظل تلميذاً أمام عملاق الإسلام العظيم، ونجاحاتها -إن أفلحت- ستظل مرهونةً بما تعلَّمته من هذا الدين الحنيف.

المبحث الثالث

فلسفة العقوبات في النظام الجنائي الإسلامي، وعلة التجريم والعقاب

إنَّ من روائع ما وصف به علماء أمتنا هذا الدين الحنيف ما نَظَّمه شيخُ الإسلام ابنُ تيمية ¹ قائلاً: "إنَّ الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، وأنها ترجَّح خير الخيرين وأهون الشرِّين، وتحصيل أعظم المصلحتين بتقويت أدناهما، ودفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما"². ولفهم فلسفة الدين في نظرته لهذا النظام، سأعرض للمطالب التالية:

المطلب الأول: مدى أهمية العقوبة لحفظ المقاصد الشرعية

إنَّ الإسلام قد فرض العقوبة على المخالفين والمعتدين؛ حرصاً عليهم -بدايةً- من المضي في طريق الفساد والجريمة وإتباع الهوى والشيطان، وحفظاً لمصالحهم ومصالح الآخرين، ودفعاً للضرر عنهم وعن خلق الله تعالى أجمعين.

وقد بيّن عبد القادر عودة ³ ما تجنيه في فرض العقوبة على الجاني من فوائد في تحقيق المصلحة ودفع للمفسدة بقوله: "تعتبر العقوبة حقاً لله تعالى في الشريعة كلما استوجبته المصلحة العامة، وهي دفعُ الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم. وكلُّ جريمة يرجع فسادها إلى العامة، وتعود منفعة عقوبتها عليهم، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى؛ تأكيداً

¹ شيخ الإسلام أحمد بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الخُصَر النُميري الحاراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية، ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنبح واشتهر. طُلب إلى مصر من أجل فتوى أفتى بها، فقصدها، فتعصب عليه جماعة من أهلها فسجن مدة، ثم أطلق فسافر إلى دمشق سنة 712هـ واعتقل بها سنة 720. وأطلق، ثم أعيد، ومات معتقلاً بقلعة دمشق، فخرجت دمشق كلها في جنازته. كان داعية إصلاح في الدين. آية في التفسير والأصول والفصاحة، ناظر العلماء، مصنّفاته عدة منها: مجموع الرسائل، والقواعد النورانية الفقهية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، والجمع بين العقل والنقل... (الزركلي، الأعلام، 1/144).

² ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، (ت728هـ)، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، (د.ط)، 1416هـ-1995م، (48/20).

³ عبد القادر عودة: وُلد في كفر الشيخ الشربيني سنة 1906م، كان من المتفوقين في حياته الدراسية، وكذلك في حياته المهنية، توظف في النيابة، ثم في القضاء، وشارك في وضع الدستور المصري، وحاول وضع الدستور على أصول إسلامية واضحة، وكان من أبرز المدافعين عن الحريات، تم إعدامه مع مجموعة من الإخوان المسلمين ⁴ زمن عبد الناصر، سنة 1954م، من مؤلفاته: التشريع الجنائي الإسلامي، والإسلام وأوضاعنا القانونية، والإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه... انظر (وكيبيديا - الموسوعة الحرة - <http://ar.wikipedia.org/wiki> تاريخ النشر: 25 ديسمبر 2003م).

لتحصيل المنفعة، وتحقيقاً لدفع الفساد والمضرة¹ فالعقاب يحقق الأمن والطمأنينة، والردع عن الجرائم، وجلب الخير ودفع الشر عن الناس¹. لذا كان لا بدّ من قوة تحمي هذا النظام وتشريعاته من الخلل والعبث، وتحفظ الحقوق والمصالح، "فالحق الذي ليس له قوّة تحميه، حق ضائع"².

وتتحقق أهمية العقوبة في النظام الجنائي الإسلامي، في النقاط التالية:

(1) في سياسة التهذيب النفسي (2) إيقاظ الوازع الديني (3) ستر الجريمة (4) التنفير من الجريمة والتهديد عليها بعقاب الله ﷻ يوم القيامة (5) إنزال العقوبة على المجرم: (وفي بعض الحالات: علناً)³.

المطلب الثاني: سياسة الإسلام في منع الجريمة

بناءً على علة التجريم ونتائجها الوخيمة كان لا بُدّ للشارع الحكيم من أن يضع حداً لهذه الجرائم بشتّى السبل والطرق للحفاظ على الفرد والمجتمع، وقد تدرّج الإسلام في معالجة الجرائم، وتنوع في أساليب إزالتها من المجتمع، بكافة الطرق الناجحة الحكيمة.

إن الدين الإسلامي الحنيف، يهتم بالوقاية قبل وقوع الداء، ويتعامل مع الإنسان المسلم لهدف الإصلاح، وليس بقصد التشفي والعقاب. وباستقراء نصوص الشريعة الإسلامية وسائر أحكامها يتبين بصورة قاطعة أن ما حرّمه الإسلام من فعلٍ أو تركٍ وعاقب عليه يشتمل على أضرار محققة بالفرد والمجتمع، والتي تتمثل في المساس بالضروريات والحاجيات والتحسينيات، وما يترتب على ذلك من فساد واختلال في المجتمع، فإن الجريمة وما يرافقها من ظلم وفساد يكون نتيجةً لضعف الإيمان، وحلول الكفر والفسوق والعصيان، بسبب ابتعاد العصاة عن هدي وشرع الله تعالى، ورضاهم بالدونية من خلال تحكيم القوانين الوضعية. وإن التغير الذي أحدثه الإسلام في نفسيات المؤمنين، وغرس عاطفة الخشية من الله تعالى والشعور بمراقبته لدليل قاطع على

¹ عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، 1/ 68، 76.

² أبو رحية، ماجد محمد، الوجيز في أحكام الحدود والقصاص، مكتبة النفائس، 2010، ص9.

³ زيدان، عبد الكريم، القصاص والديات، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، ص10. انظر أيضاً: هبة، أحمد: موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1985، ص67. خضر، النظام الجنائي، ص8.

آلياته الناجحة في مكافحة الجريمة، فهو المنهج الأقدر على مكافحتها بفعالية محققة النجاح، ومن هنا لا بد من توضيح سياسة الإسلام في منع الجريمة في المجتمع. وسأذكر أهم هذه الأسس التي أرسى الإسلام دعائمها، وألزم في مطالب لاحقة¹.

المطلب الثالث: علة التجريم والعقاب

إن المصلحة هي الحكم الشرعي، وهي في التشريع الجنائي؛ تعتبر أساس قاعدة التجريم، وحمايتها هي علة التجريم والعقاب²، "وقد شرع العقاب في الجريمة لمنع الناس من اقترافها، لأن النهي عن الفعل أو الأمر بإتيانه لا يكفي وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الإقلاع عنه، ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي ضرباً من العبث.

إن الأساس في اعتبار الفعل أو الترك جريمة في نظر الإسلام هو مخالفة أوامر الدين، والاعتداء على المقاصد الضرورية في الحياة، بل إن المحافظة عليها يعد من البدهيات العقلية، ولا تختلف فيها الآراء والعقول. ومن خلال استقراء النصوص الشرعية يتبين بصورة قاطعة أن ما حرمه الإسلام من فعل وعاقب عليه، يشتمل على أضرار محققة بالفرد والمجتمع، والتي تتمثل في المساس بالضروريات والحاجيات والتحسينات، وما يعقب ذلك من فساد واختلال في نظام المجتمع والحياة³. وقد قال الله تعالى بياناً للعلّة العامة للشرعية الإسلامية: ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ﴾⁴، ومن هذه الآية الكريمة نستطيع أن نرد الأحكام الشرعية إلى علة أساسية هي الرحمة، رحمة الله تعالى بالبشر، من خلال تحديد مصالحهم العديدة

¹ انظر: خضر، عبد الفتاح، النظام الجنائي، السعودية معهد الإدارة العامة، (180/1). عساف، محمد مطلق عساف، فقه العقوبات، مؤسسة الملك، 2000م، ص15. براج، جمعة محمد، العقوبات في الإسلام، ط1، دار يافا العلمية، عمان 1412هـ، ص 19 وما بعدها. وهبة، توفيق علي، التدابير الجزية الوقائية في التشريع الإسلامي، دار اللواء للنشر والتوزيع، ص97 وما بعدها. فوزي، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، ص27، 66. أبو زيد، محمد عبد الحميد، إقامة الحاكم للقصاص، 1423هـ، ص369 وما بعدها.

² حسني، محمد نجيب، الفقه الجنائي الإسلامي (الجريمة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1427هـ، ص18. بك، جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (8 15).

³ انظر: العز بن عبد السلام، عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة (160/2). أبو زهرة، العقوبة، ص11.

⁴ سورة يونس، الآية 57.

باعتبارها، وتقدير الحماية الملائمة لها، وفرض الجزاء الملائم-الدنيوي والأخروي- لمن يعتدي على إحدى هذه المصالح¹.

إن سبب التجريم والعقاب؛ هو الضرر الواقع، والخطر الذي يهدد وجود الأمة، لما له من عواقب وخيمة على الفرد والمجتمع، أو انتهاك لحقوق الله تعالى، أو اعتداء على حقوق الأفراد، فيساهم ذلك في نشر الرذيلة والفساد وتضييع الحقوق وانحلال لنظام الجماعة، فلذلك كان جديراً بالإسلام أن يحارب الجريمة والضرر والأذى الذي يلحق بالمصلحة، لتوفير الحماية الكافية للمجتمع وأمنه واستقراره، ويقف أمامه، ويعالجه بكافة الطرق وجميع الوسائل الحكيمة، حتى لو كان ذلك بالعقاب الشديد الرادع الزاجر، والذي قد يصل أحياناً إلى درجة القتل؛ لاستئصال شأفة الفساد والمفسدين.

فالنظام الإسلامي نظام قويم، ينشد الصلاحية والمنفعة للأمة الإسلامية، أفراداً وجماعات، وأي شيء يخل بهذا النظام أو يمس به، يتخذ الإسلام حياله موقفاً حازماً لكي لا يعم الفساد والفوضى ويختل نظام الجماعة؛ وذلك تحقيقاً للعدالة والرحمة، وحفاظاً على مصالح الجماعة، وضمان بقائها قوية متضامنة متخلقة بالأخلاق الفاضلة².

"فالشرعية الإسلامية وكذلك حذت حذوها القوانين الوضعية- ترى أن الغرض من تقرير الجرائم والعقاب عليها هو حفظ مصلحة الجماعة، وصيانة نظامها وضمان بقائها"³.

وعلى هذا فإن فلسفة العقاب مرتبطة بفلسفة التجريم، بعلاقة تلازمية؛ في الأسباب والأهداف، والحكم والغايات، والوجود والعدم، والخير العام لكافة البشرية، كما أن علة إباحة الفعل المحرم مرتبطة بعلة التجريم، فعلة التجريم هي بمثابة حماية حق أو مصلحة، في حين علة المشروعية هي انتفاء علة التجريم، فمتى انتفت علة التجريم أصبح الفعل مشروعاً غير محظور أو ممنوع.

¹ حسني، الفقه الجنائي الإسلامي (الجريمة)، ص18.

² الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، (440/1).

³ طبارة، عفيف عبد الفتاح، روح الدين الإسلامي، دار العلم للملايين، ط4، 2006 ص 400.

"ولما كان دفع المفسد ودروها مُقدِّماً على جلب المصالح، شُرِعت العقوبة على الجاني، لأنَّ قانون المصلحة والمفسدة يحتمُّ إنزال العقاب على الجاني، لأنه صار بفعله مصدر أذى للأمة أو لكل مَنْ يتصل به، ولو تُرك من غير عقابٍ لاسترسل في قتل الأبرياء، وإثارة الفوضى والظلم والمنكر، ونكون بذلك قد عرَّضنا المجتمع كله للفساد"¹.

يقول ابن عاشور² رحمه الله: "مقصد الشريعة من التشريع حفظ نظام العالم، وضبط تصرف الناس فيه على وجهٍ يَعصِم من التفاضد والتهاؤك، وذلك إنما يكون بتحصيل المصالح، واجتناب المفسد، على حسب ما يتحقق به معنى المصلحة والمفسدة"³.

"وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد جاءت لحماية هذه المصالح الكبرى، -وبالتأكيد هو ما تسعى إليه كل الشرائع الوضعية، بالعمل على حماية هذه المصالح في عمومها وفي خصوصها- وبالتالي فهي تتلاقى مع الشريعة الإسلامية في المقصد، وإن تخلفت عنها في المصدر، والمبادئ، والعلاج"⁴.

¹ فارس، طه، مقاصد التشريع الجنائي في الإسلام، ط1، المكتبة العلمية بيروت 1435هـ، ص 49.

² ابن عاشور هو: العلامة المفسر محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، ولد في تونس سنة (1296) هـ، الموافق (1879) م، وهو من أسرة علمية عريقة. برز في عدد من العلوم ونبغ فيها، كعلم الشريعة واللغة والأدب، وكان متقناً للغة الفرنسية، وعضواً مراسلاً في مجمع اللغة العربية في دمشق والقاهرة، تولى مناصب علمية وإدارية بارزة كالتدريس، والقضاء، والإفتاء، وتم تعيينه شيخاً لجامع الزيتونة. ألف عشرات الكتب في التفسير، والحديث، والأصول، واللغة، وغيرها من العلوم، منها تفسيره المسمّى: "التحرير والتنوير"، و"مقاصد الشريعة"، و"كشف المغطا من المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ"، و"أصول الإنشاء والخطابة"، و"النظر الفسيح عند مضايق الأنظار في الجامع الصحيح"، وغيرها من الكتب النافعة. توفي في تونس عام 1394هـ. الإسلام سؤال وجواب، محمد صالح المنجد.

³ ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 299. وانظر: مجموعة من الباحثين، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف، قطر، 1423هـ، (72-73). فارس، طه، مقاصد التشريع الجنائي في الإسلام، ص 12. الغزالي، المستصفى، ص 238. ابن القيم، إعلام الموقعين (3/12).

⁴ أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص 18.

فـالغايـةُ - أو الفلسفة أو الحكمة - مـن العقوبة - كما هي غاية التجريم -، هي حماية سلامة المجتمع وأمنه والذود عن حُرُماته؛ وتحقيق الخير بكل ما تعنيه الكلمة- فكراً ونظماً وتشريعاً وواقعاً، وقضاءً ودنيا وآخرَةً - من معاني¹.

¹ الشاذلي، قانون العقوبات، ص 482.

الفصل الأول

لمحة عن نظرية الشرعية في النظام
الاسلامي مع قانون العقوبات الفلسطيني

المبحث الأول

مفهوم الشرعية الجنائية عموماً

يهدف النظام الجنائي-العقابي-الإسلامي إلى تحقيق مصالح المجتمع والدولة في جميع مجالات الحياة السياسية، والاقتصادية، والتربوية، ونحوها من الأمور والقضايا التي يرتبط بها مصير الأمة، مثل الأمن والاستقرار¹. وسنتعرف على مضمون هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشرعية الجنائية في اللغة والشرع والقانون

الفرع الأول: تعريف الشرعية

الشرعية لغة: إسم مؤنث منسوب إلى شَرَعَ، ومصدر من شَرَعَ، ومنه الشريعة، وفي اللغة، الشريعة: تطلق على مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب، يُقال: مشرعة الماء، وهي من الشاربة، التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون، وربما شرعوها دوابهم حتى تشرب منها. والعرب لا تسميها شريعة حتى يكون الماء جارٍ لا انقطاع له، ويكون ظاهراً معيناً، وتطلق أيضاً على الطريق المستقيم. وتأتي بمعنى البيان والإظهار: يقال شرع الله تعالى كذا، أي: جعله طريقاً و مذهباً²، ومنه قوله تعالى: {ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا}³.

الشرعية في الإصطلاح الشرعي: هي خضوع التصرف-سواء كان عاماً أو خاصاً - لتعاليم الشرع، وكونه قائماً على أساس مبادئه وأحكامه، ولا يرد عليه أي استثناء⁴، فالشرعية إذن: هي النظام المستقيم، ومورد الأحكام التكليفية، ومصدرها القويم الذي يحكم الحياة والعباد، والنظام الذي يحدد لهم التكاليف، والمنهج الذي يضبط تصرفاتهم ويمنحهم حقوقهم.

¹ الخماسي، فتحي بن الطيب، **الفقه الجنائي الإسلامي**، ط 1، دار قتيبة للطباعة والنشر، 1425هـ 2004م، ص 58.

² ابن منظور، جمال الدين محمد، **لسان العرب** ج 8، دار صادر، بيروت، لبنان، 1956م ص 175. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان، 1986م ص 318. الجرجاني، علي بن محمد، **التعريفات**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983م، (1/167).

³ الجاثية: آية: 18

⁴ وصفي، مصطفى كمال، **المشروعية في الدول الاشتراكية**، دار ومطابع الشعب، القاهرة، 1965م، ص 4

الشرعية في القانون: هي أن يحترم كل من الحاكم والمحكوم القانون ويخضع لسلطانه¹. أو هي: "سيادة القانون" أي خضوع السلطات العامة للقانون والالتزام بحدوده، ويمتد القانون ليشمل القواعد القانونية المدونة (الدستور) وغير المدونة (العُرف)². وتعرف أيضاً بأنها: ما يعبر عن القواعد والنظم الإجرائية الأساسية لحماية الإنسان، وتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية³

تعريف الجنائية

الجنائية لغة: هي صفة منسوبة للجنائية، والجنائية مصدر جنى يجني جنائية، والجنائية جمعها جنيات، وهي تدل على الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة⁴. وقيل الجنائية ما يجنيه المرء من خير أو شر، جنى فلان ثمرة عمله الصالح إن جنى خيراً، وجنى فلان ثمرة عمله الطالح شراً⁵. نقول: جنى فلان على نفسه، إذا جرّ جريمة، وتحمل تبعاتها الجزائية العقابية والجنائية هي: الذنب، والجرم، والعدوان، والكسب المحرم، وما يفعله الإنسان من سوء، وتشمل فعل كافة المحظورات.

الجنائية في الشرع: بمعناها العام: هي الذنب أو الجرم أو التعدي على بدن أو عرض أو مال الإنسان، فتشمل كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها بما يوجب عليه حداً أو قصاصاً، أو تعزيراً، أو تعويضاً، أو كفارة⁶. **وبمعناها الخاص:** هي الاعتداء الواقع على نفس الإنسان أو أحد أعضائه- ما دون النفس-، وهي القتل والجرح والضرب والإجهاض⁷.

¹ بلعيات، ابراهيم، اركان الجريمة وطرق اثباتها، ص94. وصفي، مصطفى كمال، المشروعية في الدولة الاشتراكية، مجلة العلوم الادارية. العددان الثاني والثالث، 1966م، ص13

² مجموعة من المؤلفين، بناء المفاهيم: دراسية معرفية ونماذج تطبيقية، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، دار السلام، القاهرة - مصر، ط1، 2008م: (381/2)

³ سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ط1، 1985م، ص36

⁴ ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص392.

⁵ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، ص1614.

⁶ ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، دار عالم الكتب، ط1997م-3-1417هـ ج8، ص79. الجرجاني، التعريفات، التعريفات، (1/ 79).

⁷ الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وادلتها، ج6، ط3، دار الفكر، دمشق، 1409هـ، 1989م، ص215.

الجنائية في القانون: هي صفة الفعل الممنوع الذي يعاقب عليه الشخص عقوبة مشددة في القانون، وتختلف العقوبة التي يعاقب بها حسب نوع الجنائية وحجمها¹. فهي الجريمة الجسيمة دون غيرها².

الجنائية في القانون الفلسطيني: لم يرد في قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 تعريفاً للجريمة، تاركاً ذلك إلى الفقه. وسار مشروع قانون العقوبات الفلسطيني في ذات الاتجاه أيضاً. ويعزى تبني هذا التوجه؛ تفادياً للتعرض للانتقادات والاعتراضات.

تعريف الشرعية الجنائية

هي وجود فعل محرم وممنوع ومقدّر العقوبة قبل وقوعه-صراحةً أو دلالةً-، وعدم تمتع الفعل بسبب من أسباب انعدام المسؤولية الجنائية-أو امتناعها-، ودون طرؤ سبب من أسباب سقوط العقاب³. فيكون المرجع في التجريم والعقاب بما قرره الشرع-نصاً أو اجتهاداً-من الجرائم والمحظورات، وبما حدده من عقوبات جزائية مناسبة.

المطلب الثاني: مفهوم الشرعية الجنائية الزمانية

الشرعية الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، حيث أن مبادئها صالحة لكل زمان ومكان وفي كل مناحي الحياة، بما في ذلك النصوص الجنائية، إذ إنه مع تغير وتطور الجرائم لا بد من مواكبة الشريعة لكل هذه الوقائع لتحقيق العدالة في المجتمع. وهناك اشكاليات عديدة متعلقة بالنصوص الجنائية من حيث التطبيق الزماني، بالنظر إلى رجعية تلك التشريعات أو عدم رجعيتها، أو غيرها من الأنظمة الجنائية. فلا بد من دراسة المبادئ الشرعية التي يحتكم إليها لحل اشكالية تنازع النصوص الجنائية من حيث الزمان والمكان، في الجانبين النظري والتطبيقي. وبيان رأي الفقه الجنائي الإسلامي في شموليته ومرونته وتكيفه واستجابته للتغيرات الجنائية الزمانية.

¹ وزير، عبد العظيم مرسي، شرح قانون العقوبات - النظرية العامة للجريمة -، الناشر: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط7، 2009 م، (30/1).

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، (68/1).

³ إبراهيم بليعات، أركان الجريمة وطرق إثباتها، ص94

ومن خلال دراستي لموضوع الشرعية الجنائية الزمانية يمكن أن أعرفها¹ بأنها: "التبعات الجزائية التي تلحق الشخص المسؤول جنائياً، حالة ارتكابه لفعل محظور شرعاً، بصفته بالغاً عاقلاً (مكلفاً)، مدركاً، عالماً بالتجريم والعقاب، قاصداً للفعل المحرم ونتيجته، مختاراً، وفي الزمان الذي حدده الشرع-موضوعياً وإجرائياً-، مع وجود نص شرعي - صراحةً أو ضمناً (دلالة) يشرعن التجريم والعقاب، ومع وجود سلطة تشريعية قضائية اجرائية على سريان هذا التشريع، وسلطة تطبيقه شخصياً (إقليمياً ودولياً).

ويُفهم من هذا التعريف ما يلي:

- الشرع هو المصدر الوحيد لجميع أحكام التجريم والعقاب، وهذه السلطة ليست تحكمية، ولم يخولها الشرع لأصحاب النفوذ ورجال القضاء إلا ضمن ضوابط دقيقة وعادلة.
- هذه الشرعية هي عبارة عن قيود وضوابط تُرد على سلطة الحكومة والقضاء، وتحكمها بتعاليم الشرع الحنيف.
- ضرورة خضوع الفعل أو الإمتناع لنص من نصوص التجريم والعقاب.
- يشترط فيها عدم خضوع الفعل المحظور لسبب من أسباب انعدام أو امتناع المسؤولية الجنائية، أو سقوط العقاب.
- ضرورة خضوع الفعل أو الإمتناع لنص من نصوص التجريم والعقاب. أن يكون الفاعل مؤهلاً، ذا صفة قانونية معتبرة.

¹ نقاش مع المشرف الدكتور مأمون الرفاعي، بتاريخ 2019/9/24م. والمراد بالشرعية هي الأحكام المنسوبة إلى شريعة الله سبحانه وتعالى، وتكون الأحكام منسوبة لله في إحدى صورتين: أولاً: أن تكون مأخوذة من الله سبحانه وتعالى مباشرة، وهي الأحكام التي ورد بها نص من الكتاب الكريم، أو بالواسطة وهي الأحكام التي ورد بها نص من السنة الشريفة. ثانياً: أن تكون الأحكام مستنبطة بطريق الاجتهاد، كالقضاء بالقرينة القاطعة، قياساً على القضاء بشهادة الشاهدين، وكحد السكران بثمانين جلد، لأن من سكر هذى، ومن هذى افتري، وحد المفتري ثمانون جلد¹. موافى، احمد، من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، ط2، المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية، القاهرة، 1965م -1384هـ، ص 99

- وجود نص شرعي يشرعن التجريم والعقاب، وسلطة تشريعية قضائية اجرائية لسريانه، وسلطة تطبيقه زمانياً-اقليمياً ودولياً-.

- كما يشترط التقيد بالتشريعات الزمنية الحاكمة لأوقات النظر في القضايا-موضوعياً وإجرائياً- لتنظيم سير القضاء واستقراره، وتحقيق العدالة والسعادة¹.

المطلب الثالث: مفهوم الشرعية الجنائية في القانون الجنائي الفلسطيني

تدارك المشرع الفلسطيني مبدأ الشرعية، وتم النص عليها في القانون الأساسي الفلسطيني، حيث نصت المادة (15) من القانون الأساسي على ذلك بقولها: العقوبة شخصية، وتمنع العقوبة الجماعية، (ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني)، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون².

وعرف مبدأ الشرعية الجنائية: ما هو محظور على الشخص إتيانه وما هو مباح له فعله³.

مفهوم الشرعية الجنائية في القانون⁴: مما سبق تعرف الشرعية الجنائية في القانون: هي وجود نص قانوني يحدد عقوبة على فعل معين، ويستمد النص القانوني سلطة تنفيذه من السلطة القضائية ومن القواعد والنظم الإجرائية الأساسية في الدولة.

وتصنف الجرائم من حيث خطورتها الي ثلاثة أقسام: جنایات وجنح ومخالفات، ويعتمد هذا التصنيف للجرائم هذا التقسيم، وهو ما تنبأه قانون العقوبات المطبق في فلسطين-غزة والضفة الغربية-. والذي يعيننا هنا "الجنایات" وتقادمها ورجعيتها، والحاصل أن أحكام التقادم والرجعية تسري على الجنایات-بشكلٍ عام-.

وقد اتفق حكم القانون مع الشريعة الإسلامية في ذلك، فمن المقرر قانوناً أن تنسحب أحكام القوانين غير الجنائية والجنائية على الماضي متى نص القانون على ذلك.

¹ محمد الحولي، الاحكام العامة للجريمة، 2018م، 28-29.

² المادة: 15

³ موافي، الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، ص 9-10.

⁴ بالقاضي، عبد الحفيظ، مدخل إلى الأسس العامة للقانون الجنائي، 2003م، مطبعة دار الكرامة، ج 1 ص 105.

المبحث الثاني

نطاق الشرعية الجنائية

يتميز النظام الجنائي الإسلامي عن سائر التشريعات الوضعية بخاصية المرونة في الأحكام الفرعية، ليكون صالحاً لكل زمان ومكان وإنسان، مع الاحتفاظ بالأحكام الأساسية ثابتة. ومن هذه الأحكام الرئيسية الثابتة، حكم سرّيان النصوص الشرعية في نطاق الزمان والمكان وعلى جميع الأشخاص، فتغيّر الزمان-حاضراً ومستقبلاً-لا يمنع من إقامة الحدود والأجزاء الجنائية ونحوها، مهما اختلفت مراتب الناس ومكانتهم وأعرافهم وألسنتهم وحضاراتهم¹.

المطلب الأول: حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع

تهدف سياسة التجريم والعقاب في الإسلام إلى تحقيق مصلحة المجتمع الإسلامي بوصفه كياناً دينياً ودنيوياً له قواعده وقيمه وأهدافه، كما يراد بهما مصلحة الفرد الذي هو جزء من هذا المجتمع، إضافة إلى أن النظام الجنائي يهدف إلى تحقيق الأمن والاستقرار والنظام في العلاقات بين الأفراد، ونشر العدالة، والقضاء على الفساد والجريمة في المجتمع².

ومصادر التشريع الأساسية في موضوع تجريم الأفعال والمعاقبة عليها هي: القرآن الكريم، والسنة الشريفة، والإجماع، التي بينت بنصوصها كل الجرائم وعقوباتها، وأركان كل جريمة وشروطها وأوصافها، ومقدار كل عقوبة وأحكامها وضوابطها. وأن دراسة الجريمة من الناحية القانونية تقتضي الرجوع إلى المصدرين الأساسيين لموضوع التجريم والعقاب؛ وهما القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، إضافة إلى بقية المصادر التشريعية-النقلية والعقلية-الأخرى، للتعرف على كافة أحكام التجريم والعقاب³.

وقد صنف الفقهاء العقوبات إلى عقوبات (مقدرة) حددها الشارعُ كماً وكيفاً بالنصوص القرآنية الكريمة والسنة النبوية الشريفة، كعقوبات الحدود التي فرض لها الشارع العقوبات عند

¹ محمّصاني، صبحي، فلسفة التشريع في الإسلام، دار الملايين- بيروت، ط4، 1975م: ص287

² الخماسي، الفقه الجنائي الإسلامي، ص18-19.

³ جمال الدين، سامي، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، ص148.

حصولها، لحماية المجتمع من الفساد والتدهور والانحطاط. و إلى عقوبات (غير مقدرة) والتي لم يحدد الشارع نوعها ولم ينص على كيفيةها، وأعطى الصلاحية لولي الأمر أن يعاقب كل من يسيء إلى النظام العام، ويعتدي على حقوق الآخرين، أو يتهاون بما فرضه الله تعالى¹.

وهنا تبين لنا أن تطبيق قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) يتم في الفقه الجنائي الإسلامي بأحد إطارين: - إطار محدد ومقدر للفعل والعقوبة المقدرة له، كما في الحدود والقصاص، - وإطار مرن في جرائم التعازير، وعلى هذا، ومن منطلق قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، فإن التشريع الإسلامي هو المصدر الوحيد لنظام الجنايات والعقوبات².

المطلب الثاني: تقييد سلطة القاضي في تفسير النص الجنائي

تفسير النص الجنائي أو ما يسمى "التفسير القضائي": وهو التفسير الصادر عن المحاكم في قراراتها القضائية، فالقاضي حينما يحاكم المدعى عليه في جرم جزائي، ويريد تطبيق نص تشريعي عليه يجد هذا النص عاماً، فانه يجتهد في تفسيره ضمن حدود ألفاظه ومعانيه للوصول إلى إرادة المشرع الحقيقية³.

وهناك فارق في تفسير النص بين آراء الفقهاء وآراء المحاكم، فالفقيه يؤول ويشرح نص التشريع الجنائي بألفاظه وعباراته وروحه، أو يطرح أموراً حدثت أو ممكن حدوثها، بحرية واسعة، أما القاضي فلا يفسر النظام إلا عندما ترفع الدعوى العامة أمامه، وتسوق النيابة العامة في المحاكم الدعاوى إليها-شخصاً، أو أكثر-بتهمة ارتكاب جريمة يعاقب عليها النظام. والاجتهاد القضائي لا يكون ملزماً وموجباً للعقوبة إلا في القضايا التي تعرض على القضاة، وتصدر فيها الأحكام، أو القضايا المماثلة⁴.

¹ الحسيني، هاشم معروف، المسؤولية الجزائية، المطبعة الحديثة، ص24.

² العوا، محمد سليم، أصول النظام الجنائي الاسلامي الطبعة 2، دار المعارف، سنة النشر، 1983م. ص60،

³ الخياط، عبد العزيز عزت، الشركات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ط 11، ج1، مؤسسة الرسالة، 1403هـ 1983م، ص12-13،

⁴ السراج، عبود، قانون العقوبات، جامعة دمشق، 1415-1995، ص79.

أما قيود التفسير "النصوص التشريعية" فإنه يحكمها قاعدة التفسير الضيق للنصوص الجزائية، ففي حين أن هذه القاعدة تعطي للقاضي المدني عادةً حريةً واسعة في تفسير النصوص الخاصة بالنظام المدني، فتبيح له اللجوء الى استخدام القياس، ونحوه من الأدلة؛ قصد تحري المعنى المراد من نص الشارع، ويصل بذلك إلى إرادة المشرع الحقيقية¹. إلا أن القاضي الجزائي مقيد بقاعدة التفسير الضيق للنصوص الجزائية، وتفرض عليه هذه القاعدة أن يتقيد بالنص الشرعي الذي ورد في المصدرين الأساسيين القرآن الكريم، والسنة الشريفة. فلا يلجأ الى القياس في حال وجود نص في هذين المصدرين². وهو ما يبرز مبدأ (تبعية القاضي للمشرع). أقول: والأولى أن يكون للقاضي نوع من السلطة التقديرية، وليس مجرد آلة للتنفيذ.

وقد ذكر الشيخ أبو زهرة³ في كتابه العقوبة قوله: (إن التشريع الجزائي عقوبة مقدرة، والأمر المقدرة لا تكون إلا بنص، ومن ادعى ذلك من بعض الفقهاء،، قرر بعض القوانين الجزائية بالقياس، فهو ادعاء غير سليم من كل الوجوه؛ لأن ما يثبتونه في هذه المواضيع المختلفة من عقوبات جزائية مداره أخبار مروية عن النبي -ﷺ-، قد صحت عنه عند الذين قرروا العقوبة المقدرة ولم تصح عند الذين لم يقرروها) والمقصود أن هناك خلافاً عند بعض الفقهاء في هذه المسألة، إلا أن الراجح أن العقوبة المقدرة لا تكون إلا بنص شرعي⁴.

ويفسر القاضي الأنظمة التشريعية بالرجوع إلى القواعد اللغوية، وهي الأصول والمبادئ التي وضعها علماء أصول الفقه في تفسير النصوص، كما يخضع النص التشريعي للقواعد الأصولية وفق اللغة التي يتكلم بها من يطبق هذا النظام، لأن علماء الفقه الإسلامي قد وضعوا قواعد ثابتة كان لابد من الرجوع إليها في تفسير التشريع بشكل عام⁵.

المبحث الثالث

¹ الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، ط11، ج2، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م، ص256.

² فتحي الطيب الخماسي، الفقه الجنائي الإسلامي، ص177.

³ الشيخ ابو زهرة هو محمد بن أحمد المعروف بأبي زهرة، نشأ في مصر في بيئة حفظ القرآن، عمل في المحاكم الشرعية في مصر، وعمل في كلية أصول الدين، وكان من مؤسسي الدراسات الإسلامية بالقاهرة، وكان عضواً في الأزهر، له عدة مؤلفات منها: أصول الفقه، الخطابة، الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية... الخ) رابطة العلماء السوريين، 2017.

⁴ أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (قسم العقوبة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص171،

⁵ الصابوني، عبد الرحمن، المدخل لدراسة التشريع الاسلامي، ط6، ج1 جامعة دمشق، سوريا، 1415هـ 1995م، ص19،

أقسام الشرعية الجنائية

تنقسم الشرعية الجنائية إلى قسمين رئيسيين، هما: الشرعية الموضوعية، والشرعية الإجرائية، وما يتبعها من شرعية التنفيذ والعقاب، أتحدث عنها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الشرعية الموضوعية (شرعية التجريم والعقاب)

وتعرف القاعدة الموضوعية بأنها: تلك القواعد التي تحدد أركان الجرائم وعناصر كل ركن، وكذلك تحدد عقوبات الجرائم وما قد يعرض من أسباب تزيل أحد أركان الجريمة أو تمنع عقوبتها أو تشدها أو تخففها وجوباً¹.

هي مجموعة المبادئ والأسس والأحكام التي تتناول القضايا الجنائية-العامة والخاصة-، والمعايير الثابتة، للتجريم والعقاب..... والقواعد الموضوعية تهدف إلى حماية مصالح الخلق ومنع الجريمة والفساد، وتحقيق الأمن والسعادة. وضع التشريع الإسلامي الأسس التي تقوم عليها شرعية التجريم والعقاب، والتي أساسها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، من مثل قول الله ﷻ: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ﴾²، وقوله تعالى ﴿مَنْ أَهْتَدَىٰ فَأِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾³.

إن معيار التجريم والعقاب-المعيار الموضوعي- هو المصلحة الاجتماعية وحمايتها؛ لتحقيق الهدف الذي خلقت البشرية لأجله، ألا وهو عبادة الله تعالى وتعظيمه، وتطبيق شرعه في الأرض، والذي يتجسد في النظام الجنائي الذي يتضمن نصوص التجريم والعقاب، ومن خلال التناسب بين الجريمة والعقوبة، فالعقوبة في النظام الجنائي الإسلامي ليست انتقاماً وإنما هدفها الأساسي مكافحة الجريمة، وإصلاح الجاني، وأن تكون العقوبة على قدر الجريمة؛

¹ الجوهري، كمال عبد الواحد، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحكمة الجنائية العادلة، المكتب القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015م، ص74.

² سورة القصص: آية 59.

³ سورة الإسراء آية 15.

لذلك جعل التشريع الإسلامي إنزال العقاب المناسب بحق المجرم، والقضاء على غريزة الانتقام، فجعل الحق في الادعاء وجواز الاسقاط في الجرائم التي يكون فيها حق العبد غالباً، والحق منوط بولي الدم، وهو مظهر اجتماعي لمواجهة الجريمة. إن وجود قضاء عادل ضرورة لنشر العدالة بين الناس وإنصاف المظلومين وحمايتهم فيما هم فيه يختلفون. لقوله تعالى ﴿أَجْعَلِ الْأَلْهَةَ إِلَٰهًا وَاحِدًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عُجَابٌ﴾¹.

وقد جمعت الشريعة الإسلامية بين محاربة الجريمة والعناية بشخص المجرم، ومحاربة الجريمة هي لغرض حماية الجماعة، والتي تعتني بشخص المجرم وإصلاحه، وفي بعض الجرائم قدمت هدف حماية المجتمع، فقد أهملت الشريعة الإسلامية حماية المجرم مراعاةً لمصلحة الجماعة في الحماية، وما عدا ذلك فقد اهتمت الشريعة بالعقوبة لشخص المجرم وظروفه وأخلاقه².

والقاعدة الجنائية الموضوعية هي التي تحدد أركان الجريمة وعناصرها، كما تحدد عقوبتها ونطاق مساءلة الجاني جزائياً، وأسباب تشديد العقوبة أو تخفيفها أو الإعفاء منها، وأسباب انعدام المسؤولية الجنائية، وموانع المسؤولية الجنائية، ومسقطات العقاب.

لقد تبين لنا أن القواعد الموضوعية قواعد تقييم، جوهرها السلوك والتكليف، و تجوز القياس في تفسير نصوصها أو قواعدا³.

وفيما يتعلق بسريان القواعد الموضوعية من حيث الزمان: يطبق عليها قاعدة رجعية النص الأصلح للمتهم⁴.

أما في التشريعات العربية وخاصة الفلسطينية: فقد استخدمت التشريعات العربية هذا المصطلح، الذي ما زال معمولاً به.

¹ سورة ص، آية 5.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج4، ص14.

³ حسني، محمود نجيب، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1999م، ص21.

⁴ مصطفى، محمود، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط11، 1976م، ص3.

وبهذا عرف الشق الموضوعي للجنايات أنه: هو قانون العقوبات الذي يتضمن قواعد موضوعية، وهذه القواعد هي التي تحدد الجرائم وعقوباتها والتي تشكل نصوص التجريم والعقاب¹.

المطلب الثاني: الشرعية الإجرائية (الدعوى والبيانات-المرافعات-)

وتعرف القواعد الإجرائية بأنها: القواعد التي وردت في قانون الإجراءات الجنائية، وهي تحكم الدعوى الجنائية في مراحلها المختلفة².

وهي مجموعة المبادئ والأحكام التي تتناول التنظيمات الشكلية الجنائية، لقضايا التجريم والعقاب، في الدعوى والمرافعات والتحري والتحقيق والإثبات والمحاكمة... والقواعد الإجرائية تهدف إلى تنظيم سير العدالة الجنائية، وتوفير الضمانات الخاصة الكفيلة بالحفاظ على الحقوق والحريات الفردية، ووضع الحماية المقررة بالنصوص الشرعية الموضوعية- موضع التنفيذ.

وتعد الشرعية الإجرائية (المرافعات) إحدى صور الشرعية الجنائية بشكل عام، وتأتي في المرتبة الثانية بعد الشرعية الموضوعية (شرعية الجرائم والعقاب). إن شرعية الإجراءات الجنائية تكفل احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة، والتمتع بالكرامة الإنسانية، فيوجب أن تخضع جميع الأعمال الإجرائية لتنظيم التشريع من حيث شروط صحتها وآثارها ومواقبتها-زمنها-. فلا يعد الإجراء صحيحاً إلا إذا جاء مطابقاً لأحكام النظام³.

فمبدأ الشرعية الإجرائية يحدد الطريق الذي يجب أن ينتهجه المشرع الإجرائي، ويضع الإطار الذي يجب أن يلتزمه المخاطبون بالمبادئ الإجرائية، في زمان معين ومضبوط.

وتتطلب هذه الشرعية الإستقلال والحياد في الأجهزة التي تشرف على التحري والتحقيق والمحاكمة، وتتطلب ألا تتعارض مع نصوص التشريع⁴.

المطلب الثالث: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من الشرعية الإجرائية

¹ نبيه، صالح، شرح قانون الإجراءات الفلسطينية، ج1، ط2، مكتبة دار الفكر، 2006م، ص5.

² الجوهري، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة، ص77.

³ أحمد سرور، الشرعية الإجرائية الجنائية، ص159.

⁴ حسن يوسف، الشرعية في الإجراءات الجنائية، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2003م، ص47-48.

عرفت الشرعية الإجرائية في النظام الإسلامي: أنها بمثابة الإطار الخارجي الذي لا يمكن تطبيق القاعدة الموضوعية تطبيقاً صحيحاً إلا عن طريقه¹. وهي القواعد المتعلقة بالدعوى والمرافعات والبيانات والنظر في الأحكام وإبرامها وتنفيذها... لضمان سير العدالة، وتنظيم حماية الحقوق واسترجاعها، ومنع الظلم والفساد، وتحقيق الأمن والاستقرار والسعادة في الحياة البشرية.

ويتضح ذلك في الشرعية الإجرائية من خلال- التمثيل على- العمل بقاعدة "الأصل في المتهم البراءة"²، فلا يجوز اتخاذ إجراء جنائي على المتهم إلا بناء على تشريع قضائي وتحت إشراف القضاء، في حدود الضمانات المقررة بناء على قرينة البراءة.

المطلب الرابع: عناصر الشرعية الإجرائية

وينتج عن ذلك أن الشرعية الإجرائية تقوم على ثلاثة عناصر:

1- الأصل براءة الذمة: يقوم هذا العنصر على أن كل إجراء أو اتهام يُتخذ ضد أي إنسان بريء، من تقييد حريته أو محاكمته، يجب أن ينبني على افتراض براءته، وأن تتم معاملته بناء على ذلك. ويحتوي مضمونين:

الأول: ضمان الحرية الشخصية للمتهم، فإنه إذا كانت مصلحة المجتمع تقتضي محاسبة المجرمين، فإنه لا يكون على حساب المساس بحرية الأبرياء.

الثاني: إعفاء المتهم من إثبات براءته، فما دام المبدأ المعمول عليه هو البراءة المفترضة، فغير معقول أن يُطلب من المتهم إثبات براءته³.

2- الإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية: فلا بد أن يكون تحت رقابة وإشراف جهات مختصة.

¹ حسيني، عصام عفيفي، تجزئة القاعدة الجنائية في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص30.

² النملة، عبد الكريم بن علي، الجامع لمسائل أصول الفقه، ط4، الرياض، مكتبة الرشد، 1423هـ، ص375.

³ عصام عفيفي، تجزئة القاعدة الجنائية في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الإسلامي (دراسة مقارنة)، ص175.

وتكون الرقابة بنوعين: 1- رقابة قضائية، وهو الإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية، على أساس أن القضاء هو الضامن للحقوق والحريات الفردية. 2- رقابة غير قضائية، وتتم عبر أجهزة تتبع سلطات دول أخرى، تكون تابعة لها سياسياً، أو قضائياً، أو غير ذلك¹.

3- قانونية الإجراءات الجنائية: فمن المفترض لهذا العنصر أن تصدر القواعد التي تحدد الإجراءات عن المشرع؛ لمساسها بالحرية الشخصية. ولخطورة الإجراءات الجنائية على الحرية الشخصية فإنه يقتضي أن لا تُنظم هذه الإجراءات منذ اللحظة الأولى لوقوع الجريمة، وحتى تنفيذ الحكم، بأي أداة أخرى غير القضاء الشرعي².

المطلب الخامس: الشرعية الإجرائية في قانون العقوبات الأردني المعمول به في فلسطين

يُطبق في فلسطين قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة (1960) م، والذي تم تقسيمه إلى كتابين: تحدث الكتاب الأول (أو ما يسمى بقانون العقوبات العام-القسم العام) عن القواعد العامة التي تتعلق بماهية القانون وتطبيقه، من حيث الزمان، والمكان، والجريمة، والمسؤولية وموانعها، وغيرها من المبادئ العامة التي تُطبق على جميع الجرائم، وتنقسم بذلك إلى أربعة أبواب. أما الكتاب الثاني - (أو ما يعرف بقانون العقوبات الخاص-القسم الخاص) فقد تناول كل جريمة على حده مبيناً أركانها، وعقوبتها وكل ما يتصل بها، وتنقسم بذلك إلى إثني عشر باباً³.

المطلب السادس: التطور التاريخي لقانون الإجراءات الجزائية في فلسطين

أما بالنسبة للشرعية الإجرائية الجزائية في قانون العقوبات الفلسطيني فقد خضعت لعدة أحكام وقوانين فرضت عليها، وفيما يلي نبذة عنها:

خضعت فلسطين للحكم العثماني، وكانت تُطبق القوانين العثمانية عليها، ومن أهمها: قانون أصول المحاكمات الجزائية الصادرة في عام 1879م، وظل هذا القانون مطبقاً في الضفة

¹ حسن يوسف، الشرعية في الإجراءات الجنائية، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2003م، ص 47-48،

² حسيني، عصام عفيفي، تجزئة القاعدة الجنائية في القانون الوضعي والفقهاء الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 30.

³ أبو شلبك، حنين، مجلة مفتاح في فلسطين، تاريخ النشر: 2015/7/2.

الغربية حتى صدور قانون أصول المحاكمات الأردني رقم (76) لعام 1951م وذلك عندما ضمت الضفة الغربية للأردن، والذي بقي سارياً لعام 1\11\2001م،، وأصبح منذ هذا التاريخ وإلى اليوم هو القانون المطبق في الضفة فلسطين¹.

أما بالنسبة لغزة فقد بقي القانون العثماني الصادر سنة 1879م مطبقاً حتى صدور قانون أصول المحاكمات الجزائية الفلسطيني رقم 22 لعام 1924م والذي بقي مطبقاً أمام المحاكم في غزة لغاية صدور القانون رقم (24) لسنة 1935م، وبقي سارياً لغاية صدور قانون أصول المحاكمات الجزائية الفلسطيني (70) عام 1946م. وفي عام 1948 خضع قطاع غزة للإدارة المصرية وبقي هذا القانون سارياً لغاية توحيد قانون الإجراءات في الضفة وغزة عام 2001م². وهذا القانون إنما هو قانون انتقائي استمد أحكامه من القانون المصري والقانون الأردني رقم (9) لعام 1961م.

وأخذ المشرع الفلسطيني في حساباته التوفيق بين اعتبارين متقابلين وعلى قدرٍ من الأهمية، الأول: يتعلق بتحقيق مصالح المجتمع بالأمن والاستقرار، والثاني: يتعلق بتحقيق مصالح المواطن سواء كان متهماً أم غير متهم. ومثل هذا الاعتبار يقتضي كفالة الحريات الفردية ومن ثم الحفاظ على حقوق الأفراد³.

المطلب السابع: شرعية التنفيذ والعقاب

شُرِعَ العقاب على الجريمة لمنع الناس من اقترافها، لأن النهي عن الفعل أو الأمر بإتيانه لا يكفي وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الانتهاء عنه. ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي أموراً ضائعة وضرباً من العبث، فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي معنىً مفهوماً ونتيجةً

¹ قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، لعام 2001م.

² المرجع السابق.

³ نبيه صالح، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، ص 677-68.

مرجوة، وهو الذي يزرع الناس عن الجرائم ويمنع الفساد في الأرض¹. فالغاية من العقاب في الفقه الإسلامي هي حماية الفضيلة وحماية المجتمع من أن تتحكم به الرذيلة².

وشرعية التنفيذ العقابي تقتضي أن يجري التنفيذ وفقاً للكيفية التي يحددها التشريع، مستهدفاً تقويم المحكوم عليه وضمان حقوقه، تحت رقابة وإشراف القضاء³.

تعريف التنفيذ لغة

نَقَذَ السَّهْمُ نُقُوداً وَنَقَازاً، والمفعول مَنْقَذٌ نَقَذَ الْحَكْمُ: أَمْضَاهُ أَخْرَجَهُ إِلَى الْعَمَلِ حَسَبَ مَنْطُوقِهِ نُقِذَ قَانُوناً، طَبَقَهُ وَوَضَعَ مَوْضِعَ التَّنْفِيزِ، وَنَفَذَ الْأَمْرَ وَالْقَوْلَ نُفُوداً وَنَقَازاً⁴. وَنَقَذَ الْكِتَابَ إِلَى فُلَانٍ نَقَازاً وَنُقُوداً وَانْقَذَتْهُ أَنَا وَالتَّنْفِيزُ مِثْلُهُ⁵.

التنفيذ في الفقه الإسلامي

للتنفيذ في الفقه الإسلامي معنيان: معنى عام هو: إمضاء الحكم⁶. ومعنى خاص: وهذا يختلف باختلاف القاضي الذي يقوم بتنفيذ الحكم:

1- فإن كان القاضي الذي يقوم بالتنفيذ هو الذي أصدر الحكم فإن التنفيذ يعني الإلزام⁷.

ويأتي التنفيذ في المرتبة الثالثة بعد الثبوت أولاً، والحكم ثانياً، ثم التنفيذ.

2- إذا كان القاضي المنفذ غير القاضي الذي أصدر الحكم فله حالتان:

¹ الخماسي، الفقه الجنائي الإسلامي، ص120.

² الشيخ أبو زهرة، العقوبة في الشريعة الإسلامية، ص7.

³ عصام عفيفي، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 2004م، ص33-35.

⁴ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير ج2، المكتبة العلمية، بيروت، ص616.

⁵ الجوهرى، أبو نصر اسماعيل بن حماد، الصحاح، ط4، ج2، دار العلم للملايين، بيروت، سنة 1407هـ-1987م، ص571-572.

⁶ الرصاع، محمد بن قاسم الانصاري أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، ج2، ط1، 1350هـ، ص567.

⁷ القرافي، أحمد بن الدريس، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، مكتب المطبوعات الإسلامية حلب، 1387هـ-1967م، ص76.

الحالة الأولى: لا يعد فيها التنفيذ حكماً، وذلك إذا قال المنفذ فيما تقدم الحكم فيه عن غيره، ثبت عندي أنه ثبت عند فلان من الحكام كذا، فهذا ليس بحكم المنفذ، وعلى ذلك فإن التنفيذ لهذه الحالة يعني إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم القاضي الأول، ليقوم الثاني بإمضاء حكم الأول¹.

الحالة الثانية: يعد فيها التنفيذ حكماً، وذلك إذا قال القاضي الثاني: حكمتُ بما حكم به الأول، ولا يتصور القول بذلك إلا إذا جرت بين يديه خصومة صحيحة من خصمٍ على خصم².

أنواع التنفيذ في الفقه الإسلامي

التنفيذ في الفقه الإسلامي ينقسم إلى نوعين:

أولاً: التنفيذ الاختياري

هو الذي يقوم به المدين بمحض إرادته واختياره، ويعتبر التنفيذ اختياريّاً ولو قام به المدين مدفوعاً بالخوف من إجباره على الوفاء به بالطرق القانونية³

تحت الشريعة الإسلامية على الوفاء بالديون وسرعة رد الحقوق لأصحابها، ويظهر ذلك في كثير من الآيات القرآنية الكريمة و الأحاديث الشريفة، فضلاً عن الآيات التي تنهى عن أكل أموال الناس بالباطل، وتتوعد من لم يرد الحقوق إلى أصحابها⁴، كما في قوله تعالى في الحث على الوفاء بالعهود والعقود: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحْلَتْ لَكُمْ بِهِمَٰةُ الْاَنْعَمِ اِلَّا مَا يَتَلٰى عَلَيْكُمْ﴾⁵. وقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْاَمَنَاتِ اِلَىٰ اَهْلِهَا وَاِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ اَنْ تَحْكُمُوْا بِالْعَدْلِ اِنَّ اللَّهَ نِعَمًا يُعْطِيْكُمْ بِهِ اِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيْرًا﴾⁶. ونهى أيضاً عن أكل اموال الناس بالباطل، كما في قوله تعالى:

¹ ابن الشحنة، ابراهيم الحنفي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط2، البابلي الحلبي، القاهرة، 1393هـ-1973م. ص52-222.

² السيوطي الرحباني، مصطفى بن سعد الحنبلي، مطالب أولي النهى، ج6، ط1، الناشر المكتب الاسلامي سنة 1381هـ-1961م، ص488.

³ فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، 1964ص6.

⁴ الصادق، محمود الأمير يوسف، تنفيذ الاحكام القضائية في الفقه الاسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، ص 91-99،

⁵ سورة المائدة: الآية (1).

⁶ سورة النساء: الآية (58).

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ

١. ﴿١٨٨﴾

وقول رسول الله ﷺ: (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله)².

وقد حثت الشريعة الإسلامية بل أمرت بأداء الديون والوفاء بالحقوق وسرعة تنفيذ الالتزامات، وهو واجب ديني يجب المسارعة إلى أدائه. وأما إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وأداء ما عليه من دين طوعية فلا يعني ذلك تركه بدون إجباره على الأداء استناداً ما ينتظره من عقاب أخروي، بل أجازت الشريعة إجباره على الأداء بوسائل معينة، وهذا هو التنفيذ الجبري آتي الذكر³.

ثانياً: التنفيذ الجبري

عرف الفقهاء التنفيذ الجبري بأنه: الإلزام بالحبس وأخذ المال بمنطق القوة، ودفعه لمستحقه، وتخليص سائر الحقوق، وإيقاع الطلاق على من يجوز له إيقاعه عليه⁴. وكذا تنفيذ بقية الأحكام بقوة القضاء.

وقسم الفقهاء الحكام- القضاة- من حيث القدرة على التنفيذ إلى قسمين:

الأول: الحاكم القوي الذي يصدر الحكم وعنده القدرة على التنفيذ.

الثاني: الحاكم الضعيف الذي يصدر الحكم ويعجز عن تنفيذه⁵.

شروط تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي:

¹ سورة البقرة: الآية (188).

² أخرجه البخاري، كتاب: في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب من اخذ أموال الناس يريد ادائها أو إتلافها، صحيح البخاري (2/805)، رقم الحديث (2257).

³ فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، ص5.

⁴ بدوي، عبد العزيز، القضاء في الإسلام، دار الفكر العربي، 1979م، ص89-90.

⁵ الحصري، أحمد، علم القضاء، ج15، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، سنة 1397هـ-1977م. ص1-16،

أولاً: شروط موضوعية:

- 1- أن يكون الحكم صادراً من قاضٍ صحيح التولية.
- 2- أن يتقدم صدور الحكم دعوى صحيحة.
- 3- أن يصدر الحكم بناء على دليل إثبات، لم يظهر بعد صدور الحكم ما يبطله.
- 4- أن يصدر الحكم موافقاً لمصادر الأحكام الشرعية الموضوعية¹.

ثانياً: شروط شكلية:

- 1- وجود صيغة معينة لإصدار الحكم.
- 2- وجود الأعذار ومشاورة القاضي للفقهاء قبل إصدار الحكم.
- 3- (توجيه) صدور كتابة الحكم².

قانون التنفيذ في فلسطين

تتضمن المنظومة القانونية في فلسطين العديد من التشريعات التي تحكم إلزام الإدارة بتنفيذ الأحكام، من حيث تحديد إجراءات التنفيذ، ومن حيث تحديد الجهات الإدارية المختصة بالتنفيذ. يمثل قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005م الإطار القانوني المنظم للتنفيذ الجبري للأحكام القضائية المدنية الصادرة بين أشخاص القانون الخاص. وتعد الأحكام القضائية من أهم الأسناد التنفيذية حيث نصت عليها المادة (5) من قانون التنفيذ. أما الجهة المختصة بالتنفيذ للأحكام المدنية فهي دائرة التنفيذ، وتتشكل من قاضي يرأسها ومأمور التنفيذ وعدد كافٍ من الموظفين، ويجري التنفيذ بواسطة مأمور التنفيذ³.

المبحث الرابع

¹ الحصري، أحمد، علم القضاء، ج15، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، سنة 1397هـ-1977م. ص 1-16.

² الأمير، يوسف الصادق، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، ص 189-199.

³ الكيلاني، أسامة، أحكام التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون التنفيذ الفلسطيني دراسة مقارنة، ط2، فلسطين، 2008م. ص 18.

فلسفة الشرعية في النظام الجنائي الإسلامي

أرست الشريعة الإسلامية في مجال التجريم والعقاب كافة المبادئ التي تكفل العدالة الجنائية، كمبدأ شخصية العقوبة مصداقاً لقوله تعالى: ﴿الْأَنْزِرُ وَالزَّرُّ وَرَأُخْرَىٰ﴾¹ وقوله ﷺ: (لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه)². والشريعة الإسلامية قائمة على مبدأ العدل والرحمة مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾³ فقد بين الله عز وجل أن القسط بين الناس هو أساس الرسالات، كما أن الرحمة هي الأساس، فهما متلازمتان ولا يمكن أن تتحقق الرحمة مع الظلم، وإنه ليس المقصود من العقوبة في الشريعة الإسلامية إلحاق الأذى بالجاني، أو التشفي به أو الانتقام منه، وإنما المقصود ما يترتب على إيقاعها من مصلحة تعود على المجتمع⁴.

وبعد هذه المقدمة سأتناول في هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: قانونية التجريم والعقاب في المفهوم الإسلامي

التجريم باعتباره أحد أهم العناصر المكونة للسياسة الجنائية، ارتبط ظهوره بتكون الجماعات البشرية الأولى، ويعتبر من أقدم الوسائل التي تلجأ إليها التشريعات لحفظ كيان الجماعة وتحقيق الأمن والاستقرار لها، ويعتبر التجريم من المواضيع الحساسة التي تحظى بأهمية خاصة في النظام الجنائي الإسلامي أو القانون الجنائي الوضعي، على حدٍ سواء.

وفي الشريعة الإسلامية انعقد إجماع الفقهاء المسلمين على أن كل ما يحدث للناس من وقائع في الحياة، له في الشريعة الإسلامية أحكام، فالقاعدة أن لكل فعل حكماً شرعياً، والأحكام إما أن تكون قد وردت صراحةً في الكتاب العزيز أو السنة الشريفة، وإما أن تعرف من دلائل أخرى

¹ سورة النجم، الآية 38.

² أبي داود، سليمان بن أشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، السنن، كتاب الديات، باب النفس بالنفس، رقم الحديث: 4497، ص 40-44.

³ سورة النساء، آية 58.

⁴ ابن المزي، زيدان، محمد زيدان محمد، مبدأ الشرعية الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 165.

مثل الإجماع، والقياس، والدلائل الأخرى هذه أرشدت إليها الشريعة ليُعرف حكم ما لم يرد بحكمه نص في القرآن الكريم أو السنة الشريفة. ولا شك أن أسلوب الشريعة في النص على بعض الأحكام وبيان عللها والمصالح التي بُنيت عليها وترك التفاصيل هو أسلوب حكيم؛ لأن التفاصيل تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والبيئات، وترك التفاصيل للاجتهاد أدعى إلى مسايرة التطور وأهدى إلى إقامة العدل بين الناس، ودفع الحرج عنهم، وعلى هذه الصورة تختلف الشريعة الإسلامية عن القانون، فالقانون يحصر الجرائم بالنص عليها كتابةً مع تحديد عناصرها وأركانها، وما لم يرد تجريمه بالنص في النصوص لا يمكن أبداً اعتباره جريمة مهما كان قبيحاً أو مستهجنًا، أما في الشريعة فقد استبان لنا أن لكل فعل حكماً، فالشريعة إذن من هذه الناحية، أوسع من القانون نطاقاً وأقدر على ملاءمة الزمن ومسايرة التطور¹.

وإذا كان الفقه الجنائي الإسلامي يأخذ بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة بغير نص)² فإنه من العسير أن نقبل في ظل هذه القاعدة أن بعض الأفعال في الفقه الإسلامي لا يمكن معرفة كونها جريمة إلا بعد وقوعها، ذلك أن مثل هذا القول يهدم القاعدة المشار إليها من أساسها، ويجعل من النصوص والقواعد الأصولية-المتقدِّرها- مجرد كلمات خاوية من كل معنى علمي³.

المطلب الثاني: سلطة التجريم والعقاب

يهدف نظام العقوبات في الشريعة الإسلامية إلى حماية المجتمع على نحو يضمن ممارسة المواطنين حرياتهم بطريقة سلمية، ووسيلة نظام العقوبات الإسلامي في تحقيق ذلك هو إيجاد التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة من خلال تحديد نطاق التجريم والعقاب. وإذا نص الدستور على حق أو حرية معينتين فلا يجوز أن تمتد إليهما يد التجريم من قبل السلطة التشريعية، كما أن ممارستها لا تتوقف على سن تشريع، تطبيقاً لمبدأ علوية الدستور الإسلامي.

¹ الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، ج7، ص327.

² النواوي، عبد الخالق النواوي، جرائم السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ص10-11.

³ العوا، محمد سليم، أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف - القاهرة، 1983م، ص60

ووفقاً لمبدأ نظام التجريم والعقاب فإن للمشرع وحده حصرياً سلطتي التجريم والعقاب في المجتمع، ويرجع نظام العقوبات إلى التشريع، لبيان ما إذا كان فعلٌ ما أو امتناعٌ عن فعل ما يخضع للتجريم أو لا، ومن ثم تحديد الجزاء المترتب على ذلك الفعل، إذا تبين أنه فعل إجرامي، وينبغي أن تكون نصوص التجريم دقيقة وواضحة وغير قابلة للتأويل ؛ لأن الغموض في قواعد التجريم قد يكون سبباً في تجريد هذا المبدأ من قيمته الدستورية وسبباً لتعسف الأحكام¹.

والعقوبات وإن شرعت للمصلحة العامة، فإنها ليست في ذاتها مصالح بل هي ضارة، ولكن الشريعة أوجبتها ؛ لأنها تؤدي إلى مصلحة الجماعة الحقيقية، وإلى صيانة هذه المصلحة. إنَّ الشريعة الإسلامية اعتبرت بعض الأفعال جرائم وعاقبت عليها لحفظ المصالح العامة، ولصيانة النظام الذي تقوم عليه الجماعة، ولضمان بقاء الجماعة قوية متضامنة متخلقة بالأخلاق الفاضلة. وتتفق الشريعة الإسلامية مع الأنظمة الوضعية في أن الغرض من تقرير التجريم والعقاب عليها هو حفظ مصلحة الجماعة، وصيانة نظامها وضمان بقائها².

المطلب الثالث: شروط وضوابط الشرعية الجنائية

لم يضع الفقهاء المتقدمون ولا المعاصرون شروطاً صريحة واضحة أو ضوابط محددة للشرعية الجنائية ؛ وذلك لأنه لا يوجد أحد منهم قد أفرد الشرعية الجنائية ببحث مستقل، ولم يجعلوا لها باباً منفرداً، فكان نصيبها في البحث عندهم شحيحاً؛ نظراً لكونها معروفة عندهم بالبدهية، ونظراً لبساطة وجلاء هذا الموضوع عندهم، ولكن الفقهاء تعرضوا لمقتطفات متناثرة ترتبط بهذا الموضوع ضمناً في كتبهم، ومن خلال الاستقراء للمصادر الفقهية والجنائية، يمكنني استخلاص شروط أساسية عامة مهمة لازمة للشرعية الجنائية، وقد جعلتها ثلاثة شروط:

1. قيام دولة متكاملة بعناصرها وأركانها، وتكون معترفاً بها بين الأمم والشعوب الإسلامية.

2. وجود قوة وسلطة وسيادة لهذه الدولة على المكان والزمان والسكان.

¹ الريسوني، أحمد عبدالسلام، الحرية في الإسلام أصالتها وأصولها، جامعة محمد الخامس، الرباط الريسوني، الحرية في الإسلام أصالتها وأصولها، ص 174.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج 1، ص 69-70.

3. وجود نظام تشريعي تنفيذي قضائي يفرض الأحكام والعقوبات على الأشخاص وأفعالهم داخل حدود سلطته-المكانية والزمانية-.

وما سوى ذلك من الشروط التي قد تظهر فإنها في نظر الباحثة لا بد أن ترجع بأي حال من الأحوال إلى هذه الشروط الأساسية اللازمة، والله ﷻ أعلم. ولا تعد العقوبة الشرعية رسمية إلا إذا خضعت لعدة ضوابط منها:

1- أن تكون العقوبة محددةً بنص شرعي.

2- أن تنفذ على الشخص الذي ارتكب الجناية، في إطار مبدأ شخصية العقوبة.

3- لا تنفذ العقوبة إلا بحكم قضائي، في إطار مبدأ قضائية العقوبة.¹

¹ الخماسي، فتحي الطيب، الفقه الجنائي الاسلامي، ص52-63.

المبحث الخامس

أهمية الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي

الشرعية الجنائية تتعلّق (بالركن الشرعي للجريمة)، الذي هو عبارة عن النصوص التشريعية المجرّمة للفعل والمعاقبة عليه، وما يُستخلص منها من أحكام جنائية، إضافة لمدى سلطتها وسريانها على الإنسان والمكان والزمان. فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار¹. وهذه القواعد الموضوعية تهدف إلى حماية مصالح الخلق ومنع الجريمة والفساد، وتحقيق الأمن والسعادة. إضافة لما يتبعها من أحكام إجرائية تهدف إلى تنظيم سير العدالة الجنائية، وتوفير الضمانات الخاصة الكفيلة بالحفاظ على الحقوق والحريات الفردية، ووضع الحماية المقررة بالنصوص الشرعية الموضوعية - موضع التنفيذ.

إنّ الشريعة الغراء سنّت القواعد العامة والأحكام الخاصّة ؛ تجريماً وعقاباً، ولم تتركها جُزأً لأمزجة الحكام وأولياء الأمور؛ حرصاً منها على تحقيق منتهى العدل والمساواة بين بني الإنسان. فقد اقتضت سيادة هذا الدين تنظيم الحياة الإنسانية على أساس من التشريعات التي ارتضاها الشارع الحكيم لتكون الفيصل في كل القضايا والخصومات وشتى صنوف الاستبداد، فتحقّق العدالة وتحفظ الحقوق والعباد، وتمنع الظلم والفساد في سائر البلاد.

وتكمن أهمية الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي تجاه الفرد والمجتمع فيما يلي:

أولاً: عدم وجود مصدر للتجريم والعقاب إلا شرعنا الحنيف، فلا حاكمية إلا لله ﷻ، ولانعبد إلا إياه، ولا طاعة لأحدٍ سواه، وذلك حتى لا يعتدي على هذا النظام الجنائي أي مخلوق، ويدّعي لنفسه حق التشريع والسيادة.

¹ عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، (1/ 118). صالح، أماني، الشرعية بين فقه الخلافة الإسلامية وواقعها، المعهد العالمي للفكر الاسلامي - القاهرة، ط1، 2006م: (1/ 337) الزرقا، احمد مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط9، ج2، دار الفكر، دمشق، 1967م. ص744، 799. الخماسي، فتحي الطيب، الفقه الجنائي الاسلامي، ص52-63

فمصادر التشريع الجنائي الإسلامي المقررة للجرائم كلها مستنده إلى هذه الشريعة الربانية، وصبغة أحكامه دينية، وكافة تعاليمه مستمدة من هذه المصادر الربانية. يقول تعالى: ﴿مَنْ أَهْتَدَىٰ فَأَنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ ضَلَّٰ فَأَنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا ۚ وَلَا نَزِرُ وَازِرَةٌ وِّزْرَ أُخْرَىٰ ۚ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ۚ﴾¹، وقد تولى الله سبحانه وتعالى تشريعها، ثم أنزلها على رسوله ﷺ لإخراج الناس من الظلمات إلى النور، وتطبيقها هو عين الإمتثال لأوامر الله ﷻ، وتبجسيدها تعم الخيرات والأمن والسلام، ويغدو حملتها سادة الأنام. وفي شريعتنا الاسلامية لاجريمة إلا بعد نصّ وبيان، ولا عقوبة إلا بعد إعدار وإنذار².

أما في القانون الوضعي فإن الشرعية الجنائية واقعة فيه تحت "ركن الجريمة القانوني"، الذي يعتمد أساساً على الاجتهادات والأهواء البشرية الناقصة³.

ثانياً: تنظيم سير القضاء، وإعطاء ميزة الدقة والعدالة للنظام الجنائي الإسلامي الفريد⁴. واتخاذ كافة التدابير الوقائية والعلاجية لتحقيق الأمن والسعادة للبشرية؛ كي تنقطع شأفة المنكر والفساد، ويُمسح سجلُ الظلم للعباد.

فالمنظومة التشريعية التي تعبر عن روح التشريع الإسلامي منضبطة بعدة مبادئ تنظم المسائل الخاصة ببيان أنواع العقوبات وتحديد كيفية تنفيذها على المحكوم عليهم في إطار مبدأ الشرعية.

ثالثاً: تحديد سلطة القضاء -تجريماً وعقاباً- على الحدود والقصاص والدية والتعازير، في تكييفها وتقديرها وتحديد ما يقعها والعفو عنها وإسقاطها والإبراء منها وإبدالها، ونحو ذلك.

¹ سورة الاسراء: 15.

² عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، (1/ 118). الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الألملي، (المتوفى: 310هـ)، تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية، نشر دار هجر، 1422هـ - 2001، ط1، (3/ 93).

³ الحلبي، شرح قانون العقوبات، ص: 103. حسني، الفقه الجنائي الاسلامي (الجريمة)، ص: 60.

⁴ انظر: عودة، التشريع الجنائي الاسلامي، (1/ 609 - 611). الحلبي، شرح قانون العقوبات، ص 227.

رابعاً: حفظ المجتمع وضمان استقرار الأمن فيه والقضاء على الفساد: فقد أمر الله ﷻ عباده بفعل الطاعات، واجتناب المعاصي والمنكرات، وبحكمته ورحمته بالناس حد حدوداً لحفظ مصالحهم وحماية ممتلكاتهم، فمن تجاوز حدود الله ﷻ بالتعدي على أعراض الناس وأموالهم وأنفسهم، فهنا لابد من تأديبه بإقامة الحدود والعقوبات عليه حتى يرتدع هو وينزجر غيره، وحتى نحافظ على المجتمع نظيفاً من الشر وأهله¹. ويكون الهدف منه الردع وتحقيق الإصلاح. والغاية من العقاب في الفقه الإسلامي حماية الفضيلة وحماية المجتمع من أن تتحكم فيه الرذيلة. فالنظم العقابية تهدف إلى تحقيق الاستقرار العام والنظام في العلاقات بين الأفراد، ونشر العدالة، والقضاء على مظاهر الفساد والجريمة في المجتمع.

وإن تحقيق هذه الأهداف يتميز في الشريعة الإسلامية عما هو في التشريعات الوضعية- التي لا تعبأ بكل هذه الأمور-؛ لما يتضمنه من تنمية الوازع الإيماني، والترهيب الرادع نتيجة العذاب الشديد الذي سيلقاه المجرم في يوم الحساب.

خامساً: حماية المصالح الكبرى (الضروريات الخمس) وهي: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال. فالتشريع الإسلامي هو الركيزة التي يقوم عليها المجتمع الصالح، وحماية لهذا المجتمع أمر الله ﷻ بحفظ الضروريات الخمس، إذ عليها يتوقف حفظ دين الناس وتوحيدهم وحمايتهم من البدع والخرافات، وحفظ أرواح الناس من التعرض للأذى، وحفظ العقول من الآفات التي تسبب ضرراً للعقل، وحفظ الأعراض من الاعتداء عليها أو العبث بالنسل وجعله في غير الموضع الصحيح الذي وضعه الله ﷻ له، مما يؤدي إلى حفظ النظام الاجتماعي². فسياسة التجريم والعقاب في الإسلام تهدف لحماية مصلحة المجتمع الإسلامي بوصفه كياناً دينياً ودنيوياً له قواعده وقيمه وأهدافه، إضافة لمصلحة الفرد الذي هو جزء من المجتمع. وهذه الأصول الخمسة هي من

¹ عودة، عبد القادر (المتوفى: 1373هـ)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكتب العلمية (384/1)

² صالح، أماني، الشرعية بين فقه الخلافة الإسلامية وواقعها، المعهد العالمي للفكر الإسلامي - القاهرة، ط1، 2006م: (1/337). أبو زهرة، العقوبة، ص27.

البدهيّات التي يقرها العقل والمنطق، والاتفاق جار على أنّ مراعاتها فضيلة ومخالفتها رذيلة، وأنّ تحقيقها تحقيق للرحمة والعدل¹.

سادساً: قدرتها على الإستجابة للمتغيرات ومعالجة المستجدات: إن مسألة تقدير الجرائم في الشريعة الإسلامية في حال تغيّر الزمان أو المكان يرجع لأولي الأمر بطريق الاجتهاد، وفق ما تملّيه المصلحة العامة للمسلمين، وما تقتضيه مبادئ العدالة والإنصاف والحق².

سابعاً: تصنيف الأفعال الإجرامية وتحديد نسبة خطورتها، وبيان كيفية اجتنابها، وإظهار الدور الوقائي في الحد منها أو إنهاؤها.

ثامناً: بيان وإثبات أنه "لا رجعية في التشريع الجنائي": ومعناها أنه لا يعاقب المجرم على جريمته بعقوبة نزل حكمها بعد زمان الجريمة، أو نُصّ عليها مؤخراً، أو تغيّر تقنيّتها بعد وقوع الجريمة. ولا يُستثنى من هذه القاعدة إلا حالات خاصة تقتضيها الضرورة والمصلحة المعتبرة، التي تحمل في طيّاتها خطورةً بالغة جداً، أو يكون فيها مصلحة معتبرة تتصف الجاني من أن يحلّ به الإجحاف أو الظلم، أو الشدة غير اللازمة، كما في الجرائم التي تمس أمن الدولة، والجرائم الخطيرة المتعلقة بالسياسات الخارجية للدولة.

تاسعاً: التفريق الأصولي بين الأحكام التكميلية والوضعية المتعلقة بأحكام الجنايات؛ لبيان نسبة الحظر القائم بها، ومدى الخطورة الإجرامية الناجمة عنها، ومعرفة أسبابها وشروطها وموانعها ورخصها وشبهها ومبطلاتها³.

عاشراً: تحديد مدى سلطان وسريان نصوص الشرعية الجنائية على الزمان والمكان والأشخاص⁴.

¹ عبود السراج، قانون العقوبات، منشورات جامعة دمشق، 1415هـ - 1995م. ص11،

² علي محمد جعفر، تاريخ القوانين والفقهاء الاسلامي، ط2، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 1989م. ص3-3،

³ الأمدي، سيف الدين علي بن أحمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الاسلامي، بيروت، دمشق (1/ 96).

⁴ الخماسي، الفقه الجنائي، ص58.

أحد عشر: بيان عدالة التقنين والتطبيق في الشريعة الإسلامية، بنصوصها ومبادئها الكلية وقواعدها العامة وأحكامها المفصلة الدقيقة، الصالحة العادلة الشاملة والمناسبة للحياة كلها.

في حين أنّ القوانين الوضعية ظاهرها العدالة والمساواة، وباطنها المحاباة والتمييز والتفريق حسب المنازل الشكلية الدنيوية.

إثنا عشر: ومما يؤكد أهمية الشرعية الجنائية-الإجرائية-أن النظام الجنائي الإسلامي يتميز بعدم تقييد الجريمة ضد مجهول،، ما يقي المجتمع من انتشار جرائم الإنتقام والأحقاد، ويقضي على كافة مظاهر الفساد، أو وقوع أي شكلٍ من أشكال الظلم لأحدٍ من العباد¹.

وفي ختام هذا المبحث تبين لنا: مدى الخيرات العظيمة الناتجة عن التنظيم-التقنين-للمواد الفقهية الخاصة بالشرعية الجنائية، ومدى النجاح في تحقيق أهدافها، ومدى أهمية الإعداد والتصنيف لخدمة تلك الأهداف، وبذل العناية الفائقة في التوجيه-النظري- والتشريع-العملي-؛ وذلك لأن الشرعية الجنائية هي الأساس الأول والمنطلق الذي يهيئ للبحث في المسائل الجنائية والخوض في جزئياتها.

¹ أبو زهرة، محمد، الجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1998م، ص46

المبحث السادس

مبادئ الشرعية الجنائية

المطلب الأول: التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية

اهتمت الشريعة الإسلامية اهتماماً كبيراً بتنظيم حياة الناس والمجتمعات والارتقاء بها إلى أعلى درجات الحضارة الإنسانية، حيث أرست المبادئ العامة والقواعد الأساسية للبناء والتعمير والمعرفة العلمية الواسعة. وهي عدة أمور تعبر عن مصالح الأمة والتي يجب أن توضع لها بعض الأحكام لتحفظها وتصورها. وقد تكفل الشارع الحكيم بوضع الأحكام الضرورية لتنظيم هذه الحياة، ويعد (مبدأ الشرعية) من المبادئ التي عبر عنها الشارع الحكيم في النصوص الشرعية¹، منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ ؕ أَيْنَتْنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ﴾². ومعنى هذه الآيات الكريمة السابقة يبين لنا أن العقوبة لا تقع إلا على من قام بها بفعل قد جرمته الشريعة واعتبرته مخالفة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾³؛ لذلك بعث الله بالرسول ﷺ وختم بالنبي محمد ﷺ وبما أنزل عليه من أحكام مفصلة توضح الجرائم التي بينت كل الأفعال التي جرمتها الشريعة وجعلت لهذه الأفعال عقوبات محددة لا دخل لاجتهاد القاضي فيها. فالشارع جرد الإنسان من تجريم الأفعال وتحديد العقوبات لها، وجعل اجتهاده في غير ما حُدّد من عقوبات لا يخرج عنها عند قضائه في الخصومات، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَمَةِ وَيَخَلَّدُ فِيهِ مُهَكَمًا﴾⁴.

إن مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي) هو أعظم المبادئ التي استقلت بها الشريعة الإسلامية، ودفعت الأمم والمفكرين المعاصرين للأخذ به والاعتماد عليه⁵. ومن الأخطاء التي وقع

¹ خضر، الفقه الجنائي، ص5.

² سورة القصص، آية: 59.

³ سورة فاطر، آية: 18.

⁴ سورة الفرقان، آية 68-69.

⁵ الخماسي، فتحي الطيب، الفقه الجنائي الإسلامي، ص164.

بها بعض المؤرخين القانونيين للفقهاء الجزائريين زعمهم أن هذا المبدأ عُرفت به القوانين الرومانية قبل الشريعة الإسلامية، وأن الغريب في هذا الادعاء أنه ليس لديهم دليل عليه، بينما دليل القرآن الكريم واضح وصريح في تحديد المبدأ والعمل به. فهو في الحقيقة لم يُعتمد في البلدان الغربية إلا مؤخراً في القرنين 18م - 19م. فقد اعتُمد لأول مرة في فرنسا في عام 1789م، ثم نص عليه القانون الفرنسي بعد ذلك عام 1810م، ثم تسارعت الدول الأخرى للإقرار به في قوانينها. وأقرته الأمم المتحدة سنة 1948 م، ثم تبنته الدول العربية بعد خروج الاحتلال العسكري منها في القرن العشرين¹.

المطلب الثاني: مضمون مبدأ الشرعية الجنائية

تعريف المبدأ في الفقه الجنائي

يُقصد به حصر المشروعية الجنائية في نصوص النظام الجنائي الإسلامي التي تحدد العقوبات، ويعني به (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي)، أي مصدر الصفة غير المشروعة للفعل هي نص التشريع، وهو ما يعرف (بنص التجريم)، ويحدد في كل نص الشروط التي يتطلبها في الفعل كي يخضع لهذا النص ويستمد منه الصفة غير المشروعة، ويحدد العقوبة المقررة لهذا الفعل. وبهذا فإن القاضي لا يستطيع أن يجرم فعلاً معيناً إلا إذا وجد نصاً يجرم هذا الفعل، فإن لم يجد فلا سبيل لاعتبار هذا الفعل جريمة².

تعريف المبدأ في التشريع القضائي الجنائي

يُقصد بمبدأ الشرعية الجنائية وجود النص الذي يجرم الفعل ويقدر عقوبته قبل وقوعه، وعدم تمتع الفعل بعد وقوعه بسبب من أسباب انعدام المسؤولية الجنائية³.

¹ طه زاكي صافي، المبادئ الأساسية لقانون العقوبات الأساسية، ط11، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1414هـ-1993م، ص18.

² خوري، عمر، شرح قانون العقوبات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص18.

³ يقصد بانعدام المسؤولية: أنه لا يسأل جنائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقداً الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل، أو غيبوبة ناشئة عن عقاقير أو مواد مخدرة أو مسكرة، أي كان نوعها اعطيت له قصراً أو تناولها بغير علم منه بها.

ومعنى وجود النص وتقدير عقوبته قبل وقوعه أن هذا المبدأ يقضي بعدم جواز معاقبة الشخص على فعل وقع منه إلا إذا كان الفعل مجزماً بنص قبل وقوعه، وكما يجب أن يكون الفعل النص مجزماً تشريعياً ومكتوباً¹.

حقيقة مبدأ الشرعية الجنائية

إن حقيقة مبدأ الشرعية الجنائية أساسها أنه (لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص شرعي)، و(المتهم بريء حتى تثبت إدانته)، و(الأصل في الأشياء الإباحة)، وقد وردت نصوص من القرآن الكريم والسنة الشريفة تدل دلالة واضحة على مبدأ الشرعية الجنائية².

أما من القرآن الكريم ما جاء قوله تعالى: ﴿يَا أَهْلَ الْكِتَابِ قَدْ جَاءَكُمْ رَسُولُنَا يُبَيِّنُ لَكُمْ عَلَى فَتْرٍ مِنَ الرُّسُلِ أَنْ تَقُولُوا مَا جَاءَنَا مِنْ بَشِيرٍ وَلَا نَذِيرٍ فَقَدْ جَاءَكُمْ بَشِيرٌ وَنَذِيرٌ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾³ وقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا أَنْ تُصِيبَهُمْ مُصِيبَةٌ بِمَا قَدَّمَتْ أَيْدِيهِمْ فَيَقُولُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ وَنَكُونُ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁴

فجاء البيان الإلهي في هذه الآيات الكريمات يدل على مبدأ الشرعية الجنائية؛ ذلك أن الله ﷻ قد أنزل البيانات التي تهدي وترحم من يريد الهداية والرحمة⁵.

أما من السنة الشريفة فقد وردت أحاديث شريفة كثيرة تدل على مبدأ الشرعية، فقد ورد عن سلمان الفارسي رضي الله عنه قال: (سئل رسول الله ﷺ عن السمن والجبن والفراء فقال: **الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه**)⁶.

¹ رحمانى، منصور، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم، 2006م.

² عيسى، بن حيدر، المسؤولية الجنائية وموانعها، صحيفة البيان 1441هـ. بلعيات، إبراهيم، أركان الجريمة وطرق اثباتها، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م، ص94.

³ المائدة: آية 19

⁴ القصص: آية 47

⁵ الشنقيطي، محمد أمين، أضواء البيان في تفسير القرآن، ج1، طباعة وتوزيع الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والافتاء، الرياض 1403هـ. ص49

⁶ رواه الترمذي في: سننه، باب ما جاء في لبس الفراء (220/4). الحاكم، المستدرک، رقم الحديث 7115، (129/4). صححه الألباني في السلسلة الصحيحة 5 في ص 325، وحسنه في ص 15،

إن مبدأ الشرعية يحقق العدل والمساواة بين جميع الناس حيث يجعلهم سواسية أمام النظام؛ لأن المشرع نص على التجريم والعقاب مسبقاً وبطريقة عامة ومجردة دون علمه بمن سيقوم بارتكاب جريمة.

قد اتفق عامة الفقهاء¹ في الشريعة الإسلامية على ضرورة اعتماد مبدأ الشرعية في نظام العقوبات. وحذت القوانين الوضعية حذوه، فأكدت عليه العديد من المؤتمرات الدولية، كمؤتمر جمعية القانون المنعقد في لاهاي عام 1937م.²

ومبدأ الشرعية في النظام الجنائي الإسلامي يتفق مع الاتجاهات الدستورية الحديثة التي منحت للسلطة التقديرية حق التشريع، سواء بتفويض من السلطة التشريعية أو مباشرة منها في الظروف الاستثنائية. ويقوم بكفالة حقوق الأفراد وحرياتهم، لعلمهم المسبق بما هو مباح وما هو محظور من الأفعال، دون الخوف من أي تعسف من القضاء.

وقد نصت عليه العديد من الدساتير لمختلف بلدان العالم، ولا تعارض بين مبدأ الشرعية والعقاب، لاعتراف المشرع للقاضي بسلطة تقديرية يستطيع من خلالها أن يحدد عقوبة تتلاءم وظروف الجاني.³

¹ الزرقا، مصطفى، أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 1425هـ، 2004م، ج2، ص784. الدمشقي، عبد القادر، المدخل إلى مذهب ابن حنبل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1985، ج3، ص150.

² حسني، محمود نجيب، القسم العام النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م، وكتاب: شرح قانون العقوبات، ص133.

³ العوا، محمد، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، مجلة القضاء والتشريع، بحث منشور، عدد 3، تونس 1979، ص 8488.

المبحث السابع

قواعد الشرعية الجنائية

وفيه المطالب التالية:

المطلب الأول: معنى القاعدة لغة واصطلاحاً

معنى القاعدة لغة

القاعدة في اللغة: هي الأساس، وقواعد البيت أساسه ودعائمه¹، وفي محكم التنزيل قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ (١٢٧) رَبَّنَا وَاجْعَلْنَا مُسْلِمَيْنِ لَكَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِنَا أُمَّةً مُسْلِمَةً لَكَ وَأَرِنَا مَنَاسِكَنَا وَتُبْ عَلَيْنَا إِنَّكَ أَنْتَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ (١٢٨) ²، ﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ﴾ (٢٦) ³

والقواعد هي أسس الشيء وأصوله: حسيّاً كان ذلك الشيء كقواعد البيت، أو معنوياً كقواعد الدين أي دعائمه⁴.

معنى القاعدة اصطلاحاً

في الاصطلاح الشرعي هناك عدة تعريفات متقاربة للقاعدة، ارتأيت ذكر بعضها، وهي:

- القاعدة: " قضية كلية منطبقة على جميع أحكام جزئيات موضوعها، لتعرف أحكامها منه". وتسمى فروعاً، واستخراجها منها تفرعاً⁵.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج3، ص357.

² سورة البقرة: 127-128.

³ سورة النحل: 26.

⁴ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5، ص14.

⁵ الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى، الكليات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية)، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت، (1/ 728). الجرجاني، التعريفات، (1/ 171). الثقاتاني، سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، (1/ 34).

- القواعد: " أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"¹.

ويمكنني أن أستخلص تعريف القاعدة: " أصل كلي في قضية معينة، يندرج تحت حكمه أغلب فرعياته وجزئياته، ولا يصح الخروج عنه إلا بدليل".

المطلب الثاني: إنفراد التشريع الإسلامي في تحديد الجرائم

يعدُّ علم الإجرام في النظام الجنائي الإسلامي من العلوم الجنائية الهامة التي اقترن وجودها بوجود الفقه الجنائي، الذي قدّم لها إطار البحث في التكوين الإجرامي، وهو الذي بينتُ أسسه النصوصُ الشرعية الكثيرة.

لقد اتخذت الشريعة الإسلامية المفهوم الشرعي للجريمة معياراً في تحديد الأفعال والسلوك الإجرامي؛ إذ ينطوي هذا المفهوم على أمرين تكفل الشارع بحفظهما بطريق فرض العقوبات على الفعل المخالف لروح التشريع: (أحدهما) حفظ الحقوق والمصالح وأمن الناس ونظام الدولة، (والآخر): الحفاظ على القيم والمبادئ الأخلاقية. ولقد جعل الشارع العقوبات متعلقة بكلّيات الشريعة².

والمصادر الأساسية في موضوع الجرائم داخل الشريعة الإسلامية هي القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، ونصوصهما الدالة على موضوعات الجرائم وعقوباتها، وتحديد أركان كل جريمة وأوصافها. وإن دراسة الجريمة من الناحية القانونية تقتضي دراسة المصدرين الأساسيين لموضوع الجرائم، وبقيّة المصادر التشريعية الأخرى، ومنها القياس والمصلحة والعرف وغيرها. إن نصوص الأحكام من القرآن الكريم والحديث الشريف هي الضابط للأفعال المحرمة والممنوعة وأوصاف كل فعل بشروطه وأركانه، مع بيان عقوبة كل نوعٍ من أنواع الجريمة³.

¹ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق، ط2، 1425هـ - 2004م، (2/ 965).

² موافي، من الفقه الجنائي المقارن، ص213.

³ موافي، الفقه المقارن، ص214.

المطلب الثالث: القياس في مجال نصوص التجريم والعقاب

لا يعترف النظام الجنائي في التشريع الوضعي بالقياس، ويرى أنه منفذ للقاضي يخوله حق التجريم في وقت هو ممنوع منه، إذ إنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، والقياس خروج على هذه القاعدة¹.

أما في الشريعة الإسلامية فالقياس جائز، إذ هو دليل من الأدلة الشرعية، وباب من أهم الأبواب التي تتميز بها الشريعة عن القانون، والقياس كما يقول الأصوليون هو: (تسوية واقعة لا نص على حكمها بواقعة منصوص على حكمها، في نفس الحكم؛ لتساوي الواقعتين في علة حكم النص)². غير أن الشريعة الإسلامية راعت أن القياس لا يجري فيما ورد فيه حد مقدر-الأموار التوقيفية-، فلا يجوز إثبات مائة جلدة في غير الزنا قياساً على الزنا، ويقولون في هذا الصدد: (إنَّ المقدرات لا سبيل للعقل إلى إدراك علة التقدير فيها بمقدار خاصٍ دون سواه)³.

المطلب الرابع: أهم قواعد الشرعية الجنائية

يشمل النظام الجنائي الإسلامي على أفضل النظريات وأرقى المبادئ التي تتعلق بالنظام الجنائي في العصر الحديث، وهذه القواعد والمبادئ تكمن أهميتها في تحديد وتنظيم عملية التجريم والعقاب التي تتعلق بسرّيان النصوص الجنائية الشرعية على الزمان والمكان والأشخاص، ويقوم النظام الجنائي الإسلامي على أساس من القواعد الكلية العامة، و القواعد الجزئية والتفصيلية الخاصة، المتعلقة بالتجريم والعقاب.

كما تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء المتقدمين والمعاصرين لم يفصلوا ولم يسهبوا الشرح والتعديد لقواعد كلية للشرعية الجنائية عموماً، و للشرعية الجنائية الزمانية خصوصاً، وإنما كان كل

¹ الخماسي، فتحي، الفقه الجنائي الإسلامي، ص 213 و 222.

² الآمدي، سيف الدين أبي الحسن بن علي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث القاهرة، ج 3، ص 237. أنظر: جمال الدين، سامي، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي وتدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، ص 148.

³ البيضاوي، ناصر الدين عبد الله بن عمر، منهاج الأصول في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 3، ص 3. و انظر: موافي، أحمد، من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، ص 132-133، ط 2، 1965م-1384هـ.

ما كتبوه هو خطوط عريضة، وقواعد كلية تناثرت بين كتاباتهم وتأليفاتهم، أما القواعد الجزئية والتفصيلية الخاصة يمكن ملاحظتها من التعليقات والتعليقات والشروح على قضايا متعلقة بالزمان في الجنايات، وأحكام متعلقة بتغيير العرف، والتقدم، ونحوها.

ومن خلال تتبعي لكتابات الفقهاء في الكتب المتقدمة والمعاصرة، فإن القواعد الشرعية المتعلقة بزمان الجريمة تنقسم الى قسمين على النحو الآتي:

هناك قواعد عامة وقواعد خاصة سأعرضها فيما يلي:

القواعد العامة

هناك مجموعة من القواعد تناولها الفقهاء بالتوضيح، تعلقت بمفهوم مبدأ الشرعية الجنائية، إلا أن هذه القواعد كلها تؤدي إلى القاعدة العامة الرئيسة، وهي:

1. (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)¹. فهذه القاعدة تؤكد وتقرر الركن الشرعي للجريمة وهو وجود نص شرعي يحرم الفعل، وذلك لأنه إذا لم يوجد نص شرعي كان الفعل مباحاً ومشروعاً لا إثم فيه.

فقد أكدت الشريعة الإسلامية وسبقت غيرها في تقرير هذا المبدأ، في نصوص كثيرة، مثل قوله ﷺ: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾²

وجه الاستدلال: فلا يُعَذَّب أَحَدٌ حَتَّى يَسْبِقَ إِلَيْهِ مِنَ اللَّهِ ﷻ خبر وإنذار، أو يأتيه من الله ﷻ بيّنة، وما كان الله ﷻ معذباً أحداً إلا بذنبه، فلا يُعَاقَب ﷻ على الجريمة قبل تبليغه أن هذا الفعل محرم، فكل ما يقع للناس من وقائع في هذه الحياة الدنيا له مرجعيته الواضحة، وبراهينه الساطعة،

¹ خضر، الفقه الجنائي، ص 155.

² الاسراء، آية: 15.

إما ثابت في القرآن الكريم¹، أو في السنة المطهرة، أو مستنبط بالاجتهاد من الأدلة التشريعية الأخرى، يهتدي إليها المجتهدون للتعرف على حكم الله تعالى في الواقع والوقائع².

إن هذه القاعدة تعدُّ من أهم القواعد التي تحمي الأفراد من ظلم وبطش أصحاب القضاء، وتحمي حريات الأفراد، وتحمي مصالح المجتمع ومكتسباته من العبث بها. والمقصود من هذه القاعدة: إن التجريم والعقاب مصدرها التشريع وليس لأي شخص -أو قانون وضعي- أن يجرم أي فرد لم يرتكب جريمة نص عليها الشرع، كما لا يستطيع أحد معاقبة شخص بعقوبة لم ينص عليها الشرع، صراحةً أو دلالة؛ أي أن التشريع هو الذي يوصِّف الجريمة ويبين عناصرها، وهو أيضا الذي يحدّد العقوبة ويبين أنواعها وضوابطها. وعليه فإن سلطة القاضي ليست مطلقة، فلا يملك التجريم فيما لم يرد نص فيه، ولا يملك المعاقبة على أمر لم يجرمه الشرع³

هذه القاعدة الشرعية -والتي أخذ بها القانون من بعد الشريعة الإسلامية- هي نتاج خلاف فقهي في موضوعات متعددة، وقد أدى هذا الخلاف لظهور قواعد فقهية عند المتقدمين، ومن خلال هذه القواعد استُخلصت هذه القاعدة الكبرى السابقة.

ومن القواعد الفقهية المتقدمة التي أدت لظهور هذه القاعدة العامة:

1- "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"⁴: أي أن أفعال المكلف المسئول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها.

2- "الأصل في الأشياء الإباحة"¹، أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً بالإباحة الأصلية، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه.

¹ الفضلي، جعفر جواد، الأصل براءة المتهم في الشريعة الإسلامية، الندوة العلمية الاولى، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب - الرياض، 1986م: (292/1).

² الحلبي، محمد علي السالم عياد، شرح قانون العقوبات الأردني (القسم العام)، مكتبة بغدادية للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1997م: ص30-31

³ عودة، التشريع الجنائي الاسلامي، (1/ 115، وما بعدها).

⁴ الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج1، ص91.

3- "لا يُكَلَّفُ شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف، أهلاً بما كُلف به. ولا يُكَلَّفُ شرعاً إلا بفعلٍ ممكن مقدور للمكلف، معلوم له علماً يحمله على امتثاله"².

وهذه القاعدة تبين شروط المكلف والمكلف به³:

فأما شروط المكلف فهي:

أ. أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف، أي أن يكون في استطاعته فهم النصوص الشرعية التي جاءت بالحكم التكليفي؛ لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يتمثل ما كُلف به، وذلك بعلمه بهذا التكليف، أو إمكانية علمه به دون مانع، علمه بنفسه أو بواسطة أخرى.

ب. أن يكون أهلاً لما كُلف به، أي أن يكون أهلاً للمسؤولية وأهلاً للعقوبة، بالعقل والإدراك والبلوغ، وهو ما يُمكنه من تحمُّل أعباء التكليف والقيام بالمسؤوليات.

وأما شروط الفعل المكلف به فهي:

1. أن يكون مقدوراً للمكلف، أي في قدرة الشخص الإتيان به أو تركه.

2. أن يكون ممكناً، فلا تكليف بمستحيل، أو المشقة الشديدة جداً فوق ما تحتمله طاقة المكلف.

3. أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوماً للمكلف علماً تاماً يحمله على الامتثال، والعلم التام الذي يحمله على الامتثال يقتضي العلم بالأحكام التكليفية، وأن يكون في الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفه على العصيان. والأساس الشرعي الذي تستند إليه هذه القواعد هو الآيات الكريمة، والتي منها: قوله تعالى: ﴿مَنْ أَهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ ضَلَّٰ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا نُزِرُ وَاِزْرَةً وَلَا نَزِرُ أُخْرٰى وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾⁴

¹ الغزالي، المستصفى، ج1/ص 51.

² خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب الأزهر، ط8، 1376هـ/1956م، ص: 127، وما بعدها.

³ المرجع السابق، ص: 127 - 136.

⁴ سورة الإسراء: 15.

4. قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ ءَايَتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ﴾¹.

5. قوله تعالى: ﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾².

6. وقوله تعالى ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَا تُسْأَلُ عَنْ أَصْحَابِ الْجَحِيمِ﴾³.

وكل هذه الأدلة تبين أن الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة، وفي الجرائم والعقوبات لا جريمة ولا عقوبة إلا بدليل شرعي، ولا مسؤولية على الفاعل أو التارك إلا بدليل شرعي.

وفي هذا قرر بعض الفقهاء المعاصرين أنه:

1. " لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار"⁴

2. " ليس للقاضي شأنٌ في التجريم والعقاب إذا لم يكن هناك دليلٌ شرعي يبين الجريمة وعقابها"⁵.

وقد اجتهدتُ بوضع بعض القواعد والمبادئ واستخلصتها من المبادئ العامة والخاصة والأحكام المجملّة والتفصيلية، وهي:

3. الحاكمية لله تعالى، والشريعة الإسلامية تعلو ولا يُعلى عليها، وهي الحاكمة على الزمان والمكان والإنسان.

4. السيادة على الزمان والمكان والإنسان للشرع وحده.

5. سلطان الشريعة على الأحكام والأفعال أمرٌ لازم.

¹ سورة القصص: 59.

² سورة النساء: 165.

³ سورة البقرة: 119.

⁴ عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/ 118).

⁵ اليوسف، مسلم، مبدأ الشرعية الجنائية في الجرائم والعقوبات التعزيرية، قراءة: عماد عنان، الملتقى الفقهي،

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=15703>

6. إذا كان اختلاف الزمان أو المكان أو الإنسان لا يؤثر على تحريم فعلٍ من الأفعال، فإنه لا يؤثر حتماً على العقوبة المقررة جزاء إتيان هذا الفعل المحرم.

القواعد الخاصة للشرعية الجنائية

1. " لا رجعية في التشريع الجنائي":

أقر النظام الجنائي الإسلامي مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي، استناداً لقوله ﷺ: ﴿عَفَا اللَّهُ عَنْكَ سَلَفٌ وَمَنْ عَادَ فَيَنْقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو أَنْقَامٍ﴾¹.

وهذا إخبار عن عدله ﷺ، وأن الله ﷻ يعفو عما أحدث الشخص قبل ورود النص وعلمه به، فلا يعاقب الشخص على ما فعله قبل علمه بتجريم الفعل، ولكن بعد ورد النص عليه وتبليغه أن الفعل محرم ومُعاقب عليه، هنا تقام عليه الأحكام الجزائية الشرعية المقررة.

لذلك فقد أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ عدم الرجعية بالقواعد التشريعية الجنائية. ومعنى هذه القاعدة: أن العقوبة لا تقام على الجرائم التي ارتكبت قبل سريان النص التشريعي الجنائي (في الماضي)، فكل من قام بفعل أو جريمة قبل ورود النص لا يعاقب على فعلته. إنما تقام على ما يُرتكب من جُنَايَاتٍ (في الحاضر والمستقبل). وهذا ما يسمى في الفقه الجنائي: (مبدأ عدم الرجعية)².

ولم يرد في السنة الشريفة-عموماً-أن النبي ﷺ عاقب على أي جريمة حدثت قبل نزول النصوص الشرعية، إلا في استثناءات على القاعدة بينها الشريعة الإسلامية. فتقوم هذه القاعدة على تحقيق الأمن عبر حماية المجتمع والحقوق المكتسبة فضلاً عن حماية الحريات الشخصية، فلا يؤخذ الإنسان على فعل لم يكن مجزماً وقت ارتكابه³.

¹ سورة المائدة: آية 95.

² عودة، التشريع الجنائي الإسلامي: (130/1).

³ العوا، محمد سليم، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 46 - أيلول، القاهرة، 1977م، ص55.

ولذلك فقد أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ العلم الحقيقي، لا الافتراضي بالقواعد الشرعية الجنائية ويتم تطبيق الشريعة الجنائية في إطار محدد من الضوابط، حيث تقرر ما يتناسب مع ظروف الزمان والمكان وظروف الجريمة والمجرم¹.

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية

لهذه القاعدة استثناءان، وذلك بسبب الخير والمصلحة التي استهدفها النظام الجنائي الإسلامي، وهما:

الاستثناء الأول: يجوز في الجرائم التي تهدد أمن المجتمع وتؤثر على استقراره، أن نستثني تطبيق هذه القاعدة، وأن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في فرض العقوبات وإقامة الحدود على الجرائم الكبيرة الخطيرة، مثل: جرائم الحراية، والقذف، والظهار، فقد طُبِّقَت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص².

وما يدل على أن المصلحة العامة اقتضت أن يكون للنص أثر رجعي: ما روي في حادثة الإفك عندما تنزل النص في عقوبة القذف بعد وقوع حادثة الإفك³، وأقام رسول الله ﷺ عليهم عقوبة القذف فكانت هذه الحادثة تطبيقاً لهذا الاستثناء، وللعمل به في الحوادث الكبيرة؛ لحفظ وحماية المجتمع من العبث بأمنه واستقراره⁴.

الاستثناء الثاني: وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصلح للجاني: إذا ارتكب الجاني جريمة وكان لها عقوبة معينة، وقبل صدور الحكم النهائي لتنفيذ العقوبة على هذا الشخص، جاء نص تشريعي أصلح للجاني أو بعقوبة أخف، هنا يجب تقديم النص الأصلح-الجديد-على النص السابق⁵.

¹ عودة، التشريع الجنائي الإسلامي: (131/1).

² العوا، محمد سليم، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، ص 60.

³ عودة، التشريع الجنائي الإسلامي: (131/1).

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب تعديل النساء بعضهن بعضاً، رقم الحديث: 2661 (173/3).

⁵ العمري، عيسى، فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، الناشر: دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 1998م، ط1، ص 50.

ومن الأمثلة على هذا الاستثناء: ما تم تطبيقه على جريمة القتل، حيث كانت تختلف الديات، فكانت دية الشريف أضعاف الوضيع، وكان بعض العرب يطلب ثأره بالدماء سنوات حتى يهلك الرجال وتغنى البلدان، فجاء الإسلام ومحا حكم الجاهلية وسوى بين الشريف والوضيع في الديات، وذلك في قوله تعالى ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُنِبْ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾¹، وبعد نزول هذه الآيات الكريمات انتهى حكم الجاهلية في الدماء وانتهت الفوضى، وطبق حكم الإسلام على كل ما سبقه في الدماء، وبهذا كان للنص أثر رجعي².

2. " لا بد من التناسب بين الجريمة والعقاب "

إن العقوبة في التشريع الجنائي الإسلامي ضرورة اجتماعية، و(الضرورة تقدر بقدرها)³ دون إفراط أو تفريط، قال الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾⁴.

فقد أمر الله ﷻ بالعدل والإنصاف، حتى لو كان النزاع مع قوم بيننا وبينهم بغضاء، ومفهوم العدالة في الآية الكريمة يقتضى أن يتناسب مقدار العقوبة وحجمها مع حجم الجرم، ولا تتأثر بأي أهواء أو عواطف. إذ إنَّ هذا التناسب يحقق الشعور بالعدالة لدى الأفراد والمجتمع؛ فيجب ألا تتصف العقوبة بالشدة المفرطة فقط، أو اللين المفرط فقط، الذي لا يحقق الردع، بل يكون هناك توازن بين الشدة واللين، ولضمان عدم الإسراف في العقوبة ولجعل العقوبة تحقق أهدافها⁵

¹ البقرة، آية 178.

² سرور، أحمد فتحي، القانون الجنائي والدستوري، الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، ط3، دار الشروق، 2004م، ص66

³ جلال الدين السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق، الأشباه والنظائر، دار الكتاب العلمية، 1403 1983م، ص175.

⁴ المائدة آية 8.

⁵ سرور، القانون الجنائي والدستوري نص 67.

أن يعاقب بما فعل قريبه ولو كان أب أو أخ مهما كانت درجة القرابة كل إنسان مسؤول عن فعله¹.

منها قوله ﷺ: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ، وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾²، فقد بين الله سبحانه وتعالى أن الشخص لا يكسب إلا عمله ولا يحاسب عنه أحد ولا يحاسب هو عن أحد، فلا يحمل وزر أبيه أو أخيه ويعاقب عنهما، ولا يحمل عنه وزره صديقُه أو قريبُه أو غيره فيعاقبون عنه.

وروي عن رسول الله ﷺ ما يؤكد هذا المبدأ، حيث يقول: (لَا يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِجَرِيرَةٍ أَبِيهِ وَلَا بِجَرِيرَةِ أَخِيهِ)³

إستثناءات هذه القاعدة:

ليس لهذا المبدأ إلا استثناء واحد وهو: أن العاقلة تتحمل الدية مع الجاني في القتل شبه العمد والخطأ⁴.

والعلة في هذا الحكم الإستثنائي هو حث الناس على مراعاة وظيفة الرقابة الاجتماعية، وتحمل المسؤولية تجاه من تربطهم بهم علاقات شرعية، ليكونوا درعاً واقياً لهم من الوقوع في الظلم والحرام، مع أنه استثناء لا يخرج عن أصل القاعدة، لوجود واجب عليهم، وهو الرعاية والرقابة والردع، فوجب أن يتحملوا جزءاً من المسؤولية الجنائية.

5. المسؤولية الجزائية مرهونة بتمام الأهلية

والشريعة الإسلامية قررت أن الإنسان عندما يعاقب على أفعاله يجب أن يتمتع بالأهلية وأن يكون مكلفاً عاقلاً لما يفعل، ويكون قاصداً الفعل غير جاهلٍ معذورٍ بجهله، وغير مخطئٍ في

¹ أبو زهرة، محمد، الجريمة والعقوبة: ص148 وما بعدها

² سورة فصلت: آية: 46

³ النسائي، سنن النسائي، تحريم الدم، الحديث رقم: 4128 (الالباني، سلسلة الاحاديث الصحيحة، رقم الحديث 1974:

الحكم على الحديث: مرسل صحيح الاسناد)

⁴ أبو زهرة، الجريمة والعقوبة: ص148 وما بعدها

القصد، أو مضطر، بحيث تسري عليه النصوص الشرعية من تجريم وعقاب، وهذا ما يسمى (بالمسؤولية الجزائية). وهذا ما يسمى في الفقه الجنائي بـ (أهلية العقاب) ن إلا أن الشريعة الإسلامية وضعت بعض العقوبات المادية على غير المكلف وما يسمى إصلاح وتهذيب الأحداث في حال ارتكاب جريمة فهي لم تغفل ولم تضيع حق أحد.

وتجد المسؤولية الجزائية دليلها في القرآن الكريم، مثل قول الله ﷻ : ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَيْزِرِ وَمَا أَهَلَ بِهِ لَعْنُ اللَّهِ فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرُ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹

وجه الاستدلال: أن هناك حالات لا نستطيع أن نعاقب عليها من ارتكب محرماً، لأن هناك مانعاً يمنعنا من إقامة العقوبة، مثل الاضطرار على الفعل المحرم في حالة الخوف من الهلاك، ففي هذه الحالة لا إثم عليه، وهذه من رحمة الشريعة ونظرها الواسع للأمور.

ومعنى المسؤولية الجزائية هي إمكانية الشخص لأن يتحمل تبعة العقاب على سلوكه المحرم المحظور، وهذا يتطلب أن يكون من تطبق عليه نصوص التشريع الجنائي عاقلاً، ولا يكفي لقيام المسؤولية الجزائية في النظام الجنائي الإسلامي إسناد الجريمة لشخص إلا إذا كانت صادرة عن إرادة مدركة ومختارة، وثبتت بالطرق الشرعية المعتمدة، وأن لا يمنع من ذلك أي استثناء، من سبب عادم للمسؤولية، أو سبب مانع لها، أو مسقط من مسقطات العقاب، فإذا توفرت كل هذه الشروط والضوابط، استحق الجاني كامل تبعات العقاب، وحق به الجزاء المشروع نتيجة لسوء أفعاله².

¹ البقرة: آية: 173.

² بهنسي، احمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مؤسسة الحلبي وشركائه للنشر والتوزيع - القاهرة، ط2، 1969م: (ص36-37).

المبحث الثامن

أركان الجريمة، وموقع الشرعية الجنائية الزمانية منها

قبل أن نتحدث عن الشرعية الجنائية لا بد لنا أن نتحدث عن أركان الجريمة حتى نستطيع تحديد نطاق الشرعية الجنائية في شتى الجرائم، وحتى نتعرف على الركن المرتبط بها.

والركن في اللغة هو: ركن الشيء ما يتم به، وهو داخل فيه، بخلاف شرطه وهو خارج عنه¹.

الركن في الاصطلاح هو: ما لا وجود لذلك الشيء إلا به، وهو الجزء الذاتي الذي تتركب الماهية منه ومن غيره بحيث يتوقف قيامها عليه².

المطلب الأول: أقسام أركان الجريمة³

وأركان الجريمة تنقسم الى قسمين:

1- أركان عامة: وهي التي تنبعث في جميع الجرائم بصفة عامة، ولا بد أن توجد في كل جريمة،

وهي ثلاثة أركان: شرعي، ومادي، وأدبي، وهذه هي التي تندرج تحت القسم الجنائي العام.

2- أركان خاصة: وهي التي تتعلق بكل جريمة على خصوصيتها، وتبحث في كل منها على

حده، وهذه التي يتم تناولها تحت القسم الجنائي الخاص. ومن أمثلتها: الوطء في جريمة الزنا، والأخذ خفية في جريمة السرقة.

وما يهمنا في هذا الموضوع هو الأركان العامة؛ لأن البحث في الشرعية الجنائية يدخل

تحت القسم الجنائي العام، الذي يبحث في أركان الجريمة عموماً.

المطلب الثاني: أركان الجريمة العامة

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص158.

² السرخسي، ابو بكر محمد بن احمد بن سهل، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ج2، ص174.

³ عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، (1/ 110 - 111).

من المعلوم في النظام الجنائي الاسلامي -وهو ما أخذت به القوانين الوضعية- أن للجريمة ثلاثة أركان رئيسة: (وهي الركن الشرعي والمادي والأدبي)، وتفصيلها على النحو الآتي:

الركن الشرعي للجريمة

تكلّمْتُ فيما سلف أن الأفعال لا يمكن اعتبارها جرائم إلا إذا كانت بطبيعتها مخالفة للنظام الجنائي الإسلامي، وطلب الشرع إتيانها أو الانتهاء عنها بنصوصٍ معتبرة.

والشريعة الإسلامية توجب لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نصٌّ يحرم هذا الفعل ويعاقب على إتيانه¹.

والركن الشرعي في جوهره هو: الصفة غير المشروعة المخالفة لخطاب التكليف، فهو تكييف الفعل في تقدير الشارع بالنظر الى أوامره أو نواهيه².

والركن الشرعي باعتباره تكييفاً للفعل فهو يتجرد من الكيان المادي، ويختلف بذلك من حيث طبيعته عن الركن المادي للجريمة، ويتمثل الركن الشرعي في علاقة منطقية بين خطاب التكليف الشرعي -الخاص أو العام- وبين الفعل، وليس من عناصره بحسب الأصل علم أو إرادة الجاني. وبناء على ذلك كانت له طبيعة موضوعية وذلك على خلاف الركن المعنوي للجريمة الذي يتميز بطبيعة شخصية³.

وعلى هذا الكلام فإنه لا بد لاعتبار الفعل جريمة باعتبار الركن الشرعي أن يكون هناك مخالفة لنص أو لقاعدة الأمر أو النهي، بالإضافة إلى عدم خضوع الفعل (لقاعدة إباحة)⁴.

¹ عودة، التشريع الجنائي الاسلامي، و: فوزي، شريف فوزي محمد، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، مكتبة الخدمات الجديدة جدة، ص 90.

² المرجع السابق.

³ حسني، محمود، الفقه الجنائي الاسلامي الجريمة، دار النهضة العربية، عبد الخالق ثروت - القاهرة، ط1، 1427 هـ - 2007م، ص: 59.

⁴ حسني، محمود، الفقه الجنائي الاسلامي الجريمة، ص: 60.

وجود النص المحرّم للفعل المعاقب عليه لا يكفي بذاته للعقاب على كل فعل وقع في أي وقت وزمان وفي أي مكان ومن أي شخص، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذي حرّمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل، وأن يكون سارياً على المكان الذي اقترف فيه الفعل، وعلى الشخص الذي اقترفه، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنعت المساءلة على الفعل المحرم¹.

وعلى هذا فإن الكلام في الركن الشرعي يبحث في النصوص المقررة للجرائم والعقوبات - الأحكام الجنائية الشرعية- وسريان هذه النصوص على الزمان والمكان والأشخاص.

ومما سبق يظهر لنا أن الركن الشرعي يتمثل في القاعدة الفقهية التي تقرر بأن (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)²، حيث إنه لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وهذه القاعدة المستحدثة من الفقهاء والقانونيين المحدثين على السواء منبثقة من قول الأصوليين المتقدمين: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، أو قولهم: الأفعال قبل ورود الشرع على الإباحة³.

ومن لوازم هذه القاعدة تقرير أن (لا رجعية في التشريع الجنائي الإسلامي)؛ أي أنه لا يعاقب المجرم على جريمته بعقوبة نزل حكمها بعد زمان الجريمة أو نُصَّ عليها مؤخراً.

ويستثنى من هذه القاعدة الاستثناءات التي ذكرتهم.

الركن المادي للجريمة

الجرم في اللغة: الجُرم مصدر للجريمة، أي قطع وكسب والجرم بالضم وهو الجناية والذنب والتعدي⁴. وقيل الجُرم لا يطلق إلا على الذنب الغليظ⁵. والجارم هو الجاني الذي يجرم نفسه وقومه

¹ عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/ 112).

² العيني، الموسوعة الجنائية الإسلامية، ص20

³ السيوطي، الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403، ج1، ص60.

⁴ ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج2، ط2، مكتبة الخانجي، مصر 1402هـ، ص210.

⁵ الكوفي، أبو البقاء، الكليات في الفروق الأربعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ، 1998م. ص41.

شراً، والمُجرم هو المذنب والمتعدي. وعليه يكون معنى الجريمة الذنب والجناية والتعدي وكسب الشر واقتطاعه، والأصل فيها قطع الثمر عن الشجر ثم استعيرت لاكتساب مكروهه¹.

الجريمة في الاصطلاح الشرعي: هي محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير².

الجريمة في الاصطلاح القانوني: تتفق القوانين الوضعية الحديثة تمام الاتفاق مع الشريعة في تعريف الجريمة، فهذه القوانين تعرف الجريمة بأنها: إما عمل يحرمه القانون، أو الامتناع عن عمل يقضي به القانون، ولا يعتبر الفعل أو الترك جريمة في نظر القوانين الوضعية إلا إذا كان معاقباً عليه من قبل التشريع الجنائي³. أما التعريف المتعارف عليه قانونياً فهو: كل سلوك إنساني غير مشروع، إيجاباً كان أم سلباً، عمدياً كان أم غير عمدي، يُرتب له القانون جزاءً جنائياً، وهذا ما يعرف بالركن المادي⁴.

عناصر الركن المادي: والمظهر المادي الخارجي للجريمة يتمثل في ثلاثة عناصر مهمة، وهذه العناصر هي:

(1) نشاط الجاني، أو السلوك الإجرامي الذي يقوم به الفاعل -وقوع الفعل المحظور.

(2) حدوث النتيجة الجرمية المترتبة على هذا السلوك، والتي يصيبها الجاني.

(3) علاقة السببية بين الفعل المحظور والسلوك الإجرامي والنتيجة⁵.

هذه هي عناصر الركن المادي للجريمة، فإذا انتفى أحد هذه العناصر كانت الجريمة ناقصة، وإن توافرت جميعها كانت الجريمة تامة، وعلى الوجه الأكمل، في حالة توفر أركانها الثلاثة المادي والمعنوي والشرعي.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 2 ص 102.

² الماوردي، أبو الحسن علي، الأحكام السلطانية، ط 3، 1973م، ص 219.

³ علي بيك بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج 1 مطبعة نور علي، 1938م، ص 3.

⁴ عبد الفتاح خضر، الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة والفقہ الإسلامي، إدارة البحوث، السعودية، 1405هـ - 1985م، ص 12.

⁵ السعيد، كامل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة الاردن، ط 1، 2002م، ص 234.

على أن المعيار في توفير رابطة سببية بين الخطأ والنتيجة المترتبة عليه يقوم على عدم تصور وقوع النتيجة باستبعاد الخطأ المرتكب. ولغايات المسؤولية الجنائية لا فرق بين أن تكون رابطة السببية مباشرة أو غير مباشرة عندما تكون العواقب متوقعة عادة من مثل هذا الخطأ. و توافر المسؤولية الجنائية يستند إلى الفعل وعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة¹.

صور وأشكال الركن المادي: والجريمة بحسب هذا الركن تنقسم إلى قسمين: تامة وناقصة. فالتامة: التي توفر فيها جميع الأركان - الشرعي والمادي والمعنوي-، والناقصة: ما اختل فيها ركن من أركانها، أو يكون هناك قاطع يقطع بين الفعل والنتيجة؛ كأن يقبض على الجاني أثناء الفعل. والمجرم تعزيره حالتان: منفرد بالجريمة، ومشارك فيها كأن يكون مرتكب الجريمة جماعة من الأشخاص ويتقاسمون الأدوار في الجريمة².

والحديث عن الركن المادي يتلخص في الحديث عن الشروع والاشتراك³؛ لأن التمام في الجريمة والانفراد فيها هو موضع اتفاق عند فقهاء الشريعة.

أما الشروع في الجريمة: فلم يعنون له فقهاء الشريعة المتقدمون باباً مستقلاً وإنما كان ثابت المضمون في الشريعة وذلك لسببين:

أ- نظراً لاهتمامهم في الحدود والقصاص والديات؛ لأنها أعظم الجرائم.

ب- لأن قواعد التعازير كافية لتغطية أحكام الشروع، والشروع يدرس مراحل الجريمة من مرحل التفكير إلى التحضير إلى التنفيذ⁴.

¹ الحلبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 144. العيني، الموسوعة الجنائية الإسلامية، ص 23.

² عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، (1/ 342). النبهان، محمد فاروق، مباحث في التشريع الجنائي الاسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، ط 1، 1977م، ص 40.

³ الاشتراك: هو أن يجتمع أكثر من شخص في الجريمة سواء بشكل مباشر، أو بتقسيم الأدوار في إيجاد السلوك الإجرامي. والشروع هو الجريمة غير التامة الأركان، ولا يكون الركن المادي كاملاً فيه. محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ص 350.

⁴ عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، (1/ 343-349). احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، ص 440.

ووضعت الشريعة الإسلامية -ووافقتها القوانين الوضعية في أغلب الأحيان -أحكام كل مرحلة من مراحل الجريمة ومن حيث المعالجة والردع والعقاب¹.

ويعرف الاشتراك في الجريمة بأنه²: تعدد مجرميه الجريمة لسهم كل واحد منهم في تنفيذ الجريمة، أو أن يتعاون مع غيره في تنفيذ الجريمة، سواء كان بالمباشرة أو بالتسبب (المساهمة الجنائية)³-. وصور المعاونة والمساهمة والاشتراك في الجريمة هي:

[أ] أن يساهم في (تنفيذ) الركن المادي للجريمة وحده لا مع غيره، وهذا هو الاشتراك المباشر.

[ب] أن يتفق مع غيره في هذا التنفيذ، أو أن يحرض غيره عليه، أو أن يعينه على ارتكاب الجريمة بشتى الوسائل، لكنه لا يشارك في التنفيذ⁴.

على أنه تجدر الملاحظة أن هذا المعيار يُؤخذ به ويُعتمد في حالة (التوافق): أي أنه لا يوجد ترتيب أو تخطيط مسبق للجريمة، أما في حالة (الاتفاق) وهو (التماثل)، لا يُنظر الى هذه النقطة، حيث إن الراجح أن الجميع يعاقبون في الجريمة الجماعية بنفس العقاب⁵.

وكل من الشروع والاشتراك له أحكام خاصة وعقوبات محددة لا يسع الحديث عنها هنا.

الركن الأدبي للجريمة

هو (الركن المعنوي) المتمثل في (القصد الجنائي)، والقصد الجنائي هو: " ارتكاب الجريمة مع العلم بأنها ذنب ومنكر. وهو جوهر الجريمة وأهم وأخطر أركانها، إذ يحدد مسؤولية الجاني الجنائية والجزائية"¹.

¹ جاء في المادة 68 من قانون العقوبات الأردني أن تعريف الشروع هو: البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها، ولا يعد شروعا في الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها والأعمال التحضيرية لذلك. انظر في ذلك: قانون العقوبات لسنة 1960م، <http://cutt.us/0fJb4>.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص24.

³ الفاضل، محمد، قانون العقوبات، دمشق، ط3، 1975م، ص: 319. وانظر: الحلبي، شرح قانون العقوبات، ص: 148.

⁴ هلاي، احمد عبد الله، أصول التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص 254.

⁵ الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج4، ص245.

القصد الجنائي لغة

إذا أردنا تعريف القصد الجنائي لغة لا بد من شقيها:

كلمة **قصد**: يقال نصب فلان لفلان نصباً أي قصد له وعاداه وتجرد له، ويقال قصده أي تعمده عمداً².

أما **جناية** بمعنى أن جنى الرجل جناية، وتجنى علي ذنبا أي نسب إليه ولعله بريء، وجمع الجاني أجناء، وهذا يعني أن الجناية اقتراف الذنب والجريمة.

وعليه يكون **القصد الجنائي** هو: ارتكاب الجريمة مع العلم بأنها ذنب ومنكر³.

القصد الجنائي اصطلاحاً

يعتبر القصد الجنائي من أهم وأخطر صور القصد المعنوي، إذ تتصرف إرادة الجاني إلى الفعل الذي يأتيه، وإلى النتيجة المقصودة بالعقاب⁴.

ولا يكفي لارتكاب الجريمة-شريعاً وقانوناً- ارتكاب الركن المادي فقط؛ بل لابد من توافر رابطة نفسية بين الفاعل وماديات الجريمة، وهي ما يطلق عليها الركن المعنوي. وهذا الركن الذي يتحقق بموقف الإرادة من الفعل المادي، ويتخذ أحد صورتين: (1) القصد الجنائي (2) الخطأ غير المقصود. والأصل في الجرائم أن تكون قصدية، والاستثناء أن تكون خطأ غير مقصود⁵.

ولكي نفهم القصد الجنائي جيداً، سنأخذ مثلاً ونموذجاً، وهو **مفهوم القتل العمد** عند الفقهاء، كالتالي:

¹ محمود محمود مصطفى، (1) شرح قانون العقوبات القسم العام، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص447.

² ابن منظور، لسان العرب ج1، ص878.

³ صاحب بن عباد، أبو القاسم إسماعيل، المحيط في اللغة، ج3 ص138.

⁴ محمود محمود مصطفى، (1) شرح قانون العقوبات القسم العام، ص447. أبو زهرة، الجريمة، ص427.

⁵ عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص410 سمير عالية، قانون العقوبات القسم العام، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1992، ص234-235.

أولاً: تعريف الحنفية: القتل العمد هو: (أن يقصد ضربه بما يفرق الأجزاء من سلاح أو محدد من حجر أو خشب أو ليطة أو حرقه بنار)، واشترط الحنفية في الآلة ما ذكر لأن القتل العمد هو القصد وهو من أعمال القلب، لا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال أحد ما ذكر من الآلات، فأقيم الدليل مكان المدلول¹.

ثانياً: عند المالكية: هو: (أن يقصد الجاني قتل المجني عليه بمحدد، أو مثقل، أو قضيب مما يقتل غالباً، وإن لم يقصد القتل)².

ثالثاً: عند الشافعية: هو: (قصد الإصابة بما يقتل غالباً، فيقتله)³

رابعاً: عند الحنابلة: هو: (أن يقصده بمحدد، أو ما يقتل غالباً، فيقتله)⁴.

مشروعية القصد الجنائي

وقد أُشير إلى القصد الجنائي في الحديث الشريف، عن عمر رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)⁵. وبذلك ترى الشريعة الإسلامية أن الركن المعنوي المتمثل في قصد الجاني وإرادته إلى فعلٍ محرمٍ شرعاً مقترنٍ بفعلٍ، مع وجود ارتباطٍ سببي وصلةٍ قائمةٍ بينهما⁶.

العصيان والإرادة والقصد

¹ شَيْخِي زَاد، عبد الرحمن بن سليمان، **مجمع الانهر** (في شرح ملتقى الأبحر)، ج2 مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت. ص614-615.

² ابن عرفة الدسوقي، محمد بن أحمد، **حاشية الدسوقي** (على شرح الكبير)، ج4، دار إحياء الكتب العربي، ص242،

³ الشيرازي، محمد الحسيني، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ج2، مطبعة الحلبي، القاهرة، ص172.

⁴ ابن قدامة المقدسي، أبو محمد عبدالله، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ص3.

⁵ البخاري، محمد بن أبو عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم، **صحيح البخاري**، ترتيب وترقيم الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي، تقديم العلامة أحمد محمد شاكر، ط1، مكتبة ألفا للتحقيق والتأليف، الجيزة، مصر، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله، حديث رقم 1، 2008، ص8.

⁶ اليامي، هادي علي، **مقال في صحيفة الوطن السعودية**، الثلاثاء 16 جمادى الأخيرة 1430، 9 يونيو 2009، العدد. هـ 16/6/1430، www.alwatan.com.sa/news/newstext/newsdetail.asp، التاسعة السنة، 317.

ولا شك أن التعبير بالعصيان عن إتيان الفعل المادي-ويقصد بالعصيان تعمد نتيجة الفعل- هو تعبير أكثر دقة ودلالة على هذين المعنيين من التعبير عنهما بالإرادة والقصد؛ لأنه ليس ثمة فرق بين الإرادة والقصد من الوجهة اللغوية، وهما لفظان مترادفان يصلح كلاهما للدلالة على تعمد الفعل وتعمد نتيجته، وهذه الصلاحية اللغوية تؤدي إلى الخلط بين المعاني العلمية كما تؤدي إلى العجز عن تمييزها أحياناً¹.

سبق الإصرار والترصد²

وقصد العصيان أو القصد الجنائي قد يوجد لدى الجاني قبل اقتراف الجريمة، كأن ينوي قتل إنسان ثم ينفذ القتل بعد ذلك بزمانٍ ما، وقد يعاصر القصد الجريمة كما هو الحال في جرائم المشاجرات أو في الجرائم التي تحدث بغتةً بغير تدبير سابق.

ويستوي في الشريعة أن يكون القصد سابقاً للجريمة أو معاصراً لها، فالعقوبة في الحالين واحدة؛ لأن أساس تقدير العقوبة هو القصد المقارن للفعل وقد توفر، ولا يصح تشديد العقاب مقابل القصد السابق على الفعل؛ لأن معنى ذلك هو العقاب على القصد وحده مستقلاً عن الفعل، والقاعدة في الشريعة أن: "لا عقاب على حديث النفس وقصد الجريمة قبل ارتكابها"³؛ لقوله ﷺ: "إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تكلم"⁴، وعلى أساس هذه القاعدة لا تفرق الشريعة في القتل والجرح بين العمد مع سبق الإصرار والترصد وبين العمد الخالي من سبق الإصرار والترصد، بل تجعل العقوبة واحدة في الحالين، فعقوبة القتل العمد هي القصاص، سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقه، وعقوبات الشجاج والجراح في حالة العمد مع سبق الإصرار والترصد هي نفس عقوباتها في حالة التعمد الخالي من سبق الإصرار والترصد⁵.

¹ النبهان، مباحث في التشريع الجنائي، ص 54.

² عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص410.

³ السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403، ج1، ص134.

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب العتق، باب الخطأ والنسيان في العتاق والطلاق ونحوه، رقم الحديث 2528.

⁵ عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي ج1، ص450-451. ابن همام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، تكملة فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ج8، ص270.

جوهـر الركن الأدبي

وجوهـر هذا الركن أن يكون الجاني مكلفاً مسؤولاً عن أفعاله، والمتمثل في (المسؤولية الجنائية)، وهي: " التَّبَعَةُ التي تحمِلُها الشريعةُ الإسلامية للإنسان البالغ العاقل، وهي كل الآثار التي تنتج عن أفعاله المحظورة الصادرة منه عن علمٍ وإدراكٍ وقصدٍ واختيارٍ لماهيتها والنتائج المترتبة عليها".

أُسـس المسؤولية الجنائية

ومما سبق فإن أُسس القصد الجنائي-أو المسؤولية الجنائية- ثلاثة: (1) فعل محظور شرعاً. (2) إدراك الفاعل. (3) اختيار الفاعل¹.

محل المسؤولية الجنائية

هو الإنسان الحي البالغ العاقل المختار، وعلى هذا فإن محور الركن الأدبي هو قصد الجناية الذي يؤدي إلى المسؤولية الجنائية الواقعة على الجاني بسبب فعله الجنائي².

الركن المعنوي في القانون الوضعي

يقسم الركن المعنوي إلى القصد الجنائي والخطأ، حيث إن ماهية الركن المعنوي هو أنه: يفترض وجود علاقة نفسية بين مرتكب الفعل غير المشروع عمله ونتيجته الضارة، ناتجة عن نيته الأثمة المبيّنة وإرادته واختياره الحر في اقتراف الجريمة. فهو يعلم أن العمل الذي يقوم به غير مشروع وأن إرادته اتجهت إلى تنفيذه، ويعلم أن القانون يجرم هذا العمل ويعاقب عليه، فأرادته آثمة وتكتسب الصفة الجرمية من عمله غير المشروع والنتيجة الجرمية الحاصلة منه، ويطلق على الإرادة الأثمة في معظم القوانين العربية تسمية (القصد الجنائي)³.

¹ عالية، سمير، أصول قانون العقوبات (القسم العام)، ط1، المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ن 1994م، ص271.

² محمد شلال العاني، فقه العقوبات، ص35-36.

³ الحلبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص: 185-186.

إذن لابد من توافر رابطة نفسية بين الفاعل وماديات الجريمة، وهي ما يطلق عليها (الركن المعنوي)، أو (القصد الجنائي). وهذا الركن الذي يتحقق بموقف الإرادة من الفعل المادي، ويتخذ أحد صورتين: [1] العمد أو القصد الجنائي [2] الخطأ غير المقصود. والأصل في الجرائم أن تكون قصدية، والاستثناء أن تكون خطأً غير مقصود¹.

المطلب الثالث: موقع الشرعية الجنائية الزمانية من أركان الجريمة

عند النظر في أركان الجريمة وما تحتويه من عناصر ومتعلقات مرتبطة بها، تبين لي أن الشرعية الجنائية الزمانية تندرج تحت الركن الشرعي للجريمة.

والركن الشرعي للجريمة ينقسم -كما أسلفنا- إلى قسمين اثنين:

أولاً: الشرعية الجنائية: بما تحتويه من النصوص الشرعية والقانونية التي تجرم الفعل وتقبحه وفقاً لتعاليم الاسلام وأحكامه، وبما يوافق الفطرة القويمة والعقول السليمة. وبناءً على ذلك يتم تقنين المواد الشرعية في النظام الجنائي تجريماً وعقاباً بنصوص دقيقة في الحدود والجنايات، وأما في التعازير والإجراءات: فإن الشرع حدد قواعد ومبادئ التجريم والعقاب، وترك لأهل الاختصاص سلطة الاجتهاد في التصنيف التجريمي والعقابي ضمن ضوابط وقواعد النظام الجنائي الإسلامي الأغر.

ثانياً: السلطة الجنائية: وهي تشمل سلطة هذه النصوص والقواعد -التي تمثل الشرعية الجنائية - على الزمان والمكان والأشخاص، وما تحتويه من المسؤولية الجنائية للأشخاص، في زمانٍ ومكانٍ خاصين.

وكل ذلك محكوم بالقاعدة الفقهية (الزمانية): (لا رجعية في التشريع الجنائي)²

وعلى هذا فإن الشرعية الجنائية الزمانية مندرجة تحت الشقين كليهما: الشرعية الجنائية من حيث النصوص التي تحكم على الأفعال، ومن حيث السلطة الجنائية، وبالأخص سلطة هذه النصوص على الزمان، وهو ما سأقوم ببيانه وتجليه أحكامه في المباحث القادمة بمشيئة الله ﷻ .

¹ سمير عالية، قانون العقوبات القسم العام، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1992، ص 234-235.

² حسني، الفقه الجنائي الاسلامي (الجريمة)، ص: 176. السيد الشافعي، يونس عبد القوي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 62.

المطلب الرابع: مبدأ الشرعية الجنائية، وأهميته القضائية

قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) مبدأ ثابت في النظام الجنائي الإسلامي، كما أن القاعدة الثابتة في نظام الإجراءات الجنائية أنه (لا إجراء إلا بنص). ولا شك أن الشريعة الإسلامية قد أقرت هذه القاعدة في مجال الجرائم وجعلتها مبدأً لجرائم الحدود والقصاص والدية، وقد ورد في شأنها نصوص قطعية الدلالة واضحة في مدلولها في تسمية الجرائم التي نصت عليها، وبيان الفعل أو الأفعال التي تقوم بها كل منها. وهي دقيقة في تحديد العقوبة التي تقرها لكل منها.

فهذه القاعدة تحمي الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية العادلة، ولكي تجعله في مأمن من ردعية التشريعات الاجتهادية، وبعيداً عن خطر القياس في التجريم والعقاب¹.

وإن الشريعة الإسلامية حينما خوّلت القاضي سلطة التجريم والعقاب في مجال التعزير لم تطلق له العنان بهذه السلطة، وإنما أحاطتها بقيود وأفرغتها في ضوابط محددة، وإنه لا يجوز اعتبار الفعل جريمة إلا إذا كان معصيةً وكان صالحاً للإثبات القضائي، وإنّ هناك شروطاً يجب توافرها في الجرائم والعقوبات التعزيرية².

وقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص) وهي (الصورة النصية التوقيفية) ليست الصيغة الوحيدة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فمن الجائز أن يتخذ هذا المبدأ صورةً اجتهادية. فإذا وُضعت لهذه السلطة القضائية في التجريم والعقاب القيود والشروط المستمدة من تعاليم الدين، ومقاصده العامة في الحياة، بما يحقق الصالح العام والخاص، وكُفّلت الرقابة القضائية عليه، مع قيام نظام قضائي مختص وكفؤ وعادل ومخلص³، يستهدف حسن تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص181. الفراء، محمد بن حسين، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص67.

² أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، ج1، ص330.

³ مزي، زيدان محمد زيدان، مبدأ الشرعية الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص101. العوا، محمد سليم، اصول النظام الجنائي، دار المعارف، ط3، 1983م، ص59.

وتحقيق مصلحة المجتمع الإسلامي ؛ فإن ذلك يعتبر صياغة مقبولة لمبدأ الشرعية، إذ يكفل استبعاد التحكم الذي قد يشوب العمل القضائي¹.

¹ محمود نجيب، الفقه الجنائي الإسلامي، ص 66-67.

الفصل الثاني

علاقة الشرعية الجنائية الزمانية (بالنص التشريعي الموضوعي)

المبحث الأول: أقسام النصوص ونطاقها

المبحث الثاني: مبدأ عدم الرجعية الجنائية

المبحث الثالث: الرجعية في الجرائم الخطيرة

المبحث الرابع: الرجعية في التشريعات الجنائية والجزائية الأصلح للمتهم

المبحث الخامس: الرجعية والأثر الفوري والمباشر

المبحث الأول

أقسام النصوص ونطاقها

تصدر النصوص المشتمة على القواعد الجنائية من السلطة المختصة، لتكون نافذةً بحسب الأصل من تاريخ وقوعها أو نشرها بالجريدة الرسمية، ويكون لهذه النصوص سلطانها في فترة زمنية معينة، ونطاق مكاني معين، وكما تخاطب بأحكامها أشخاصاً معينين¹.

النظام الجنائي هو أحد أنظمة الدين الإسلامي الحنيف، الذي يقوم أساساً على فكرة الشمولية والإنسانية، فلا تحدّه حدود الزمان والمكان، ولا قداسةً فيه للأشخاص، ناهيك عن أن تكون لهم فيه سلطةٌ وحاكمية. فهو صالحٌ لكل إنسان وزمان ومكان، والأرض كلها لله ﷻ، والناس كلهم عبادٌ لله ﷻ. لكن ونظراً للواقع البشري، والتنظيم القضائي، وحماية الحق الإنساني من الضياع؛ لا يعتبر ارتكاب الفعل أو الامتناع محظوراً ومعاقباً عليه إلا وفقاً لنصوص شرعية تنص على التجريم والعقاب، وفي نطاقٍ زمنيٍّ ومكانيٍّ وشخصيٍّ يحدد سلطته ومدى سريانه، أما إذا خرج على إحداها بأن ارتكب في زمن لا يسري فيه النص، أو في مكان لا يسري فيه، أو كان مرتكبه لا يخضع لحكمه، فالفعل لا يوصف بكونه غير مشروع وفقاً لتلك الضوابط². ولتوضيح ذلك سوف أعرض وأفصل هذه المجالات في المطالب الآتية:

المطلب الأول: سلطان النظام الجنائي على المكان

النظرة الشرعية لسلطان النظام الجنائي على المكان

يعد التشريع الجنائي الإسلامي موجهاً للناس جميعاً بحكم كونه جزءاً من الشريعة الإسلامية العالمية التي لا ترتبط أحكامها وسلطة تطبيقها بإقليم معين أو دولة معينة.

فيخاطب بها المسلم وغير المسلم المقيم في البلاد الإسلامية والمقيم في البلاد غير الإسلامية، إلا أن الواقع في تطبيق هذا التشريع شأنه شأن سائر أحكام الفقه الإسلامي مرتبط

¹ خضر، النظام الجنائي الإسلامي، ج1، ص94.

² الكرمي، مرعي بن يوسف، غاية المنتهى في جمع الإقناع و المنتهى، ط 1، دمشق، ص333-335.

بالإقليم الذي يدخل في نطاق سيطرة المسلمين دون غيره. فالتشريع الجنائي الإسلامي تشريع عالمي من الناحية النظرية، لكنه من الناحية التطبيقية -كظرف اضطراري- تشريع إقليمي. ويعني ذلك أن تطبيقه مرتبط بحدود الإقليم الخاضع لسيادة الدولة الإسلامية. وتقتضي دراسة تطبيق مبدأ إقليمية التشريع الجنائي تحديد إقليم الدولة الإسلامية، ثم بيان القواعد التي تحدد مكان ارتكاب الجريمة، ثم بيان آراء الفقهاء في تطبيق أحكامه الجنائية على المقيمين داخل إقليم الدولة¹.

إن الشريعة الإسلامية هي دعوة عالمية لكل بقاع الأرض، وهذا ما تشير إليه آيات كثيرة في القرآن الكريم، حيث يقول الله ﷻ: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾².

ومن خصائص رسالة سيد الخلق أجمعين رسول الله ﷺ: أنها بُعثت إلى الناس كافة، وأنها عامة في الزمان والمكان والبشر والحضارات، بعيداً عن الإقليميات أو القوميات أو العرقيات العنصرية.

وهذا المبدأ الذي جاء به رسول الله ﷺ، فهمه أصحابه وأتباعه ﷺ وساروا على نهجه، وعاشوه واقعاً تطبيقياً واقعياً، واستمر إلى زمن انهيار الخلافة الإسلامية-بسبب الخيانة-، وظهور الدويلات الشكلىة، والتي تأمرت باستيراد القوانين الوضعية المستحدثة من الغرب كفكرة لاستثناء الإسلام من الحكم، واقتصرت أحكام الإسلام على جوانب محددة من الحياة والمكان والسلطان.

وهذا ما أثر سلباً على النظام الجنائي بشكل رئيسي؛ لأن الدول القُطرية-الإقليمية-وقوانينها المستحدثة جاءت بفكرة رفض تطبيق عقوبات الحدود والقصاص والجنايات الخطيرة، والتي حددت لها الشريعة أحكاماً تفصيلية كاملة، فأصبح النظام الجنائي مهمشاً في ظل النظام الإقليمي، وبالتالي حوصرت وحُددت عالميته؛ بل يمكن القول إنها أُلغيت من الناحية العملية.

آراء العلماء في سريان النصوص الجنائية على المكان

¹ فوزي، شريف فوزي محمد، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، دار العلم للطباعة، جدة. ص38. عودة، التشريع الجنائي، ص275.

² سورة سبأ: 28

الجانب الأول: (داخل حدود الدولة الإسلامية)

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ومعهم أبو يوسف من الحنفية: إلى أن الأحكام الجنائية تطبق على كل جريمة تُرتكب داخل إقليم الدولة الإسلامية، سواء كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً أو مستأثماً، وسواء كانت تمس حقاً لله ﷻ أو حقاً للفرد.

ودليلهم على ذلك: أن المسلم يلتزم بمقتضى (إسلامه) بأحكام الشريعة الإسلامية، بينما يلتزم الذمي بأحكامها بمقتضى عقد الذمة (الأمان الدائم) الذي يضمن له الأمان، ويلتزم المستأمن بها بمقتضى عقد (الأمان المؤقت)¹.

الرأي الثاني: وذهب أبو حنيفة: إلى التفرقة بين المسلمين والذميين من جهة وبين المستأمنين من جهة أخرى، فيرى تطبيق النظام الجنائي على المسلمين والذميين على كل ما ارتكبه من جرائم داخل إقليم الدولة الإسلامية، أما المستأمنون فيرى تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية على ما يرتكبه من جرائم تمس حقوق الأفراد. أما إذا كانت تمس حقاً لله ﷻ فلا تطبق عليهم.

ودليلهم: أن المستأمن دخل دار الإسلام لا على سبيل الإقامة والتوطن بل على سبيل الإعارة - لأهدافٍ أو أغراضٍ معينة - ليعاملنا ونعامله ثم يعود، فلم يكن دخوله دار الإسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى².

الجانب الثاني: (خارج إقليم دار الإسلام)

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى تطبيق أحكام النظام الجنائي الإسلامي على كل جريمة يرتكبها مسلماً أو ذمياً في دار الحرب، واشتراطوا أن يكون الفعل محرماً - طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية -، وأن يعلم القضاء بذلك بعد رجوعه. فإذا لم يرجع يُلاحق دولياً.

¹ ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المغني، ط1، ج10، دار الفكر، بيروت، 1405هـ، ص439. الزحيلي، وهبة بن مصطفى، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ط2، المكتبة الحديثة، 1965م، ص66. الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج، ج4، دار الفكر، بيروت، ص253.

² ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، ط1، ج5، شركة ومكتبة مصطفى البابي وأولاده، مصر، 1970م، ص270.

ودليلهم أن التزام المسلم والذمي بأحكام الإسلام التزام أبدي، فالمسلم لا يفارقه هذا الالتزام أينما كان وذهب، والذمي التزم -بعقد الذمة- أحكام الإسلام فلا يفارقه هذا الالتزام كذلك، إلا إذا نقض العهد، فالذمي إذا ما ارتكب جريمة في دار الحرب بعد أن ترك دار الإسلام يقصد عدم العودة، فإنه لا يعاقب على هذه الجريمة لأن صفته كذمي زالت بتركه دار الإسلام، فأصبح حربياً، سواء عاد أم لم يعد¹.

الرأي الثاني: ذهب الحنفية إلى أن سلطان التشريع الإسلامي لا يمتد إلى خارج دار الإسلام، فالمسلم أو الذمي إذا ارتكب جريمة في دار الحرب فإنه لا يعاقب عليها طبقاً لأحكام الإسلام.

ودليلهم على ذلك هو انعدام ولاية الدولة الإسلامية على مكان ارتكاب الجريمة إذا كانت خارج دار الإسلام، فالعبرة عندهم ليست بالالتزام المسلم أو الذمي بأحكام الإسلام، وإنما بقدرة الإمام على إقامة الحد أو العقوبة عليه وقت ارتكابها، وذلك لا يتحقق إلا إذا ارتكبت الجريمة داخل إقليم الدولة الإسلامية².

نظرة القانون الوضعي لسلطان النظام الجنائي على المكان

الناظر في القانون الوضعي يجد أنه يقرُ بالإقليمية القانونية أصالةً من الناحية النظرية، حيث يقوم بتقنين القوانين والمواد التي تبين إقليمية هذا القانون على الدولة فقط، ومن الناحية العملية، إذ إن أحكام هذا القانون ومواده لا تتعدى حدود الدولة ولا تطبق على غيرها من الدول المجاورة.

وحق الدولة في العقاب هو مظهر من مظاهر سيادتها على كافة الأماكن الواقعة في إقليمها، ويمتد حق الدولة في العقاب ما امتدت حدود هذه السيادة، فيخضع للدولة كل ما يقع في

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص288. وانظر: ابن قدامة، المغني، ج10، ص440 وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص253. الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص68.

² ابن همام، شرح فتح القدير، ص152-153.

إقليمها من الجرائم أيًا كان فاعلها، مواطناً أو أجنبياً، ولا يتعدى أثر قانون العقوبات إلى خارج حدود الدولة¹.

وفي القانون الأردني -المعمول به في فلسطين- فإن لإقليمية قانون العقوبات عدة مظاهر² وهي:

1. أن قانون العقوبات لا يسري إلا على ما يقع في إقليم الدولة من جرائم، فلا يتعدى حكمه إلى ما يقع في الخارج.

2. لا يسمح بتطبيق قانون عقوبات أجنبي داخل إقليم الدولة، وأن القاضي مقيد بتطبيق قوانين وتشريعات بلاده الجزائية.

3. محاكم الدولة هي المختصة بمحاكمة كل من يقترب جرمًا على إقليم الدولة أيًا كان.

4. أن الأحكام الجنائية الأجنبية ليس لها أية قوة داخل إقليم الدولة، وليس لها قوة الأمر المقضي به أو حجية الحكم البات.

وأما إقليم الدولة فهو يشمل رقعة الأرض التي تقوم عليها بحدودها الجغرافية المعروفة عالمياً، بالإضافة إلى المياه المحيطة بشواطئها-والتي تسمى بالمياه الإقليمية-، والفضاء الذي يعلو رقعة الأرض والمياه الإقليمية³.

ولا تأخذ الدولة بمبدأ عالمية النص الجنائي إلا في حالات استثنائية، حيث يستند إلى مكان توقيف المجرم أو مكان وجوده و ضبطه إذا تعذرَّت إحالته إلى قاضيه الإقليمي؛ لأنه لا يجوز أن يفلت المجرم من العقاب، وعلى هذا فإن مبدأ الاختصاص العالمي هو احتياطي ثانوي لا يمارس إلا إذا تعذر معاقبة المجرم دون اللجوء إليه⁴.

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج 1 ص 288. وانظر: ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 440 وما بعدها. وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص 68. الشرييني، مغني المحتاج، ج 4، ص 253.

² المادة 6 و 7 من القانون الاردني، عام 1960. القانون الاردني، المادة (12)، مصطفى، محمود، القسم العام، ص 129.

³ ابو الهيف، علي صادق، القانون الدولي العام، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993م، ص 321.

⁴ عبد المنعم، سليمان، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م، ص 100.

نتائج الدراسة

1- الشريعة الاسلامية العالمية تعتمد مبدأ العالمية والصلاحية الشاملة كأصل ثابت متبّع، ولكن ظروف الواقع -الإنساني والدولي- واستبداد الأنظمة التي لا تحكم بشرع الله ﷻ، جعل من النظام الجنائي إقليمياً محدوداً شبه ملغي، لا سيما في نظام الحدود والكثير من أحكام الجنايات....

2- نظرة القانون الوضعي (الإقليمية) بعكس نظرة الشريعة الاسلامية (العالمية)، فمبدأه الأصلي هو الإقليمية، ولا يرقى للمستوى العالمي إلا في حالات استثنائية ضيقة.

المطلب الثاني: سلطان النظام الجنائي على الأشخاص

الله ﷻ استخلف الإنسان في الأرض، وأعطاه من الصلاحيات والسلطات كي يتصرف في جميع إمكانيات الحياة ؛ كي يحيا حياة طيبة، ويقوم بوظيفة الاستخلاف، وتحقيق الهدف الذي خلق من أجله؛ ألا وهو عبادة الله ﷻ وتعظيمه. ولتوضيح هذا المطلب سأحدث عنه في الفروع الآتية:

نظرة الشريعة الاسلامية لسلطان النظام الجنائي على الأشخاص

الإسلام دين العدالة، والمساواة والإخاء والسلام، وفكرته عالمية إنسانية شمولية، جاءت كل تشريعاته ليساوي بين الناس بالحق والقسط في جميع مناحي السلطة والتشريع، قال الله ﷻ ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَىٰ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾﴾¹ ، إشارة منه إلى المساواة العظمى وهي المساواة في اختيار الدين.

وأكد هذه الحقيقة رسول الله ﷺ بقوله: أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلُكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَإِنَّمَا اللَّهُ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتُ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا²

¹ الحجرات، آية 13.

² مسلم، الصحيح، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، رقم الحديث: 3298

والمنطق البشري والفطرة الإنسانية-حسب نظر الإسلام- لا تقبل بحال أي شكل أو نوع من أنواع التمييز العنصري على الإطلاق، بمصادقية خالصة، وواقع طُبّق على مرّ تاريخ دولة الإسلام العريقة، عبر ما يقرب من ألف وثلاثمائة عام من تاريخ البشرية. مما جعله بجدارةٍ وحقٍ يتصدّر مقدمة الحضارات والأديان، على مرّ الدهور والأزمان¹.

نظرة القانون الوضعي لسلطان النظام الجنائي على الأشخاص

إن القانون الجنائي الوضعي يميّز صراحةً-لا ضمناً- بين عامّة الشعب، وبين فئةٍ معينةٍ من المسؤولين والمتنفّذين، ظلماً وعدواناً وعُتوةً وقسراً، رُفِعوا فوق الجميع وفوق القانون نفسه، حتى أصبحوا المتصرفين والحاكمين على القانون نفسه-والذين من المفترض أن يقيموا القانون على أنفسهم قبل المحكومين-. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على ضعف الجانب التطبيقي، وإنتفاء الموضوعية في التقنين البشري الظالم المنحاز².

وفي قانون العقوبات الأردني-المعمول به في فلسطين-يمثّل لهذه الشخصيات المذكورة، ومنهم³:

(1) صاحب الجلالة الملك - أو: رئيس الدولة-. (2) أعضاء المجالس التشريعية- إضافةً إلى مجلس الوزراء-. (3) رؤساء الدول الأجنبية. (4) السفراء ورجال السلك الدبلوماسي.

المطلب الثالث: سلطان النظام الجنائي على الزمان

تسري القوانين الجنائية الجزائية في الشريعة الإسلامية على كلّ الجرائم التي نصت عليها المصادر التشريعية الرسمية-المعتمدة لدى علماء الإسلام-، ولكن سريان الحكم مقيد بالوقت الذي تصدر فيه. فإذا صدر حكم من الأحكام فإنه يسري على كل جريمة ارتُكبت بعد هذا الصدور، ولا يكون له أثر رجعي على الجرائم التي وقعت قبل صدوره وحُكم فيها.

¹ الركبان، عبد الله، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، الرياض، 1401هـ، ج1، ص37. عودة، التشريع الجنائي، ص339.

² سلطان، حامد، أصول القانون الدولي، ط1، 1987، ص121.

³ قانون العقوبات الأردني، لعام 1960.

ولكن بالرجوع إلى أحكام الشريعة فإن أغلبها -كالحدود والعقوبات الجنائية- ثابتة الأصول والأحكام العامة، والمقادير، التي لا تتغير ولا تتبدل، لثبوتها بالنصوص القطعية المحكمة، فمنذ نزولها على رسول الله - ﷺ - وقع الاحتكام إليها وتنفيذ عقوباتها المقدرة على المجرمين، إلا أنه يوجد كثير من التعازير التي يمكن أن تتغير أحكامها، وهذه الأحكام التي يقع تقديرها من قبل القضاء في كل مرحلة من مراحل الحياة الاجتماعية وبحسب تحصيل المصلحة من العقاب، سواء بتشديد العقوبة، أو تخفيفها، أو وضع حدين لها: أدنى وأعلى¹.

وثترك الحرية للقاضي في اختيار أي العقوبتين أو أي عقوبة بين الحدين، بما يردع المجرم، ويحقق المصلحة العامة للمجتمع والدولة.

وكما أن هناك العديد من القضايا المستحدثة والجديدة والتي تعثر بها أحكامٌ مختلفٌ فيها بين الفقهاء، مما يجعل الجهة المختصة مخولة بتحديد العقوبات المناسبة لمثل هذه القضايا باختيار العقوبة المناسبة التي تخدم الصالح العام للأمة².

ومن أهم نتائج مبدأ الشرعية الجنائية الزمانية أنه: لا عقاب على الأفعال اللاحقة لصدور النصوص الجنائية المجرّمة، وهو ما يعبر عنه بقاعدة (عدم رجعية النصوص الجنائية)، التي تقتضيها العدالة³.

لذلك فإن الضابط في تحديد سلطان النص الجنائي من حيث الزمان هو سريانه وقت ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة، أما إذا ارتكب الفعل قبل أو بعد انقضاء فترة سريان النص، فلا يسري عليه ذلك النص. وبناء على ذلك فإن سلطان النص محصور بين لحظتين: لحظة ابتداء سريانه، ولحظة انقضاء سريانه، وليس له خارج حدود هاتين اللحظتين سلطان. فالنص في هذه الفترة هو الواجب التطبيق، وليس النص الساري وقت محاكمة مرتكب الجريمة، إذا اختلف النصان، فالقاعدة العامة أن التشريع والنص الجنائي يسري على الحاضر والمستقبل، ما لم يعارضه تشريع جنائي جديد يتضمن نصاً مخالفاً ومُلغياً للأول، ولا يسري على الماضي.

¹ الكرّمى، مرعى يوسف، غاية المنتهى، ج3، ط11، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، ص333-335.

² الخماسى، فتحي الطيب، الفقه الجنائي، ص187. الفراء، ابى يعلى، الاحكام السلطانية، القاهرة، ص277.

³ خضر، عبد الفتاح، النظام الجنائي، معهد الادارة العامة، السعودية، 1402هـ-1982م، ص 108.

وهذا ما يقتضيه منطق العدالة والرحمة، ويهدف-ضرورة- إلى استقرار الأحكام القضائية¹.
ولتوضيح هذه الفكرة سأعرض هذا الموضوع في الفروع التالية:

النظرة الشرعية لمدى سلطان النظام الجنائي على الزمان

إن النظرة الشرعية لسلطان النظام الجنائي في تجريم الأفعال زمانياً راجع إلى وقت ارتكاب السلوك الإجرامي حسب مقياس الشرع، فما كان حاضراً أو مستقبلاً فلا نقاش في خضوعه لسلطان النص، أما ما جرى في الماضي سابقاً على هذا الزمان فإنه لا يقع تحت هذا السلطان، حيث إنه ما لم يتبع زمانياً، فلا يمكن أن يكون تابعاً حكماً وأثراً.

والضابط الدقيق الذي يحدد سلطان النص الجنائي الشرعي زمانياً هو: (سريان هذا النص وقت ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة، أو بعده)، أما إذا ارتكب هذا الفعل قبل لحظة سريان النص، أو ارتكب بعد انقضاء فترة سريانه: فلا يسري عليه ذلك النص.

وبناءً على ذلك كان سلطان النص محصوراً بين لحظتين: لحظة ابتداء سريانه ولحظة انقضائها، فللنص الجنائي الشرعي الزماني بين اللحظتين سلطانه، ولا سلطان له فيما عدا ذلك².

فالعدالة التشريعية في النظام الجنائي تقتضي أن يكون النص هو الحاكم زمانياً؛ لأنه في حال غياب النص لا يوجد تجريم للسلوك إلا بالعقل وطبائع البشر الفطرية، وهي غير معتدّ بها لوحدها ما لم يتم توجيهها بتشريع سماوي، وما لم يكن هناك تقنين لها -من الناحية الفعلية-.

فالخمر لم يكن حراماً - في فترة البنوة الكريمة الأولى-؛ لأنه لم يوجد بصده نصّ التجريم، وهذا هو المعيار العملي للحظة الأولى (نقطة البداية) التي يُحصر فيها سلطان النصوص على الزمان، فلا حرام قبل ورود النص، ولا تجريم للسلوك إذا لم يكن هناك نطق للنصوص الشرعية بتجريمه ابتداءً³. أما بعد ورود النص فإن الزمان يرضخ لسلطان النصوص-ما لم يكن هناك أي عارض دائم، كنسخ الحكم الشرعي، ونحوه-.

¹ خضر، النظام الجنائي الاسلامي، ص 108.

² المرجع السابق، ص 109.

³ حسني، محمود نجيب، الفقه الجنائي الاسلامي، ط1، دار النهضة، القاهرة 1427هـ-2007م. ص 170-172.

ولكن قد يكون هناك عوارض مؤقتة لجريان النصوص على الجرائم زمانياً، في وقتٍ محدود وظرفٍ محدود وترخيصٍ محدود، فما كان محظوراً لوقت معين -كالإفطار المحظور المجرّم فعله في رمضان-، يكون مباحاً لعذر المرض والسفر مثلاً، وقد يكون واجباً كما هو في حكم النفاس والحيض. وهذه القاعدة مؤقتة إلى حين ارتفاع وقت الرخصة المبيحة للمحظور، وهو زوال المانع، فيعود الحكم إلى الحالة الأصلي¹. وهذا تجسيد عملي لقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"²

أما في حالة انقضاء النص وانقضاء سريانه - كالنسخ في عهد النبوة الكريمة، أو بفوات المحل، أو لأسباب أخرى - فإن النص يفقد سلطانه، ولا وجود لحكم بدون محكومٍ عليه -المكلّف- أو فيه-الفعل المحظور-.

وقد ربط فقهاء الشريعة سريان النصوص على الزمان بقاعدة **عدم الرجعية الجنائية** في التشريع الجنائي، والتي سأفصلها في الفصول القادمة، بمشيئة الله ﷻ.

موقف القانون من مدى سلطان النظام الجنائي على الزمان

القانون الوضعي درس مدى تطبيق القانون من حيث الزمان، في مقابل ما قرره الشريعة الإسلامية من سلطان النصوص التشريعية على الزمان، وفيما يلي بيان موجز لهذه النظرة القانونية:

لقد ربط رجال القانون الوضعي سريان النصوص على الزمان بجوهر قاعدة عدم الرجعية الجنائية فيما يتعلق بقضية (القانون الأصلح للمتهم أو الجاني)³. والذي يعود تقديره للقاضي استناداً إلى نص القانون، وأنه لا يجوز توقيع عقوبة على فعل أصبح مباحاً، أو جرى تخفيف العقوبة عليه⁴

¹ أبو زهرة، العقوبة، ج1 ص335.

² السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (ت 911هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ، ص84.

³ علي أحمد راشد، المدخل وأصول النظرية العامة، ص171، دار النهضة العربية - القاهرة 1974م.

⁴ القاضي، د. رامي متولي، دروس في شرح قانون العقوبات، (لقسم العام)، ط1، دار النهضة العربية، ص76، 2014م.

ولقد أخذ المشرع الأردني في قانون العقوبات وهو المعمول به في فلسطين - برجعية القانون الأصلح في المواد (4-6) بنص صريح، وأنه لا بد من توافر شرطين حتى يكون للقانون أثر رجعي¹، وهما:

- 1- أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم (صدور القانون الجديد).
 - 2- أن ينفذ القانون قبل صدور حكم نهائي بات ومبرم²: في الدعوى.
- ويكون القانون الجديد أصلح للمتهم في الحالات الآتية:
1. إذا عُدلت شروط التجريم لصالح المتهم، كأن يلغي القانون الجديد الفعل الإجرامي، ويباحه.
 2. إذا أبدل القانون العقوبة القديمة بعقوبة أخرى أخف من العقوبة في القانون القديم.
 3. إذا خفَّف القانون العقوبة ذاتها.
 4. إذا قرر القانون الجديد وجهاً للإعفاء عن المسؤولية الجنائية دون أن يلغي الجريمة ذاتها.
 5. إذا عُدِّل القانون الجديد في قواعد الملاحقة على نحو يفيد المتهم.
 6. إذا عُدِّل القانون الجديد في قواعد التقادم تعديلاً يفيد المتهم أو المحكوم عليه، سواء في تقادم الجريمة أو الدعوى أو في تقادم العقوبة³.

أما من ناحية صدور القانون الجديد الأصلح للمتهم قبل الحكم النهائي، وما تقتضيه من أن العبرة بصدور القانون - نفاذه نظرياً بالإعلان الرسمي - لا بالعمل به، وهذا يشمل الأمور الآتية:

¹ علي أحمد راشد، المدخل وأصول النظرية الجنائية، ص 171

² يكون الحكم مبرماً وحجته للمحكوم فيه بصورة نهائية باتة: عندما يستنفذ كافة طرق الطعن، أو تم تفويتها وأصبح الطعن في هذا الحكم غير جائز. القاضي، محمد مصباح، قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة في الجريمة، ط 1، مطبوعات الحلبي الحقوقية، ص 86.

³ الخطاب، محمد بن عبد الرحمن أبي عبد الله، مواهب الجليل، الناشر: دار الفكر، ط 3، سنة 1383 هـ ج 6 ص 294.

أ. نفاذ القانون الجديد الأصلح قبل صدور الحكم النهائي البات؛ لأن صدور القانون الجديد لا يكفي لتطبيقه بل لابد لنفاذه من صدور الحكم مبرماً.

ب. يشترط لتطبيق القانون الأصلح للمتهم أن لا يكون قد صدر حكم -في الدعوى- نهائي وبات.

ت. زوال الآثار الجانبية، كالغرامة والعفو والتعويض¹.

ث. استثناء القوانين المؤقتة، فلا تطبق في شأنها قاعدة رجعية القانون الجزائي الأصلح².

¹ مزي، زيدان محمد زيدان، مبدأ الشرعية الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص101. ¹ العوا، محمد سليم، اصول النظام الجنائي، دار المعارف، ط3، 1983م، ص59.

² العوا، اصول النظام الجنائي، ص59.

المبحث الثاني

مبدأ عدم الرجعية الجنائية

وللحديث عن هذا المبدأ، ارتأيت أن أتأوله في هذين المطلبين:

المطلب الأول: حقيقة (مبدأ عدم الرجعية)

يقصدُ بقاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية: عدم جواز معاقبة شخص عن فعل، لم يكن معاقباً عليه وقت اقترافه إياه، وكذلك عدم معاقبة شخص بعقوبة أشد من العقوبة التي كانت مقررة للفعل الذي اقترفه وقت اقترافه. ولتوضيح هذا الأمر جيداً ارتأيت أن أعرضه في الفرعين الآتيين¹:

نشأة هذا المبدأ

في القوانين الوضعية هذا المبدأ له جذور تاريخية معاصرة، فقد نصت عليها الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، في الفقرة الثانية من المادة (11) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 1948م، والذي جاء فيه: (لا يدان أي شخص بجريمة بسبب عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرماً بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي). ونصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (15). كما تم التنصيص على نفس المبدأ في المادة (7) من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المنعقدة في تاريخ 1950\14م.² وفي المادة (9) من الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في 1969م. وفي المادة (7) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981م. وللأسف لا يوجد أية إشارة إلى هذه القاعدة القانونية الهامة في الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 1994م.³

¹ خضر، النظام الجنائي الإسلامي، 95

² زيدان، مبدأ الشرعية الجنائية، ص116.

³ الميداني، محمد أمين، النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، ط2004، ص66-67.

إلا أنّ الشريعة الإسلامية -ومنذ قديم الزمان، قد سبقت هذه الإعلانات والقوانين الوضعية في تأصيلها لقاعدة عدم رجعية القوانين، وذلك منذ أربعة عشر قرناً كما ذكرت سابقاً.

فالنصوص الشرعية التي تقنن قاعدة عدم الرجعية كثيرة، كما في قوله تعالى: ﴿مَنْ أَهْتَدَىٰ فَأَتَمَّا يَهْتَدِ لِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا نُزِرُ وَأَنزَرُ ۚ وَزَرَّ أُخْرَىٰ ۚ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ۚ﴾¹ وقوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ ؕ أَيْنَمَا وَكُنَّا مُهْلِكِ الْقُرَىٰ ۖ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ۚ﴾²، واستناداً لهذه النصوص وضع علماء الأصول قواعد كثيرة -في هذا المجال- تقرر أنه " لا يُكلف شخص إلا بفعل ممكن، مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله"³. والقاعدة التي تقرر أنه "لا معنى لأفعال العقلاء قبل ورود النص"⁴.

وتحرص التشريعات الوضعية ومنها القانون الجنائي الفلسطيني على تقرير هذه القاعدة، بل ووضعها في الدستور، إبرازاً لأهميتها وحرصاً على عدم المساس بها بالطريق التشريعي العادي، وتحرص على النص عليها في قانون العقوبات⁵.

مفهوم الأثر الرجعي

أما الأثر الرجعي في اللغة فهو: عود النتيجة المترتبة على التصرف إلى ما فات⁶. بمعنى أنه صفة تدل على العود إلى الماضي، وإعطائه نفس وصف الحاضر، أو إضفاء وصف وحكم الحاضر على ما كان موجوداً في الماضي.

مفهوم الأثر الرجعي في الاصطلاح الشرعي: لم يتعرض له الفقهاء القدماء، ويبدو أنه مصطلح حديث، إلا أن هناك تعريفاً لبعض الفقهاء المحدثين، بأنه: (الأثر المترتب على تحقق الشرط إلى

¹ سورة الإسراء، آية 15.

² سورة القصص، آية: 59.

³ عبد القوي، يونس السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الاسلامي (دراسة فقهية حول قواعد واصول علم الاجرام في ميزان الفقه الاسلامي)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص30.

⁴ الأمدي، أبو حسن، الأحكام في اصول الأحكام، ج 1، المكتب الاسلامي، بيروت، لبنان، ص91.

⁵ حسني: الفقه الجنائي الاسلامي، ص177 وص183.

⁶ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، ج 1، ص220.

الماضي)¹. أي ما يترتب على إدراج الماضي بالحاضر، وإضفاء الحكم نفسه عليهما جميعاً، وإعطاءه نفس الأحكام والنتائج.

البند الثالث: مفهوم الرجعية في القانون

الأثر الرجعي يعني: القانون الذي يظهر مفعولهُ وتطبيقهُ على فترة زمنية تعود إلى ما قبل فترة استصداره، بالإضافة إلى اعتباره قانوناً جزائياً تطبق أحكامه على مخالفات وتجاوزات ارتُكبت قبل تشريعه².

ويعرف -إجرائياً- أيضاً على أنه: انسحاب سريان القاعدة الجنائية الإجرائية الجديدة على الماضي لتحكم إجراءات اتُّخذت بالفعل قبل تاريخ العمل بهذه القاعدة الجديدة³.

المطلب الثاني: أسس الأثر الرجعي

نظرة الشرع في اسس الأثر الرجعي

المنتبغ لآيات القرآن الكريم يجد الكثير منها قد امتد سريانها على وقائع كانت سابقة في حدوثها وقت نزول النص، مما يثبت أن بعض هذه الأحكام قد ثبت بأثر رجعي.

1- السريان من المستقبل إلى الماضي، أي اصطحاب الحاضر في الماضي⁴ أي سريان العقوبة.

2- جاءت النصوص القرآنية تعالج بعض الوقائع والحوادث التي حدثت من قبل نزول النص، مثل تحريم الربا⁵.

¹ بعوش دليلة، المدخل إلى العموم القانونية، ص25.

² قلعة جي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس، عمان، ص20.

³ سلامة، مأمون محمد، الإجراءات الجنائية في التشريع الجنائي المصري، ج1، دار النهضة العربية، 2000م، ص54.

⁴ سمير تتاعو، النظرية العامة للقانون، ص689. نجم، محمد صبحي، قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000م.

⁵ البجرمي نسليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجرمي، دار الكتب العلمية، ج4، ص390.

أُسس الأثر الرجعي من القانون

- 1- يقتصر الأثر الفوري للقانون على المراكز القانونية الجارية، وهي (تلك المراكز التي تنشأ ولم تنتقض، ولم تترتب آثارها في ظل قانون واحد).
- 2- ضرورة توحيد القانون المطبق على كافة المراكز القانونية المماثلة في آن واحد، وبهذا يتقضى تعدد وازدواجية التشريع الذي يحكم النظم القانونية والآثار المترتبة على هذه النظم داخل الدولة.
- 3- لا يسري القانون إلا على المستقبل وهي قاعدة مبدأ الأثر الفوري⁴. المركز القانوني في التقادم لا يكتمل إلا بمضي مدة معينة، فإذا صدر قانون أثناء سريانه يطيل هذه المدة، فإن هذا القانون الجديد هو الذي يكون واجب التطبيق، لأن عنصر المدة لم يكتمل إلا في ظله فيخضع له.
- 4- ويطبق نفس الحكم لآثار المراكز القانونية، فيسري القانون الجديد على ما يترتب منها في ظله حتى ولو كانت متعلقة بمركز قانوني نشأ في ظل القانون القديم، بل حتى ولو كان امتداداً لبعض الآثار التي تحققت في ظل القانون المذكور¹.

المطلب الثالث: أصل مشروعية هذا المبدأ

وهي قاعدة لها أساسها في مجال الفقه الجنائي الإسلامي، فالشريعة لا تقرر عقاباً للشخص إلا إذا أُنذر سلفاً². وهذا المبدأ (الشرعية الجنائية) قد أكدته النصوص العامة في القرآن الكريم والسنة الشريفة. فلا جريمة قبل إنذار ولا عقوبة قبل بيان.

أولاً: من القرآن الكريم: قال الله عز وجل في كتابه العزيز: ﴿مَنْ أَهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا نَزِرُ وَازِرَةٌ وَزِرَةٌ أُخْرَىٰ ۚ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ۚ﴾³. وقال تعالى في محكم

¹ دليلة، بعوش، المدخل الى العموم القانونية والنظرية العامة للقانون ص من 25-30.

² العوا، محمد سليم: أصول النظام الجنائي في الاسلام، ص 55.

³ سورة الاسراء: آية 15.

التنزيل ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ﴾¹، وقوله تعالى ﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾².

فهذه الآيات الكريمة تدل على أن الله عز وجل لا يفرض العقاب إلا بعد التبليغ وعلم الناس بأنها فعل محرم، لذلك لم يعاقب رسول الله ﷺ على الدماء في الجاهلية ولا على الربا، فما كان قد قبض في الجاهلية لا يرد، وما يستحق لو كان الإسلام يحكم به في ذلك الوقت لا يدفع، وغير ذلك من المحرمات التي كانت مقترفة في الجاهلية لعدم رجعية النظام الإسلامي في الاحكام³.

ثانياً: ومن السنة الشريفة: حديث الرسول ﷺ: (أَ لَا وَإِنَّ دَمَ الْجَاهِلِيَةِ مَوْضُوعٌ، وَ أَوَّلُ مَا أَبْدَأُ بِهِ دَمَ الْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ).⁴ فالرسول ﷺ يعاقب على الدماء السابقة بأثر رجعي، ولا يعاقب على الربا في الجاهلية بأثر رجعي، فما كان قد قبض في الجاهلية لا يرد ولا يستحق في الإسلام لا يدفع بأثر رجعي⁵.

فنطاق التطبيق يبدأ منذ لحظة سريان النص وإعلام الناس به بالطرق المقررة، وينتهي بلحظة انقضائه. وتأكيداً لذلك يقرر القاضي أبو يعلى⁶: أنه عند تقرير عقوبات تعزيرية يجب على الحاكم أن يقدم الإنكار، ولا يجعل التأديب قبل الإنذار⁷.

¹ سورة القصص: آية 59.

² سورة النساء: آية 165.

³ مذكور، محمد سلام، نظرية الإباحة عند الأصوليين، ط2، 1965م. ص 485 وما بعدها.

⁴ مسلم، صحيح مسلم، دار المعرفة، بيروت، ط1997، 4م، كتاب الحج، ج8، ص412، رقم الحديث: 2224.

⁵ أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص 160.

⁶ أبو يعلى: البغدادي الحنبلي المعروف بابي الفراء، هو أحد فقهاء الحنابلة في العصر العباسي الثاني، ولد سنة 380 هـ، كان عالم العراق في زمانه مع معرفة بعلوم القآن والسنة، ولي القضاء بدار الخلافة والحريم مع قضاء حران وحلوان وكان ذا عبادة وتهجد تقفه علي ابو الحسن البغدادي والكثير من الأئمة، الف عدة كتب منها: أحكام القرآن ومسائل الايمان، والمعتمد ومختصره والرد على الكرامية وغيرها من الكتب، توفي سنة: 458هـ، شمس الدين، محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، بيت الافكار الدولية، ج18، ص89.

⁷ ابي يعلى الفراء، محمد بن الحسين، الأحكام السلطانية، دار الفكر، القاهرة، 1357هـ، ص377.

وقد استدل بعض الفقهاء على وجود تطبيقات لفكرة الأثر الرجعي في النظام الجنائي الإسلامي، بأحكام القذف، والظهار، واللعان، والحراية، بيد أن هذا الاستدلال محل نظر¹. وهناك استثناءات للقاعدة سأذكرها في المطلب التالي، إن شاء الله ﷻ.

المطلب الرابع: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية

يثور التساؤل حول ما إذا كانت قاعدة (عدم رجعية النصوص الجنائية) هي قاعدة مطلقة لا يرد عليها استثناء قط، أم أن هناك استثناءات ترد عليها.

في النظام الجنائي الإسلامي

يرى الباحثون في الفقه الجنائي الإسلامي، أن هذه القاعدة وردت عليها استثناءات، ولم يحصروها بعدد معين، إذ طبق رسول الله - ﷺ - نصوصاً على وقائع حدثت قبل نزول هذه النصوص، مما يعني أنه جعل لهذه النصوص أثراً رجعياً، وأشاروا إلى واقعتين تمثلان تطبيقاً رجعياً للنص الجنائي الإسلامي، واقعة الإفك، وواقعة العُزنيين، واستخلصوا من ذلك أن النص الجنائي يجوز أن يكون له أثر رجعي في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام².

وينطبق هذا الإستثناء من القاعدة -عندهم- على مجالين:

(1) في حالة الجرائم الخطيرة التي تهدد المقاصد الشرعية الكبرى.

(2) فيما إذا كانت الرجعية في صالح المتهم وتخدمه وتخفف عليه.

في القوانين الوضعية

تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية على وجود خمسة استثناءات لقاعدة عدم

رجعية القوانين الجزائية، إلا أنها تختلف معها في مضمون بعضها، أبينها فيما يلي:

¹ أبو زهرة: العقوبة، ج1، ص334 وما بعدها.

² عبد القادر عودة: التشريع الجنائي، ص266.

1- رجعية التشريعات الجزائية الموضوعية الأصلح للمتهم: هناك استثناءات تخدم المحكوم عليه بموجب أنظمة جديدة، كما وأن لكل قاعدة استثناء، فاستثناءات قاعدة عدم رجعية القوانين الجزائية تنحصر في اختيار العقوبة الأنسب للمحكوم عليه بين قانونين: قانون قديم طُبّق عليه، وقانون جديد. ويكون القانون الجديد أصلح للمحكوم،¹.

2- في حال القوانين الجنائية التي ينص فيها المشرع صراحة على أن تُطبق بأثر رجعي.

3- في حال صدور قانون جنائي مفسّر² مصوغ بشكل يضمن رجعية القانون المفسر، والعبرة هنا بمضمون القانون المفسر.

4- في حال تضمّن القانون القديم التدابير الاحترازية والإصلاحية للجرائم الخطرة التي تمس الأمن العام والنظام.

5- في حالة الجرائم المتمادية والمستمرة والمتعاقبة وجرائم العادة. الجرائم المتمادية (المتجددة) والمستمرة تأخذ نفس المعنى: فهي فعل جرمي يتصف بالاستمرار والامتداد عبر الزمن ويطول زمن ارتكابها بحيث يُخفي المجرم معالم الجريمة. والمتعاقبة: هي التي يتجدد فعلها ويستمر المجرم باقترافها. أما جرائم العادة فهي: "التي لا تتكون من فعل واحد فقط وإنما بتكرار الفعل أكثر من مرة، لأن الفاعل لا يعاقب فيها إلا على الاعتياد³. هذه الاستثناءات تقوم على أساس الاجتهاد الصحيح، فهذا لا يمنع ادخال هذه الصور ضمن الاستثناءات إذا توفرت فيها مواصفات وضوابط معينة⁴.

¹ فتحي الطيب الخماسي: **الفقه الجنائي المقارن**، ص 189.

² القانون المفسّر: هو الذي صدر لغرض تفسير قانون سابق وإيضاحه، ولا يخضع لمبدأ عدم الرجعية، فيطبق على الحوادث التي تلي نفاذه بداهة، ويسري على ما سبق من الوقائع بدون أن ينص صراحة على سريانها في الماضي، ويجوز الاتفاق على مخالفتها. محمود محمود مصطفى، **شرح قانون العقوبات (القسم العام)**، ص 40.

³ عودة، **التشريع الجنائي**، ج 1، ص 97

⁴ محمود نجيب، **الفقه الجنائي الإسلامي**، ص 182

المبحث الثالث

الرجعية في التشريعات الجنائية الخطيرة

المطلب الأول: التكييف الفقهي للجرائم الخطيرة، وعلة استثنائها

اهتم الإسلام بتكييف الجرائم الخطيرة التي تهم الأمن أو النظام العام، وأمثالها جرائم القذف والظهار وهي من المختلف فيها بين الفقهاء المعاصرين.

فاستثناء جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام: إذاً كانت القاعدة العامة في النظام الجنائي الإسلامي لا رجعية في التشريع الجنائي، فإنه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام العام¹.

ومن أمثلة هذا الإستثناء: جرائم الحراة والقذف، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص.

وعلة ذلك عند علماء الإسلام ؛ لما لها من آثار خطيرة وعواقب مريرة على المجتمع الإسلامي، فقد نزلت أية القذف في حادثة الإفك التي مست زوجة بيت النبي ﷺ، وخاضوا في عرضها ﷺ، وآذوها وآذو النبي ﷺ بالإفك، حتى اضطرب المجتمع الإسلامي اضطراباً شديداً، وكاد المسلمون أن يقتتلوا. فهذا الحادث أهم المسلمين وكاد يوقع الفتنة بينهم، والذي أنزل الله ﷻ فيه قرآناً، وهو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها، وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعي، لأن العقوبة في مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة ومحو ما خلقتة الجريمة من آثار.

¹ وأذكر برأي مدرسة فقهية حديثة، والتي ترى أن هذه الجرائم لا تجري فيها رجعية القوانين، على اعتبار أنها تمس النظام العام، بدليل أن الاجماع منعقد على ان جرائم الجنايات لا يطبق عليها مبدأ رجعية القوانين. والأجدر أن: كلامهم لا ينطبق على جريمة القذف والظهار والحراة لأنها ليست جنابات. رواج، فريد، القانون الجنائي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص45.

وكذلك ما حصل في حد الحراية، فإن الشريعة أجازت تطبيق العقوبة فيهما بأثر رجعي¹.

المطلب الثاني: مشروعية استثناء الجرائم الخطيرة في النظام الجنائي

في النظام الجنائي الإسلامي

يجوز أن تُطبق العقوبة في الشريعة الإسلامية بأثر رجعي في حوادث وجرائم خطيرة تمس الأمن والنظام العام، فقد طبق في عدة حوادث وهناك أدلة من الشرع².

الدليل الأول: في حد القذف: بعد حادثة الإفك عندما نزل فيها نص شرعي وهو الثابت الذي لا خلاف فيه أن النبي ﷺ طبق حد القذف على أصحاب الإفك. فقد روي³ أن رسول الله ﷺ صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر، وقال: "يا معشر المسلمين من يعذرني في رجل قد بلغني أذاه في أهلي، فوالله ما علمت على أهلي إلا خيرا، ولقد ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيرا، وما كان على أهلي إلا معي". فقام سعد بن معاذ الأنصاري فقال: أنا أعذك منه يا رسول الله، إن كان من الأوس ضربنا عنقه، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك. فقام سعد ابن عبادة فقال - وهو سيد الخزرج، وكان رجلا صالحا ولكن احتملته الحمية -: أي سعد بن معاذ، لعمر الله لا تقتله، ولا تقدر على قتله. فقام أسيد بن حضير وهو ابن عمه سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة: لعمر الله لنقتله، فإنك منافق تجادل عن المنافقين؛ فتأثر الحيان الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتلوا، ورسول الله يخفضهم حتى سكتوا⁴.

الدليل الثاني: في حد الحراية: الذي نصت عليه الشريعة الإسلامية بأثر رجعي بعد أن نزلت آية حد الحراية في العرنيين، وهم قوم من عرينة⁵، قدموا على رسول الله ﷺ فاجتووا المدينة، فأمر لهم الرسول بلقاح، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها، فانطلقوا، فلما صحوا قتلوا الراعي واستاقوا

¹ حسني: الفقه الجنائي الإسلامي، ص 177 وص 183.

² الطبري، تفسير الطبري، ج 18، ص 53.

³ عودة، التشريع الجنائي، ج 1، ص 297.

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب حديث الإفك، رقم الحديث 3910، ج 4، ص 1517.

⁵ الألوسي، محمود شكري بن عبد الله بن شهاب الدين، تفسير الألوسي (روح المعاني في تفسير الكتاب العظيم والسبع المثاني)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1415هـ، ج 12، ص 79.

النعم، فأرسل الرسول ﷺ في أثرهم فجئ بهم¹، فأنزل الله تبارك وتعالى في ذلك قوله: {إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم}². فإن الآية قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها، ومن ثم يكون لها أثر رجعي، أن الآية لها أثر رجعي. ولا شك أن المصلحة العامة اقتضت أن يكون للنص أثر رجعي، فقد كان حادث العرنين فظيماً، يوشك لو لم يؤخذ أصحابه عقوبة رادعة أن يجرئ الناس على المسلمين وعلى النظام الجديد و أن يشجع على قطع الطريق، وزعزعة الأمن والنظام العام، فكان لا بد من عقاب رادع لهذه الجريمة، ولكن هذا العقاب الرادع يقتضي أن يُجعل للنص أثر رجعي، فجعل له هذا الأثر حفظاً للأمن العام، وحمايةً للجماعة ونظامها³.

الدليل الثالث: في حكم الظهار: أن الظهار قد طبق على واقعة سابقة، مما يقطع بأن الشريعة الإسلامية تجيز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي، فقد كان الظهار في الجاهلية طلاقاً، أي أنه تصرف يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنهاؤه، ولم يكن يعتبر جريمة، حتى ظاهر أوس بن الصامت من زوجته خولة، فقال لها أنت علي كظهر أمي، فأنت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، طالت صحبتي مع زوجي فأكل شبابي، ونثرت له بطني، حتى إذا كبر سني وانقطع ولدي ظاهر مني، فقال رسول الله ﷺ: (حرمت عليه)، فقالت: أشكو إلى الله فاقتي إليه، ثم قالت: يا رسول الله، طالت صحبتي مع زوجي، ونفضت له بطني، وظاهر مني.

فقال رسول الله ﷺ: (حرمت عليه). فكلما قال لها ذلك رسول الله ﷺ هتفت وصاحت: إلى الله أشكو فاقتي. فنزل الوحي وقد قامت عائشة رضي الله عنها تغسل شق رأسه الآخر، فأومأت إليها عائشة أن أسكتي، فلما قضى الوحي قال رسول الله ﷺ: ادعي لي زوجك، فلما حضر تلا عليه الرسول ﷺ⁴

¹ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب المحاربين من أهل الكفرة والردو، رقم الحديث: 3018، ج 17، ص 111.

² المائدة، آية 33.

³ الألوسي، محمود شكري بن عبد الله شهاب الدين، تفسير الألوسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1415، ص 1، ص 79.

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الظهار، رقم الحديث 4987، ج 9، ص 242.

قول الله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾ (١) الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا الَّتِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ (٢) وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا^١ ذَلِكَ تُوعَظُونَ بِهِ^٢ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (٣) فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا^٣ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ^٤ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ (٤) (١)

ولقد طبقت آية الظهار أولاً على أوس بن الصامت نفسه، أي على واقعة حدثت قبل نزول النص؛ فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعي².

في القوانين الوضعية

سارت القوانين الوضعية في بعض الدول إلى الأخذ بمبدأ الرجعية في القوانين على الجرائم الخطيرة التي تشكل تهديداً للأمن والنظام العام، وتشكل خطراً على المجتمع والسلام الأهلي.

ويرى بعض رجال القانون أن تطبيق الأثر رجعي يؤدي إلى إنعدام ثقة الأفراد بالقانون، وهذا ما يجعل القانون أداة هدامة، لا وسيلة لتنظيم حياة الأفراد وبناء المجتمع، كما أنه يؤدي إلى الاضطراب في المجتمع بصورة تمس الدولة.

ولكن هذا الاستثناء في القوانين الوضعية محكوم بالهوى وحسب الضرر الواقع على الدولة أوموقع الجريمة ومكانها، وعلى نوع معين من الأشخاص. فالقوانين الوضعية لا تطبق الرجعية بالضوابط الربانية العادلة مثلما هو الحال في الشريعة الإسلامية التي تتصف بالكمال والعدل والإنسانية، والرحمة والحكمة والخير لكل البشرية.³

¹ المجادلة، آية 1-4.

² ابن رشد، محمد بن أحمد، المقدمات الممهدات، دار التراث الاسلامي، ط1408هـ، ج2، ص140-141.

³ محمود، محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، (للقسم العام) ط10، مطبعة جامعة القاهرة، 1983، ص109.

المطلب الثالث: مجالات /: هذه الجرائم الخطيرة

في النظام الجنائي الإسلامي

تنقسم الجرائم في الإسلام إلى جرائم حدود، وجرائم قصاص (جنايات)، وجرائم تعزير.

أما القسم الأول: جرائم الحدود فهي التي تلحق ضرراً بالنظام العام للمجتمع المسلم، و عقوبتها معروفة بعقوبة الحدود، التي قدرها الشارع، لعظمها، أي هي عقوبة واجبة مقدرة من الله تعالى، وهي لا تقبل الإسقاط من الأفراد أو الجماعة، ومعنى أنها حق الله تعالى أي أنها تمس المجتمع، وإن وقعت على فرد واحد فإن ضررها لا يقتصر على هذا الفرد، وإنما يتعداه إلى جموع الناس، بحيث أنها تمس مصالحهم الضرورية¹. ولا يجوز الشفاعة في عقوبة الحدود أو النقص منها أو الزيادة عليها². لقوله ﷺ: (من حالت شفاعته دون حد فقد ضاد الله في أمره)³

القسم الثاني: جرائم القصاص: والقصاص لغة المماثلة⁴. واصطلاحاً: أن يُفعل بالفاعل مثلما فعل. وهي الجرائم التي تقع على نفس الإنسان، أو ما دون النفس⁵، وهذه الجرائم محددة بالكتاب العزيز كقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾⁶

ومن السنة الشريفة: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: وَحَوْلُهُ عَصَابَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ: بَايِعُونِي عَلَى أَنْ لَا تَشْرِكُوا بِاللَّهِ شَيْئًا، وَلَا تَسْرِقُوا، وَلَا تَزْنُوا، وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ، وَلَا تَأْتُوا بِبُهْتَانٍ تَفْتَرُونَهُ بَيْنَ أَيْدِيكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ، وَلَا تَعْصُوا فِي مَعْرُوفٍ، فَمَنْ وَفَى مِنْكُمْ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ، وَمَنْ أَصَابَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا فَعُوقِبَ فِي الدُّنْيَا فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ، وَمَنْ أَصَابَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا ثُمَّ سَتَرَهُ اللَّهُ فَهُوَ إِلَى اللَّهِ، إِنْ

¹ الشلال، محمد، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الميسرة للتوزيع والنشر والطباعة، ط2، 1423هـ، 2003م، ص 40.

² البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، الروض المربع، عالم الكتب، 1051هـ، ج1، ص662.

³ أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي، صحيح أبي داود، كتاب الاقضية، رقم الحديث 3597، ج2 ص329، وصححه الحاكم.

⁴ ابن منظور، لسان العرب، ج1 ص74.

⁵ الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، ط1، 1405هـ، دار الكتاب العربي بيروت ج1، ص225.

⁶ البقرة، آية: 179.

شَاءَ عَفَا عَنْهُ وَإِنْ شَاءَ عَاقَبَهُ فَبَايَعْنَاهُ عَلَى ذَلِكَ كَالْحُدُودِ.¹ إلا أن جرائم القصاص هي اعتداء على حق العبد، والجريمة تضر المجني عليه أو ورثته أكثر من المجتمع، وهنا يحق للمجني عليه أن يتنازل عن حقه أو العدول عن القصاص إلى الدية.²

والقسم الثالث: جرائم التعزير: والتعزير لغة الرد والمنع، ومعنى عزره أي أعانه وقواه ونصره.³

وفي الاصطلاح: هو تأديب لا حد فيه ولا كفارة غالباً، وهو لله تعالى أو لآدمي.⁴

فجرائم التعزير تجب لها عقوبة غير مقدرة شرعاً، بخلاف الحدود والقصاص، أما أنها تجب لحق آدمي أو لله: فهي في حق الله تعالى، في حالة سقوط الحد بشبهه، كمن يعقد على إحدى محارمه وهو يعلم بالتحريم، فيسقط الحد لصورة العقد. و أما لحق الآدمي: كمن يشرع بالقتل بأمر تقديره فإنه يعزر.⁵

في القوانين الوضعية

تنقسم الجرائم في القانون الوضعي إلى ثلاثة أقسام: جنائيات وجنح ومخالفات وهو ما أخذت به أغلب الدول. فالجنائيات: هي الجرائم التي تكون عقوبتها جسيمة، كالإعدام و الأشغال الشاقة المؤبدة، و الأشغال الشاقة المؤقتة التي يكون حدها الأدنى عادةً ثلاث سنوات، و حدها الأعلى خمس عشرة سنة.

ويقصد بالجنح: الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس مدة تتراوح بين أسبوع وثلاث سنوات.

المخالفات: هي الجرائم التي يُعاقب عليها بالحبس مدة لا تقل عن (24) ساعة ولا تزيد عن أسبوع، والغرامة التي لها حد أدنى وأقصى تقل هنا عن الجنحة.

¹ البخاري، صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب وفود الأنصار، رقم الحديث: 3679، ج3، ص3679.

² العمري، فقه العقوبات، دار الميسرة للتوزيع والنشر والطباعة، ط، 1423 هـ، ص71.

³ الفيومي، المصباح المنير، مادة عزز، ج2، ص407.

⁴ ابن الهمام، فتح القدير، ج5، ص344.

⁵ أبو زهرة، العقوبات، ص72-75.

ويرى الكثير من الباحثين أن المخالفات ليست من الجنايات. وتعتبر الجنايات من أعلى الجرائم خطورة¹.

المطلب الرابع: حالة القوانين الجنائية الموضوعية التي يوجد بشأنها نص خاص يقضي برجعيتها

في النظام الجنائي الإسلامي

القواعد الموضوعية في النظام الإسلامي تهدف إلى حماية المصالح الشرعية الكبرى ومقاصد الإسلام العامة، ويلتزم القاضي بالنطاق القانوني المحدد له في النص الجنائي. ويزوده النص بالقواعد الموضوعية التي تتضمن عدة ضوابط إرشادية أحياناً، وملزمة أحياناً، لمساعدته في تحديد درجة الخطورة الإجرامية من ناحية، واختيار الجزاء الملائم من ناحية أخرى².

حالة القوانين الجنائية الموضوعية التي يوجد بشأنها نص خاص يقضي برجعيتها في القوانين الوضعية

يتكفل الجانب الموضوعي ببيان الأفعال التي تُعد جرائم، مع بيان الجزاءات الجنائية التي توقع على مقترفيها، وتتعلق قواعده ببيان الحقوق والواجبات، التي تتصل بالشخص مثل: (القانون الدستوري، القانون المدني، قانون العقوبات...).

ويتضمن الجانب الموضوعي قسمين من القواعد: النوع الأول: قواعد عامة، تسمى (الأحكام العامة)، حيث تسري على مختلف أنواع الجرائم، منها: القواعد المتعلقة بالشروع، الاشتراك، القصد الجنائي، والمسؤولية الجنائية، والدفاع الشرعي..... الخ.

¹ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ص 40.

² عبد الفتاح حضر، النظام الجنائي الإسلامي، من ص 8-10.

أما النوع الثاني: فهو قواعد خاصة تتعلق بكل جريمة على حدة، وتسمى بالأحكام الخاصة أو (بالقسم الخاص) تمييزاً لها عن القسم العام الذي يضم مجموعة الأحكام العامة، ويتكون من عدة فروع أبرزها القانون المدني، مثل نظام التأمينات الاجتماعية¹.

المطلب الخامس: النصوص القانونية الوقائية وعلاقتها بعدم الرجعية

الفرع الأول: في النظام الجنائي الإسلامي

تعتمد النصوص الشرعية التي تقنن قاعدة عدم الرجعية على أساس القواعد العامة في القرآن الكريم والسنة الشريفة، مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾² وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ ءَايَاتِنَا﴾³ واستناداً لهذه النصوص وضع علماء الأصول القاعدة التي تقرر أنه " لا يكلف شخص إلا بفعل ممكن، مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله"⁴ ومثال ذلك نهى الإسلام عن شرب الخمر وتعاطي المحرمات لضررها عليه.

الفرع الثاني: في القوانين الوضعية

لا يعرف القانون الوضعي نصوصاً أبدية، فالنص ينشأ في زمن معين وينقضي سلطانه في زمن معين كذلك. ولذلك كان سلطانه الزمني محصوراً بين لحظتين: لحظة نشوئه، ولحظة انقضائه. وإذا اكتسب النص سلطانه ظل حتى ينقضي، ووسيلة انقضائه هي إلغاؤه. والإلغاء⁵.

ولا يجوز الحكم بأي تدبير وقائي، إلا في الأحوال وطبق الشروط المقررة في القانون ولا يحكم إلا بالتدابير المنصوص عليها في القانون النافذ وقت صدور الحكم.

¹ سرور، أحمد فتحي، محاضرات في علم الإجرام، دبلوم العلوم الجنائية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص 16-19، 1963.

² الإسراء: 15 آية

³ القصص آية 59

⁴ عبد القوي، يونس السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية حول قواعد وأصول علم الإجرام في ميزان الفقه الإسلامي)، ص 30، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003.

⁵ زيدان، مبدأ الشرعية الجنائية، ص 116.

ولهذا إن هذه التدابير لا يقصد منها جانب الإنتقام والردع، وإنما جانب الوقاية والعلاج والإصلاح، ومواجهة ما قد يحدث من خطر وجرائم المستقبل. مثال ذلك المجنون الذي يرتكب جريمة لا يمكن محاكمته لانعدام المسؤولية لأنه غير واعي بما فعل، ولاكن يجب وضعه في مصحة عقلية لعلاجهِ والوقاية من أي خطر يصدر منه¹.

¹ حسني، النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية (القسم العام)، ص 184.

المبحث الرابع

الرجعية في التشريعات الجنائية والجزائية الأصلح للمتهم

يقرر هذا الاستثناء الوارد على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية أن يطبق النص الأصلح للمتهم على الأفعال التي ارتُكبت قبل صدوره، ويعني ذلك استبعاد النص الذي كان معمولاً به وقت ارتكابها، واستفادة المتهم من النص الأصلح له. وتطبيقاً لهذا الاستثناء فإنه إذا ارتكب شخصُ فعلاً معاقباً عليه وقت ارتكابه ثم صدر تشريعٌ يحو صفته الإجرامية، أو يخفف العقاب المقرر له، أو تعديله، طُبّق على المتهم التشريع الجديد¹. وسأتحدث في هذا المبحث عن مطلبين أساسيين:

المطلب الأول: النص الجنائي الأصلح للمتهم

يُقصد بالنص الأصلح ذلك النص الذي من شأنه أن يضع المتهم في مركز أحسن من ذي قبل، ويتحقق ذلك إذا ألغى النصُّ الجديدُ جريمةً أو خفف عقوبة.

مشروعية الأثر الرجعي لما هو أصلح للمتهم

وقد سبقت الشريعة الإسلامية كافة التشريعات الوضعية في معرفتها لهذه القاعدة،² ومن الأمثلة التي تدل على ذلك ما ورد في سورة النور الكريمة من آيات تبين حكم اللعان، وهي حالة إذا رمى الزوج زوجته بالزنا من غير شهود، وقد نزلت في هلال بن أمية عندما اتهم زوجته بالزنا وطلب منه رسول الله ﷺ البينة، وإلا طبق عليه حد القذف². وعن ابن عباس ؓ أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ البينة أو حد في ظهرك، فقال يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة، فجعل يقول البينة وإلا حدّ في ظهرك، فذكر حديث اللعان³.

¹ خضر، النظام الجنائي أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، ص113.

² ابن كثير، عماد الدين اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ص6 و13 و14.

³ البخاري، الصحيح، كتاب الشهادات، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، ج 2، ص233، رقم الحديث: 2671.

فنزل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَتْ أَحَدُهُمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ٧ وَيَذَرُوهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ٨ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ٩﴾¹، فهذه الآيات الكريمة تضمنت حكماً أخف من الحكم السابق الذي كان يعرض الأزواج لعقوبة القذف إذا لم يكن لهم أربعة شهداء. وقد طبقه رسول الله ﷺ على هلال بأثر رجعي².

مفهوم القانون الأصلح للمتهم

عرف القانون الأصلح للمتهم فقهاً بأنه: (القانون الذي ينشئ للمتهم من حيث التجريم والعقاب مركزاً أو وضعاً يكون أصلح له على وجه من الوجوه)³.

سلطة القاضي في اختيار القانون الأصلح للمتهم

يترك قاضي الموضوع (القاضي المختص بالدعوى المرفوعة) سلطة تحديد ما إذا كان القانون أصلح أم أسوأ، فالقاضي هنا يطبق القواعد القانونية التي تحدد سلطان النص من حيث الزمان، ومن ثم فاعليته أولاً والتأكد من أنه بصدد قانون، وليس نصاً على حالة خاصة بعينها، كما أنّ عليه ألا يترك للمتهم الخيرة في أي من القانونين أصلح، بل على القاضي الإسترشاد بضوابط معينه تخدم القضية وتكون أصلح للمتهم، وإجراء المقارنة على أسس موضوعية، وأن يقارن بين كل من القانونين ليعرف ما هو أصلح للمتهم. ويشترط لهذه العملية أن يكون النص الأصلح للمتهم قد صدر قبل صدور الحكم النهائي وهو: الحكم الذي لا يجوز الطعن عليه لأنه استنفذت فيه طرق الطعن العادية من معارضة أو استئناف أو نقص، نتيجة مرور المدة القانونية المحددة على الحكم دون تقديم الطعن عليه، يصبح قابلاً للتنفيذ وحكماً نهائياً⁴. ويتخذ النص الأصلح للمتهم صوراً متعددة، فقد يلغي النص الجديد صفة الجريمة عن الفعل - وهذا لا يتصور إلا في حالة التعزير -،

¹ سورة النور: آية 6-9.

² محمود نجيب، الفقه الجنائي الإسلامي، ص 179-180.

³ سلامة، مأمون، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الفكر الإسلامي، 1979م، ص 46

⁴ علي أحمد راشد، المدخل وأصول النظرية الجنائية، ص 171.

وقد يضيف شرطاً أو ركناً جديداً، فيترتب على تطبيقه براءة من أتى الفعل المعاقب عليه طبقاً للنص القديم، وقد يستبدل عقوبة بعقوبة أخف ونحو ذلك¹.

موقف القانون من اعتماد قاعدة ما هو أصلح للمتهم

يُشترط في القانون الوضعي الجنائي الفلسطيني ما يلي:

1- توافر الصبغة القانونية في النص، يعتبر أكثر القانونيين أن القانون الأصلح للمتهم يعد قاعدة قانونية وهي ما تعرف بأنها قاعدة ملزمة تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وتقتزن بجزاء مادي توقعه السلطة العامة على من يخالفها، وليس استثناء، لما يميزها عن غيرها من القواعد القانونية من حيث الأساس القانوني الذي تستمد منه مصدرها، ونطاق تطبيقها المغاير لنطاق قاعدة عدم الرجعية للماضي².

2- أن يكون القانون أصلح للمتهم.

3- العبرة بصدور القانون وليس بنشره.

4- أن يصدر القانون قبل صدور حكم باتّ وهو: الذي لا يجوز الطعن عليه لأنه استنفذت فيه طرق الطعن المقررة قانوناً، كانت عادية كالمعارضة أو الاستئناف أو النقض، وصدر من محكمة النقض فيصبح قابلاً للتنفيذ وحكماً باتاً في عقاب الجاني³، والبات هو كل حكم استنفذ جميع أوجه الطعن القانونية، فمثلاً إن كان المتهم قد دفع غرامة قبل صدور القانون فلا يحق له استرجاعها⁴.

5- لا يكون التشريع القديم مؤقت.

¹ علي أحمد راشد، المدخل وأصول النظرية الجنائية، ص171.

² القاضي، محمد مصباح، قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة في الجريمة، ط 1، مطبوعات الحلبي الحقوقية، 2014م، ص86،

³ الشواربي، عبد الحميد، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988م، ص137.

⁴ قانون العقوبات الفلسطيني القسم العام 2، ص20.

المطلب الثاني: حكم القوانين المؤقتة بالنسبة للقوانين الأصلح للمتهم

مفهوم (القوانين المؤقتة)

"هي القوانين التي تصدر من الدولة أو القضاء - عن طريق الهيئة التأسيسية - بقصد الحماية للمجتمع والنظام العام والمحافظة على الأمن والاستقرار". وأن هذه القوانين مقيدة بمدة زمنية عَرَضِيَّة تقتضي المصلحة، ويجب أن يتضمن - هذا القانون الجديد - بياناً صريحاً بتاريخ انتهاء مفعوله دون الحاجة إلى نص آخر يلغيه. فمتى تحققت المصلحة واندفعت المفسدة أو انتهت مدتها زال تطبيق القوانين الخاصة بها، فيكون زوال الأخذ بها - غالباً - لصالح المتهمين¹.

فترة سريانها ومتى لا يستفاد من الأثر الرجعي في القوانين المؤقتة

وتنص غالبية التشريعات الجنائية العربية على أنه إذا ارتكب شخص جريمة ما بالمخالفة لنص محددة الفترة، وحُرِّكَّت إجراءات التحقيق والمحاكمة في مواجهته، أو صدر حكم نهائي عليه بالإدانة، فإن انتهاء الفترة المحددة لسريان النص، لا يحول دون استمرار إجراءات التحقيق والمحاكمة، أو تنفيذ الجزاء المحكوم به ولو صار الوضع أصلح له بالعودة إلى الوضع الأصلي السابق. وعلى ذلك يمكن القول: بأن فكرة النص الجنائي الأصلح للمتهم تعطل في هذه الحالة، لأن الأخذ به يمكن أن يضيع الهدف المقصود من وراء النص المحددة الفترة، وغالباً ما يتعلق هذا الهدف بظروف استثنائية اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية تمر بها البلاد².

(القوانين الاستثنائية) والفرق بينها وبين (المؤقتة)

وهنا تفرق بعض التشريعات بين النصوص الجنائية المؤقتة والنصوص الجنائية الاستثنائية التي تواجه حالات الطوارئ، فالفرق بينهما أنَّ النص المؤقت يتضمن بيان تاريخ انتهائه، أما النص الاستثنائي لا يتضمن ذلك، ولذلك فإن النص الاستثنائي يخضع للقواعد العامة ويرتب نفس الآثار، وإن انتهاء العمل به من شأنه أن يرتب وضعاً أصلح للمتهم. أما إذا كان في العودة إلى الوضع

¹ الخماسي، من الفقه الجنائي الاسلامي المقارن، ص 195.

² عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي، ص 119-120.

السابق على صدوره ما يعد في صالح المتهم، وهو الغالب، حيث لا يحول انتهاء العمل بالنص الاستثنائي كما هو الحال قبل صدوره دون استفادة المتهم بالوضع الأصلح على هذا الانتهاء، على عكس الحال بالنسبة للنص الجنائي المحددة بوقت (المؤقت)¹.

ومثال ذلك إذا ارتكب شخص فعلاً معاقباً عليه وقت ارتكابه، ثم صدر قانون يمحو عنه صفة التجريم أو يخفف عنه العقاب المقرر لها، طُبّق على المتهم القانون الجديد².

استفادة الجاني من رجعية القوانين الأصلح للمتهم

ويستفيد المتهم من رجعية الأصلح للمتهم فيما يلي:

- 1- جعل القانون الجديد غير معاقب عليه وذلك في الحالات التالية أ- أن يجعل الفعل الذي ارتكبه المجرم غير معاقب عليه. ب- إذا أضاف القانون الجديد ركناً إلى الجريمة مما يجعلها غير مكتملة وتزول عنها صفة التجريم. مثال ذلك: أن يعاقب القانون القديم على الفسق والفجور ويأتي القانون الجديد (الأصلح) ويشترط الاعتقاد لتجريم الفعل.
- 2- إذا قرر القانون الجديد للفعل عقوبة أخف مما كان يقرره القانون القديم.
- 3- إذا كان أحد القانونين يقرر عقوبتين بينما يقرر الآخر عقوبة واحدة، فالقانون الذي يقرر عقوبة واحدة هو الأصلح للمتهم عادة³.

المطلب الثالث: مجالات النص الجنائي الأصلح للمتهم أو المحكوم عليه

في النظام الجنائي الإسلامي

سعى العلماء المسلمون إلى استقرار نظرية الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم رجعية القوانين في الآيات القرآنية كي يثبتوا أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في العدالة

¹ مصطفى، محمود محمود، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، القاهرة، 1970م. ص29.

² نجيمي جمال، المبادئ العامة لقانون العقوبات الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2016، ص49-50.

³ ابراهيم، أكرم نشأت، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، دار الجامعة، الإسكندرية. ص95.

مثل مبدأ عدم الرجعية ووجدوا أنها تنطبق على معظم الأحكام باستثناء بعض الأحوال منها: النص الأصلح للمتهم والجرائم الخطيرة. ولكن هذا النص لا يمكن أن نوجده إلا في جرائم التعزير، لا سيما بعد أن عرفنا أن التشريع قد استقر في الحدود والقصاص، وإن الشريعة راعت الأصلح للجاني¹.

في القوانين الوضعية

تجد قاعدة القانون الأصلح للمتهم مجال تطبيقها في القواعد الجنائية الموضوعية، أي كل نص يتعلق بتقرير العقوبات ويترجم حق القانون في العقاب. وتعد استثناء عن الأصل لقاعدة عدم الرجعية. وبحكم صلاحية القانون الجديد على المتهم يطبق بأثر رجعي وتستثنى من ذلك القواعد الإجرائية، وذلك أن كل نص يحدد إجراءات المطالبة القضائية وسير الدعوى إلا وكانت أصلح من ذي قبل وبالتالي تطبق بأثر فوري ومباشر على الوقائع السابقة لصدوره.

ولا تطبق قاعدة القانون الأصلح للمتهم بحيث يستثنى من تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي القوانين المؤقتة، والتي يصدرها المشرع لمواجهة ظروف استثنائية قد تكون طارئة².

الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ

يُستثنى تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين في حالتين رئيسيتين؛ فتطبيق هذا القانون ليس مطلقاً، وهاتان الحالتان هما:

1- في حالة القوانين غير الجزائية: يجوز للمُشرع تطبيق القوانين غير الجزائية بأثر رجعي، وذلك بالنظر إلى مقتضيات المصلحة العامة، ويتم تطبيق هذه القوانين بأثر رجعي بموافقة أغلبية مُعيّنة على ذلك.

ولا يشمل هذا الاستثناء القوانين الجزائية وقوانين الضرائب والرسوم المالية.

¹ خضر، عبد الفتاح، النظام الجنائي الإسلامي، ص 113.

² نمور، محمد سعيد، أصول الإجراءات الجزائية (شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013م، ص 34.

2- في حالة القوانين الأصلح للمُتهم: فإذا صدر قانون أصلح للمُتهم بعد أن يقع الفعل، وقَبِل الحُكم بشأن القضية بشكل نهائي، فإنَّ هذا القانون الصادر حديثاً هو الذي يُطبَّق دون غيره.

تستدعي بعض الظروف إصدار قوانين يعرف سلطانها الزماني أي مدة سريانها وتوقف العمل بها. والتي تعرف بالقوانين المؤقتة التي تصدر لمواجهة ظروف استثنائية، رغبة في التمييز بين النصوص الوقتية والنصوص العادية. وتعرف القوانين المؤقتة بأنها تلك التي تسري حكمها على فترة زمنية محددة ويقف العمل بانقضاء هذه الفترة دون الحاجة لإصدار قانون لإلغائها. ولا يحول انقضاء فترة سريان هذه القوانين دون ملاحقة من خالفها أو المضي في تنفيذ العقوبات المحكوم بها وفق القانون الجديد¹.

فصدور قانون وتحدد مدة سريانه بفترة زمنية وبمناسبة و ظروف معينة، لكي يطبق على أفعال معينة، تنتهي مدة سريانه إذا انتهت الفترة القانونية المحددة له. غير أن انتهاء العمل به لا يقف حاجز أمام الدعاوى المرفوعة في الوقت نفسه، كما لا يسري القانون الجديد الأصلح على من ارتكب فعل إجرامي في ظل القانون المؤقت².

والعلة من هذا الاستثناء أن القوانين المحددة الفترة تفقد فعاليتها إذا طبقت عليها قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم. حيث يؤدي إلى إفلات الجاني من العقاب على أفعال مخالفة للقانون لمجرد انقضاء المدة المحددة لسريانه. و إلى انتفاء فعالية هذه القوانين مع أن الحكمة من القانون هي العقاب على الجرائم التي تقع خلال هذه الفترة، ولسبب ذلك إلى تحريض المجتمع على مخالفة هذا القانون أثناء سريانه³.

تعد قاعدة رجعية النصوص التي تتضمن الأصلح للمتهم هي الاستثناء الأبرز في النظام الجنائي الذي يرد على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية. واستثناء قاعدة عدم رجعية القوانين

¹ منصور، محمد حسن، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية) ط1، مطبعة الحلبي القانونية، بيروت، ص 293.

² أمين محمود مصطفى، قانون العقوبات (القسم العام)، مطبعة الحلبي، بيروت، ص 67.

³ اوهابية، عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، (القسم العام)، مطبعة موقم للنشر، الجزائر، ص 128.

تتحصّر في اختيار العقوبة الأنسب للمحكوم عليه بين قانونين قديم وجديد، ويكون القانون الجديد أصّاح للمتهم في الحالات التالية:

1- إذا أُلغي نص التجريم.

2- إذا عُدّلت شروط التجريم تعديلاً ينفع المحكوم عليه، أو أُلغي بعضها، أو خُففت.

3- إذا أُلغيت العقوبة المنصوص عليها في القانون القديم، أو خُففت.

4- إذا عُدّلت طريقة تنفيذ إحدى العقوبات تعديلاً يغير ماهيتها، وفيه مراعاة للمدعى عليه أو المحكوم عليه.

5- إذا عُدّل حق الملاحقة بما يتفق مع مصلحة المدعى عليه.

6- إذا عُدّل القانون ميعاد التقادم على جرم أو عقوبة وسرى هذا الميعاد وفقاً للقانون، بشرط ألا يتجاوز مداه الميعاد الذي عينه القانون الجديد، تبدأ مدته من يوم نفاذه¹.

المطلب الرابع: القوانين التفسيرية لصالح المتهم أو المحكوم عليه

في النظام الجنائي الإسلامي

إن التفاسير الكثيرة التي اعتنت بالنصوص الشرعية لا تعني دائماً وحتماً الاحتكام إلى كل ما جاء فيها، باعتبار أن القضاء يلتزم بتفسير واحد من مجموع هذه التفاسير، فينتقي منها ما يتناسب كل الظروف والتحوّلات والمصالح العامة للأمة، فإذا أراد أن يَعدّل عن التفسير المعتمد لديه والمعمول به إلى تفسير آخر فإنه يلغي الأول ويعمل بالثاني. ومن هنا إذا كان التفسير الجديد أصّاح للمحكوم عليه، يرجع أثره عليه وإن لم يكن في صالحه لا يرجع عليه.

مثال: حكم عليه عقوبة السجن مع غرامة والعقوبة الجديدة السجن بدون غرامة يلغي الحكم الأول ويعمل بالثاني².

¹ الخطّاب، محمد بن عبد الرحمن أبي عبد الله، مواهب الجليل، ط3، ج6، دار الفكر، 1383هـ، ص294.

² الخماسي، من الفقه الجنائي المقارن، ص189-196.

في القوانين الوضعية

هي القوانين التي تصدر لتفسر قانوناً سابقاً ورد غامضاً دون أن تُضيف عليه أحكاماً جديداً، ومن الطبيعي أن يمتد حكمها إلى الوقائع التي حدثت في ظل القانون القديم الذي صدر تفسيره، لأن هذه القوانين تعتبر قوانين جديدة من حيث الشكل فقط، لكونها لم تصدر إلا لإزالة الغموض الذي اكتنف القانون السابق ووضع حد للخلاف حول حقيقة المقصود به، مما يعني أنها جزء لا يتجزأ من القانون القديم الأمر الذي يلزم الحاكم بتطبيقها على القضايا المعروضة أمامه والتي لم يفصل فيها بحكم نهائي¹.

المطلب الخامس: التدابير الاحترازية والإصلاحية

يُقصد بالتدابير الاحترازية بأنها (مجموعة من الإجراءات القانونية تواجه خطورةً إجراميةً كامنة في شخصية مرتكب الجريمة، تهدف إلى حماية المجتمع، عن طريق منع المجرم من العودة إلى ارتكاب جريمة جديدة)².

الفرع الأول: في النظام الجنائي الإسلامي

على الرغم من أن اصطلاح (التدابير الاحترازية) يعتبر اصطلاحاً حديثاً، ترتبط نشأته بالأفكار الجديدة للعقوبة، مما قد يعطي الدهشة للبعض من الربط بين هذه التدابير والتشريع الجنائي الإسلامي، إلا أن الحقيقة الثابتة فيما تركه السلف تؤكد أنهم عرفوا إلى جانب العقوبات التقليدية كالرجم والجلد والقطع والحبس، نوعاً آخر من الإجراءات، ذات طبيعة ذاتية تميزها عن العقوبات وشروط التطبيق، تختلف كل الاختلاف عن الشروط العادية التي يجب توافرها لتوقيع الجزاءات الجنائية، ما يُطلق عليها التدابير الاحترازية باعتبار وظيفتها الوقاية من جرم يوشك أن يقع، والتحرز منه³. فالإسلام لا ينتظر وقوع الجريمة حتى يتصدى لها، وإنما يتخذ كل الإجراءات والتدابير للحيلولة دونها. لقد أدركت الشريعة الإسلامية -قبل ما يقارب أربع عشرة قرناً- حقيقة أن

¹ الخماسي، من الفقه الجنائي المقارن، ص196.

² حنيص، عبد الجبار، التدابير الاحترازية، الموسوعة القانونية المتخصصة.

³ عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص126.

تواجه مظاهر إجرامية مبكرة تهدف إلى الحيلولة دون وقوعها أو نموها واكتمالها لتصبح إجراماً كاملاً. وهو تطور في السياسة العقابية أملت الشريعة الإسلامية التي تتضمن مبدأً أساسياً، وهو (نظام الحسبة)، أو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وتميزت التدابير في التشريع الجنائي الإسلامي عن العقوبات، سواء من حيث طبيعتها أو من حيث شروط تطبيقها، فبينما تهدف العقوبة إلى تكفير المجرم عن جرمه وإصلاحه والردع، فإن هذه التدابير تهدف إلى الحيلولة دون ارتكاب الشخص للجريمة، أو تشجيعه على عدم التفكير بها، وإصلاح جوهره قبل مظهره. أما من حيث شروط التطبيق، فبالعقوبة يشترط إيقاع جريمة كاملة حتى تطبق العقوبة على المسؤول عنها، بينما يكفي قيام حالة الخطورة حتى يطبق على الشخص تدبير من التدابير التي تكفل الوقاية من إجرامه. لذلك أمر الرسول ﷺ بكسر دنان الخمر وشنق ظروفها حتى يحول دون ارتكاب المسلمين لجريمة شرب الخمر، وأمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه بحرق المكان الذي كان يباع فيه الخمر.¹

الفرع الثاني: في القوانين الوضعية

تختلف قوانين التدابيرية الإحترازية في القانون الوضعي عما هي في التشريع الإسلامي من حيث الغرض والهدف، فهي تشمل الغرض الوقائي إلى جانب الغرض الإصلاحي، مما جعل البعض يطلق عليها وصف التدابير الإصلاحية.

إذا صدر تغيير في الإجراءات بأن استعويض عن الإجراءات القديمة بإجراءات جديدة، أو وقع تعديل في الإجراءات القديمة بما يخدم المساجين أو المتهمين، فيجب أن يطبق على كل المحكوم عليهم قبل صدور هذا الإجراء، أي أن أثره رجعي، لأنه في الصالح العام. وهذا التطبيق يكون أثره رجعياً على الماضي كله، ولا يختفي أو يقيد بجرائم معينة، بل يكون عاماً على كل الجرائم.²

مثال ذلك: مراقبة الشرطة للمواطنين والأحوال بالدولة³

¹ تامر عبد الفتاح، التدابير الإحترازية والتشريع العقابي الإسلامي، 2009\2\2م.

² التدابير الإحترازية بين الشريعة والقانون، ص401.

³ رضا محمد عيسى، النظام الجزائي لقانون العقوبات (1)، ص22-24.

أما في القانون الاردني المعمول به في فلسطين

التدابير الإحترازية هي:

1- المانعة للحرية

من قضي عليه بالحجز في مأوى احترازي اوقف في مستشفى معتمد لهذه الغاية من وزير الداخلية، ويعنى به العناية التي تدعوا اليها حالته، من حكم عليه بعقوبة مانعة للحرية أو بكفالة احتياطية وثبت انه في اثناء تنفيذ الحكم قد اصيب بالجنون يحجز في المستشفى المشار إليه في الفقرة السابقة، ويعنى به العناية التي تدعوا إليها حالته، على أن لا تتجاوز مدة الحجز ما بقي من مدة الحكمالذي علق تنفيذه، ما لم يكن المحكوم عليه خطراً على السلامة العامة. الغيت هذه المادة بموجب قانون معدل رقم (8) (لسنة 2011).

2- المصادرة العينية

مع مراعاة حقوق الغير ذي النية الحسنة، يجوز مصادرة جميع الاشياء التي حصلت نتيجة لجناية أو جنحة مقصودة أو التي استعملت في ارتكابها أو كانت معدة لاقتوافها. أما في الجنحة غير المقصودة أو في المخالفة فلا يجوز مصادرة هذه الاشياء إلا إذا ورد في القانون نص على ذلك.

المادة (31) للمتهم أو لم يصادر من الأشياء ما كان صنعه أو اقتناؤه أو بيعه أو استعماله غير مشروع وإن لم يكن ملكا تقض الملاحقة إلى حكم .

1. الكفالة الاحتياطية المادة (32) -1 الكفالة الاحتياطية، هي إيداع مبلغ من المال أو سندات عمومية أو تقديم كفيل مليء أو عقد تأمين ضماناً لحسن سلوك المحكوم عليه أو تلافياً. لأية جريمة.

2. يجوز أن تفرض الكفالة لسنة على الأقل ولثلاث سنوات على الأكثر ما لم يتضمن القانون نصاً خاصاً.

3. تعين المحكمة في الحكم مقدار المبلغ الواجب إيداعه أو مقدار المبلغ الذي يجب أن يضمه عقد التأمين أو الكفيل على أن لا ينقص عن خمسة دنانير أو يزيد على مئتي دينار¹.

المطلب السادس: الجرائم المتماذية والمستمرة والمتعاقبة والاعتيادية

مفهومها

الجرائم المتماذية: هي الجرائم المكوّنة من أفعال متماثلة متعددة ومتكررة، مثل ضرب شخص عدة ضربات متتابعة.

والجرائم المستمرة: وتأخذ نفس معنى المتماذية هي الجرائم التي تقبل بطبيعتها صفة الإستمرار، - واقعياً-بطبيعتها، مثل قيام الفاعل بإحداث حفرة في الطريق، واستمرار بقائها دون تدخل أحد².

والجرائم المتعاقبة(المتجددة): هي الجرائم التي يرتبط إستمرارها ويتحدد مداها حسب تجدد إرادة الجاني، مثل جريمة حمل سلاح بدون ترخيص، وإخفاء أشياء مسروقة³.

والجرائم الإعتيادية: هي التي تتكون من (تكرار) وقوع الفعل، أي أن الفعل بحد ذاته، ولمرة واحدة، لا يكون جريمة، ولكن الإعتياد على ارتكابه-عدة مرات-هو الذي يصيّر جريمة، وعلة ذلك تتمثل في ضالة الخطورة الإجرامية المترتبة على إتيان الفعل لمرة واحدة⁴.

مثال ذلك في الشريعة الإسلامية: تكرار فعل المكروهات، مثل الإسراف في استعمال الماء....، وتكرار ترك المندوبات، مثل ترك صلاة الجماعة، وترك إعفاء اللحية، للرجال..... ومثال ذلك في القانون: جريمة تعاطي المخدرات⁵.

الجرائم الإعتيادية والإستمرارية والمتماذية في النظام الجنائي الإسلامي

¹ قانون العقوبات الاردني المعمول به في فلسطين، رقم 16 \ 1960م.

² الشاذلي، فتوح عبد الله نشرح، قانون العقوبات (القسم العام)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص109

³ الحيارى، معن أحمد، الركن المادي للجريمة، ط1، منشورات الحلبي، 2010م، ص185.

⁴ شهاب، باسم، تعدد الجرائم وآثاره افجرائية والعقابية، مطبعة برتي، 2011م، ص52.

⁵ عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص98.

وهي التي تتكون من تكرر وقوع الفعل، أي أن الفعل بذاته لا يعتبر جريمة، ولكن الاعتياد على ارتكابه يعتبر جريمة. يقابل هذا النوع في النظام الإسلامي (الجرائم البسيطة): وهي التي تتكون من فعل واحد، دون حاجة إلى تكرر، كالسرقة وشرب الخمر،، ويستوي فيها أن تكون مؤقتة أو مستمرة. أما (جرائم الاعتياد) فتوجد في جرائم التعازير فقط، ويُستدل عليها من النص المحرّم للفعل، والأصل أن يكون التعزير على فعل محرم وترك واجب غالباً، فإن كان يشترط للعقاب اعتياد الفعل فالجريمة جريمة عادة، وإن كان يُكتفى بمجرد وقوع الفعل فالجريمة جريمة بسيطة.

وتظهر أهمية التقسيم للجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من عدة وجوه هي:

أولاً: من حيث مبدأ سريان النقاد: الجرائم البسيطة تبدأ المدة المسقطة للدعوى من يوم ارتكاب الجريمة إن كانت مؤقتة، ومن يوم إنتهاء حالة التكرار إن كانت غير مؤقتة. أما جرائم العادة فالمدة المسقطة تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الأخير المكون للعادة.

ثانياً: من حيث الاختصاص: يكون في الجريمة البسيطة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة إذا كانت الجريمة مؤقتة، فإن كانت مستمرة أو متجددة فالاختصاص لكل محكمة استمر في دائرتها الفعل أو تجدد، ويكون الاختصاص في جريمة العادة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل الأخير المكون للعادة¹.

ثالثاً: من حيث تطبيق قواعد التداخل: الحكم في جريمة العادة يمنع من محاكمة الجاني على أفعاله السابقة ولو لم تدخل في المحاكمة الأولى، لأن قواعد الشريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم من نوع واحد والتي لم يُحكم فيها بعد، وتكفي عقوبة واحدة عنها جميعاً طبقاً لقواعد التداخل. وإذا حوكم الجاني مرة فلا يحاكم مرة ثانية إلا إذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التي تكون عادة، لأن العقوبة مقررة على الاعتياد على الفعل وليس على الفعل ذاته.²

الجرائم الإعتيادية والمستمرة والمتمادية في القوانين الوضعية

¹ عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص197.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ص197-1999.

تختلف الجريمة من هذه الأنواع بحسب النوع والكيف، وتكون العقوبة في مثل هذه الجرائم حسب الرأي الفقهي المعتمد من قبل الدولة والقضاء، وإذا عدّل عن هذا الرأي إلى رأي آخر يؤخذ بالأصلح للمحكوم أو المتهم¹.

وتنقسم الجرائم القانون الوضعي من حيث سلوك الجاني أو تكرار الجريمة إلى جرائم الإعتياد وجرائم الإستمرار والتمتادية².

وجرائم الاعتياد: كما عرفناها يتطلب القانون لتجريمها ومعاقبة مرتكبيها تكرار الفعل المادي، فلا يكفي وقوعه مرة واحدة بل أكثر؛ حتى تُكشف الخطورة الإجرامية التي تستوجب تجريم الفعل والعقاب عليه. مثل جرائم التسول³.

وتكمن أهمية التقسيم من وجوه:

أولاً: من حيث تطبيق القانون الجنائي الزماني: تعتبر الجريمة المستمرة واقعة في ظل القانون الجديد وبالتالي خاضعة له حتى ولم يبدأ ارتكابها بعد صدوره بل قبل ذلك ما دامت حالة الإستمرار قد بقيت ولو لمدة قصيرة. أما جرائم الاعتياد تسري تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القانون على الماضي، حتى لو بدأت تلك الجرائم قبل نفاذ تلك القوانين مادام قد تكرر وقوع الفعل المكون لها بعد نفاذ تلك القوانين.

ثانياً: من حيث التقادم: يبدأ سريان مدة التقادم في الجريمة المستمرة من يوم إنتهاء حالة الإستمرار، أما الجرائم الاعتيادية فيبدأ من تاريخ آخر فعل ارتكب وكوّن حالة الاعتياد، لأنه في هذا التاريخ تعتبر الجريمة وقعت بالفعل.

¹ الشاذلي، فتوح عبد الله، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001م، ص 115-117.

² شهاب، باسم، تعدد الجرائم و آثاره الإجرائية والعقابية، 2011م، ص 68.

³ المرجع السابق، ص 69.

ثالثاً: من حيث الاختصاص الإقليمي: تكون الجريمة من اختصاص محاكم جميع البلاد التي وجدت في دائرتها حالة الإستمرار. أما الجريمة الاعتيادية تكون من اختصاص محكمة كل مكان وقع فيه فعل من الأفعال المكونة للجريمة¹.

رابعاً: من حيث قوة الشيء المحكوم فيه: إذا صدر حكم يحوز هذا الحكم قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة للوقائع السابقة لصدور هذا الحكم فقط -المعروف منها لدى المحكمة وغير المعروف- مادامت واقعة قبل صدور الحكم. أما في الجرائم الاعتيادية إذا صدر حكم قطعي بشأن وقائع اعتيادية ثم اتضح بأن هناك بعض الأفعال التي لم تشر إليها المحاكمة فلا يجوز محاكمة الجاني عنها؛ لأن الحكم الصادر بحقه يشمل كل الأفعال السابقة، ولأن الاعتياذ حالة تنتهي بتوقيع العقوبة؛ ومعنى هذا أن الاعتياذ السابق ينتهي بصدور الحكم ولا بد من اعتياذ جديد لملاحقة المتهم عن جريمة اعتياذ جديدة².

¹ علي راشد، القانون الجنائي (القسم العام)، دار النهضة، القاهرة، ص 230-232..

² المرجع السابق

المبحث الخامس

الرجعية والأثر الفوري والمباشر

المطلب الأول: مفهوم الرجعية والأثر الفوري

مفهوم الرجعية والأثر الرجعي (لغةً واصطلاحاً)

الأثر الرجعي في اللغة فهو: عود النتيجة المترتبة على التصرف إلى ما فات¹. بمعنى أنه صفة تدل على العود إلى الماضي، وإعطائه نفس وصف الحاضر، أو إضفاء وصف وحكم الحاضر على ما كان موجوداً في الماضي.

مفهوم الأثر الرجعي في الاصطلاح الشرعي: لم يتعرض له الفقهاء القدماء، ويبدو أنه مصطلح حديث، إلا أن هناك تعريفاً لبعض الفقهاء المحدثين، بأنه: (الأثر المترتب على تحقق الشرط إلى الماضي)². بمعنى ما يترتب على إدراج الماضي بالحاضر، وإضفاء الحكم نفسه عليهما جميعاً، وإعطائه نفس الأحكام والنتائج.

مفهوم الأثر الرجعي في القانون: هو (القانون الذي يظهر مفعوله وتطبيقه على فترة زمنية تعود إلى ما قبل فترة إصداره، بالإضافة إلى اعتباره قانوناً جزائياً تطبق أحكامه على مخالفات وتجاوزات ارتكبت قبل تشريعه)³.

ويعرف -في المجال الإجرائي- أيضاً على أنه: (انسحاب سريان القاعدة الجنائية الإجرائية الجديدة على الماضي لتحكم ما تمّ اتخاذه من إجراءات بالفعل قبل تاريخ العمل بهذه القاعدة الجديدة)⁴.

¹ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، ج 1، ص 220.

² قلعة جي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس، عمان، ص 20.

³ بعوش، دليلة، المدخل إلى العموم القانونية، ص 25.

⁴ سلامة، مأمون محمد، الإجراءات الجنائية في التشريع الجنائي المصري، ج 1، دار النهضة العربية، 2000م، ص 54.

مفهوم الأثر الفوري (لغة واصطلاحاً)

- 1- الأثر لغة: يأتي بعدة معانٍ ومنها: العلامة، والجمع: آثار، وأصل التأثير: إبقاء رسمٍ على الشيء، يُقال: أثر في الأرض أي أبقى فيها رسماً وشكلاً. ومن معاني الأثر أيضاً: البقية، والجُزء، والميزة، والقرينة، والدليل، والخبر، والاتباع، والنتيجة: وهو ما يترتب على الشيء والحاصل منه.. وهو ذكر الشيء أو رسمه، أو تقديمه، وهذا الأخير هو المراد هنا، وهو أقرب المعاني إلى موضوعنا. ومنه الإيثار، تقول: آثرت بأن أفعل كذا، أي أفعله قبل كل شيء¹.
- 2- المباشر لغة: تبشير كل شيء أوله، وبدايته، كتبشير الصباح والنور (بزوغ الشمس والصباح). والتبشير طرائق ضوء الصباح في الليل، وتبشير الصباح أوائله، وأوائل كل شيء².
- 3- الأثر في الاصطلاح: عرفه الفقهاء أيضاً عدة تعريفات، من أهمها وأوضحها: (النتيجة أو التبعة التي تترتب على الشيء من الأحكام الشرعية والقضائية)³.

مفهوم الأثر المباشر أو الفوري في الاصطلاح

ويتسع مفهوم الأثر المباشر ليشمل مختلف الدعاوى التي لم يصدر بشأنها حكم نهائي بعد، والدعاوى الجديدة التي ترفع مستقبلاً بشأن ما يقترب بعد صدور النصوص الجديدة من جرائم⁴. مثلاً: إذا كان التفتيش الصادر من النيابة العامة صحيحاً وفقاً لنظام معين فإنه لا يؤثر في صحته صدور نظام جديد يعدل في شروط هذا الإذن، وكذلك العكس بحيث لو وقع الإجراء باطلاً في ظل نظام معين يبقى باطلاً، حتى لو صدر نظام جديد يعتبر الشروط التي بوشر بمقتضاها مستوفية لصحته قانونياً⁵.

إذن يُقصد بالأثر الفوري: سريان حكم القاعدة الجنائية الجديدة على كل (إجراء أو استثناء أقره القانون) يتم اتخاذه منذ تاريخ نفاذها، دون المساس بأي إجراء أو استثناء تم اتخاذه وفقاً لهذه

¹ ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، ج 1 ص 35.

² ابن منظور: لسان العرب، ج 4، ص 62-63، مادة بشر.

³ الجواهري، محمد حسن، جواهر الكلام، ج 37، دار احياء التراث العربي، ص 15.

⁴ خضر، النظام الجنائي، ص 121-122.

⁵ العاقل، إلهام محمد حسن، الإجراءات الجنائية اليمنية، ط2، المجلة العربية للدراسات الأمنية، 2006م، ص 29.

القاعدة النافذة وقت اتخاذ ذلك الإجراء أو الإستثناء، ولو ثبت للمشرع أن القاعدة القديمة أصبحت معيبة. إذن يُراد به أن القانون الجديد تنطبق أحكامه على آثار المراكز القانونيّة، والوقائع التي تحدث بعد نفاذه جميعها¹.

ويستخلص من ذلك: أن القانون القديم يحكم على الحالات التي تمت أثناء سريانه، ولا يُطبق عليها القانون الجديد. إذ من البدهي أن يسري القانون الجديد ابتداءً من وقت اعتماده رسمياً لا بأثر رجعي. فمثلاً: إذا كانت الزوجة تحصل على نفقة من زوجها طبقاً للأحكام المعمول بها في قانون الأحوال الشخصية، ثم تغيرت هذه الأحكام بصدور قانون جديد، فإنها لا تستطيع أن تطالب بالنفقة عن المدة المالية لنفاذ القانون الجديد إلا وفق هذا القانون وليس طبقاً للقانون القديم الذي حكم لها بالنفقة فيه من قبل².

فالأثر الفوري نتيجة حتمية للأخذ بمبدأ الرجعية، وهو الإجراء المباشر الذي يتم اعتماده، واتخاذ إجراءات عملية لتطبيقه، وهو يقابل الأثر القديم الساري قبل بدء مرحلة الأثر الرجعي.

المطلب الثاني: أسس الأثر الفوري في العقوبات وسلطانه ونتائجه

الفرع الأول: الأسس العامة للأثر الفوري

إن القانون الجديد لا يطبق إلا بأثر فوري ومباشر وبالتالي لا تنسحب أحكامه على الأوضاع القانونية السابقة على صدوره، إن القانون في مبدأ الأثر الفوري للقوانين من حيث نطاق سريانه الزمني لا يسري إلا بأثر مباشر وفوري و لا ينسحب أثره على الماضي.

1- يقتصر الأثر الفوري للقانون على المراكز القانونية الجارية، وهي تلك المراكز التي تنشأ ولم تنقضي ولم تترتب آثارها في ظل قانون واحد.

¹ الصغير، جميل عبد الباقي، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 2013م. ص76.

² المرجع السابق.

2- ضرورة توحيد القانون المطبق على كافة المراكز القانونية المماثلة في آن واحد، وبهذا يتقاضي تعدد وازدواجية التشريع الذي يحكم النظم القانونية والآثار المترتبة على هذه النظم داخل الدولة.

3- لا يسري القانون إلا على المستقبل، وهي القاعدة الأصلية لمبدأ الأثر الفوري¹.

المطلب الثالث: استثناءات مبدأ الأثر الفوري

في النظام الجنائي الإسلامي

إن الإستثناء الوارد على مبدأ عدم رجعية في حال تطبيق القانون الأصلح للمتهم هو في حال كان القانون الجديد يحمل بين طياته حكماً أصح للمتهم من ذلك الموجود في القانون المنسوخ. أو في حال ما صدر قانون لتفسير القانون السابق، حيث أنه يعتبر جزءاً منه وليس قانوناً جديداً منفصلاً عنه وجاء موضحاً أحكام القانون بما يخفف العقوبة أو يبرأ المتهم منه، و أمثلتها في جرائم التعزير².

في القوانين الوضعية

يجوز الخروج على هذا المبدأ وتطبيق القانون بأثر رجعي في حالة ما إذا كان عدم تطبيقه بأثر رجعي يخل بالنظام العام والمصلحة العامة، وحيث أن المصلحة العامة دائماً ما تقدم على المصلحة الشخصية والفردية تنطبق أحكام (مبدأ الأثر الفوري) على آثار المراكز القانونية إذا تغيرت بموجب القانون الجديد فيسري عليها من وقت نفاذه (وهي التي يتولى القانون وحده أمر تنظيمها، وتحديد مضمونها)³، والوقائع التي تحدث بعد نفاذه جميعاً. ولا يطبق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد بشكل مطلق، بل يستثنى تطبيقه في حالتين رئيسيتين هما:

¹ Paul Roubier, Transitional Low, Conflicts of laws over time, 2ed, Dalloz, 2008, p354

² خضر، النظام الجنائي، ص 121-122.

³ سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، 296..

1- يسمح بتطبيق القانون القديم على القضايا المترتبة على آثار المراكز العقدية (التي تنشأ عن عقد، ويسري عليها القانون، إعمالاً بأثره المستمر)¹ التي ظهرت بعد نفاذ القانون الجديد جميعها.

2- تعتبر المراكز العقدية التي تكونت في ظل القانون القديم، وظلت قائمة منتجة لآثارها، بحيث أنه إذا صدر قانون جديد يتضمن خفض نسبة الأرباح والمنافع الاتفاقية، فإنه لا يؤثر في المراكز العقدية التي عقدت في ظل القانون².

المطلب الرابع: نتائج الأثر الفوري

من النتائج المترتبة على هذا المبدأ: يحكم كل الأوضاع والمراكز التي نشأت وانتهت في ظله أو بعد نفاذه، ولا مشكلة في ذلك. ولكن تنثور مشكلة عندما تكون أمام تصرفات ووقائع ومراكز نشأت وبدأت في ظل قانون قديم وانتهت في ظل قانون جديد. فيترتب عليه عدة نتائج منها:

1- اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقواعد الإجرائية والإستثنائية التي أقرها القانون.

2- تطبق هذه القواعد بأثر فوري ومباشر.

3- يراعى عند تفسيرها الكشف عن حقيقة قصد المشرع³.

ومن الأمثلة على ذلك: تطبيق الأثر الفوري على الزواج والطلاق، فإذا عُدلت القوانين الخاصة في الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والطلاق، كتعديله في واجبات وحقوق الزوجين، أو عدل في آثار الطلاق، تطبق هذه التعديلات على كل آثار الزواج والطلاق الجارية، ويكون ذلك منذ دخول القانون الجديد حيز التنفيذ، حتى لو كان الزواج والطلاق وقع قبل نفاذ هذا القانون فأثره

¹ المرجع السابق، ص 689.

² دليّة، بعوش، المدخل الى العموم القانونية والنظرية العامة للقانون ص 25-30.

³ الفهوجي، علي عبد القادر، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م، ص 24.

ينسحب على القانون الجديد، مع الأخذ بعين الاعتبار الآثار السابقة أو التي تحققت قبل نفاذ القانون، فهذه لن تكون تحت سلطان النظام الجديد، بل تظل خاضعة للنظام للقديم¹.

المطلب الخامس: مبررات الأثر الفوري (أهميته وثماره وأهدافه)

البند الأول: مبرراته وأهدافه الموضوعية

ويمكن تلخيص مبررات الأثر الفوري في النقاط التالية:

- 1- المحافظة على الحقوق المكتسبة² والمراكز القانونية، التي كانت قد نشأت بموجب قوانين سابقة على النظام الجديد والذي يؤدي تطبيق القانون الجديد، بأثر رجعي إلى زعزعتها، الأمر الذي يتنافى مع المصلحة العامة، ويضر بأصحاب الحقوق، الناجمة عن القوانين المنسوخة³.
- 2- يمنع ازدواجية القانون⁴ الذي يحكم المراكز القانونية، لذا بمجرد صدور القانون الجديد تمتد آثاره إلى المراكز القانونية التي تتحقق في ظله، وبذلك تتحقق وحدة القانون الذي يحكم المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة⁵.
- 3- المساواة أمام النظام: من دواعي الأثر المباشر أن يخضع كل الأشخاص لنفس الأحكام القانونية⁶.

أهداف النصوص الإجرائية (الأصلية والمعدلة)

¹ بعوش دليبة، المدخل الى العموم القانونية، ص 25-30

² الحقوق المكتسبة: (الحفاظ على المركز القانوني الذي نجم عن تصرف قانوني معين، وهو يقوم على مبدأ مهم هو مبدأ الأمن القانوني ويعد الأرضية الفلسفية لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ سريان القوانين بون أثر رجعي وهو يرمي إلى حماية المركز القانوني الذي تولد في الماضي) جابر، جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ط1، مطبعة الهلال، بغداد، 1949، ص 55.

³ زكي، محمد أبو عامر، قانون العقوبات (القسم العام)، مكتبة دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 1996، ص 67.

⁴ ازدواجية القوانين: (هي قيام الدول والمنظمات باتباع سلوك متغير في خصوص الاوضاع المتماثلة، ويفترض في ذلك تواجد نصين مختلفين المضمون والهدف تم إعمال أحدهما دون الآخر، بحيث تتحقق الازدواجية). شنكاو هشام، الازدواجية المطبقة على القانون الدولي.

⁵ Paul Roubier, la théorie générale de droit, Edition 1946

⁶ بيسيوني، عبد الغني، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1983م. ص 21.

تهدف النصوص الإجرائية إلى ما يلي:

1- تنظيم إجراءات الدعوى الجنائية على نحو يكفل إعمال سلطة الدولة في العقاب.

2- يحقق أعلى درجة من العدالة.

3- يقضي على الخطورة الإجرامية التي تنطوي عليه شخصيات الجناة¹.

وفي إطار هذه الغاية، تعمل الدول دائماً على تطوير تشريعاتها الإجرائية، بإدخال التعديلات اللازمة على نظمها الإجرائية. ولذا يمكن القول بأن كل تطوير في هذا الصدد كما يهدف إلى الصالح العام يهدف كذلك إلى تحقيق مصلحة الجاني باقتلاع الخطورة الإجرامية منه. وبناء عليه، فإن النصوص الجنائية الإجرائية الجديدة يكون تطبيقها بأثر مباشر.

مثال ذلك: قضايا الزواج والطلاق؛ حيث يتم تطبيق القانون الجديد على قضايا الزواج والطلاق التي حدثت تحت ظله، حتى وإن تم النطق بالحكم في شأنها في ظل قانون قديم².

المطلب السادس: ضوابط الأثر الرجعي وعلاقته بالأثر الفوري

الفرع الأول: في النظام الجنائي الإسلامي

هناك بعض القواعد الجنائية قد اختلف حول طبيعتها هل هي قواعد جنائية موضوعية أم قواعد إجرائية والراجح أنها قواعد جنائية موضوعية، وأهمها: ما يتعلق بأحكام التقادم، وأساليب تنفيذ الجزاء الجنائي، و أحكام الشكاوى والتنازل عنها، وطلب الإفراج الشرطي³ في المراكز الشرطية، وفي قضايا رد الاعتبار والمقصود به: الحكم الصادر بالإدانة بالنسبة للمستقبل وزوال كل ما يترتب

¹ سرور، النقض الجنائي، ص280.

² خضر، النظام الجنائي، ص121-122.

³ الإفراج الشرطي: ذلك النظام الذي يحدد فيه القاضي عقوبة سالبة للحرية بين حديها الأدنى والاقصى ويجيز للسلطة أن تفرج عن المحكوم عليه إذا استوفى منها جزءاً معيناً وكان حسن السير والسلوك مكافأة له وتشجيعاً لغيره من السجناء. سليمان، أحمد عوض بلال، علم العقاب (النظرية العامة والتطبيقات) ط1، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1983.

عليه من آثار جانبية¹، ولذا تسري عليها القواعد العامة التي تطبق النصوص الموضوعية، فيكون لها أثر رجعي إذا كانت في صالح المتهم أو المحكوم عليه². إن النص على التشريع بأثر رجعي مقتصر على مصدر التشريع الرئيسي أي (النظام) الذي تضعه السلطة التشريعية، أما التشريعات الفرعية فلا يجوز أن تطبق بأثر رجعي حتى لو نص فيها على ذلك³. وفي حال انتهاء مدة القوانين المؤقتة فإنه يحكم بأثر رجعي وليس بأثر فوري.

الفرع الثاني: في القوانين الوضعية

تطبيق النصوص الإجرائية الجديدة على الدعاوى المرفوعة والتي هي قيد التحقيق أو المحاكمة: وهذا إنما يكون على ما سيتم في شأنها من إجراءات من أجل البت فيها، دون أن يمس هذا التطبيق ما تم من إجراءات صحيحة، وما اكتسب من حقوق للمتهمين، وفضلاً عن ذلك فإن النصوص الجديدة التي يظهر فيها حرمان المتهم من ميزة، لا تطبق على الدعاوى السابقة عليها، وإنما على اللاحقة لها.

ومثال ذلك: النص الذي يلغي طريقاً وهو وصول الشخص إلى المحكمة العليا وذلك لمراجعة قرار المحكمة الدنيا، حيث إن جميع النظم القانونية تحتوي على نظام معين من الطعن. فإنه يسري على ما يصدر بعده من أحكام، ولا يسري على الأحكام غير النهائية الصادرة قبله، ويحق للمحكوم عليه الطعن الملغى في النص الجديد، حيث لا يسري عليه.

¹ المحامية موضي موسى، 2019|11.

الحكم بعقوبة جناية أو جنة يؤدي من الانتقاص من شخصية المحكوم عليه ويحول دون استعادة مكانته الاجتماعية اللائقة ودون الوصول إلى مركز شريف إذ أن الحكم بالعقاب يتبعه في غالب الأحوال الحرمان من بعض الحقوق السياسية والمدنية ويسجل في صحيفة السوابق فيتعذر على المحكوم عليه الاندماج ثانية في الهيئة الاجتماعية، كما أنه ليس من العدل أن يحرم شخص من رد اعتبارة إذا بذل مجهوداً ليحسن سيره وسلوكه وأقام الدليل على هذا بمرور فترة معينة دون أن يرتكب جرائم أخرى، لهذا قررت أغلب الشرائع أحكاماً برد اعتبار المحكوم عليهم وجعلته نظاماً مقررراً لصالح المحكوم عليهم بموجبه يستطيعون أن يحسنوا سيرهم وسلوكهم بغية مكافأتهم برد اعتبارهم إليهم كما أنه نظام مقرر لصالح الهيئة الاجتماعية نفسها فمن مصلحتها أن يندمج فيها كل من تاب وأصلح فيؤدي أعمالاً لصالح نفسه ولصالح المجموع في آن واحد. المحامية سوزان عمر ابو بكر، معرفة رد الاعتبار، 2018م.

² خضر، النظام الجنائي، ص 106. انظر: السعيد، مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص 127، ط 4، القاهرة، سنة النشر: 1962م.

³ شاهين، اسماعيل، ضوابط عدم رجعية القوانين، ص 14-15، ط 1، دار النهضة، القاهرة، 1995م.

إذا كان النص الجديد ينشئ طريقاً للطعن: فإن المتهم المحكوم عليه بغير حكم نهائي يستفيد من هذا النص الجديد.

وكذلك الحال بالنسبة للنص الجنائي الجديد الذي يقصر ميعاد الطعن في حكم ما: فإن هذا النص لا يكون في صالح المتهم الذي صدر بشأنه حكم غير نهائي، ولذلك لا يطبق هذا النص عليه، وإنما على المتهمين الذين لم تصدر بشأنهم أحكام غير نهائية بعد.

أما إذا أطل النص الجديد ميعاد الطعن: فإنه يكون في صالح المتهم الذي صدر بشأنه حكم غير نهائي، وبالتالي يسري عليه ويستفيد منه دون أن يسري عليه القديم¹.

¹ بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، ص166.

الفصل الثالث

علاقة الشرعية الزمانية

بالنص التشريعي الإجرائي (الشكلي)

المبحث الأول: قواعد الاختصاص القضائي

المبحث الثاني: قواعد إجراءات الدعوى

المبحث الثالث: قواعد الإثبات

المبحث الرابع: قواعد تنفيذ العقاب

الفصل الثالث

علاقة الشرعية الزمانية بالنص التشريعي الإجرائي (الشكلي)

مَقْدَمَة

يقتصر قانون العقوبات على تحديد الجرائم وما يقابلها من عقوبات، أما قانون الإجراءات الجنائية فإنه يحدد كيفية تطبيق هذا القانون لإثبات الجريمة وتوقيع العقوبة على الجاني. وتبدو أهمية هذه الإجراءات في تقسيمها الثلاثي إلى جنایات وجنح ومخالفات فيما يتعلق بالقواعد الأصولية من حيث الاختصاص ومن حيث التقادم ومن حيث التحقيق والمحاكم

المبحث الأول

قواعد الاختصاص القضائي

المطلب الأول: مفهوم الاختصاص

الاختصاص في اللغة: مأخوذ من مادة خصّ تقول: اختص فلان بكذا نانفرد به دون غيره، واختصه بالشيء إذ خصه واختاره والتخصيص ضد التعميم¹.

الاختصاص في اصطلاح النظام القضائي: السلطة التي خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما².

القضاء لغة من مادة قضى، ويأتي بعدة معاني منها: الفصل والحكم، تقول قضيت بين الخصمين، وتأتي بمعنى الأمر³.

وأما القضاء اصطلاحاً: منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي، وقطعاً للتنازع، بالأحكام الشرعية المتلقاه من الكتاب والسنة⁴.

الاختصاص القضائي: هو تحويل ولي الأمر، لجهة قضائية سلطة قضاء الحكم في قضايا عامة، أو خاصة أو معينة نفي حدود زمان ومكان معينين⁵.

المطلب الثاني: قواعد الاختصاص

وقد حصر المشرع قواعد الاختصاص بالنقاط التالية:

1- تحديد درجة المحكمة المختصة سواء (محكمة، مجلس قضائي، محكمة عليا) وطبيعة الجهة القضائية المختصة.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج4/ ص109.

² صاوي، أحمد السيد الوسيط في شرح المرافعات المدنية والتجارية، جامعة القاهرة، 1988م، ص355.

³ الرازي، مختار الصحاح، ص540.

⁴ ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، دار يعرب، 808هـ، ص173.

⁵ محمد العشماوي، عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، مكتبة الآداب ومطبعتها، القاهرة،

1958م، ج1، ص353

2- بيان اندراج النزاع ضمن ولاية القضاء

3- تحديد قواعد الاختصاص المحلي لتبين من بين محاكم الدرجة الواحدة تختص بالفصل بالنزاع (الاختصاص النوعي) والمحلي¹.

المطلب الثالث: أنواع الاختصاص

وينقسم الاختصاص القضائي (الداخلي) إلى ثلاثة أنواع هي:

1- الاختصاص النوعي: هو سلطة جهة قضائية معينة للفصل دون سواها في دعاوى معينة².

2- الاختصاص الدولي: هو الاختصاص الذي يتناول مجموعة القواعد القانونية التي تحدد بمقتضاها ولاية محاكم الدولة بالنظر في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى³.

3- الاختصاص الاقليمي: المقرر بالنظر إلى محل المحكمة أو مركزها أو بالنظر إلى مجالها المكاني والاقليمي⁴. وينقسم هذا الاختصاص إلى قسمين:

أ- الاختصاص الزمني: هو تحديد فترة زمنية معينة يكون لرجل الإدارة أن يباشر اختصاصه فيها، فإذا أصدر قرار خارج النطاق الزمني المقرر لممارسته، كما لو أصدر رجل الإدارة قراراً إدارياً قبل صدور قرار تعيينه أو بعد قبول استقالته أو فصله أو إحالته إلى التقاعد. فقد يكلف قاضي للعمل في منطقة غير منطقته لسبب من الأسباب، وتحدد له مدة زمنية لهذه المهمة، فمهمته في هذا المكان محددة بزماني⁵.

¹ شوقي، بدر الدين، دراسات في القانون الدولي الخاص، القاهرة، 1990م.

² بوشير، أمقران، النظام القضائي الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص267-268.

³ شوقي، بدر الدين عبد المنعم، الموجز في القانون الدولي الخاص، سلسلة الكتاب الجامعي، 1977، ص123.

⁴ بن براك، فوزان محمد، الوافي في اصول المرافعات، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، 1437، ص309.

⁵ الصغير، عبد العزيز محمد، القانون الإداري بين التشريع المصري والسعودي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2015م، ص170.

ب- الاختصاص المكاني: هو أن يقلد القاضي قضاء بلدة معينة أو ناحية معينة منها، ويكون اختصاص القاضي هذا شاملاً لجميع الحقوق الأخرى، فيقضي في عامة القضايا¹.

فلو كان النزاع قائماً على عقار تكون محكمته المختصه المحكمة التي يقع في دائرتها العقار، بصرف النظر عن مكان المتخاصمين. و القاضي إذا ولى الإمام القضاء لقاضي لمحكمة في بلدة بعينها، فإن قضاءه هذا ينفذ فقط هذه البلدة ولا يتعداه إلى بلد أخرى غير المخصصة له²، فإذا انتقل القاضي من محل ولايته إلى ولاية أخرى فيجب عليه حينها الحصول على إذن من قاضي تلك الولاية.

المطلب الرابع: أنواع الاختصاص القضائي (المحلي/المكاني)

أما الاختصاص القضائي المحلي في الفقه الاسلامي: فهو تحديد المكان الذي يجوز للقاضي النظر في القضايا التي تقع بين ساكنيه، والطارئين عليه فتختص ولايته به دون غيره، ولا ينفذ حكمه إلا فيما اختص به.

ولكي ينعقد الاختصاص القضائي لأي دولة لا بد من وجود توافق وصلة بين المحكمة والقضية المدعى فيها، وهي ما يعبر عنها بالمصلحة المشروعة، وتظهر في معايير من خلالها يتعين اختصاص المحكمة، وهذا الاختصاص يكون إما أصيلاً، أو جدّ طارئاً، حسب الظروف والضوابط المحيطة بالقضية³.

الاختصاص القضائي في المحاكم الفلسطينية

إن القوانين الفلسطينية لم تخرج عن المبادئ والأسس العامة الدولية في تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الفلسطينية، إذ نصت المادة الثانية من قانون تشكيل المحاكم رقم (5) لسنة 2001م على أنه:

¹ احمد الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص379.

² محمد الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط2، 1423هـ-2002م، ص89.

³ البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج6، دار النشر: عالم الكتب، بيروت، عام 1403هـ، ص234.

1- تنتظر المحاكم النظامية في فلسطين في المنازعات والجرائم كافة، إلا ما استثنى بنص قانوني خاص، وتمارس سلطة القضاء على جميع الأشخاص.

2- تحدد قواعد الاختصاص المحاكم وتباشر اختصاصها وفقاً للقانون، وكذلك مدة نظم أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 ممن الفصل الأول من الباب الثاني للاختصاص الدولي للمحاكم الفلسطينية في الدعاوى المدنية والتجارية في المواد 27-30.¹

أما اختصاص المحاكم الفلسطينية بالإجراءات الوقتية والتحفظية: تنص المادة 93 من قانون الأصول على أن تختص المحاكم بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في فلسطين رغم عدم اختصاصها بالدعوى الأصلية.

ومثال الإجراءات الوقتية دعوى الدفعات المستعجلة وطلب الزوجة النفقة لحين البت في الدعوى الأساسية المرفوعة في الخارج، واما التحفظية كالقاء الحجز التحفظي على أموال المدين قبل إقامة الدعوى عليه لمنعه من تهريبها.²

المطلب الخامس: مشروعية الاختصاص القضائي في الإسلام

عرف المتقدمون من علماء المسلمين الاختصاص فعمر بن الخطاب - رضي الله عنه يقول ليزيد: "اكفني بعض الأمور صغارها"³، وعن السائب بن يزيد - رضي الله عنه - أن عمر قال له: "رد عني الناس في الدرهم والدرهمين"⁴ وكما جاء عنه "أنه نهى عن القتل إلا بإذنه"⁵. وعلى هذا جرى الأمر بعده حسب الحاجة، زماناً ومكاناً وهذا ليس له حد في الشرع. وكما ذكر ابن فرحون عن ابن القيم - رحمهما الله - "أنه قد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة والأمكنة دون بعض"⁶. وقال ابن نجيم - رحمه الله -: "القضاء يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان،

¹ القاضي زيدان، رائد، دراسة وبحث في ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الفلسطينية، 2012م.

² غزلان، عبد الله، مجموعة المحاكم والمبادئ القانونية لمحكمة النقض، ط1 جمعية القضاة، رام الله، 2007م.

³ الهيثمي، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن سليمان، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، دار الكتاب العربي، ص196.

⁴ الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، ص196.

⁵ ابن شيبه، الحافظ ابو بكر، المصنف، كتاب قضاء، ج5، ص453.

⁶ ابن فرحون، شمس الدين ابي عبد الله محمد، تبصرة الحكام، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص12-13.

واستثناء بعض الخصومات "وهذا يدل على أنه ليس في الإسلام ما يمنع من وضع نظام للسلطة القضائية يحدد اختصاصها ويكفل تنظيمها، ويضمن للقضاة إقامة العدل بين الناس¹. فاختصاص القضاء معروف في الإسلام وقد عمل به الخلفاء ومن بعدهم، وذكره الفقهاء في كتبهم، وادرجوه في كتب السياسة الشرعية.

المطلب السادس: معايير الإختصاص القضائي

تنقسم هذه المعايير الى قسمين شخصي وإقليمي فيما يلي بيانها في المطالب التالية:

المعايير الشخصية

يقتضي هذا المعيار أن تكون الدولة مختصة طبقاً لقانونها بالمحاكمة أو تنفيذ العقوبة، وينعقد الاختصاص للدولة إذا وقعت الجريمة على إقليمها أو إذا نالت الجريمة من أمنها، وأهدرت حقوقاً مالية فيها².

وهذه المعايير هي التي ترتبط بالأشخاص، وتمتاز بالمرونة، لقابليتها للتكيف على إثر حركة الأشخاص، ومن ثم يمتد بها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، وهذا يعني أن هذه المعايير تقوم على محددات زمنية معنوية لا مكانية أو مادية، كما أنها معايير مستمرة ولا وقتية، وتظهر هذه المعايير على شكل رابطة قانونية سياسية (الجنسية: لأنها تنشأ وفق للأحكام القانون الذي تصدره دولة معينة وسياسية لأنها تقوم على اعتبارات سياسية)³ تربط الدعوى بمحكمة دولة ما من خلال جنسية المدعي أو المدعى عليه. كما يمكن أن تكون على شكل رابطة إرادية تظهر من خلال معيار إرادة الأطراف، عندما تتحرك باتجاه اختيار الخضوع صراحةً أو ضمناً لولاية محاكم دولة ما. عن طريق (الرابعة القانونية السياسية) ينعقد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي للمحكمة في حينه عن طريق الرابطة الإرادية، وينعقد الاختصاص القضائي الدولي الطارئ للمحكمة في موضوع الخضوع الاختياري، ففي إطار الرابطة الأولى ينهض اختصاص المحكمة

¹ ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، ط1، 1999، ص230.

² القاضي، محمد مصباح، قانون العقوبات - القسم العام، ص144.

³ زينب ومحمد وحيد دحام، الحق في الجنسية والتجريد منها، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2013، ص13.

على مبررات تتمثل بمبدأ سيادة الدولة الشخصية على مواطنيها في الداخل والخارج، وهو ما يمنح المحكمة مساحة أوسع في ممارسة اختصاصها بمناسبة دعاوى ترفع على مواطنيها أو من هم في الداخل والخارج، كما أن هذا المعيار يعطي مرونة في إقامة الدعوى للفرد، فيكون للفرد الخيار بين إقامة الدعوى أمام محكمة دولة جنسيته وبين إقامتها أمام محكمة أجنبية أخرى على أساس معيار الجنسية التي يحملها الأجنبي، وهذا يعني أن الاختصاص يمكن أن يكون مشتركاً بمناسبة الدعاوى التي يعتمد فيها معيار الجنسية لتحديد الاختصاص، فالمعيار الأخير يمنح الوطني فرصة مقاضاة الأجنبي أمام محاكمه الوطنية أو أمام المحاكم الأجنبية التي يحمل الأجنبي جنسية دولتها، كما يمنح هذا المعيار الفرصة بالمقابل للأجنبي، فليس هناك إذاً اختصاص استثنائي لمحاكم دولة جنسية الخصوم يمنع محاكم أخرى من مزاوله اختصاصها. ومثال ذلك مسائل الأحوال الشخصية (الطلاق والزواج، النفقة والميراث....)، ومسائل الحقوق الشخصية (الديون).¹

المعايير الإقليمية لقواعد الاختصاص

مفهومها

وهي معايير تتصل بالإقليم فيتحقق فيها اتصال المحكمة بالدعوى بصلة إقليمية مكانية مادية ووقتية، وتتسم بالجمود فيتحدد بواسطتها الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة ما بحدودها الإقليمية، ولا يتحرك اختصاص المحكمة عبر الحدود كما في المعايير الشخصية. فطالما تحققت أسبابها في داخل الدولة فلا ينتقل الاختصاص القضائي لمحاكم غيرها من الدول، إلا إذا نقل موضوع المعايير الإقليمية إلى دائرة الاختصاص الإقليمي لمحاكم الدولة الأخيرة. كما لو نقل المنقول من محاكم دولة إلى دائرة اختصاص محاكم دولة أخرى وقت إقامة الدعوى، وعليه يعتمد لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في الدعاوى التي يكون موضوعها أموال منقولة على ضبط الوقت الذي يكون فيه المنقول ضمن منطقة اختصاص محكمه الدولة تحسباً لوجوده قبل إقامة

¹ شوكة، عبد الرضا جابر، قسم القانون الخاص مأخوذ من قانون أصول المحاكمات اللبناني، جامعة بابل، 2011م.

الدعوى في دولة وإمكانية نقله بعد إقامتها إلى دولة أخرى، فالعبرة ستكون هنا بحسب مكان وجوده وقت إقامة الدعوى. ومثال المعايير الإقليمية: مسائل الأحوال العينية، والمسائل الجزائية¹.

اعتبارات تقوم عليها المعايير الإقليمية

وتقوم المعايير الإقليمية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي على اعتبارات أهمها:

- 1- سيادة الدولة على كل ما هو كائن على إقليمها من أشياء وأشخاص وما يحصل من حوادث، وأن الاختصاص القضائي مظهر من مظاهر السيادة.
- 2- وكذلك الأصل براءة ذمة المدعى عليه، وعلى من يدفع بانشغال ذمته إقامة الدعوى في محل إقامة المدعى عليه².

أهميتها

- 1- تسهل المعايير الإقليمية من تنفيذ الأحكام الوطنية في الأحوال التي تصدر فيها المحكمة أحكام واجبة التنفيذ على أراضيها الوطنية.
- 2- كما أن هذه المعايير تحقق الصلة الجدية والحقيقية ما بين النزاع (الدعوى) ودولة المحكمة، فيكون الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأخيرة مبني على أسباب قوية، وهو ما يمنح الأحكام قوة النفاذ الدولي، أي ستكون الأحكام الصادرة عنها قابلة للتنفيذ في الخارج.
- 3- والمعايير الإقليمية تمنح المحكمة قابلية الإحاطة بجميع ظروف ملابسات النزاع طالما تحقق على أراضيها الوطنية، فالإحاطة بذلك ستكون مهمة أسهل، لأن النزاع سيكون أقرب للمحكمة³.

مقارنة المعايير الإقليمية مع المعايير الشخصية

¹ أبو العلا، علي أبو النمر، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط1 دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م، ص25.

² عكاشة، محمد عبد العال، الاجراءات القضائية المدنية والتجارية الدولية، مطابع الامل، بيروت، 1980م. ص288-290.

³ عكاشة، محمد عبد العال، الاجراءات القضائية المدنية والتجارية الدولية، ص288-290.

في حين نجد أن المعايير الشخصية التي ينعقد بها الاختصاص قد تتحقق أسبابها خارج دولة المحكمة، ومنها: الديون (الحقوق الشخصية) على أراضي غير أراضيها فيكون صعب عليها الإحاطة بتفاصيل النزاع، وقد لا تكون بالدقة عندما ينعقد الاختصاص لمحكمة على أساس معايير إقليمية.

والمعايير الإقليمية تتمثل بموطن المدعي أو المدعى عليه ومحل إقامتهم، أو موقع الأموال، أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، أو محل نشوء الالتزام (محل وقوع الفعل الضار النافع)¹.

المعايير الإقليمية في الفقه الإسلامي

الأصل في الشريعة الإسلامية (عالميتها) والذي يعني تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على كل الخلق لأن الإسلام هو دين الخاتم. لكن الظروف حكمت بغير ذلك من الناحية العملية أن تكون إقليمية، فلا تطبق إلا على دار الإسلام². وتبعاً لذلك فإن الاختصاص الإسلامي اختصاص إقليمي³.

أما المعايير الإقليمية والشخصية في الاختصاص القضائي الفلسطيني بالرغم من وجود الاحتلال، إلا إن المشرع الفلسطيني حدد بعض المعايير.

أن المحاكم في فلسطين تختص بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التي تقام على الفلسطيني ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في فلسطين، وكذلك التي تقام على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في فلسطين، وذلك كله فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج، والضوابط الإقليمية وهي: ضابط موطن المدعى عليه أو محل تنفيذه في إقامته أو موطنه المختار، وضابط موقع المال الموجود في فلسطين، وضابط الالتزام الذي نشأ أو نفذ أو كان واجبا في فلسطين والدعاوى المتعلقة بإفلاس أشهر القضايا في فلسطين.

¹ عكاشة، محمد عبد العال، الإجراءات القضائية المدنية والتجارية الدولية، ص 288-290.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج 1، ص 165.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، ط 9، دار الفكر، دمشق، 2006، ص 6234.

وحدد المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة 2001م وتعديلاته ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفلسطينية، وتقسم هذه الضوابط إلى ضوابط شخصية وهي المبنية على جنسية المدعى عليه سواء كان شخصاً وضوابط إقليمية وهي: ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو موطنه المختار، وضابط موقع المال الموجود أم معنوياً طبيعياً تنفيذه في فلسطين والدعوى المتعلقة بإفلاس أشهر في فلسطين. في فلسطين، وضابط الالتزام الذي نشأ أو نفذ أو كان واجبا. الضوابط التي قررها المشرع الفلسطيني جاءت منسجمة مع قواعد الاختصاص القضائي الدولي المستقرة في هذا الشأن، وكذلك جاءت منسجمة مع اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983م.¹

¹ النقص المدني الفلسطيني رقم (2005/268) (بتاريخ 2006/12/6، منشور على منظومة القضاء والتشريع في فلسطين "المقتفي" جامعة بيرزيت، فلسطين

المبحث الثاني

قواعد إجراءات الدعوى

المطلب الأول: تحريك الدعوى

تعريف الدعوى

لغةً: اسم لما يدعيه، والدعوى تصلح أن تكون في معنى الدعاء¹، كما في قوله تعالى ﴿دَعَوْهُمْ فِيهَا سُبْحَنَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ﴾² وَأَخْرَجُوا دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ³

الدعوى في الفقه الإسلامي: عرفها الفقهاء عدة تعاريف ولكن التعريف الراجح هو: طلب حق مقبول عند القاضي³.

في القانون هي: وسيلة تقرير الحقوق، وحمايتها، واقتضاءها⁴.

يقصد بتحريك الدعوى: تُعد الدعوى القانونية إجراءً قانونياً يقوم به صاحب الحق من أجل رفع أذى تعرض له أو ضرر لحق به، وترفع الدعوى من قبل الجهات القضائية المختصة بالدولة⁵.

أقسام الدعوى

وتنقسم الدعوى الى قسمين: مدنية وجزائية، أما المدنية فتُرفع من أجل التعويض عن الضرر الذي لحق بالشخص ذات الشأن، وأما الدعوى الجزائية وهي ما تسمى (بالدعوى العمومية)، وترفع إلى النيابة من أجل وقوع جريمة ارتكبت⁶. فكيف يتم تحريك هذه الدعوى العمومية؟ وما هي شروط تحريك الدعوى؟

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص131.

² سورة يونس، آية 10.

³ عبد الرحمن بن عبد العزيز، النظام القضائي الإسلامي، ط 1، 1393هـ. ص263.

⁴ مسلم، أحمد، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص310.

⁵ المرجع السابق.

⁶ فهمي، وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، دار الفكر العربي، ط1986، ص135.

شروط تحريك الدعوى

يتم تحريك الدعوة العمومية من قبل النيابة العامة بمجرد وقوع الجريمة، باعتبارها مُمَثِّلَةً للمجتمع في الدعاوى العمومية، والتي لها الصلاحية دون غيرها بموجب القانون، باستثناء الجهات التي فوضها القانون بتحريك الدعوى في بعض القضايا. و يشترط أن تقوم النيابة بتحريك الدعوى هي لوحدها دون أي تدخلات خارجية، بل هو واجب يقع عليها بتحريك الدعوى، لأنها متعلقة بالنظام العام، لكن هناك استثناءات في بعض القضايا التي يقوم بتحريكها المشتكي المتضرر أو من ينوب عنه بموجب القانون وأمام القضاة وفي مراكز التحقيق¹. ويجب على النيابة من لحظة علمها بالجريمة أن تقوم بتحريكها مباشرة، والسير في إجراءاتها، ويمنع على النيابة وقف الدعوى أو تعطيل إجراءات النظر فيها تحت أي ظرف من الظروف، إلا في أحوال نص عليها القانون، بتعطيلها أو وقفها، فهي تسعى لأهداف سامية ألا وهي الحفاظ على أمن المواطن واستقراره ومعاقبة الجناة أمام العدالة².

مراحل الدعوى

تبدأ مراحل الدعوة العمومية منذ البدء بتحريكها إلى حين صدور الحكم كالتالي:

- 1- مرحلة الاستقصاء وجمع الأدلة، وتسمى بمرحلة التحقيق الأولي، وتقوم بالتحري عن الجريمة ومركبيها والبحث عن الأدلة.
- 2- مرحلة التحقيق: وهي عملية إجرائية تقف فيها النيابة موقف الخصم في النزاع من أجل معرفة الحقيقة وتطبيق القانون، والنيابة ممثلة المجتمع، لها الحق بتحريك الدعوى ومباشرتها؛ فهيه الخصم المحايد أمام المحكمة الجزائية.
- 3- مرحلة المحاكمة: وهي مرحلة اكتمال التحقيق النهائي³.

¹ جمال محمد مصطفى، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، المكتبة الوطنية، بغداد، العراق، 2004، ص13-14.

² جعفر، محمد علي، مبادئ المحاكمات الجزائية، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1994م، ص25.

³ نمور، محمد سعيد، أصول المحاكمات الجزائية، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2016م. ص25.

متى تنتهي الدعوى؟

تنتهي الدعوى القضائية بصدور حكم نهائي بالقضية. ولكن هناك عوارض يمكن أن تنتهي الدعوى قبل صدور الحكم النهائي، منها عوارض في الفقه الإسلامي ومنها في القانون الوضعي:

العوارض التي تنتهي الدعوى في الفقه الإسلامي هي:

1- تنازل المدعي عن الدعوى والخصومة فهو حق له لكونها تمت بإرادته، فلا يجبر على إتمام الدعوى فلا بد من مبرر لتركه كأن لا ي حدث ضرر بخصمه

2- حدوث تخلف في بعض شروط الدعوى (عند عدم المصلحة في متابعة المدعي لدعواه): كأن يرتفع سبب الخصومة كوفاة الزوج المطالب بالخلع، أو موت الصبي المتنازع على حضنته.¹

العوارض في القانون الوضعي:

- 1- تنتهي الخصومة لأسباب متعددة ترجع لإهمال أو مخالفة التنظيمات.
- 2- بطلان صحيفة الدعوى لعيب في تحريرها، أو لتكرار غياب المدعي عليه بلا عذر، هذا ما ذكره الكاتب وأنا لا أجد ذلك العذر مقبول بإنهاء الدعوى، أو الحكم بعدم الاختصاص، أو الحكم بعدم قبول الدعوى كمن لم يكن له صفة وأصر بالاعتراض.
- 3- شطب الدعوى للمرة الأولى وعدم إعادتها، أو امتناع المدعي عن تنفيذ أو أمر المحكمة فتعتبر الدعوى كأن لم تكن، وسقوط الخصومة لعدم السير فيها، أو لتقادمها والمدة محل اختلاف في القانون.²

المطلب الثاني: تقادم الدعوى

مفهوم التقادم لغة واصطلاحاً

¹ الباجوري، إبراهيم، حاشية الباجوري، على متن السلم، ج2، ط مصر، 1297هـ، ص401.

² عيسى الغيث، كيف تنتهي الدعوى، مقال في صحيفة المدينة، 2011\12\30.

البند الأول: التقادم لغة: قَدُمَ الشَّيْءُ (قَدَمًا) فهو (قَدِيمٌ) و(تَقَادَمَ) مثله. وقدم الشيء قدماء، وأقدم ضد الحدث أي ماله تقدم بالزمان، ويقال تقادم أي طال عليه الزمن¹.

وأقدم على الأمر، والإقدام الشجاعة، وقدم بين يديه أي تقدم. وقال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۚ وَانفُوا لِلَّهِ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾².

البند الثاني: التقادم شرعاً: هو مضي فترة من الوقت بعد ارتكاب الجريمة، أو بعد الحكم بالعقوبة، دون أن تنفذ العقوبة. أو مرور الزمان يمنع من سماع الدعوى من القاضي³.

رأي الفقهاء بالتقادم الجنائي في الفقه الشرعي الإسلامي

1- المذهب الأول: يرى أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الدعوى تسقط بالتقادم إذا ثبت الحق بعد ذلك بالشهادة، وأن التقادم مانع من قبول الشهادة، فإذا ثبت بالإقرار لم تسقط الدعوى، ويقبل الإقرار ويحكم به، وتنفذ العقوبة على صاحبها. الحدود تسقط بالتقادم عدا حد القذف؛ لأن فيه حقاً للمقذوف، وعلى هذا يفرق الحنفية في الحدود ما إذا كان دليل الجريمة شهادة الشهود أو الإقرار، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بالتقادم، وإن كان الدليل الإقرار لم تسقط بالتقادم⁴.

وحجة الحنفية من السنة الشريفة قول رسول الله ﷺ (لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين)⁵، والظنين المتهم في دينه، ووجه الدلالة: أن غياب الشاهد مدة طويلة، تهمة ثم مجيئه للإخبار بما حدث تهمة، ولذلك ترد شهادته⁶.

¹ الفيومي، المصباح المنير، ص 675.

² سورة الحجرات: آية 1.

³ الكبسي، محمد عبيد عبد الله، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية (رسالة دكتوراة)، ص 307، ج 2، مطبعة الرشاد، بغداد، 1997.

⁴ ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار شرح درر المختار، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت. ص 475.

⁵ مالك، بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، الموطأ، كتاب الشهادات، ج 4، ص 374، رقم الحديث: 2662.

⁶ ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 187.

2- المذهب الثاني: ويرى جمهور الفقهاء من الشافعية، والمالكية، والحنابلة، وأهل الظاهر، ومن وافقهم: إلى أن الدعوى تسمع مطلقاً، ولو طال زمن المطالبة، لأنها أصل الحق، وبما أن الحق لا يسقط بالتقادم، فكذا الدعوى لا يمتنع القاضي من سماعها¹.

ويروا أن الحدود لا تسقط بالتقادم مهما مضى عليها من الزمن دون تنفيذ. وحجة هذا الرأي أن العقوبة خالصة لله تعالى وليس لولي الأمر أن يعفو، فلا يجوز له أن يتمسك بالتقادم². وحثهم من القرآن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَدْحَةُ مِنْ نِسَائِكَ فَأَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾³ ووجه الدلالة: أن هذه الآية أوجبت الحد عند ظهور الجريمة بالشهادة، ولم تفرق في زمان حدوث الفعل، طالما ثبت بالشهادة⁴. وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَا يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا أَوَّلًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾⁵ ووجه الدلالة: أوجبت الآية الحد على من شهد عليه بالزنا، ولا فرق إن كان على التراخي أو على الفور، وإلا فإن الشاهد يقام عليه حد القذف⁶.

- الرأي الرابع: الرأي الذي يرى أن الشهادة تسقط بالتقادم، وذلك لقيام الأدلة على درء الحد بالشبهة، حيث تأخر الشهود دون عذر، يورث الشبهة.

أما التعزير فقد يسقط بالتقادم إذا رأى ولي الأمر، بينما يرى بعض الفقهاء عدم سقوط التعزير بالتقادم، سواء منه ما يجب حقاً لله تعالى، أو ما يجب حقاً للأدعي⁷.

أساس التقادم الجنائي في فقه القانون الوضعي

¹ الغزالي، محمد بن محمد الطوسي، الوسيط في المذهب، ط1، ج7، دار السلام للطباعة والنشر، المتوفى 505، ص365. ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، مجموع الفتاوى، ج34، مكتبة النقوى، 1900، ص428. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد ناشر المذهب الظاهري أكبر علماء الاندلس وعلماء المسلمين، المحلى بالآثار، ج9، دار التراث، القاهرة. ص371.

² كمال الدين بن همام، فتح القدير، ج4، ص161.

³ سورة النساء: آية 15.

⁴ البهوتي، كشف القناع.

⁵ النور: آية رقم4.

⁶ الماوردي، علي بن، محمد، الحاوي، ج13، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص229.

⁷ عامر نعبد العزيز، التعزير في الشريعة الإسلامية، ط3، دار الفكر العربي، ص495.

يستبعد الفكر القانوني في الدول التي تأخذ بنظام التقادم الجنائي تأسيس هذا النظام على قرينة التنازل التي قد تستفاد من مضي مدة معينة على وقوع الجريمة. أو تأسيس الحكم بالعقوبة دون اتخاذ الإجراءات اللازمة لرفع الدعوى أو تنفيذ العقوبة. ويرجع التقادم الجنائي الوضعي إلى اعتبارات عملية، تتمثل في حرص المشرع على إسدال الستار على جريمة تقادم العهد عليها ونسيها الناس، تجنباً لنش ما مضى أو بعث ما اندثر، فضلاً عن صعوبة الإثبات بعد طول الزمن. وقد وازن المشرع بين مصلحتين ثم رجح إحداهما: الأولى: فهي ما تقتضي به العدالة المطلقة في وجوب محاكمة وعقاب كل من اقترف جرمًا مهمًا جهد في إخفائه أو طال فراره. وأما الثانية: فهي مصلحة المجتمع في ألا تثار أحقاده وتستثار حفاظه بنشر صحف قائمة طويت، لا سيما أن الجاني لم يسلم في خلال مدة التقادم من معاناة القلق والعذاب، وهو جانب مما تسعى العقوبة إلى تحقيقه. والحكمة منها: أن تنفيذ العقوبة بعد مرور الزمن الطويل، لا يحقق الأهداف التي قرر المجتمع العقوبة من أجلها، لأن اختفاء المتهم طيلة هذه المدة، يعني أنه عزل نفسه عن الجماعة والعمل على استقرار القضاء، وتنظيم إجراءاته، تحقيقاً للأمن¹.

وتحسب مدة التقادم اعتباراً من اليوم التالي ليوم ارتكاب الجريمة².

العقوبات التي تنقضي بالتقادم

أما العقوبات التي تنقضي بالتقادم فهي العقوبات التي يتطلب تنفيذها القيام بإجراءات مادية على شخص المحكوم عليه أو على ماله، كالعقوبات البدنية (الإعدام)، والعقوبات السالبة للحرية السجن أو الأشغال الشاقة وغيرها، فهي كلها عقوبات يمكن أن تنقضي بالتقادم³.

إلا أن هناك بعض العقوبات التي لا تنقضي بالتقادم ولا يحول اختفاء المجرم المحكوم عليه وتواريه عن الأنظار دون تطبيقها، لأنها تعد منفذة بمجرد صدور الحكم بها، كالمصادرة العينية بدون

¹ عوض، محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص 232-234،

² الحلبي، محمد علي السالم عياد، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008م، 1429هـ، ص 342-344.

³ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، ط 5 \ 182. ص 807،

حاجة لأي إجراء من إجراءات التنفيذ، لأن المصادرة لا يحكم بها إلا إذا كان الشيء مضبوطاً، وكذلك العقوبات والتدابير الاحترازية المانعة من الحقوق، فلا تنقضي بالتقادم، لأنها تنتج أثرها، فتحرم المحكوم عليه حقه بمجرد صدور الحكم بها دون اتخاذ أي إجراء تنفيذي¹.

التقادم في قانون العقوبات الفلسطيني

التقادم وفقاً للقانون الفلسطيني هو أحد أسباب انقضاء الدعوى الجزائية، ويكون تقادم الدعوى الجزائية حين تمتنع النيابة العامة لسبب أو لآخر عن تحريك الدعوى الجزائية ضد المتهم، أو أن تباشر النيابة العامة الدعوى الجزائية وتشرع في أعمال التحقيق الابتدائي ثم يتوقف التحقيق لأي سبب كان دون أن ينقطع ذلك الوقف خلال المدة التي حددها المشرع، فهو نظام إجرائي يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية، فالمحكمة لا تفصل في الواقعة لدى بحث التقادم، بل تنتهت من مرور المدة المقررة في القانون، فإذا توافرت تقضي بإسقاطها لانقضائها بالتقادم، وليس ببراءة المتهم، لأن البراءة لا تقضي بها المحكمة إلا بعد سماع الأدلة في الدعوى، وفحص موضوعها إثباتاً ونفيًا، وتكون مدة تقادم الدعوى الجزائية في المخالفات سنة، وفي الجناح ثلاث سنوات، وفي الجنايات عشرة سنوات..

أما تقادم العقوبة فيقصد به التقادم الذي يستفيد منه المحكوم عليه الذي نجح في الفرار من تنفيذ العقوبة المحكوم بها ضده فعلاً بعد انقضاء الدعوى الجزائية بالفصل فيها بحكم قضائي قطعي وبات، فلا تنفذ ضده العقوبة بعدئذ طالما مرت المدة المحددة قانوناً لسقوط العقوبة بالتقادم، وتنقضي عقوبة الإعدام بمرور ثلاثون عام، وتنقضي عقوبة السجن المؤبد بمرور عشرون عام، ومدة التقادم في أي عقوبة جزائية أخرى هو ضعف مدة العقوبة المحكوم بها على ألا تتجاوز خمس عشرة سنة².

المبحث الثالث

قواعد الإثبات

¹ محمد الفاضل، قانون العقوبات، ط3، دمشق، ص694.

² قانون العقوبات الفلسطيني لعام 1960م، المادة 54، المادة 327 - 447.

هناك قواعد وأحكام في الفقه الإسلامي عامة للإثبات، ويقصد بها تلك القواعد التي تسري على جميع الجرائم.. ونظرية الإثبات هي المحور الذي تدور عليه قواعد الإجراءات الجنائية منذ لحظة وقوع الجريمة إلى حين إصدار الحكم. وسأتحدث عن الإثبات فيما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الإثبات

تعريف الإثبات

الإثبات لغة: ثبت ثباتاً وثبوتاً، واستقراراً. ويقال ثبت بالمكان أقام، يقال فلان ثابت القلب وثابت القدم فهو ثبت، وأثبت الشيء أقره. وعلى هذا فالإثبات تأييد وجود حقيقة من الحقائق، أي دليل¹.

الإثبات في الشرع الإسلامي: إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية².

الإثبات في القانون: إقامة الدليل لدى السلطات المختصة على حقيقة واقعية ذات أهمية قانونية وذلك بالطرق التي حددها القانون وفق القواعد التي أخضعها لها³.

شروط الإثبات

كل شخص يريد إثبات حق فعليه أن يأتي بالبينة وأن يبين طرق إثباتها، وحل الإثبات يكون مصدر الحق المدعى به وليس الحق ذاته، فالدائن عندما يريد أن يقوم بإثبات الحق المدعى به يجب عليه إثبات مصدر هذا الحق سواء أكان مصدره العقد أو الإرادة المنفردة، أو غير ذلك⁴.

قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية

¹ إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، باب الناء مادة ثبت، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 1425، ص93.

² أبو زهرة، موسوعة الفقه الإسلامي، ج2، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص136.

³ حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص417.

⁴ الصراف، عباس، أصول الإجراءات الجزائية، ط5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2014، ص247.

1- يأخذ "بتفريد الأدلة" أي تصنيف الأدلة وفقاً للأدلة و جسامة الجرائم والعقوبات، بما يجعل التناسب والملائمة قائمة بين جسامة العقوبة، وقوة الدليل، وأن تتدرج شدة الإثبات مع تدرج شدة العقوبات، ويعود ذلك التشدد في الإثبات في النظام الإجرائي الإسلامي انطلاقاً من التشدد في العقوبة في الشريعة الإسلامية¹.

2- تطبيق مبدأ "الأصل في الإنسان البراءة"، حيث أن نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية يغلب عليه التقيد بأدلة محددة في الجرائم الخطيرة، بحيث يتعين على المدعي بيان الأدلة بالتحديد وإثباتها استناداً إلى قاعدة الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته وإلا يحكم ببراءته.

3- قاعدة درء الحدود بالشبهات، وهي القاعدة التي تحكم تقدير الإثبات في الشريعة الإسلامية.

4- البينة على المدعي واليمين على من أنكر. فالبينة اسم لما يبين به الحق ويظهر، جاءت في القرآن الكريم مراد بها الحجة والبرهان والدليل بصفة عامة، والشهادة من البينة وعليه فإن الإثبات في الفقه الإسلامي لا يقيد بالشهادة، وإن كانت وسيلة من وسائله، فالإثبات عام وهو كل ما يؤدي إلى الحقيقة².

وتنقسم القواعد القانونية التي تنظم حق الدولة في العقاب إلى قسمين: موضوعي وإجرائي، وفيما يلي تفصيلهما:

المطلب الثاني: ما يتعلق بالمسائل الموضوعية في الإثبات

يتكفل الجانب الموضوعي ببيان الأفعال التي تُعد جرائم، مع بيان الجزاءات الجنائية التي توقع على مقترفيها، وتتعلق قواعده ببيان الحقوق والواجبات، التي تتصل بالشخص مثل: (القانون الدستوري، القانون المدني، قانون العقوبات...) ويتضمن الجانب الموضوعي قسمين من القواعد: النوع الأول: قواعد عامة، تسمى (الأحكام العامة)، حيث تسري على مختلف أنواع الجرائم، منها:

¹ هلالي، عبدالله أحمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، 2011، ص222.

² حلاوة، رأفت عبد الفتاح، الإثبات الجنائي وأدلتها (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص26.

القواعد المتعلقة بالشرع، الاشتراك، القصد الجنائي، والمسؤولية الجنائية، والدفاع الشرعي.....الخ.

أما النوع الثاني: فهو قواعد خاصة تتعلق بكل جريمة على حدة، وتسمى بالأحكام الخاصة أو (بالقسم الخاص) تميزا لها عن القسم العام الذي يضم مجموعة الأحكام العامة.

إن القواعد الموضوعية تهدف إلى حماية المصالح الشرعية الكبرى ومقاصد الإسلام العامة، ويلتزم القاضي بالنطاق القانوني المحدد له في النص الجنائي، ويزوده النص بالقواعد الموضوعية التي تتضمن عدة ضوابط إرشادية أحيانا، وملزمة أحيانا، لمساعدته في تحديد درجة الخطورة الإجرامية من ناحية، واختيار الجزاء الملائم من ناحية أخرى¹.

وفي هذا المجال يضع (علم الإجرام) أمام القائمين على سياسة التشريع الأسباب المؤدية إلى اقتراف الجرائم، والدوافع الذاتية والاجتماعية، الأمر الذي يساهم في رسم سياسة التجريم والجزاء على أسس علمية وواقعية².

المطلب الثالث: ما يتعلق بالمسائل الإجرائية في الإثبات

تعريف النظام الإجرائي الجنائي

هو مجموعة القواعد النظامية التي تنظم ما يجب أن يُتبع من إجراءات وأساليب، من وقت وقوع الجريمة حتى صدور حكم نهائي فيها، فهو يبين إجراءات الاستدلال والتحقيق والمحاكمة³.

¹ عبد الفتاح حضر، النظام الجنائي الإسلامي، ص 8-10.

² سرور، أحمد فتحي، محاضرات في علم الإجرام، دبلوم العلوم الجنائية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1963، ص 16-19.

³ حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص 2.

مميزات النظام الإجرائي

إن لقواعد الإجراءات الجنائية صفة شكلية أو إجرائية، لا تنظم علاقات موضوعية، وإنما يقتصر تنظيمها على العلاقات التي تنشأ عن الخصومة الجنائية¹، وأنها وسيلة لتطبيق نظام العقوبات، كما أن قواعد الإجراءات الجنائية قواعد أساسية لا يمكن الاستغناء عنها ويجب تطبيقها في جميع الوقائع الإجرامية بالطريقة التي نظمها نظام الإجراءات الجنائية لحماية ما لها من حقوق، مثل: (قانون المرافعات، وقانون الإجراءات الجزائية، وقانون الإثبات والتنفيذ)².

والقاعدة الجنائية شأنها شأن كل قاعدة نظامية تتكون من شقين: الأول: تكليف والثاني: جزاء، ومما لا شك فيه أن هذين الشقين لا يمكن أن يجتمعا في نص واحد من نصوص نظام الإجراءات الجنائية³.

فغالباً ما تكون هذه النصوص من قبيل النصوص الوصفية التي تتألف في الدرجة الأولى من جملة تكاليف منفصلة عن الجزاء.

مقارنة بين القاعدة الموضوعية والإجرائية في الإثبات

بينما يغلب على القاعدة الموضوعية الجنائية أن تقوم بتحديد السلوك (إيجابي أو سلبي) المحظور وتحديد الجزاء الذي يُستحق عند ممارسة هذا السلوك؛ فإن القاعدة الإجرائية تقوم بوصف للأسلوب الواجب إتباعه، دون أن تبين في أعقاب هذا الجزاء الذي يترتب على إغفال العمل بهذا الأسلوب من جانب القائم بالإجراء، وبهذا يتعين الوقوف على هذا الجزاء الالتجاء إلى قاعدة أخرى في موقع آخر⁴.

¹ سليمان، عبد المنعم وصالح ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 1996، ص26-29،

² احمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص6.

³ سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ص8.

⁴ رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية، ص46.

فالجاء الإجرائي موجود لكنه يأتي مقررأ في نصوص أخرى منفكة الصلة بنصوص التكليف، وهي في الحقيقة جزء متمم للقاعدة الجنائية الإجرائية، وهي شق لا تكتمل إجراءات القاعدة الجنائية إلا بوجوده¹.

قانون الإجراءات الجنائية الفلسطينية

لا يختلف تعريف قانون الإجراءات في القانون الفلسطيني عما هو في القانون الوضعي، ويهدف القانون الإجرائي في قانون العقوبات الفلسطيني إلى الوصول إلى الحقيقة و إظهار، الحقيقة الواقعية، فإذا أدانت المحكمة المتهم، فهذا يعني أن الجريمة في الواقع قد وقعت منه. هذا في حال ثبوت الجرم المسند إلى المتهم، أو ينتهي الأمر إلى تبرئته إذا لم يقد الدليل على إدانته.

ويجب الإلتزام بضوابط الإجراءات وقواعدها فهي خطوات شرعية قانونية، يترتب عليها آثار معينة، كإثبات الجريمة أو البراءة، وقطع التقادم على مرتكب الجريمة².

أما الجانب الموضوعي يهدف إلى حماية المصالح والحقوق اللازمة للمجتمع، سواء مصالح إجتماعية من مصالح العامة التي تمس كيان الدولة والمجتمع، أم من الحقوق والحريات الفردية، فيوازن بين هذه الحقوق بما يحقق أهداف المجتمع ويضمن استمراريته. ويلتزم الجانب الموضوعي بالمبادئ التي ينص عليها الدستور فيما يخص قواعد التجريم والعقاب والإباحة والمسؤولية. وإن كل من الجانب الموضوعي والإجرائي في ظل سيادة القانون، لا يمكن أن تكون أداة قهر أو تحكم، إنما يهدفان إلى حماية الحقوق الحريات الفردية³.

مضمون قواعد الإثبات

يتضمن نظام الإجراءات الجنائية مجموعة القواعد النظامية الجزائية التي تحدد كيفية التحري، وتحكم نظام الإجراءات الجنائية، لكي تحمي حرية الإنسان وتوفر ضمانات هذه الحماية.

¹ ثروت، سليمان عبد المنعم، أصول المحاكمات الجزائية، ص26.

² جرادة، عبد القادر صابر، مجموعة الإجراءات الجزائية في التشريع الفلسطيني، ج1 ص53.

³ نبيه صالح، حقوق الإنسان في قوانين العقوبات السارية في فلسطين، ص38.

ويتحقق ذلك بافتراض البراءة في المتهم كأصل عام، وتوفير الضمان القضائي في هذه الإجراءات الجنائية بحسب أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات، وتوفير محاكمة منصفة، وتتسع هذه المحاكمة لمرحلة التنفيذ العقابي التي تتلو الحكم بالإدانة، وتخضع (للكريزة الثالثة) وهي شخصية العقوبة، للشرعية الجنائية¹.

المبادئ العامة للشرعية الإجرائية في الفقه الإسلامي

- 1- أصل البراءة 2- حق الدفاع، 3- والحق في المساواة أمام النظام، 4- وحرية العقيدة،
- 5- وحرية الحياة الخاصة، 6- وعلانية المحاكمة، 7- ووجود قضاء عادل، 8- ومبدأ مسؤولية الجاني عن فعله وعن إرادته الآتية².

¹ محمد مصباح القاضي، قانون العقوبات القسم العام في الجريمة، ص50.

² مزي، زيدان محمد، مبدأ الشرعية الجنائية، ص74-81.

المبحث الرابع

قواعد تنفيذ العقاب

المطلب الاول: قواعد تنفيذ العقاب في النظام الجنائي الإسلامي

تنفيذ العقاب في القرآن الكريم

أما عن مبدأ علانية التنفيذ فقد وردت في القرآن الكريم فيما يتعلق بتنفيذ عقوبة رجم الزاني المحصن، فيجب أن يقام الحد في علانية، لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾¹. وتحكم القواعد النظامية المحددة إجراءات تنفيذ العقوبات، وذلك لحماية حقوق المحكوم عليه؛ بحسب أن الحكم بالعقوبة يتطلب تقييد حرية المحكوم عليه، وفقا للهدف من توقيعها، ولا يتضمن المساس بحقوقه وحرية بصفة مطلقة².

قواعد تنفيذ العقاب في النظام الإسلامي

التناسب بين العقوبة والجريمة، والحكم بتفسير الشك لصالح المتهم لقول رسول الله ﷺ: (ادروا الحدود بالشبهات)³، ولأن يخطئ الإمام في العفو عن الجاني خير له من أن يخطئ في العقوبة.

1- عدم مؤاخذه الصبي والمجنون والمخطئ والمكره.

2- شخصية العقوبة في الإسلام، وأن كل إنسان محاسب على عمله هو نفسه لا على الجناية التي يرتكبها غيره⁴، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِنْ تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ

¹ النور، آية 2.

² الدكتور احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، ص96.

³ الترمذي، ابي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، رقم 1424، ص33،

ج4.

⁴ الأكطوغاني، يونس وهبي باوزر، حركة التجديد في تقنين الفكر الإسلامي (مجلة الأحكام العدلية وقوانين ملاقا الإسلامية)،

دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971. ص 199-200.

وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ إِنَّمَا تُنذِرُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِالْغَيْبِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَمَن تَرَكَنَّ فَاِتِّمَاءَ تَرَكَ لِنَفْسِهِ ۚ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ ﴿١٨﴾¹

المطلب الثاني: قواعد تنفيذ العقاب في النظام الجنائي الوضعي

التنفيذ العقابي في النظام الفلسطيني

يقصد به؛ اقتضاء حق الدولة في العقاب عن طريق تطبيق الحكم الصادر بالإدانة في مواجهة المحكوم عليه.

وعليه فإن التنفيذ العقابي يتصف بالقوة الجبرية (قرارات قطعية وغير قطعية، والتي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى بصورة نهائية)، ويتم بعيداً عن إرادة المحكوم عليه، فإن ذلك هو نتيجة منطقية لمبدأ لا عقوبة دون حكم بالإدانة وبعد إتباع الإجراءات المنصوص عليها قانوناً. وهو ما نص عليه القانون الأساسي المعدل في المادة 15 والمادة 393 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3. والتي تقضي بأنه " لا يجوز توقيع العقوبات المقررة بالقانون لأي جريمة إلا بمقتضى حكم صادر من محكمة مختصة ". والحكم الصادر بالإدانة لا يخاطب المحكوم عليه، وإنما يخاطب الأجهزة (الأمن أو الشرطة) المنوط بها اقتضاء حق الدولة في العقاب ومن أجل ذلك فإن التنفيذ الاختياري (قد يكون المحكوم عليه طوعية ودون جابر بدفع المبالغ المقضي بها، ورغبة في المشرع في التيسير على المحكوم) غير جائز في محيط التنفيذ العقابي².

قواعد التنفيذ الجزائي في النظام الوضعي

1- لا تنفذ العقوبات إلا بمقتضى حكم صادر من محكمة مختصة، والأصل في الأحكام الجنائية عدم تنفيذها إلا متى صارت باتة، مالم ينص النظام على خلاف ذلك.

¹ سورة فاطر، آية 18.

² المادة 399 من قانون العقوبات الفلسطيني المعدل.

2- وتباشر النيابة إجراءات التنفيذ عن طريق (مصلحة تنفيذ العقوبة)، توجد على مستوى كل من المحكمة والمجلس القضائي، وهي من أهم المصالح حيث تنطلق منها إجراءات الحد أو القيد من حرية الأشخاص، أو إلزامهم بدفع غرامة مالية، تحت طائلة الحبس في إطار الإكراه البدني، لذا يقوم عليها أشخاص مؤهلين قانونياً لما يتميز به هذا العلم من دقة وبقطة.

3- حظر إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحط من كرامته¹.

4- وجوب معاملة المحرومين من حريتهم (السجناء) معاملة إنسانية تحترم الكرامة الأصلية في الشخص الإنساني.

5- وجوب الفصل بين الأشخاص غير المدانين وبين غيرهم، إلا في ظروف استثنائية، ومعاملتهم على حدة، بما يتفق وكونهم أشخاصاً غير مدانين.

6- وجوب الفصل بين الأحداث والأشخاص البالغين، ووجوب إحالتهم على وجه السرعة للقضاء للفصل في قضاياهم².

شروط قواعد التنفيذ

تستوجب شرعية التنفيذ باعتبارها الحلقة الثالثة (شرعية الجرائم والعقوبات) بعد الشرعية الجنائية والشرعية الإجرائية، وأن يجري تنفيذ العقوبة وفقاً للكيفية التي يحددها النظام، مُستهدفاً تقويم المحكوم عليه وذلك تحت رقابة وإشراف القضاء. باعتبارها حارس الحريات العامة، فإذا صدر حكم بإدانة المحكوم عليه وأصبح المساس بحريته أمراً مشروعاً، فإن التنفيذ يجب أن يكون مقيداً بتحقيق أهداف الجزاء الجنائي³.

¹ الشافعي، بشير، التعذيب في المعتقلات والسجون ووسائل مقاومته، تقرير مقدم لمؤتمر تدريس حقوق الإنسان في الجامعة العربية، عام 1948م، ص 17 وما بعدها. الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف عام 1948.

² غنام محمد غنام، حقوق الإنسان المسجون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2015، ص 25.

³ عصام عفيفي عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ص 199.

الفصل الرابع

تغير الأحكام الجنائية بتغير الأزمان

المبحث الأول: مفهوم قاعدة (تغير الأحكام بتغير الأزمان) ومشروعيتها وحكمها

المبحث الثاني: علاقة القاعدة بالنظام الجنائي الإسلامي

المبحث الثالث: نطاق قاعدة تغير الأحكام الجنائية

المبحث الرابع: تطبيقات فقهية قانونية على قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان

المبحث الأول

مفهوم قاعدة (تغير الأحكام بتغير الأزمان) ومشروعيتها وحكمها

المطلب الأول: المعنى الفقهي للقاعدة

المقصود (بالتغيير بالحكم الشرعي): هو انتقاله من حال كونه مشروعاً فيصبح ممنوعاً، أو من كونه ممنوعاً فيصبح مشروعاً، باختلاف درجات المشروعية والمنع. علماً بأن ما ثبت حكمه بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فهو حكم دائم ثابت لا يملك أحد تغييره، إلا رسول الله ﷺ أو بتشريع أقوى منه أو مساوٍ له، ينسخ الحكم السابق، وهذا ممتنع في عصرنا، وانتهى بعد وفاة رسول الله ﷺ¹.

ويقصد به أيضاً تغيير الفتوى بتغير الأزمنة والأمكنة، والأحوال، والنيات، والعوائد. وهذا ما قصده العلماء ورجحوه. وليس تغيير الأحكام المنصوص عليها في القرآن الكريم والسنة الشريفة، ذلك أن الشريعة لا تدور مع دوران شهوات الناس وأهوائهم وأمزجتهم المحضنة، وإنما تتجدد بتجدد النظر في النصوص الشرعية والاستنباط منها². فالاختلاف في العوائد والأحوال والمناطق، وليس في أصل الأحكام، أي في الأحكام الفرعية الثابتة بالنصوص الظنية، التي بُنيت على العادة، لا في الأحكام المتعلقة بأصول الدين وأركانه، لثبوتها بالأدلة القطعية، وفق الظروف والضوابط العلمية المعتبرة شرعاً.

المطلب الثاني: صيغ القاعدة وقواعد ذات علاقة بها

تُعبر هذه القاعدة عن أحد المبادئ المعتمدة في التشريع الإسلامي، وهو مبدأ تغيير فتوى بعض الأحكام الشرعية، وفق الظروف والضوابط العلمية المعتبرة شرعاً، وتبعاً للأسباب والحكم التي يراعيها الشرع في وضع أحكامه وتغييرها. وهناك صيغ لهذه القاعدة، منها:

¹ الحوالي، ماهر هزاع، محاولات التجديد في أصول الفقه، ص 605-613، 2011.

² السبكي، عبد الكافي تقي الدين علي، فتاوى السبكي، ج 5، ص 29، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، 1376هـ، 2004م

صيغ القاعدة

- (الأحكام تتغير بتغير مناطها)¹، كما في وسيلة الطهارة تتبدل ما بين الماء والتراب، بحسب حال المكلف من قدرته على استعمال الماء وعدمها، لأن الشارع جعل قدرته على استعماله مناط وجوب الطهارة به.²
- (تغير بعض الأحكام بتغير الأزمان)³، الزمان سبب من الأسباب الداعية إلى النظر في مدارك الأحكام، وربطها بالأصول الشرعية، والمقاصد العامة المرعية⁴. مثال ذلك: ما روي من آثار عمر رضي الله عنه فقد رأى عمر رضي الله عنه عدم تغريب الزاني البكر، خوفاً من فتنة المحدود، والتحاقه بدار الكفر، لأن إيمان الناس يضعف مع الزمن⁵.
- فقد روى ابن المسيب رضي الله عنه عن عمر رضي الله عنه (أنه غرب ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب إلى خيبر، فلحق بهرقل وتنصر، فقال عمر: لا أغرب بعده مسلماً)⁶
- (لا يُنكر اختلاف الأحكام باختلاف الأزمان)، تتغير بعض أحوال الناس من بلد لأخرى، فالحكم يكون واحد ولكن الذي يتغير اختلاف الأمكنة والأزمنة فتتغير الألفاظ والتعبيرات عن المقصود فقط، مثل اصطلاحات البيع والشراء تختلف من بلد لآخر⁷.
- (تتغير الأحكام بتغير موجباتها)، تتغير الأحكام وفق الشروط والضوابط العلمية المعتبرة شرعاً، فالمبدأ هنا: هو طرؤ التغير وتعاقبه على بعض الأحكام الشرعية، وكذلك الأسباب المؤدية إليه، أو المسوغة للتغيير، وهو تغير موجبات الحكم⁸.

¹ وابن حميد، صالح بن عبد الله، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، ج1، مكتبة العبيكان، 1424هـ. ص325.

² المناط تعني: ما أضاف الشرع الحكم إليه وناطه به ونصبه علامةً عليه. الغزالي، أبو حامد، المستصفى، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983م، ص230.

³ الحفصكي، علاء الدين محمد بن علي، رد المحتار على الدر المختار، ج3، دار المعرفة، بيروت، 1420هـ، ص176.

⁴ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، 1378هـ، ص83-84.

⁵ عبد الرزاق الصنعاني، المصنّف، ج7، رقم الحديث 213، ط2، 1403هـ، المجلس العلمي، الهند.

⁶ عبد الرزاق الصنعاني، المصنّف، ج9، رقم الحديث 230.

⁷ الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ج1، دار الفكر العربي، ص176-178.

⁸ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص86.

- (لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الزمان)¹ هي من القواعد المعتبرة التي بُنيت عليها الكثير من الأحكام الشرعية والفتاوى الفقهية، كأحكام المعاملات التي تدعى (المتغيرات)².

وتفرعت قاعدة (تغيُّر الأحكام بتغير الأزمان) عن قاعدة (العادة مُحَكِّمة).

وهناك قواعد عامة وخاصة ذات صلة بقاعدة تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان، وقواعد معلِّلة لها ومتفرعة عنها، ومن هذه القواعد:

قواعد عامة

- (المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً)، أي الحكم الشرعي لازمٌ لعلته وسببه وجارٍ معه، لكن حيث اختلف الزمان، أو المكان اختلفت الحقيقة، والعلة والسبب، فالواقعة غير الواقعة، والحكم كذلك غير الحكم³.

قواعد خاصة

- (نسخ الأحكام مُجمَع عليه)، والنسخ يقع في الشريعة الواحدة، ويقع من شريعة لأخرى⁴.
- (النسخ لا يكون في الكليات)، فلا تنسخ الكليات الخمس لأن من مقاصد الشريعة حفظها، وهي من المصالح الضرورية⁵.
- (تتغير الفتوى بتغيُّر الأزمان)، المقصود بها التحول والانتقال عند الإفتاء في مسألة من حكم سابق كان مناسباً لها في وقت أو حال إلى آخر؛ لتبدل الوقت والحال، فالاختلاف في العوائد

¹ الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، ج1، مطبعة الغرب اسلامية، 1403، ص149.

² البوطي، محمد سعيد رمضان، هذه مشكلاتنا، ط4، دار الفكر، دمشق، 2008، ص34.

³ القرضاوي، يوسف، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، ج1، مكتبة وهبة، مصر، ص88.

⁴ العيني، بدر الدين أبو محمد بن محمود بن أحمد بن موسى بن حسين الغيتابي الحنفي، عمدة القارئ، ج1، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص159.

⁵ الشاطبي، أبو اسحق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1408، ص104. الشوكاني، محمد بن علي، ارشاد الفحول، ج1، ط1، المكتبة الوقفية، 2000م، 1421هـ، ص353.

والأحوال وليس في أصل الأحكام، كما في البلوغ فإن التكليف مرتفع عن الصغير حتى يصل سن البلوغ¹.

قواعد متفرعة عن ذلك

- (تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من فجور)²، مراعاةً للمصالح العامة، ودرءاً للمفاسد، مثال ذلك: تحليف الشاهد بالطلاق إن اتهمه القاضي (إن شك به)³ فهذه القاعدة تبين أيضاً أحكام جديدة أو تتغير أحكام بسبب ما تغير عليه حالهم من الفجور والفساد.
- (إذا تغيرت الحقيقة تغيرت الأحكام)⁴.
- (الأحكام لا تتغير بتغير الأسماء)⁵.

المطلب الثالث: مشروعية القاعدة وحكمها

قرر كثير من الفقهاء قديماً وحديثاً وأثبتوا قاعدة (تغير الأحكام بتغير الأزمان) تبعاً لتغيير الأحوال والظروف، ولقد عقد الإمام ابن القيم رحمته الله فصلاً في كتاب (أعلام الموقعين) عن تغيير الفتوى واختلافها بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال وتغير أعراف الناس وعاداتهم، ومهد لذلك بكلام على بناء الشريعة على مصالح العباد وأن بها صلاح الناس واستقرارهم⁶.

¹ ابن رشد، أبو الوليد بن محمد، البيان والتحصيل والشرح والتعليل والتوجيه في المسائل المستخرجة، ج1، ط2. دار المغرب للإسلام، 1988، ص292.

² القرافي، الفروق، ج4، ص382.

³ الدسوقي، إبراهيم عبد العزيز، حاشية الدسوقي، ج4، بيروت، دار الفكر، ص174.

⁴ الشلبي، محمد مصطفى، تعليل الأحكام، ج1، الأزهر، مصر، 1947، ص67.

⁵ عيش، أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، ص162.

⁶ ابن القيم الجوزية هو: عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي، من أبرز أئمة المذهب الحنبلي نشأ في دمشق، تتلمذ على يد شيخه ابن تيمية، وسار على نهجه، كان فقيهاً ومحدثاً وله مؤلفات في العقيدة والفقه والأصول، أشهرها أعلام الموقعين، زاد المعاد والفوائد وغيرها من المصنفات، ابن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، ج2، ص447.

الفرع الأول: مشروعية القاعدة¹

1- من القرآن الكريم: قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِّنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ) ثم قال تعالى: (الآن خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ)² قال بعض العلماء هذا نسخ، وقال بعضهم تخفيف وليس بنسخ. تعليلهم أن الآية الكريمة الاولى تؤخذ في حال القوة، والثانية في حال الضعف.

وعليه فإن الآية الكريمة الثانية تشرع لحالة معينة غير الحالة التي جاءت بها الاولى³.

2- واستدلوا من السنة الشريفة بأحاديث ادخار لحوم الأضاحي. عن عائشة - رضي الله عنها - وأرضاها قالت: دَفَّ ناس من أهل البادية حضرة الأضحى في زمان رسول الله ﷺ فقال: ادخروا لثلاث، وتصدقوا بما بقى، فلما كان بعد ذلك قيل يا رسول الله ﷺ: لقد كان الناس ينتفعون من ضحاياهم فقال: (إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت فكلوا وتصدقوا وادخروا)⁴.

ووجه الدلالة: أن الحكم وقت الحاجة كان هو النهي عن ادخار لحوم الأضاحي، وبزوال هذه الحاجة تغير الحكم للإباحة، فكان النهي عن الادخار في وقت الحاجة، وجاءت الرخصة بزوال الحاجة⁵.

الفرع الثاني: حكم القاعدة

هذه القاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) هي إحدى القواعد المنقرعة عن قاعدة (العادة محكمة). وهي ليست قاعدة مستمدة من أقوال السلف، بل هي قاعدة قررتها مجلة الأحكام

¹ اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ط2، دار الكتاب العربي، 1418، ص14.

² سورة الانفال، الآية: 65. وآية 66.

³ السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى، دار بلنسية، السعودية، ص434-434.

⁴ مسلم، صحيح مسلم، ج13، كتاب الأضاحي، باب ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي، رقم الحديث: 3757.

⁵ الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، ج 1، المكتبة الوقفية للكتب، 1989م، ص149.

العدلية، وقد وضعها الفقهاء للأحكام التي لا تستند مباشرة إلى نص شرعي، فمصدرها عُرفٌ أو مصلحةٌ مرسلّةٌ سكنت عنها النصوص¹.

¹ القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، عالم الكتب، الرياض، 2003م، ص48.

المبحث الثاني

علاقة القاعدة بالنظام الجنائي الإسلامي

المطلب الأول: الفرق بين تغيّر الأحكام وتغيّر الأزمان

معنى تغيّر الأحكام

إن أحكام الشريعة الإسلامية ليست كلها قابلة للتغيّر والتبديل، فهناك 1 أحكام ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، فلا مجال فيها للتغيير مهما تغيرت الأحوال والظروف، كالحدود والفروض ونحو ذلك، ومنها ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له، زماناً ومكاناً وحالاً، كمقادير التعزيرات وصفاتها، وأجناسها، فإن الشرع ينوع بها بحسب المصلحة. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على مرونة الشريعة وسعتها. والأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي التي تكون مستندة إلى العادات والعرف حسب احتياجاتهم¹.

معنى تغيّر الزمان (الأزمان)

هو انقراض العصر السابق، أو موت أهل ذلك الزمان، أو جزء منه، وتوالي الأجيال اللاحقة، ويلزم هذا التغير تغير احتياجات الناس، وأساليب عيشتهم، ومستلزمات حياتهم، وأحوالهم وأعرافهم، ونتيجة لهذا التغير تتغير الفتوى بسببه². ومعلوم أن من السنن الكونية التي كتبها الله تعالى أن لا يبقى على الأرض أحد في كل مائة سنة، وذلك لما ثبت فيما يرويه ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (أرأيتمكم ليلتكم هذه، فإن رأس مائة سنة منها، لا يبقى ممن هو على ظهر الأرض أحد)³ والمراد منه أن القرن يخترم، وأنه لا يبقى على وجه الأرض ممن هو على ظهرها في ذلك

¹ الزحيلي، محمد، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، ط 2، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2004م، ص 319.

² الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، ج 1، ط 2، المكتبة الوقفية، 1413هـ-1992م، ص 131.

³ البخاري، صحيح البخاري، كتاب العلم، باب ذكر العشاء والعتمة ومن رآه واسعاً، 34\1، رقم الحديث: 116، مسلم، وصحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة، ﷺ باب لا تأتي مائة سنة، وعلى الأرض نفس منقوسة اليوم، 1965\4، رقم الحديث: 2537.

الوقت بعد مئة عام أي يموتون. وقد تتغير عادات الناس بزمان واحد لا بانقراضه، فأحوال الناس تتغير من فترة لأخرى.

مقارنة بين تغيّر الأزمان وتغيّر الأحكام

وعند تناول قاعدة (تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان) فإنه يجب الإشارة إلى أن المقصود بها تغيير الفتوى في الأزمنة، والأمكنة، والأحوال، والنيات، والعوائد. وليس تغيّر الأحكام، وهذا ما قصده العلماء من هذه القاعدة، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تدور مع دوران شهوات الناس، وإنما تتجدد بتجدد النظر في روح وعلل النصوص الشرعية واستنباط الأحكام منها. ويقصد أيضاً بتغيير الزمان أنه سبب من الأسباب الداعية إلى النظر في مدارك الأحكام، فهي مرتبطة بالأصول الشرعية، والمقاصد العامة المستندة إلى الدليل الشرعي الثابت. لذا ومن خلال النظر والتمعن في هذه القاعدة وما تعنيه، تبين أن الفرق بين تغيّر الأحكام وتغيّر الأزمان: مع مرور الزمن، يتغير الناس وينقرض أهل عصر من العصور، وهذا التغيير يكون سماوياً، ثم يرتبط بهذه السنة الكونية اختلاف وتبدل وتجدد للأعراف والأحوال كنتيجة حتمية غير متعمدة غالباً، أما بعض الأحكام التي تكون مرتبطة بعادات الناس وظروفهم في نفس العصر الذي يعيشون فيه، أو الذي يليه، فتتغير بعض الأحكام حسب ما تقتضيه المصلحة بما لا يخالف الشرع والنصوص الثابتة¹.

المطلب الثاني: تأصيل تغيّر الأحكام (أحكام التجريم والعقاب)²

إن تغير الأزمان والأحوال هو الأساس والقاعدة، والمرتبط بمصالحهم واستقراهم (المقاصد الشرعية)، وتغير الأحكام يتناسب طردياً مع هذه المصالح، والتي ما شرعت تعاليم الدين إلا لحمايتها وتحقيقها، وبالتالي فإن تغير الأحكام هو الفرع، والمجس الذي يدور مع مصالح الخلق وحُرُماتهم. وما جاءت الشريعة الإسلامية إلا لتحقيق هذه المقاصد والمصالح الكبرى، ولهذا كانت الأحكام معللة بمصالح العباد. وقاعدة تغيير الفتاوى والأحكام بتغير الزمان تتعلق (بتحقيق

¹ السفيناني، عابد بن محمد، الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية (رسالة دكتوراة)، سنة النشر: 1988م-1403هـ ص449-450.

² عبيد، رؤوف، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج 1، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972م، ص21.

المناط)، وهو: تطبيق الأحكام الشرعية على وقائعها ومتعلقاتها، مثل تحقيق مناط الفقراء من مستحقي الزكاة، وتطبيق الحكم على واقع أشخاص معينين بعد التحقق من صفة الفقر¹.

ومن صور ذلك إعطاء عمر رضي الله عنه بعض المؤلفة قلوبهم، وسهم المؤلفة قلوبهم ثابت بالقرآن الكريم والسنة الشريفة، وهذا السهم والعطاء لتأليف من يكون بدخوله الإسلام نصرة الدين وعزه. ولذلك حينما أعز الله الإسلام وفتحت الفتوح وبلغت العراق والشام لم ير رضي الله عنه إعطاء بعض المؤلفة قلوبهم، ومنعهم، وقال -لاثنين منهما-: (إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتألفكما، والإسلام يومئذ قليل، وإن الله قد أغنى الإسلام، اذهبا فاجهدا جهدكما)². وهذا الفعل من عمر رضي الله عنه ليس إبطالاً لهذا السهم، ولكنه اجتهاد بوجود أهله، إذ أنه يرى بعد عز الإسلام وانتشاره واختلاف الحال وتغير الزمان لا حاجة لإعطاء هؤلاء³.

فالأحكام الشرعية حقائق تتصف بالبقاء والرسوخ ولا تقبل التبديل، أما الذي يتغير هو مناط الحكم الذي أنيط به وعلق عليه تحقيق الحكم بصرف النظر عن الزمان الذي تقع فيه تطبيقات مناط الحكم⁴.

وتظهر أهمية التفسير: (وهو نشاط عقلي يستخدم فيه المفسر قواعد اللغة والمنطق لتحديد المصلحة التي شرع النص الجنائي لحمايتها، وللوقوف على ما إذا كانت الألفاظ تتطابق مع المصلحة التي تمثلها الواقعة المعروضة على القاضي)⁵، فيلعب التفسير دوراً كبيراً في التكيف الفقهي، وتحديد المناط وظروفه، وعلاقة كل ذلك بالتغيير.

¹ الغزالي، أبو حامد، المستصفى، ج2، دار العلوم الحديثة، بيروت، ص 238.

² الجصاص، أبو بكر الرازي الحنفي، أحكام القرآن، ج3، دار إحياء التراث العربي، ص 124.

³ البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، 1977-1397هـ. ص143.

⁴ الشاطبي، الموافقات، ج2، ص 286.

⁵ رفاعي، سعيد سعد، تفسير النصوص الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 1995م، ص15.

ويلعب القياس دوراً هاماً في التجريم والعقاب: (وهو إعطاء حكم حالة منصوص عليها لحالة غير منصوص عليها؛ لتشابه الحالتين في العلة)¹، من خلال الدقة في الوصول إلى تقرير الحكم الجديد.

المطلب الثالث: ضوابط تغيير أحكام التجريم والعقاب

لا بد من أن يكون اعتبار تغيير الحكم أو الفتوى بالحكم ملزوماً (مقيداً بشروط تابعة لها) بجملة من الضوابط الشرعية التي يجب أن تكون راسخة في العقول، حتى يكون تغير الزمان مؤثراً في تغييرها. وهذه الضوابط هي ما يلي:

الضابط الأول: أن يكون مستند الحكم الأول هو المصلحة العامة والأحوال والظروف المتغيرة، ومعروف أن هذه الثلاثة تتغير بتغير الزمان.

الضابط الثاني: اتحاد الصورة (دوران الحكم مع علته أينما توجد العلة يوجد الحكم معها)، فإذا اختلفت الصورة فلا يعتبر تغييراً قطعياً، بل يعد من باب الاختلاف السائغ المسموح به في الشريعة الإسلامية.

الضابط الثالث: انطلاق تغيير الحكم من أصول الشريعة وقواعدها المقررة بالأدلة الشرعية، وإلا تكون نتائج رأي غير مستند بالدليل، أو حسب الأهواء.

الضابط الرابع: تنزيل الحكم على الصورة المستفتى عنها بعد التأكد من سلامة الأمر المتغير².

الضابط الخامس: مراعاة المقاصد الشرعية عند تغيير الحكم، لأنه معلوم أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تنفصل في كل زمن عن مقاصدها. فالمقاصد الشرعية تعتبر فاصلة في هذا التغيير.

¹ الحديشي، فخري عبد الرزاق، شرح قانون العقوبات، جامعة بغداد، عام 1979م، ص53.

² الكبش، محمود محمد، قاعدة لا ينكر تغيير الزمان بتغيير الاحكام، دار الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

وعلى الفقيه النظر فيما إذا كان التغيير يحقق مقصداً شرعياً صحيحاً أم لا. (والنظر إلى مآلات الأفعال معتبرٌ مقصودٌ شرعاً)¹.

الضابط السادس: يكون التغيير فقط في الأحكام الفرعية الثابتة بالنصوص الظنية، لا في الأحكام المتعلقة بأصول الدين وأركانه، لثبوتها بالأدلة القطعية².

¹ الدريني، محمد فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، 2008م، ص24-25.

² ابراهيم، محمد يسري، أثر قاعدة تغيير الفتوى بتغيير الأزمان والأحوال، ط 1، 1428-2007، ص558.

المبحث الثالث

نطاق قاعدة تغير الأحكام الجنائية

المطلب الأول: في ما يتعلق بالأحكام الثابتة في القرآن الكريم والسنة الشريفة

لم ينكر العلماء تغيير بعض الأحكام بتغيير الأزمان ولكن هذا التغيير مقصور على الأحكام التي في طبيعتها متغيرة وليست ثابتة في أصل الوضع الشرعي، وطبيعة هذه الأحكام المتبدلة والمتغيرة هي التي بُنيت أحكامها على العرف، أو المصلحة، ولم يكن أصل بنائها على أصل شرعي ثابت. وبنو قولهم على القاعدة المجمع عليها (كل حكم مبني على عادة إذا تغيرت العادة تغير)¹، وعقب الفقهاء على هذه القاعدة بقولهم: إنَّ التغير لا ينال إلا الأحكام التي بُنيت على العادة. أما الأحكام التي بُنيت على أساس مقاصدي شرعي عام، كالحدود وتحريم الربا، لا تتغير، وهذا ما يميز الشريعة الإسلامية (بالمرونة) في هذه الأحكام، و(بالثبات) في الأحكام الثابتة². والأحكام الشرعية الثابتة بالقرآن الكريم والسنة الشريفة غير قابلة للتغيير ولا للتبديل، مهما اختلف الزمان والمكان، فالربا، والخمر، والزنا، وغيرها من الأحكام الثابتة لن يكون حلالاً في أي زمان أو مكان، وذلك لثبوت هذه الأحكام الشرعية بنصوص الوحي، ولاكتمال التشريع بها. فالأحكام الثابتة ليست عرضة للاجتهاد أو التغيير، لخطورتها، ولمساس حاجة الناس إليها عبر كافة الأزمان.

قال محمد بن إبراهيم رحمته الله: حُكِمَ الله تعالى ورسوله ﷺ لا يختلف باختلاف الأزمان³.

¹ ابن نجيم، زين الدين، **الأشباه والنظائر**، مؤسسة الحلبي، ص 93.

² القرافي، أبو شهاب الدين، **الفروق** ج4، دار الكتب العلمية، ص103. القرافي هو: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، ولد سنة 626، أهم كتبه: شرح التهذيب، الانتقاد على الاعتقاد، التعليقات على المنتخب، التتقيح وغيرها الكثير من المؤلفات، توفي عام 684، ابن فرحون، محمد الاحمدي، **الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب**، ج1، دار التراث للطبع والنشر، ص62-68.

³ عبد اللطيف، محمد بن إبراهيم: ولد في عاشوراء بالعراق سنة 1311هـ، أبوه شيخ وعلامة، لذا نشأ في بيئة علمية ودينية، عين قاضياً في الغطط بالسعودية، وكان اماماً لمسجد الشيخ إبراهيم هناك، وكان محدثاً وخطيباً وعمل مفتياً وتولى المعاهد والكلليات في بلاده، ولما تأسست رئاسة القضاء عمد رئيساً لها وكان رئيس مجلس رابطة العالم الإسلامي. ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد، **الدرر السنية**، ط6، ج16، المكتبة الوقفية، 1996، ص474.

وتطور الأحوال، واختلاف الحوادث، فإنه ما من قضية إلا وحكمها في كتاب الله تعالى، وسنة رسوله ﷺ، سواء كان نصاً، صريحاً ظاهراً، أو استنباطاً، أو غير ذلك. علم ذلك من علمه، وجهل ذلك من جهله. وإن العلماء قصدوا بها (تغيير الفتوى بتغيير الزمان) لا تغيير الحكم الثابت، بل جعلوا مراده سبحانه وتعالى في ما كان مستصحبة (مراعية فيها) الأصول الشرعية، والعلل المرعية، والمصالح التي جنسها (المصالح الخمسة الضرورية) الله تعالى، ورسوله ﷺ.¹

وقد نبه الزحيلي² على أن الأصل في الشريعة ثبات الأحكام، وأن لفظ الأحكام في القاعدة ليس عاماً، وقال: لذلك تعتبر القاعدة قاعدة خاصة واستثناءً، مع تأكيده على عدة حقائق هي: إن الأحكام الثابتة في القرآن الكريم والسنة الشريفة في الشريعة لا تتبدل بتبدل الزمان، بل هي أصول جاءت بها الشريعة لإصلاح الأجيال على مر الزمان، تتغير وسائلها فقط أركان الإسلام وما علم من الدين بالضرورة فيبقى ثابتاً غير قابل للتبديل والتغيير، وإن جميع الأحكام التعبدية (الشرعية) لا مجال فيها للاجتهاد والرأي، وأمور العقيدة أيضاً لا تتبدل ولا تقبل الاجتهاد، فهي ثابتة منذ نزولها على الأنبياء عليهم الصلاة والسلام حتى قيام الساعة³.

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالنصوص الاجتهادية والعرفية

من المقرر في فقه الشريعة الإسلامية أن لتغيير الأوضاع والأحوال الزمانية تأثيراً كبيراً في العديد من الأحكام الاجتهادية، فهذه الأحكام أوجبها الشرع، بهدف إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد. وعلى هذا الأساس أسست قاعدة (لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الزمان).

وهذه القاعدة هي إحدى القواعد المتفرعة عن قاعدة "العادة محكمة"، والأحكام التي تتغير هنا هي المبنية على العرف والعادة، لأنه بتغيير الأزمان تتغير احتياجات الناس. وبناء على ذلك

¹ محمد بن إبراهيم، فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم، ج12، ط1، مطبعة الحكومة، مكة، 1399هـ، ص288-289.

² ترجمة: محمد مصطفى الزحيلي، الدمشقي: من مواليد القلمون، أحد أبرز علماء أهل السنة شافعي المذهب، حصل على الماجستير والدكتوراه، عين مدرسا في جامعة دمشق عام 1963م ثم استأذنا مساعداً، ومن أهم كتبه: آثار الحرب في الفقه الإسلامي، وأصول الفقه الإسلامي، الوجيز، العلاقات الدولية في الإسلام، نظرية الضمان والعديد من الكتب المهمة، جعفر، عبد الغفور محمود مصطفى، التفسير والمفسرون في ثوبه الجديد، دار السلام، مصر، 2007م، ص 779.

³ الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، ص319.

يتغير عرف الناس وعاداتهم، وتتغير أحكامهم. هذا بخلاف الأحكام المستندة على الأدلة الشرعية التي لم تبني على العرف والعادة، فإنها لا تتغير¹.

وقد اتفق فقهاء المذاهب² أن الأحكام التي تتبدل هي الأحكام الاجتهادية، سواء ما كان منها متعلقاً بالمصلحة أو بناء على القياس. والحقيقة أن الأحكام الشرعية التي تتغير بتغير الزمان مهما تغيرت، فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، هو احقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد، فهو ما سعت إليه الشريعة الإسلامية منذ فجرها. وما تبديل الأحكام إلا تبديل للأساليب والوسائل المؤدية إلى غاية الشريعة الإسلامية، وإن تلك الوسائل والأساليب لم تحددها الشريعة الإسلامية بل تركت فيها المجال للعقل البشري، ليختار منها الأصلح والأنجح، والموافق لأحكام الشرع، غير المنافي للأصول الثابتة فيها³.

¹ حيدر، علي خواجه أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، دار عالم الكتب، 1423هـ-2003م، ص47.

² ابن عابدين، محمد أمين أفندي، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، المكتبة الوقفية، ص125. ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين ج4، ص157. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف الدين، المجموع، ج10، ص220. ابن رشد، محمد بن أحمد القرطبي، البيان والتحصيل، ج14، ص18.

³ الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص940-941.

المبحث الرابع

تطبيقات فقهية قانونية على قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية على القاعدة في القضاء

الفرع الأول: القضاء بطريق العرف

إن تغيير الأحكام استناداً إلى العرف¹ معروف على مر تاريخ الإسلام، يقول القرافي: "الأحكام المترتبة على العادات تدور معها أينما دارت وتبطل معها إذا بطلت". فكل ما هو في الشريعة الإسلامية يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة الأولى إلى ما تقتضيه العادة المتجددة.. والأعراف والعادات المتبدلة هي التي لم تنشأها الشريعة أصلاً، ولم تتعرض لها إطلاقاً لا بمدح ولا بدم، إنما أنشأها الناس بأنفسهم نتيجة العلاقات الاجتماعية بينهم².

وهناك تطبيقات وصور عديدة في الشريعة الإسلامية على تغيير الأحكام بتغير العرف منها ما يلي:

الصورة الأولى: قرار إغلاق ابواب المساجد في غير وقت الصلاة

جواز إغلاق أبواب المساجد في غير أوقات الصلاة في زماننا، وذلك صيانة للمسجد عن العبث والسرقة؛ لأن وظيفة معظم المساجد اليوم اقتصر على الصلاة، وغابت عنها وظيفة المسجد ورسالته شرعاً كما كانت في بداية عهد الدولة الإسلامية³.

الصورة الثانية: عدم نفاذ تصرفات المدين ذي الدين المستغرق

الأصل أن تنفذ تصرفات المدين بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها، ما دام لم يُحجر عليه؛ لأن الديون تتعلق بذمته، وتبقى أعيان أمواله حرة،

¹ العرف: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطوائف بالقبول. ابن عابدين،، مجموعة رسائل ابن عابدين (نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف)، ص113.

² القرافي، الفروق، ج1، ص1761.

³ الشاطبي، الموافقات، ج2، ص280-283.

فينفذ فيها تصرفه. ولكن لما فسد الزمان، وخربت الذمم، وكثر الطمع، وقل الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجوه الدائنين عن طريق وقفها، أو هبتها لمن يثقون به ليعيدها فيما بعد، افتى المتأخرون من فقهاء الحنفية، والحنابلة في وجه عندهم، وهو ظاهر مذهب المالكية بعدم جواز وعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما زاد عن وفاء الدين من أمواله، وذلك بعد أن يتم الحجر عليه قضاء¹.

الصورة الثالثة: وجوب تسجيل عقد النكاح لدى المأذون

وجوب تسجيل النكاح لدى المأذون وتوثيقه من القاضي أو نائبه في المحكمة وضبطه في السجلات، لتغير أعراف الناس، وأحوالهم، وتطور أساليب حياتهم، فقد اتسعت الذمم، وأنكر كثير من الناس هذه العلاقة الزوجية، للتهرب من واجبات ومسؤوليات الدين، كما كثر العباد وترامت أطراف البلاد، ولم يعد كثير من الناس يعرفون بعضهم... فصيانةً لكرامة الأزواج وسمعتهم، وحفظاً على الأعراض ونسب الأولاد، وحقوق الزوجين، اقتضت كل هذه الأعراف وجوب تسجيل العقود، لا مجرد استحبابها، أو إباحتها².

الصورة الرابعة: منع حضور النساء للمساجد

فقد نهى النبي الرجال عن منع النساء من حضور المساجد، فقال -عليه الصلاة والسلام- "لا تمنعوا إماء الله مساجد الله"³، ولما تغير الزمان واختلفت أحوال النساء قالت عائشة رضي الله عنها: "لو أن رسول الله ﷺ رأى ما أحدث النساء من منعهن كما منع نساء بني إسرائيل"⁴، فيعتبر هذا من باب تغير الحكم لتغير الزمان؛ أي: تغير أهله ومقاييسه وأخلاقه وأعرافه⁵.

¹ الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، دار القلم، دمشق، ص360.

² السدلان، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ص439.

³ رواه البخاري صحيح البخاري/ كتاب الجمعة/ باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل من النساء والصبيان وغيرهم؟ 6/2 - رقم: (900)، و مسلم، صحيح مسلم/ كتاب الصلاة/ باب خروج النساء الى المسجد اذا لم يترتب عليه فتنة، وأنها لا تخرج مطيبة 327/1 - رقم: (442). توحيد طريقة ومنهج التوثيق

⁴ رواه الإمام احمد بن حنبل في مسنده. مسند الإمام أحمد - رقم الحديث: (256109)، دار الفكر العربي.

⁵ الباكري، أحمد، اثر قاعدة تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان ص40، بحث في جامعة خالده، ابها.

الفرع الثاني: القضاء بطريق المصلحة المرسلية

والمصلحة هي: جلب منفعة أو دفع مضرة، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، هو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعها مصلحة¹.

المصلحة المرسلية: هي كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو نوعها².

الصورة الأولى: وجوب تسجيل السيارات، وعمل ترخيص لها، والتأمين الشرعي عليها، لتحقيق مقاصد عديدة، والحفاظ على المصالح المتجددة³.

الصورة الثانية: إيقاع عمر عليه السلام (الطلاقات الثلاث في مجلس واحد بينونة كبرى)⁴، من باب العقوبة والزجر، فقد أصبح لاحقاً لا يقع؛ تقديراً للمصلحة العامة، والذي رجعت إليه الكثير من المحاكم الشرعية في البلاد الإسلامية. وقد أيد هذا الأمر شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم رحمهما الله الذي تحدث وأطال في الكلام عن هذه المسألة في كثير من كتبه، وخاصةً في "أعلام الموقعين" حيث قال: وإذ عرف هذا فهذه المسألة ممن تغيرت بها الفتوى بحسب الأزمنة؛ لما رأته الصحابة من المصلحة، لأنهم رأوا مفسدة تتابع الناس في إيقاع الثلاث لا تتدفع إلا بإمضائها عليهم، فرأوا مصلحة الإمضاء أقوى من مفسدة الوقوع، ولم يكن باب التحليل الذي لعن الرسول صلى الله عليه وسلم فاعله مفتوحاً بوجه ما، بل كانوا أشد خلق الله في المنع منه، وتوعد عمر رضي الله عنه فاعله بالرجم، وكانوا عالمين بالطلاق المأذون فيه وغيره⁵.

الصورة الثالثة: ضرب عمر رضي الله عنه للنوائح حتى بان شعرها. روي عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال: "لما توفي أبو بكر رضي الله عنه أقامت عائشة رضي الله عنها عليه النوح، فبلغ عمر رضي الله عنه فنهاهن فأبين، فقال لهشام بن

¹ الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، ج1، مكتبة لبنان، 1986م، ص 36،

² الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص100.

³ السدلان، القواعد الكبرى وما تفرع عنها ص439.

⁴ مسلم، صحيح مسلم، باب الطلاق الثلاث، ج2، ص1099، رقم الحديث: 1472. والشيباني، أبو عبد الله أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق شعيب الارنؤوط وآخرين، ط1، الحديث صحيح، مؤسسة الرسالة، ج8، 2001م. ص91،

⁵ ابن القيم، أعلام الموقعين، ج3، ص408،

الوليد: أخرج إلى بيت أبي قحافة-يعني أبي فروة- فعلاها بالدرّة ضربات فتفرق النوائح حين سمعن بذلك¹

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية على القاعدة في الدعاوى والشهادات

تعريف الشهادة

الشهادة لغة هي: خبر قاطع، نقول شهد فلان على فلان بحق، وشهد الرجل بكذا، وتأتي الشهادة على عدة معان: الإشهاد، الإخبار، الإدراك، اليمين، والشاهد هو ما يؤدي ما عنده من الشهادة².

الشهادة شرعاً: الإخبار بلفظ الشهادة: يعني أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي ومواجهة الخصمين³. أما الدعاوى فقد عرفت في الفصل سابق.

والشهادة واحدة من أدلة الإثبات في القضايا الجنائية، لذلك اشترط الفقهاء عدالة الشاهد لاعتماد شهادته وبناء الحكم عليها، ومع اتفاق الفقهاء⁴ على شرط العدالة إلا أن هناك أموراً أخرى تجعل الشاهد محل اتهام، أو تنقص من عدالته، فتجعل من الصعب على القاضي قبول شهادته. ومصدر هذا الاتهام هو إما أن تكون هناك علاقة سلبية أو ايجابية بين الشاهد وبين أحد طرفي الدعوى مما يثير الشكوك في تصديق شهادته والحكم بها من قبل القاضي.

¹ الصنعاني، عبد الرزاق، المصنف، باب اخراج المعاصي من البيوت، ج3، ص556، رقم الحديث: 6680. حكم الحديث: صحيح متصل في صحيح البخاري.

² ابن منظور، لسان العرب، ج7، ص233.

³ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج4، ص433، دار الكتب العلمية.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج9، ص145. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج7، ص346. والبهوتي، كشف القناع، ج6، ص404. المرتضي، أحمد بن يحيى، البحر الزخار لمذاهب علماء الأنصار، ج6، ط2، مؤسسة الرسالة بيروت، ص108.

رد الشهادة بتهمة القرابة

علاقة القرابة بين الشاهد وأحد أطراف الدعوة من الأمور التي تشكك في شهادة الشاهد كما اسلفنا، إذ الغالب فيها أن المودة والرحمة قائمة بين الأقارب، وغالباً ما يحرص كل واحد منهم على جلب النفع ودفع الشر عن الآخر. وعلى أثر هذه الصلة فإن الشاهد يصير متهماً، وتكون شهادته محل نظر عند القاضي، لأنه يحتمل أن يميل إلى قريبه في الشهادة، وبذلك يصعب الاستناد إلى حكمه¹.

آراء الفقهاء: لقد اختلف الفقهاء في قبول شهادة القريب، فمنهم من جوز شهادة القريب مطلقاً كالأجنبي، ولم يجعل القرابة مانعة من الشهادة، كما قال ابن حزم²، وهو يحتج بالعموميات التي لا تفرق بين أجنبي وقريب. وذهب الشافعية وأحمد إلى منع شهادة الفروع والأصول لبعضهم، وجوزوا شهادة سائر الأقارب لبعضهم لبعض³.

أدلة الفقهاء:

1- احتجوا من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتُمْ أَيْمَانُهُمْ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةٌ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبَرَكَاةٌ طَيِّبَةٌ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴿١١﴾﴾⁴

¹ العاني، محمد رضا عبد الجبار، أثر قرابة الشاهد للخصوم على شهادته في الشريعة والقانون، مجلة الدراسات العربية، جامعة بغداد، ص 53،

² ابن حزم أبو محمد بن احمد بن سعيد الأندلسي، ولد في قرطبة وسكن فيها في سنة 384، تفقه على المذهب الشافعي وكان شافعيّاً وانتقل للمذهب الظاهري فهو فقيه ظاهري أكبر علماء المسلمين، ونال في بلده جاهاً عريضاً، و لي الوزارة للمرتضى بن بلنسية، له عدد من المؤلفات منها: الإحكام في أصول الأحكام، المحلى، الفصل في الملل والنحل، ومراتب الإجماع وغيرها.

³ الشربيني، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 4، ص 433.

⁴ سورة النور: آية 61.

2- فلم يذكر بيوت الأبناء أنها داخلة في بيوتهم أنفسهم، فاكتفى بذكرها دونهما، وإلا فبيوتهم أقرب من بيوت منذكر في الآية

3- واحتج الشافعي رحمه الله أنه لو قبلت شهادة الأب لابنه لكانت شهادة منه لنفسه، وقد قال النبي ﷺ: "فاطمة بضعة مني يُربيني ما رابها، ويؤذيني ما آذاها"¹

4- واحتجوا أيضاً بقول النبي ﷺ في الحسن ﷺ: "إن ابني هذا سيد"² قال الشافعي رحمه الله: فإذا شهد له فإنما يشهد لشيء منه.

5- وقد جرى العمل عند التابعين رحمهم الله أنهم ردوا شهادة القريب لقريبه مطلقاً³

قبول شهادة من ليس محلاً للشهادة

البند الأول: قبول شهادة الأمثل فالأمثل: إنه لما ندرت العدالة وعزت في هذه الأزمان، قال الفقهاء: بقبول شهادة الأمثل فالأمثل، والأقل فجوراً فالأقل. وقالوا نظير ذلك في القضاة وغيرهم، إذا لم يوجد إلا غير العدول، أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً؛ لئلا تضيع المصالح وتتعطل الحقوق والأحكام، فقد حسن ما كان قبيحاً، واتسع ما كان ضيقاً، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان، فإن خيار زماننا هم أراذل العصر الأول. وكذلك جوزوا: تحليف الشهود عند إلحاح الخصم. وإذا رأى الحاكم ذلك، لفساد الزمان.

البند الثاني: وجوزوا أيضاً: إحداث أحكام سياسية لقمع أرباب الجرائم عند كثرة فساد الزمان، وأول من فعله عمر بن عبد العزيز رحمه الله فإنه قال: ستحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، وقد منع عمر بن عبد العزيز رحمه الله عماله عن القتل، إلا بعد إعلامه وإذنه به بعد أن كان مطلقاً لهم، لما رأى من تغير حالهم⁴.

¹ مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب: فضائل الصحابة، باب فضائل فاطمة، ص1902، ج4، رقم الحديث: 2449.

² الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن حمدويه بن نعيم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، ج3، ط1، رقم الحديث: 4809، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م، 1411هـ، ص175.

³ ابن القيم، إعلام الموقعين، ج1 ص111 وما بعدها.

⁴ الفيرواني، ابن أبي، زيد، متن الرسالة، المكتبة العصرية، بيروت. ص148،

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين الحليم الكريم الذي تتم بنعمته الصالحات، أحمده وأشكره بأن من علي ووفقني بفضلله وكرمه بأن أنجزت هذا البحث بصورته النهائية هذه. وقد توصلت فيه إلى نتائج هامة، واقتרכת توصيات نافعة. وهي كما يلي:

أولاً: النتائج

- 1- يتميز النظام الجنائي الإسلامي بأنه رباني من الله سبحانه وتعالى فهو يتصف بالكمال فلا يعتریه نقص، ويتصف بالشمولية، والثبات، والاستمرارية ومرونة وصلاحيته لكل زمان ومكان.
- 2- النظام الجنائي الإسلامي من أهم النظم في مجالات الحياة وأخطرها، لما فيه من حقوق لله وللعباد.
- 3- والنظام الجنائي وضع حداً لكافة الجرائم، وتدرج في معالجة المشكلات الاجتماعية بكل السبل الحكيمة وأنجعها، وحمى كافة الحقوق الإنسانية بالعدل.
- 4- وللشريعة الإسلامية مقاصد عامة وخاصة، ومصالح وغايات تعود على الفرد والمجتمع، ولبت حاجات الناس في كل مناحي الحياة، ووفرت الأمن والأمان، والسعادة في الدارين.
- 5- تتفق مبادئ النظام الجنائي الإسلامي مع بعض مبادئ النظام الوضعي في تحديد سلطان النص الجنائي على الزمان، بشرط عدم مخالفة أصول الشريعة الإسلامية ويفع تحت مراعاة المقاصد الشرعية العامة والمصلحة للفرد والمجتمع.
- 6- النظام الجنائي الإسلامي اهتم برد الحقوق إلى أصحابها، وشفى غيظ المجني عليه.
- 7- لم يفلت من العقاب أي شخص جاني ومعتدي، مهما كان موقعه أو مركزه في الدولة الإسلامية.

- 8- تتغير الأحكام بتغير الأزمان، ولكن فيما يتعلق بالعرف والعادات وتغير أحوال الناس، أما الأحكام الثابتة من القرآن الكريم والسنة الشريفة، فلا مجال للمساس بها فهي أحكام راسخة وصالحة لكل زمان ومكان، لا تتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال.
- 9- في النظام الجنائي لا يضيع حق أحد مهما طال عليه الزمن. فلا يسقط الحق بالتقادم.
- 10- ولا جريمة ولا عقوبة في الإسلام بغير نص شرعي.
- 11- وتدرأ الحدود بالشبهات، فلا يحكم بمجرد شك أو شبهة معينة، وإنما اشترط الشهود وأمور يجب أن تؤخذ بالحسبان عند اتهام أي شخص.
- 12- أخذ النظام الجنائي الإسلامي بمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية، وأهتم أيضاً في الجاني في حالة (النص الأصلح للمتهم)، والقوانين المؤقتة التي يمكن للجاني الاستفادة منها.
- 13- هناك استثناءات على قاعدة عدم رجعية القوانين في الجرائم الخطيرة في حال القوانين الموضوعية التي يوجد بشأنها نص خاص والنصوص القانونية توجد عدم رجعتها.
- 14- يظهر مدى تفوق النظام الجنائي الإسلامي على النظام الوضعي من حيث مصدره، وأهدافه، وغايته، وأسبقته، واحترامه التطبيق.
- 15- خضعت فلسطين إلى عدة قوانين فرضته عليه الأنظمة التي خضع لها، ووضع تحت الحكم العثماني وبعدها الاحتلال البريطاني والصهيوني، وفرضت قوانين ليست لها علاقة بالشرعية الإسلامية، لكنها تتماشى مع سياسة الاحتلال البغيض.

ثانياً: التوصيات

- 1- ضرورة التمسك بمبادئ النظام الجنائي الإسلامي، وقانونية العقيدة الإسلامية منهجاً وطريقةً حتى نصل إلى أعلى مراتب العدل والأمان والاستقرار السياسي والاجتماعي.

- 2- ضرورة تكثيف البحث والدراسات الفقهية على موضوع الجنايات وأحكامها وما يتعلق بها من أمور، وذلك لشح الدراسات عليه.
 - 3- لا بد من مراعاة المصالح المرسلة والمقاصد الشرعية ومجaraة التطور وتغير الأحوال والعادات مع التمسك بأصول الشريعة الإسلامية الثابتة.
 - 4- على الدول الإسلامية والعربية أن تلتمسك بمبادئ النظام الجنائي الإسلامي عقيدةً وقانوناً ومنهج حياة.
 - 5- نأمل ونتطلع إلى تطبيق أحكام النظام الجنائي الإسلامي في أرضنا فلسطين الحبيبة، لحماية حقوق شعبنا ومقدساتنا وما تتعرض إليه من تهويد وظلم لشعبنا.
 - 6- نأمل من الباحثين الجدد -وخاصة طلاب الشريعة الإسلامية- تكثيف البحث ونشر أحكام الإسلام في ظل الهجمة الشرسة على ديننا، ومحاولات نعتة بالإرهاب.
- والحمد لله سبحانه وتعالى وكفى... وصلاةً وسلاماً على عباده الذين اصطفى

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

القرآن الكريم

البخاري، محمد بن أبو عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم، **صحيح البخاري**، ترتيب وترقيم الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي، تقديم العلامة أحمد محمد شاكر، ط 1، 2008، مكتبة ألفا للتحقيق والتأليف، الجيزة، مصر،

الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، **السنن**، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، رقم 1424.

الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن حمدويه بن نعيم النيسابوري، **المستدرک علی الصحيحين**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1990م، 1411هـ.

ابن ماجه، أبو عبد الله بن محمد بن يزيد، **سنن ابن ماجه**، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، رقم (2714)، مؤسسة الرسالة.

مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، **صحيح مسلم**، كتاب: فضائل الصحابة، باب فضائل فاطمة.

ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، 2010م.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، **شرح النووي على صحيح مسلم**،، دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1392هـ.

المراجع

ابراهيم، أكرم نشأت، **القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن**، دار الجامعة، الإسكندرية.

- ابراهيم، محمد يسري، أثر قاعدة تغيير الفتوى بتغيير الأزمان والأحوال، ط 1، 1428-2007.
- الأكطوغاني، يونس وهبي باوزير، حركة التجديد في تقنين الفكر الإسلامي (مجلة الأحكام العدلية وقوانين ملاقا الإسلامية)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971.
- الآمدي، أبو حسن، الأحكام في أصول الأحكام، المكتب الاسلامي، بيروت، لبنان.
- الأمير، محمود يوسف الصادق، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية: دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2011م.
- الباجوري، إبراهيم، حاشية الباجوري على متن السلم، مصر، 1297.
- الباكري، أحمد، أثر قاعدة تغيير الفتوى بتغيير الزمان والمكان.
- بدر الدين العيني، أبو محمد بن محمود بن أحمد بن موسى بن حسين الغيتابي الحنفي، عمدة القارئ، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- بديوي، عبد العزيز، القضاء في الاسلام، دار الفكر العربي، 1979م.
- ابن براك، فوزان محمد، الوافي في أصول المرافعات، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، 1437.
- بلعيات، ابراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ.
- البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار الوطن للنشر، 1426هـ.
- بوشير، أمقران، النظام القضائي الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، 1397-1977هـ.

- البوطي، محمد سعيد رمضان، هذه مشكلاتنا، ط4، دار الفكر، دمشق، 2008.
- تتاغوا، سمير، النظرية العامة للقانون، طبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974م.
- ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، مجموع الفتاوى، مكتبة النقي، 1900.
- جابر، جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ط1، مطبعة الهلال، بغداد، 1949.
- الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، مطبعة الحلبي، 1357، هـ.
- الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، 1926م. -
- جعفر، محمد علي، مبادئ المحاكمات الجزائية، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1994م.
- جمال الدين، سامي، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، 1996م.
- جمال محمد مصطفى، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، المكتبة الوطنية، بغداد، العراق، 2004م.
- الجواهري، محمد حسن، جواهر الكلام، دار احياء التراث العربي.
- الجوهري، ابو نصر اسماعيل بن حماد، الصحاح، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ- 1987م.
- ابن حجر العسقلاني،: فتح الباري (بشرح صحيح البخاري)، ط1، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407هـ- 1987
- الحديثي، فخري عبد الرازق، شرح قانون العقوبات، جامعة بغداد، عام 1979م.
- ابن حزم، علي بن احمد بن سعيد، المحلى بالآثار، دار التراث، القاهرة.

حسني، محمود نجيب، **الفقه الجنائي الإسلامي (الجريمة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1427هـ، 2007م.

حسني، محمود نجيب، **شرح قانون الإجراءات الجنائية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
حسيني، عصام عفيفي، **تجزئة القاعدة الجنائية في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي (دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.

الحسيني، هاشم معروف، **المسؤولية الجزائية**، المطبعة الحديثة.

الحصري، أحمد، **علم القضاء**، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، 1397هـ - 1977م.

الخطاب، أبو عبد الله محمد، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ط3، دار الفكر، 1978م.

الخطاب، محمد بن عبد الرحمن أبي عبد الله، **مواهب الجليل**، ط3، دار الفكر، 1383هـ.

حلاوة، رأفت عبد الفتاح، **الإثبات الجنائي وأدلتها (دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.

الحلبي، محمد علي السالم عياد، **شرح قانون العقوبات (القسم العام)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008م، 1429هـ.

ابن حميد، صالح بن عبد الله، **رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته**، مكتبة العبيكان، 1424هـ.

الحوالي، ماهر هزاع الحولي، **محاولات التجديد في أصول الفقه**، 2011م.

حيدر، علي وخواجه أمين أفندي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، دار الكتب العلمية.

خضر، عبد الفتاح، **النظام الجنائي**، السعودية معهد الإدارة العامة، عام 1402هـ - 1982م.

الخماسي، فتحي بن الطيب، **الفقه الجنائي الاسلامي**، دار قتيبة للطباعة والنشر. 1425هـ، 2004م.

خوري، عمر، **شرح قانون العقوبات**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007م.

الخياط، عبد العزيز عزت، **الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، ط11، مؤسسة الرسالة، 1403هـ، 1983م.

أبو الخير، مصطفى أحمد، **نظرية التشريع الجنائي الإسلامي في القصاص، الخبير في القانون الدولي**.

دحام، زينب ومحمد وحيد، **الحق في الجنسية والتجريد منها**، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2013.

الدسوقي، ابراهيم عبد العزيز، **حاشية الدسوقي**، بيروت، دار الفكر.

دليلة، بعوش، **المدخل إلى العموم القانونية والنظرية العامة للقانون**، محاضرات في القانون.

الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، **المحصول في علم اصول الفقه**، ط11، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان، 1986م.

راشد، علي أحمد، **المدخل وأصول النظرية العامة**، دار النهضة العربية، القاهرة 1974م.

رحماني، منصور، **الوجيز في القانون الجنائي العام**، دار العلوم، 2006 م.

أبو رخية، ماجد محمد، **الوجيز في أحكام الحدود والقصاص**، مكتبة النفائس، 2010.

ابن رشد، أبو الوليد بن محمد، **البيان والتحصيل والشرح والتعليل والتوجيه في المسائل المستخرجة**، ط2، ج1، دار المغرب الإسلام، 1988.

- الرصاع، محمد بن قاسم الانصاري أبو عبد الله، شرح حدود ابن عرفة، ط1، 1350هـ.
- رفاعي، سعيد سعد، تفسير النصوص الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 1995م.
- الريسوني، أحمد عبدالسلام، الحرية في الإسلام أصالتها وأصولها، جامعة محمد الخامس، الرباط.
- الزحيلي، محمد، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، ط2، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2004م.
- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ط2، المكتبة الحديثة، 1965م.
- الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وأدلتها، ط3، دار الفكر، دمشق، 1409هـ، 1989م.
- الزرقا، أمد مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط9، دار الفكر، دمشق، 1967م.
- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، مطبعة الغرب الإسلامية، 1403هـ.
- زكي، محمد ابو عامر، قانون العقوبات (القسم العام)، مكتبة دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 1996.
- أبو زهرة، موسوعة الفقه الإسلامي، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- زيلعي، جمال الدين عبد الله بن يوسف، نصب الراية في تنصيب أحاديث الهداية.
- السبكي عبد الكافي، تقي الدين علي، فتاوى السبكي، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، 1376هـ.
- 2004م
- السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية.
- السراج، عبود، قانون العقوبات، جامعة دمشق -1415-1995م.
- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، ط5، دار الكتب العلمية، 1822م

سرور، أحمد فتحي، محاضرات في علم الإجرام، دبلوم العلوم الجنائية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1963م.

السعيد، مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط 4، القاهرة، 1962م.

السفياني، عابد بن محمد، الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية (رسالة دكتوراة)، 1988م-1403هـ

سلامة، مأمون محمد، الإجراءات الجنائية في التشريع الجنائي المصري، دار النهضة العربية، 2000م.

سليمان عبد المنعم وصالح ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 1996.

سليمان، أحمد عوض بلال، علم العقاب (النظرية العامة والتطبيقات)، ط1، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1983.

سمير، عالية، قانون العقوبات القسم العام، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1992.

السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، 1378هـ.

السيوطي، مصطفى الرحباني، مطالب أولي النهى، ط1، المكتب الاسلامي، 1381هـ-1961م.

الشاطبي، أبو اسحق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408.

الشافعي، بشير، التعذيب في المعتقلات والسجون ووسائل مقاومته، تقرير مقدم لمؤتمر تدريس حقوق الانسان في الجامعة العربية، عام 1948م. الاعلان العالمي لحقوق الغنسان الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 الف عام 1948.

- شاهين، اسماعيل، **ضوابط عدم رجعية القوانين**، ط1، دار النهضة، القاهرة، 1995م.
- ابن الشحنة، ابراهيم بن ابي اليمن الحنفي، **لسان الحكام في معرفة الأحكام**، ط2، البابلي الحلبي، القاهرة، 1393هـ-1973م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، **مغني المحتاج**، دار الفكر، بيروت.
- أبو شلبك، حنين، **مجلة مفتاح في فلسطين**، بقلم المحامية: تاريخ النشر: 2015/7/2.
- الشلبلي، محمد مصطفى، **تعليل الأحكام**، الأزهر، مصر، 1947.
- الشنقيطي، محمد أمين، **أضواء البيان في تفسير القرآن**، طباعة وتوزيع الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والافتاء، الرياض، 1403هـ.
- الشواربي، عبد الحميد، **الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه**، منشأة المعارف، الإسكندرية 1988م.
- شوقي، بدر الدين عبد المنعم، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، سلسلة الكتاب الجامعي، 1977.
- الشوكانى، محمد بن علي، **إرشاد الفحول**، ط 1، المكتبة الوقفية، 2000م، 1421هـ.
- الشوكانى، محمد بن علي، **نيل الأوطار**، دار الجيل، بيروت، 1973م. -
- شوكة، عبد الرضا جابر، **(قسم القانون الخاص) مأخوذ من قانون أصول المحاكمات اللبناني**، جامعة بابل، سنة 2011م.
- الشيخ أبو زهرة، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.

شيخي زاده، عبد الرحمن بن سليمان، مجمع الأنهر (في شرح ملتقى الأبحر)، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت

الشيرازي، محمد الحسيني، المذهب لفقه الإمام الشافعي، مطبعة الحلبي، القاهرة.

الصابوني، عبد الرحمن، المدخل لدراسة التشريع الاسلامي، ط6، جامعة دمشق سوريا، 1415هـ-1995م

الصاحب بن عباد، أبو القاسم إسماعيل، المحيط في اللغة.

الصادق، محمود الأمير يوسف، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الاسلامي، دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر والبرمجيات مصر.

الصغير، جميل عبد الباقي، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 2013م.

الصغير، عبد العزيز محمد، القانون الإداري بين التشريع المصري والسعودي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2015.

الصناعي، عبد الرزاق، المصنف، ج7 ط2، المجلس العلمي، الهند، 1403هـ.

طبارة، عفيف عبد الفتاح، روح الدين الإسلامي، ط4، دار العلم للملايين، 2006.

الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر العربي.

طه، زاكي صافي، المبادئ الأساسية لقانون العقوبات الأساسية، ط: 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1414هـ-1993م.

ابن عابدين الحنفي، محمد الدمشقي، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت.

ابن عابدين، محمد أمين أفندي، مجموعة رسائل ابن عابدين، المكتبة الوقفية.

ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار شرح درر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت.

العاني، محمد رضا عبد الجبار، أثر قرابة الشاهد للخصوم على شهادته في الشريعة والقانون،
مجلة الدراسات العربية، جامعة بغداد.

عباس الصراف، أصول الإجراءات الجزائية، ط5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن،
2014.

عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1969م.

عبد القوي، يونس السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية حول قواعد
وأصول علم الاجرام في ميزان الفقه الإسلامي)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،
2003.

عبود السراج، قانون العقوبات، منشورات جامعة دمشق، سنة 1415 هـ - 1995م.

عبيد، رؤوف، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة
1972م.

ابن عرفة الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي (على شرح الكبير)، دار إحياء الكتب العربي.

عصام عفيفي، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها (دراسة مقارنة في القانون الوضعي
والفقه الإسلامي)، ط1، دار الفكر العربي، 2004م.

عكاشة، محمد عبد العال، الإجراءات القضائية المدنية والتجارية الدولية، مطابع الأمل، بيروت،
1980م.

علي بيك بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، مطبعة نور علي، 1938م.

علي محمد جعفر، تاريخ القوانين والفقه الإسلامي، ط2، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع،
1989م.

عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة.

العمرى، عيسى ومحمد شلال العاني، فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001م.

العوا، محمد سليم، أصول النظام الجنائي الإسلامي، ط 2، دار المعارف، القاهرة، 1983م.

العوا، محمد، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع عدد 3 سنة 1979 تونس.

عودة، القاضي الشهيد عبد القادر، الإسلام وأوضاعنا القانونية، دار المختار الإسلامي.

عوض، محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1984م.

عوض، محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

الغزالي، أبو حامد، المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983م.

الغزالي، محمد بن محمد الطوسي، الوسيط في المذهب، ط 1، دار السلام للطباعة والنشر، المتوفى 505.

غنام، محمد، حقوق الإنسان المسجون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2015.

الغيث، عيسى: مقال في صحيفة المدينة،، كيف تنتهي الدعوى، 2011\12\30.

ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ط 2، مكتبة الخانجي، مصر 1402هـ.

الفراء، أبي زكريا يحيى بن زياد، معاني القرآن، دار الكتب العلمية، العلمية، لبنان. 1971.

ابن فرحون، شمس الدين أبي عبد الله محمد، تبصرة الحكام، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت،

- ابن فرحون، محمد الاحمدي، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، دار التراث للطبع والنشر.
- فوزي، شريف فوزي محمد، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، دار العلم للطباعة، جدة.
- الفيروز ابادي، مجد الدين محمد يعقوب، معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999م.
- الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة الشاملة الحديثة.
- ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد، الدرر السنية، ط6، المكتبة الوقفية.
- القاضي، رامي متولي، دروس في شرح قانون العقوبات، (لقسم العام)، ط1، دار النهضة العربية، 2014م.
- القاضي، محمد مصباح، قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة في الجريمة، ط1، مطبوعات الحلبي الحقوقية، 2014م.
- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، لعام 2001م.
- قانون العقوبات الفلسطيني المعدل.
- ابن قدامة المقدسي، أبو محمد عبدالله، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد، المغني، ط1، دار الفكر، بيروت، 1405هـ.
- القرافي المالكي، شهاب الدين المصري، الفرق بين الحدود والتعازير في الفروق، عالم الكتب.
- القرافي، احمد بن ادريس، الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، مكتب المطبوعات الاسلامية حلب، 1387هـ-1967م.

القرضاوي، يوسف، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مكتبة وهبة، مصر.

القرطبي، ابو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، عالم الكتب، الرياض، 2003م.

قلعة جي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، ط 1، دار النفائس، عمان.

القهوجي، علي عبد القادر، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م.

ابن قيم الجوزية، علام الموقعين عن رب العالمين، ط 2، ج 3، دار الكتاب العربي، 1418.

الكبش، محمود محمد، قاعدة لا ينكر تغيير الزمان بتغيير الاحكام، دار الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

الكبيسي، محمد عبيد عبد الله، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية (رسالة دكتوراة)، مطبعة الرشاد، بغداد، 1997.

ابن كثير، عماد الدين اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، دار الكتب العلمية، بيروت.

الكرمي، مرعي يوسف، غاية المنتهى، ط 11، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة.

الكوفي، أبو البقاء، الكليات في الفروق الأربعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ 1998م.

الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب، الأحكام السلطانية، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م.

الماوردي، علي بن، محمد، الحاوي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

المجلة العربية للدراسات الأمنية، 2006م.

محمد ابو زهرة، محمد أحمد مصطفى، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر انالقااهرة، 1998م.

- محمد بن إبراهيم، فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم، ط 1، مطبعة الحكومة، مكة، 1399هـ.
- محمد رأفت سعيد، المدخل لدراسة النظم الإسلامية، ط1: دار العلم للطباعة والنشر، جدة، سنة 1984م.
- محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- مذكور، محمد سلام، نظرية الإباحة عند الأصوليين، ط2، 1965م.
- المرتضي، أحمد بن يحيى، البحر الزخار لمذاهب علماء الأنصار، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- مزي، زيدان محمد زيدان، مبدأ الشرعية الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية.
- مسلم، أحمد، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.
- مصطفى، محمود، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط11، 1976م.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 1425.
- نبيه، صالح، شرح قانون الاجراءات الفلسطينية، ط 2، مكتبة دار الفكر، 2006م.
- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، ط1، 1999م.
- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، ط1، 1999م.
- نجيمي جمال، المبادئ العامة لقانون العقوبات الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2016.
- النعيم، رائف محمد، المبادئ العامة للتشريع الجنائي الإسلامي، ط1، جهينة للنشر والتوزيع، الأردن، 1425هـ/ 2005.
- نمور، محمد سعيد، أصول المحاكمات الجزائية، ط 4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن،

النواوي، عبد الخالق النواوي، جرائم السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتبة
العصرية، بيروت، لبنان.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف الدين، المجموع شرح المذهب، دار الفكر.

هادي علي اليامي، مقال في صحيفة الوطن السعودية، الثلاثاء، 16 جمادى الأخيرة 1430، 9
يونيو 2009، العدد. هـ 16/6/1430، www.alwatan.com.sa/news/newstext/newsdetail.asp، التاسعة السنة، 317.

هاللي، عبدالله أحمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، 2011.

ابن همام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار الفكر.

والي، فتحي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، 1964.

وصفي، مصطفى كمال، المشروعية في الدولة الاشتراكية، مجلة العلوم الإدارية، العددان الثاني
والثالث، 1966م.

أبو يعلى، محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية، دار الفكر، القاهرة، 1357هـ.

يوسف، حسن، الشرعية في الاجراءات الجنائية، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2003م.

**An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies**

**Temporal Criminal Legislation:
A Comparative Fiqh Study with the
Palestinian Criminal Law**

**By
Shefaa Fawzy Saeed Ghanaam**

**Supervised by
Dr. Ma'amoun Al-refa'ay**

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the
Requirements for the Degree of Masters of Jurisprudence and
Legislation (Fiqh & Tashree), Faculty of Graduate Studies, An-
Najah National University, Nablus, Palestine.**

2020

**Temporal Criminal Legislation:
A Comparative Fiqh Study with the Palestinian Criminal Law
By
Shefaa Fawzy Saeed Ghanaam
Supervised by
Dr. Ma'amoun Al-refa'ay**

Abstract

The thesis aims to clarify the concepts of criminal legitimacy, linguistic and idiomatic terminology, and to show the legal view in it in conjunction with the applicable Palestinian penal law, and to review its provisions in terms of defining the legal and temporal legal texts related to the subject and its impact on the ruling and its provisions, and that through its nature, originality and legitimacy, its controls, its adaptation, the pillars and sections of temporal criminal legality and its scope, and mentioning the legal and legal rules related to the subject, and the related legal provisions and controls and the opinions of jurists in some of the money he wrapped in it, and the public and private intentions of the individual and society. Moreover it refers to the rule that says: " The changing provisions by the changing times ", and its adaptation with temporal criminal legitimacy .

I presented this legal and social jurisprudence dilemma in an introductory chapter which contains the Islamic criminal system in general and its consideration, distinguishes it from other systems, its elements, characteristics, and legal and legal philosophy and dealt with in (Chapter1) the concept of criminal legitimacy in general and temporal in particular is detailed in terms of the fate of criminal legitimacy in its scope, sections (objective and procedural), the legality of purification of punishment in it,

the importance of legitimacy, its advantages towards the individual and society, and the extent of the judge's authority to interpret the criminal text in (Chapter Two) I provided a full explanation of the relationship of criminal legitimacy with the substantive legislative text, it started with a system of texts and energies from the validity of the criminal text in terms of time or place, and the sign of criminal legitimacy with a rule which says: " crime and no punishment without text", and the rule of " The principal at non-criminal reference", and I provided an explanation in terms of its origins and exceptions, and the authority of reference in serious crimes in the case of substantive laws in which there is a special text, and the legal texts in which there is no reference. And I talked about the most appropriate criminal text of the accused in terms of the temporary laws and reduced penalties, and I dealt with the application of the immediate effect; its concept, basis, constraints, justifications and relation to reference .

According to the third chapter, I moved to the second and the most important part of the procedural legal texts, and its relation to the criminal legitimacy. I started the first topic with the rules of jurisdiction in terms of personal and regional standards. The second topic mentions the lawsuit procedures rules stirring and statute at limitations. In the third topic, I moved to the evidence rules concerning the objective and the procedural issues. And in the last fourth topic, I ended with the rule of implementing punishment in the Islamic and postural criminal system .

Finally I emphasized in chapter four on the rule "changing ruling by changing times", its juristic meaning, its formulas and its rule. I showed its provisions and legitimacy, and the origin of changing criminalization and punishment provisions, and the control at this change, and the scope of this rule in relation to the fixed rule, of Holy Qur'an and Sunnah, and its relation to the jurisprudential and customary texts. I ended by touching on ancient and contemporary jurisprudential and judicial issues and applications about lawsuit and testimonies and their relation to the rule .

And I extracted the extent of the greatness of Islamic law and its validity for every time and place. I completed the research with the most important results and recommendations .