مبدأ شرعية التجريم والعقوبات التعزيرية
في الشريعة والنظام والمقارنة بينهما

إعداد

دكتور

زايد بن مرزوق بن زايد آل مجحود

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

كلية الشريعة

قسم الأنظمة

تمهيد:

سنبحث في هذا الفصل – بعون الله تعالى – مبدأ شرعية التجريم، والعقوبات التعزيرية في الشريعة والنظام والمقارنة بينهما، وذلك من خلال مناقشة عدد من المسائل مثل المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية وعلاقته بالتقنين ونطاق تفعيل هذا المبدأ في التقنين، وعليه فقد قسمت هذا الفصل لضرورة المقام والمقال إلى مبحثين:

المبحث الأول: المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية، وعلاقته بالتقنين.

المبحث الثاني: نطاق تفعيل هذا المبدأ في التقنين.

المبحث الأول
المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية
وعلاقته بالتقنين

تمهيد:

سنبحث في هذا المطلب المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية وعلاقته بالتقنين وذلك من خلال بيان المراد بمبدأ الشرعية الجنائية، ومدى أهميته، وعلاقته بمبدأ البراءة الأصلية، وعلاقة مبدأ الشرعية الجنائية بتقنين العقوبات التعزيرية، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول
المراد بمبدأ الشرعية الجنائية،
ومدى أهميته وعلاقته بمبدأ البراءة الأصلية

أولاً: في الشريعة الإسلامية:

اهتمت الشريعة الإسلامية الغراء اهتماماً بديعاً في حياة الناس، ومجتمعاتهم وتوابعها من نبات وحيوان والمحيط الذي يعيشون به، فأرست المبادئ العامة، والقواعد الأساسية لبناء وتعمير مجتمعات المسلمين ومن يعيش معهم، بل العالم أجمع بكل ما فيه من كائنات.

و لعل مبدأ الشرعية الجنائية من أهم المبادئ التي صاغتها الشريعة الإسلامية، والتي ساهمت في بناء وتعمير المجتمعات الإسلامية ومن يعيش معهم من خلال بسط واستقرار الأمن والأمان في المجتمعات الإسلامية ومكوناتها.

أولاً: معنى مبدأ الشرعية الجنائية:

يعني مبدأ الشرعية الجنائية في الجرائم والعقوبات التعزيرية أن لا عقوبة ولا جريمة إلا بدليل – نص – شرعي صحيح يجرم هذا الفعل، ويعاقب عليه. (١)

فالتجريم والعقاب وفقاً لهذا المبدأ محصور بالدليل الشرعي الذي يبين الفعل الجرمي وعقوبته أيضاً، ويترتب على ذلك أن القاضي الشرعي لا شأن له في التجريم، والعقاب إذا لم

---

(١) الشرعية في الإجراءات الجزائية، حسين يوسف مصطفى مقابلة، رسالة ماجستير جامعة عمان الأردن، الطبعة الأولى الدار العالمية و دار الثقافة للنشر و التوزيع عام ٢٠٠٣ م، ص ٦١. الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي، دار النهضة العربية، لبنان بيروت الطبعة الأولى عام ١٩٩١م، ج١/٢٣.

يكن هناك دليل شرعي يبين الجريمة وعقابها، كما أنه لا يجوز له أن يستبدل عقوبة بعقوبة أشد، أو أخف منها نوعاً أو كماً امتثالاً لمبدأ الشرعية الجنائية.

فالقاضي الشرعي لا يستطيع أمام هذا المبدأ أن يجرم أي فعل يصدر من الشخص، أو إن ينزل عليه أي نوع من العقاب بمعزل عن النصوص الشرعية في الجرائم المقننة والأصول والقواعد الفقهية المعتبرة في الجرائم التعزيرية وإنَّ تجاهل القاضي لأي أصل من تلك الأصول يعرض حكمه للنقض أمام المحكمة العليا، كما يعرض شخصه إلى الشك في كفاءته، وهذا ما لا يعقل أن يكون في سلك قضاة الشرع الحنيف [٢].

ﭐﱡﭐ لخ لم لى لي □ □ □ مم مى مي نج نح نخ نم نى نيهج هم هى هي
يج يح يخ يم يى يي ّ [٣]

وﭐﱡﭐ ٌّ بم بن بى بي تر تز تم تنتى تي ثر ثز ثم ثن ثى ثي□ □ □ □ □ □
كا كل كم كى كي لم لى لي ما □ ّ [٤]

و لكن يجوز للقاضي الشرعي أن يجتهد في العقوبة ضمن الأحكام التعزيرية وضوابطها، لأن الشارع الحكيم جعله مميزاً في أخذه بأي عقوبة شاء من غير حيف ولا جور تحقيقاً للعدالة والرحمة، ومراعاة للمعاقب وظروفه وشأنه في المجتمع المسلم القائم على الأخلاق الإسلامية والعادات والتقاليد القويمة.

ثانياً: أدلة مبدأ الشرعية الجنائية:

وردت أدلة كثيرة على مبدأ الشرعية الجنائية في الجرائم، والعقوبات التعزيرية في القرآن الكريم والسنة النبوية،كما نجدها في الأصول الشرعية المعتبرة على النحو التالي:

الفرع الأول

---

(٢) انظر بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد، دار الفكر، دمشق، بدون تاريخ للنشر، ج٢/٦٧٩، وما بعدها. بدائع الصنائع لعلاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢ ١٩٨٢ م، ج٧/٥، و ما بعدها.

(٣) سورة الأحزاب، الآية ٣٦.

(٤) سورة النور، الآية ٦٣.

دلالة القرآن الكريم على مبدأ الشرعية الجنائية في الجرائم والعقوبات التعزيرية

وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم تتضمن دلالة المفهوم على مبدأ الشرعية الجنائية، ومن تلك الآيات ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿ ٱ ٱ ٱ ٻ ٻ ٻ ٻ ڀ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ ٹ ٹ ٹ ڤ ڤ ڤ ڤ ڦ ڦ ڦ ڦ ڄ ڄ ڄ ڄ ڃ ڃ ڃ ڃ چ چ چ چ ڇ ڇ ڇ ڇ ڍ ڍ ڍ ڍ ڌ ڌ ڌ ڌ ڎ ڎ ڎ ڎ ڈ ڈ ڈ ڈ ژ ژ ژ ژ ڑ ڑ ڑ ڑ ک ک ک ک ڳ ڳ ڳ ڳ ڱ ڱ ڱ ڱ ں ں ں ں ڻ ڻ ڻ ڻ ۀ ۀ ۀ ۀ ہ ہ ہ ہ ھ ھ ھ ھ ے ے ے ے ۓ ۓ ۓ ۓ ﴾[٥] الشاهد في هذا الآية الكريمة هو قول الله تعالى: ﴿ ٱ ٱ ٱ ٻ ٻ ٻ ٻ ڀ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٺ ﴾.

دلت هذه الآية على أن الله تعالى لا يعاقب على ذنب أو جريمة إلا بعد البيان الكامل فيرسل الرسل ومعهم الحجة الواضحة على بيان الأفعال المحظورة وعقوبتها، وعليه نرى أن هذه الآية الكريمة تدل دلالة واضحة وصريحة على مضمون مبدأ الشرعية الجنائية، والذي ينص على **" أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي"**.

٢- و قوله تعالى: ﴿ ٱ ٱ ٱ ٻ ٻ ٻ ٻ ڀ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٺ ﴾[٦] من دلالة مفهوم هذه الآية الكريمة يمكننا أن نستنبط أن الله تعالى لا يعاقب على أي ذنب أو جرم إلا بعد البيان الكافي والواضح لهذا الجرم وهو ما يؤكده ابن كثير – عليه رحمة الله تعالى – في قوله عند تفسيره لهذه الآية الكريمة: " إنما أعذرنا إلى الثقلين بإرسال الرسل وإنزال الكتب لئلا يؤاخذ أحد إلا بعد إرسال إليهم"[٧]،كما أكده أيضا الإمام الطبري – عليه رحمة الله تعالى – بقوله: " أي لم يعالجهم بالعقوبة حتى يبعث إليهم رسلاً تنبههم على حجج الله تعالى عليهم، وتنذرهم عذاب الله يوم معادهم إليه، ولم يكن بالذي يأخذهم غفلة، فيقولوا: ما جاءنا من بشير ولا نذير " [٨].

فهذه الآية الكريمة تدل أيضا بدلالة مفهومها على مبدأ الشرعية الجنائية، لأن الله تعالى لم يكن ليعاقب أي قرية بظلم دون بيان الذنب، والعقاب بدلالات واضحة.

---

(٥) سورة الإسراء، الآية ١٥.

(٦) سورة الأنعام، الآية ١٣١.

(٧) تفسير القرآن العظيم لابن كثير، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، ج٢ / ١٧٧-١٧٨.

(٨) تفسير الطبري، جامع البيان، لأبي جعفر مُحَمَّد بن جرير الطبري، مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثالثة ١٣٨٨هـ، ج٨/٣٧.

٣- وقوله جل جلاله: ﴿بي تر تز تم تن تى تي ثر ثز ثم ثن ثى ثي ﴾[٩].

البيان الإلهي يبين أن الله تعالى يرسل الرسل مبشرين بالثواب للمؤمنين المطيعين، ومنذرين بالعقاب للعصاة والطغاة، وهذا الإنذار أو التبشير هو الدليل الواضح على كل فعل من أفعال المكلفين، وعليه فإن هذه الآية الكريمة تدل دلالة المفهوم على مبدأ الشرعية الجنائية، وهذا ما يوضحه البعض بقوله[١٠]: (أن هذه الحجة التي قطعها الله على خلقه بإرسال الرسل مبشرين، ومنذرين قد بينها عز وجل في آخر سورة طه بقوله: ﴿ٱ ٱ ﴾ [١١].

و في سورة القصص بقوله: ﴿ٱ ﴾[١٢]. [١٣]

والحقيقة أن كل هذه الآيات التي أوردتها تدل دلالة واضحة على مبدأ الشرعية الجنائية، لأنها تصرح بأن لا عقوبة ولا جريمة إلا بدليل واضح من قبل الرسل صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين.

٤- ﴿ٱ ﴾ [١٤]

البيان الإلهي في هذه الآية وغيرها من الآيات التي سبقتها يدل على مبدأ الشرعية الجنائية ؛ ذلك أن الله – سبحانه وتعالى – قد أنزل الآيات البينات التي تهدي وترحم من يريد الهداية والرحمة، أما من ظلم واعتدى فله العذاب الأليم في الدنيا والآخرة المبين في كتاب الله تعالى وسنة رسول الله – ﷺ–.

---

(٩) سورة النساء، الآية ١٦٥.

(١٠) مُحَمَّد الأمين: هو مُحَمَّد الأمين بن مُحَمَّد مختار الشنقيطي من علماء شنقيط بموريتانيا من مؤلفاته: أضواء البيان في تفسير القرآن، و منهج و دراسات لآيات الأسماء و الصفات، وغيرها توفي بمكة المكرمة سنة ١٣٩٣هـ. انظر الأعلام للزركلي، ج٦/٤٥.

(١١) سورة طه، الآية ١٣٤.

(١٢) سورة القصص، الآية ٤٧ .

(١٣) أضواء البيان في تفسير القرآن، مُحَمَّد أمين الشنقيطي، طبع و توزيع الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية و الإفتاء، الرياض ١٤٠٣هـ، ج ١/ ٤٩٣.

(١٤) سورة الأنعام الآية ١٥٧.

الفرع الثاني

دلالة السنة النبوية الشريفة على مبدأ الشرعية الجنائية

في الجرائم العقوبات التعزيرية

وردت أحاديث كثيرة جداً في السنة النبوية الشريفة تدل على مبدأ الشرعية الجنائية، ولعل من أهم تلك الأحاديث ما يلي:

١- عن سلمان الفارسي(١٥) – ﷺ – 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) (١٦).

والشاهد في هذا الحديث قوله ﷺ: (الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه، فهو مما عفا عنه) وهذا يدل دلالة المفهوم على مبدأ الشرعية الجنائية حيث يتضح من هذا الحديث أن الحلال ما نص عليه المولى عز وجل في كتابه ومن خلال النصوص العديدة التي وردت في السنة النبوية الشريفة وما أكثرها في هذا الصدد وكذلك الحرام حيث لا يكون كذلك إلا إذا وجد النص الذي يحرم ذلك صراحةً في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة وما لم يوجد فيه نص صريح فهو متروك حكمه لاجتهاد أهل العلم وما يستنبطونه من أحكام في هذا المجال.

---

(١٥) سلمان الفارسي: صحابي من قدميهم كان يسمي نفسه سلمان الإسلام ، أصله من مجوس أصبهان عاش عمراً طويلاً وقرأ كتب الفرس والروم واليهود علم بخبر النبي ﷺ فقصده وسمع كلامه ولازمه أياماًفعاونه المسلمون على شراء نفسه من صاحبه فأظهر إسلامه كان قوي الجسم صحيح الرأي عالماً بالشرائع وغيرها ودل المسلمين على حفر الخندق اختلف فيه الأنصار والمهاجرون كلاهما يقول سلمان منا فقال فيه النبي ﷺ سلمان منا أهل البيت. توفي ٣٦ هـ راجع الأعلام لزركلي دار العلم للملايين ط ١٥ عام ٢٠٠٢م المجلد٣/١١١.

(١٦) رواه الترمذي في سننه، كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، ج٤/٢٢٠، المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري، رقم الحديث ٧١١٥، ج٤/١٢٩، سنن البيهقي الكبرى، ج٩/٣٢٠، سنن ابن ماجه، برقم ٣٣٦٧ / ١١١٧ وقال عنه الشيخ ناصر الدين الألباني: حديث حسن.

وعلق شيخ الإسلام ابن تيمية[١٧] – عليه رحمة الله –: عند قوله ﷺ: (وما سكت عنه فهو مما عفا عنه) بقوله: " نص في أن ما سكت عنه فلا إثم فيه فكأنه – والله أعلم – سماه عفواً، لأن التحليل هو الأذن في التناول بخطاب خاص، والتحريم المنع في التناول بخطاب خاص كذلك، وأما ما سكت عنه، فلم يؤذن فيه بخطاب خاص، ولم يمنع منه، فيرجع إلى الأصل، وهو ألا عقاب إلا بعد الإرسال، وإذا لم يكن فيه عقاب لم يكن محرماً) [١٨].

٢- عن أبي الدرداء – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: (إن الله افترض عليكم فرائض فلا تضيعوها، وحد لكم حدوداً فلا تعتدوها، ونهاكم عن أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء من غير نسيان، فلا تكلفوها رحمة من ربكم فاقبلوها) [١٩].

---

(١٧) ابن تيمية : هو أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام ابن عبدالله ابن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي ، أبو العباس، تقي الدين ،ابن تيمية ، الإمام شيخ الإسلام ، ولد بحران عام ٦٦١هـ وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ وأشتهر ، طلب إلى مصر للفتوى ثم سافر إلى دمشق وأعتقل بها ومات معتقلاً بقلعة دمشق فخرجت دمشق كلها في جنازته ، كان كثير البحث في فنون الحكمة ، داعية إصلاح في الدين ، آية في التفسير والأصول فصيح اللسان قلمه ولسانه متقاربان وبرع في العلم وناظر العلماء وأفتى ودرس وهو دون العشرين من مصنفاته السياسة الشرعية والجمع بين النقل والعقل و الصارم المسلول على شاتم الرسول وغيرها توفي عام ٧٢٨هـ راجع الأعلام لخير الدين زركلي دار العلم للملايين بيروت لبنان مجلد١ ص١٤٤.

(١٨) مجوع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢١/٥٣٨.

(١٩) رواه الدار قطني في سننه، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، مصر، باب الصيد والذبائح، و الأطعمة، ج٤/٢٩٨. مجمع الزوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان للتراث، القاهرة، ١٤٠٧هـ، تحقيق مُحَمَّد شكور محمود الحاج أمرير، برقم ١١١١، ج٢/٢٤٩. و في رواية عن أبي ثعلبة الخشني – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه و سلم –: إن الله حد حدوداً فلا تعتدوها، فرض لكم فرائض فلا تضيعوها و حرم أشياء فلا تنتهكوها وترك أشياء ليس بنسيان من ربكم و لكن رحمة منه فاقبلوها ولا تبحثوا فيها) المستدرك على الصحيحين للحاكم، برقم ٧١١٤، ج٤/١٢٩، سنن البيهقي الكبرى، ج١٠/١٢. سنن دار قطني، ج٤/١٨٤، و قال الشيخ ناصر الدين الألباني في صحيح و ضعيف الجامع الصغير رقم الحديث ١٥٩٧: حديث ضعيف.

إن مفهوم هذا الحديث الشريف يدل دلالة واضحة على مبدأ الشرعية الجنائية ذلك أن الله تعالى قد افترض علينا الفروض وأمرنا أن لا نضيعها، كما حد لنا الحدود وأمرنا أن لا نعتدي عليها، كما نهانا عن أشياء وأوجب علينا أن لا ننتهكها، وإلا وقع عليها التعزير، وسكت عن أشياء من غير نسيان، فهي أمور مباحة لنا.

٣- عن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال: (كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء، ويتركون أشياء تقذراً فبعث الله نبيه، وأنزل كتابه، وأحل حلاله وحرم حرامه، فما أحل فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو وتلا: ﴿ قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ ﴾[٢٠] إلى آخر الآية)[٢١].

وهذا الأثر المبارك عن ابن عباس – رضي الله عنهما – يبين دلالة المفهوم على مبدأ الشرعية الجنائية، فالفعل حتى يكون حلالاً يجب أن يكون فيه نص، وأي فعل حرام يجب أن يكون فيه نص أيضاً، وعليه فلا عقوبة وجريمة إلا بدليل شرعي.

الفرع الثالث

دلالة الأصول الشرعية على مبدأ الشرعية الجنائية

في الجرائم والعقوبات التعزيرية

يمكن قراءة دلالة الأصول الشرعية على مبدأ الشرعية الجنائية من خلال بحث علماء الأصول في حكم الأفعال قبل البعثة النبوية الشريفة، فيما لم يرد فيه نص عند كلامهم عن أصل الأشياء الحل أو الحرمة، وقد اختلفت مناهج العلماء في بحثهم لقاعدة " **الأصل في الأشياء الإباحة** "[٢٢]، فمنهم من بحثها ضمن بحثه لحكم الأفعال قبل ورود الشرع دون

---

(٢٠) سورة الأنعام، من الآية ١٤٥.

(٢١) رواه أبو داود في سننه، كتاب الأطعمة، باب ما لم يذكر تحريمه، ج٣/٣٥٥ – معتصر المختصر، يوسف بن موسى الحنفي، دار الكتب بيروت، ج٢/١٦٨. و قال عنه الشيخ الألباني في غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال و الحرام، المكتب الإسلامي الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥هـ، بيروت لبنان: (حديث صحيح الإسناد).

(٢٢) الأشباه والنظائر، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق مُحَمَّد البغدادي، ص ١٣٣، دار الكتاب العربي ط ٤ عام ١٤١٨ هـ، انظر قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة للدكتور أحمد بن عبد

التفرقة، ومنهم من فرق بين الأفعال قبل نزول الشرع وبعده، وهو مسلك الإمامين فخر الدين الرازي[٢٣] والبيضاوي[٢٤] وكثير من الأصوليين –رحمهم الله تعالى – وسوف ينحصر البحث في بيان قاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة" في مجال الجرائم والعقوبات التعزيرية في صورة نظامية، وفق التفصيل التالي:

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي لمصطلح (الأصل):

يطلق الأصل في اللغة على معان كثيرة، لعل أهمها: أساس الشيء وأسفله، وقد يعبر بها عن معان أخرى منها: أسفل الشيء والتغير والهلاك والشرف والحسب[٢٥].

ولعل أشهر هذه المعاني عند أهل اللغة هو المعنى الأول: أساس الشيء.

أما علماء الأصول[٢٦]، فيعرفون مصطلح (الأصل) بتعريفات أعم من هذه المعاني تدور جميعها حول كونه منشأ الشيء، وما يتفرع عنه غيره، ويفتقر إليه، ولعل الراجح في هذه

الله بن مُحَمَّد الضويحي، منشورات جامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود الإسلامية عام ١٤٢٨ هـ، ص ١١ و ما بعدها.

(٢٣) الإمام الرازي: هو فخر الدين الرازي مُحَمَّد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي، ولد سنة ٥٤٤ هـ، نشأ في بيت علم، فكان أصولياً و فقيهاً و مفسرا، و لعل من أهم مؤلفاته: التفسير الكبير، والمحصول و عيون المسائل، و غيرها توفي سنة ٦٠٦ هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين السبكي، ج٨/٨١-٩٣ – الفتح المبين في طبقات الأصوليين، ج٢/٤٧–٤٩.

(٢٤) البيضاوي: هو عبد الله بن عمر بن مُحَمَّد بن علي البيضاوي الشافعي، كان عالماً بالفقه،و الأصول والتفسير، من أهم مؤلفاته منهاج الوصول إلى علم الأصول، و تفسير البيضاوي، توفي عام ٦٨٥ هـ، انظر طبقات الشافعية الكبرى،لتاج الدين السبكي ج٨/١٥٧ – ١٥٨،الفتح المبين في طبقات الأصوليين، ج٢/٨٨.

(٢٥) لسان العرب، لابن منظور، مج١/٦٨، مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس، تحقيق شهاب الدين أبي عمر، دار الفكر، ط١، عام ١٤١٥ هـ، ج١/١٠٩، القاموس المحيط للفيروز آبادي، دار الجيل بيروت لبنان، ج٣/٣٣٨.

(٢٦) المحصول لمحمد بن عمر الحسين الرازي، تحقيق طه جابر فياض العلواني، منشورات، جامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود الإسلامية بالرياض، ط١، ١٤٠٠هـ، ج١/٩. الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، علي بن مُحَمَّد، تحقيق د. سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، ج١/٢٣.

التعريفات هو: (ما يبنى عليه غيره)، لأن هذا التعريف يجمع أغلب المعاني التي أوردها علماء اللغة بالإضافة إلى أن هذا التعريف له علاقة واضحة بالتعريف المشهور عند علماء اللغة والقائل بأن معنى الأصل هو: أساس الشيء، وأسفله(٢٧).

تعريف الأصل في الاصطلاح: ورد للأصل معان عدة عند أهل الاصطلاح ولعل أشهر تلك المعاني: الدليل والقاعدة الكلية والراجح والمقيس عليه والمستصحب(٢٨)، والمدقق لهذه المعاني يلاحظ أنها تتوافق مع المعنى اللغوي الذي سبق أن رجحته وذلك ؛ لأنها تشتمل في جملتها على معنى الابتناء، فالدليل يبنى على الحكم، والقاعدة تبنى عليها الفروع الجزئية، والراجح يبنى عليه المرجوح والمستصحب تبنى عليه حالة الشك، والصورة المقيس عليها يبنى عليها حكم الفرع(٢٩).

ويتضح لنا أن التعريف المختار في تعريف الأصل هو: (ما يبنى عليه غيره) وذلك، لأن الابتناء يشمل الابتناء العقلي كابتناء الحكم على الدليل الشرعي، والابتناء الحسي كابتناء الطابق الثاني على الأول).(٣٠)

المراد بالأصل في هذه القاعدة:

لو أمعنا النظر في معاني " **الأصل** " نجد أنها لا تخرج عما يلي:

١-**القاعدة الكلية:** الحكم الكلي الذي يشمل فروعاً كثيرة من الأبواب، ويمكن أن

---

(٢٧) المحصول لمحمد بن عمر الحسين الرازي، ج١/٩. الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، علي بن مُحَمَّد الآمدي، تحقيق د. سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى عام ١٤٠٤هـ، ج١/٢٣.

(٢٨) معجم التعريفات، لعلي بن مُحَمَّد السيد الشريف، تحقيق مُحَمَّد صديق الجرجاني، دار الفضيلة، القاهرة، رقم ١٩٥، ص ٢٦. كشاف اصطلاحات الفنون، مُحَمَّد بن علي الفاروقي التهاوني، تحقيق د. لطفي عبد البديع، المؤسسة المصرية العامة، عام ١٣٨٢، ص١٢٣. الإبهاج في شرح المناهج للسبكي، علي بن عبد الكافي، تحقيق شعبان مُحَمَّد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠١هـ، ج١/٢١.

(٢٩) انظر أصول الفقه، و الحد و الموضوع و الغاية، د.يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، ط ١ سنة ١٤٠٨هـ، ص٣٩.

(٣٠) انظر أصول الفقه، د. الباحسين، ص٤٣ و ما بعدها.

يطرأ عليه الاستثناء، كما في سائر القواعد[٣١].

٢-**الراجح**: الحكم على الأشياء ابتداء بالإباحة، هو الذي يترجح مع وجود احتمال المنع[٣٢].

٣-**المستصحب**: الحكم الذي يجب استصحابه في الأشياء هو الإباحة حتى يرد المنع[٣٣].

إن المتأمل في هذه المعاني يجد صعوبة كبيرة في ترجيح أحدها وذلك، لأن كل واحد منها يناسب كلمة الأصل في هذه القاعدة من وجه، والحقيقة أن المعنى الأخير وهو: المستصحب - وهو الراجح في نظري – وذلك لأن أكثر العلماء يعبرون عن هذه القاعدة بعبارات توحي بالاستصحاب من ذلك:

أ- قول ابن حجر العسقلاني: (الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الشرع بخلاف ذلك)[٣٤].

ب- قول ابن عبد البر[٣٥] – عليه رحمة الله -: (الأشياء على الإباحة حتى يثبت الحظر والمنع).[٣٦]

---

(٣١) معجم التعريفات للجرجاني، رقم القاعدة ١٣٦٩ باب القاف، رص ١٤٣.

(٣٢) رفع العتاب و الملام عمن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام تأليف الشيخ مُحَمَّد بن قاسم القادري الحسيني، بدون معلومات أخرى، ص ١٩.

(٣٣) إرشاد الفحول، مُحَمَّد بن علي الشوكاني، دار الفكر بيروت، ص ٢٣٧. حاشية البناني على جمع الجوامع، جلال الدين بن أحمد بن إبراهيم المحلي، دار الفكر، بيروت لبنان، ج٣٤٧/٢.

(٣٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق فؤاد عبدالباقي، ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت – لبنان عام ١٣٧٩ هـ، ج ١٣ / ٢٦٩.

(٣٥) ابن عبدالبر : يوسف بن عبدالله بن مُحَمَّد بن عبدالبر النمري القرطبي المالكي، أبو عمر من كبار حفاظ الحديث، مؤرخ أديب بحاثه، يقال له حافظ المغرب، ولد بقرطبة، وولي القضاء وتوفي بشاطبة، من كتبه الترر في اختصار المغازي والسير، العقل وعقلاء، جامع بيان العلم وفضله. ولد عام ٣٦٨ وتوفي عام ٤٦٣هـ راجع الأعلام لزركلي ص٢٤٠، ج٨ دار العلم للملايين، ط ١٥ عام ٢٠٠٢م.

(٣٦) التمهيد، عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي،تحقيق د.مُحَمَّد حسن هيتو،مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، ج١٤٢/٤.

ت- قول الإمام البهوتي[٣٧] – عليه رحمة الله –: (الأصل في الأشياء الإباحة إلا بدليل)[٣٨].

ثانياً: التعريف اللغوي والاصطلاحي لمصطلح (الأشياء):

الأشياء في اللغة: قال أهل اللغة: (أن الأشياء جمع شيء والشيء ما يصح أن يعلم ويخبر عنه)[٣٩].

الأشياء في الاصطلاح: الأشياء في الاصطلاح هو: (الموجود الثابت التحقق في الخارج)[٤٠].

و كلمة الأشياء في هذه القاعدة تشمل أمرين: الأعيان، والأفعال.

حكم وصف الأعيان بالحظر أو بالإباحة:

اتفق أهل العلم على جواز وصف الأعيان بالحظر أو الإباحة، بيد أنهم اختلفوا هل هو على سبيل الحقيقة، أو المجاز إلى رأيين:

الرأي الأول: أن الأعيان والأجسام لا توصف بأنها مباحة أو محظورة، ولا تكون طاعة أو معصية على سبيل الحقيقة.

وحجتهم في ذلك أن الأعيان فعل الله تعالى وخلق له، فلا يجوز أن ينصرف الوعيد إلى أمر أفعاله، وإنما ينصرف ذلك إلى أفعالنا.[٤١]

الرأي الثاني: أن الأعيان والأجسام توصف بالحل والحظر على سبيل الحقيقة.

---

(٣٧) البهوتي : هو منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي شيخ الحنابله في مصر في عصره نسبته إلى بهوت في غربية مصر له كتب منها الروض المربع، كشاف القناع، دقائق أولي النهى بشرح المنتهى ، ولد في عام ١٠٠٠هـ وت في ١٠٥١هـ.

(٣٨)كشاف القناع عن متن الاقناع، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت لبنان، ج١/١٦١.

(٣٩) التعريفات، علي بن مُحَمَّد الجرجاني، ص١٤٢.

(٤٠) التعريفات للجرجاني، ص ١٤٢.

(٤١) انظر: العدة في أصول الفقه، مُحَمَّد بن الحسين الفراء الحنبلي، تحقيق أحمد بن علي سير مباركي، ط٢، ١٤١٠ هـ، ج٤/١٢٦١. المسودة لأبي العباس الحنبلي، ص ٤٨١.

وحجتهم في ذلك: قياس وصفها بالحل والحرمة على وصفها بالطهارة والنجاسة والطيب والخبث، فكما يجور أن توصف بهذه الصفات يجوز أن توصف بالحل والحظر(٤٢).

و لا شك في رجحان الرأي الثاني، لقوة حجته وأدلته، ومنطقه السليم المتفق مع الشرع الحكيم.

أما الأفعال: فقد قال أهل العلم: أن الشرعية متوجهة إلى أفعال الفاعلين، وأنها توصف بكونها واجبة، مباحة، حسنة.... إلخ على سبيل الحقيقة (٤٣).

و الأفعال الداخلة تحت حكم هذه القاعدة تشمل كافة التصرفات التي يقوم المكلف قولاً أو فعلاً.

ثالثاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي لمصطلح (الإباحة):

الإباحة في اللغة: الإظهار والإعلان، يقال: باح بسره، إذا أظهره، وترد أيضاً بمعنى الإذن والإطلاق، يقال: إذا أبحتك الشيء أي أحللته لك، وأباح الشيء أي أطلقته.(٤٤)

أما في الاصطلاح: خلص بعض المحققين من الأصوليين إلى أن الإباحة تطلق على أمرين:

الأول: نفي الحرج، وهو مذهب بعض المعتزلة.(٤٥)

الثاني: ما صرح فيه الشارع بالتسوية بين الفعل والترك، وهذا المعنى هو الغالب على ألسنة الأصوليين والفقهاء، ولعل من أحسن من عرف المباح بهذا المعنى الإمام الآمدي –

---

(٤٢) انظر: المسودة، لأبي العباس الحنبلي، ص ٩٣.

(٤٣) انظر: العدة في أصول الفقه للفراء، ج١٢٦٠/٤، والمسودة، لأبي العباس الحنبلي، ص ٤٨١.

(٤٤) القاموس المحيط، للفيروس آبادي، ج٢٢٤/١.

(٤٥) المستصفى من علم الأصول، مُحَمَّد بن مُحَمَّد الغزالي، دار الكتب العلمية، ط١ سنة ١٣٢٢هـ، ج٧٤/١-٧٥. التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية و الشافعية، ابن همام الدين الحنفي، مصطفى البابي الحلبي و أولاده، سنة ١٣٥١ هـ، ص ١٤٢. التقريب والإرشاد إلى علم الأصول، لابن جزي الكلبي، تحقيق مُحَمَّد المختار الشنقيطي، دار العلم بجدة، ط١، سنة ١٤١٤ هـ، ج٢٨٨/١ و ما بعدها.

عليه رحمة الله – حيث قال: (هو ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل، والترك من غير بدل) [٤٦].

والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن الحكم الذي يجب استصحابه [٤٧] في الأعيان، والأفعال قبل وبعد ورود الشرع إذا كانت من قبيل المسكوت عنه، أو كان لها حكم يجهله المكلف – وهو معذور بالجهل – هو الإذن، ونفي الحرج حتى يثبت الحظر، أو المنع.

حكم الأشياء قبل وبعد نزول الشرع الحنيف:

لأهل العلم في هذه المسألة عدة أقوال[٤٨]، ولعل أشهر هذه الأقوال ما يلي:

القول الأول: أن الأصل في الأشياء الإباحة.

القول الثاني: أن الأصل في الأشياء الحظر.

وسوف نلقي الضوء على هذين القولين على النحو التالي:

القول الأول: أن الأصل في الأشياء الإباحة:

ذهب جماعة من أهل العلم إلى أن الأصل في الأشياء الإباحة، وهو مذهب أكثر الحنابلة [٤٩]، والحنفية[٥٠]، وبعض الشافعية[٥١]، وأبو الفرج المالكي[٥٢] من المالكية، وأهل الرأي[٥٣]، والظاهرية [٥٤].

---

(٤٦)الإحكام في أصول الأحكام، علي بن مُحَّد الآمدي، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢ سنة ١٤٠٢ هـ، ج١/١٢٣.

(٤٧) و هذا النوع من الاستصحاب يسمى: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض، و هو حجة بالإجماع، و إن اختلفوا في تسميته استصحاباً (انظر إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٢٣٨، البحر المحيط للزركشي، ج ٤ / ٣٣٠ – ٣٣١.

(٤٨) و قد توقف طائفة من أهل العلم عن الحكم فيها بحظر أو بالإباحة. انظر الفقيه و المتفقه، لأحمد بن علي البغدادي تصحيح و تعليق: إسماعيل الأنصاري، دار إحياء السنة النية طبع سنة ١٣٩٥ هـ، ج١/٢١٧. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأولى، ٢٨٤ و ما بعدها.

(٤٩) انظر العدة في أصول الفقه، مُحَّد بن الحسين الفراء الحنبلي، تحقيق أحمد بن علي سيرمباركي، ط٢ ١٤١٠ هـ، ج٤/١٢٤١. شرح مختصر الروضة، نجم الدين أبي ربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي،

قال ابن النجار الحنبلي(٥٥) – رحمة الله: (الأعيان المنتفع بها، والعقود المنتفع بها قبل ورود الشرع بحكمها أو بعده مباحة)(٥٦).

وقال القاضي أبو يعلى – عليه رحمة الله –: (و أومأ إليه أحمد، حيث سئل عن قطع النخل ؟ قال: لا بأس، لم نسمع في قطعه شيئاً) (٥٧).

تحقيق د.عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ج١/٣٩١. شرح الكوكب المنير لابن النجار، تحقيق مُحَمَّد الزحيلي، د. نزيه حماد، جامعة الملك عبد العزيز ١٤٠٠هـ، ج١/ ٣٢٥.

(٥٠) انظر تيسير التحرير، مُحَمَّد أمين المعروف بأمير بادشاه، نشر مُحَمَّد علي صبيح، ج١/١٧٢. فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، عبد العلي مُحَمَّد بن نظام الدين الأنصاري، طبع بهامش كتاب المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، سنة ١٣٢٢هـ، ج١/٤٩.

(٥١) انظر قواطع الأدلة في الأصول، منصور بن مُحَمَّد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق مُحَمَّد حسن مُحَمَّد الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت،ج٢/٤٨ ،البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين مُحَمَّد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، دار الكتب العلمية بيروت ١٤٢٦هـ، ١/١٢١، نهاية السول، للإسنوي، ج١/١٥٤. التبصرة، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي، تحقيق مُحَمَّد حيتو، دار الفكر دمشق، ط١، سنة ١٤٠٣ هـ، ج١/٥٣٢.

(٥٢) إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبي الوليد الباجي، تحقيق عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، ط١، عام ١٤٠٧هـ، ص٦٨١.

(٥٣) الواضح في أصول الفقه، لابن عقيل البغدادي، تحقيق عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ج٥/٢٦١.

(٥٤) الإحكام لابن حزم علي بن أحمد،دار الحديث القاهرة مصر،الطبعة الأولى،عام ١٤٠٤هـ،ج ١/٥٢.

(٥٥) ابن رجب الحنبلي: هو مُحَمَّد بن شهاب الدين أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المصري الحنبلي، ولد عام ٨٩٨ هجري، ثم طلب العلم، فتبحر و برع في علمي الفقه والأصول، و انتهت إليه رئاسة المذهب الحنبلي في مصر، من أهم مصنفات منتهى الإرادات في الفقه، و الكوكب المنير، توفي عليه رحمة الله عام ٩٧٢ هـ. انظر مقدمة شرح الكوكب المنير للدكتور مُحَمَّد مصطفى الزحيلي، و الدكتور نزيه حماد، توزيع مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، ج١/٥-٧.

(٥٦) شرح الكوكب المنير لابن النجار مُحَمَّد بن أحمد، ج١/٥-٧.

(٥٧) العدة في أصول الفقه للفراء الحنبلي، ج٤/١٢٤١.

وقد أثبت القائلون بأن أصل الأشياء الإباحة بأدلة معتبرة من المنقول والمعقول لعل أهمها ما يلي:

أ- القرآن الكريم:

١ – ٹ ﭐ ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭝ ﭞ ﭟ ﭠ ﭡ ﭢ ﭣ ﭤ ﭥ ﭦ ﭧ ﭨ ﭩ ﭼ (٥٨)

قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – في بيان وجه دلالة في هذه الآية: (الخطاب لجميع الناس لافتتاح الكلام بقوله: ﭐ ﭑ ﮜ ﮝ ﮞ ﮟ ﮠ ﮡ ﮢ ﮣ ﮤ ﮥ ﮦ ﮧ ﭼ (٥٩).

و وجه الدلالة أنه سبحانه أخبر أنه خلق جميع ما في الأرض للناس مضافاً إليهم باللام، واللام حرف الإضافة، وهي توجب اختصاص بالمضاف إليه، واستحقاقه إياه من الوجه الذي يصلح له، وهذا المعنى يعم موارد استعمالها كقولهم: المال لزيد والسرج للدابة وما أشبه ذلك، فيجب إذا أن يكون الناس مملكين ممكنين لجميع ما في الأرض فضلا من الله ونعمة، وخص من ذلك بعض الأشياء وهي الخبائث لما فيها من الإفساد لهم في معاشهم أو معادهم، فيبقى الباقي مباحاً بموجب هذه الآية) (٦٠).

وقد أُعترض على الاستدلال بهذه الآية باعتراضين:

أولاً: لا نسلم أن اللام في اللغة للاختصاص النافع، فقد تجيء لغير النفع كقوله تعالى: ﭐ ﭑ ﮪ ﮫ ﮬ ﮭ ﮮ ﮯ ﮰ ﮱ ﯓ ﯔ ﯕ ﯖ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﭼ(٦١).

وقوله تعالى: ﭐ ﭑ ﯿ ﰀ ﰁ ﰂ ﰃ ﰄ ﰅ ﰆ ﰇ ﰈ ﰉ ﰊ ﰋ ﰌ ﰍ ﰎ ﰏ ﰐ ﰑ ﰒ ﰓ ﰔ ﰕ ﰖ ﰗ ﰘ ﰙ ﰚ ﰛ ﭼ. (٦٢)

فاللام في الآية الأولى لاختصاص الضرر لا لاختصاص النفع، وفي الثانية لتنزيهه تعالى عن الانتفاع به، وأجاب القائلون بأصالة الإباحة بأن استعمال اللام في غير النفع مجاز

---

(٥٨) سورة البقرة، الآية ٢٩.

(٥٩) سورة البقرة، الآية ٢١.

(٦٠) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢١/٥٣٥.

(٦١) سورة الإسراء، الآية ٧.

(٦٢) سورة البقرة الآية ٢٨٤.

لاتفاق أئمة اللغة على أن اللام موضوعة للملك، ومعنى الملك هو الاختصاص النافع لا حقيقة المعروف (٦٣).

ثانياً: إذا سلمنا أن اللام للاختصاص النافع، بيد أن الاختصاص الذي أفادته ليس بعام بل هو مطلق، والمطلق يصدق بصورة، وتلك الصورة حاصلة في هذه الآية حيث إن الاستدلال بالمخلوقات على وجود الصانع العظيم.(٦٤)

ودفع هذا الاعتراض: بأن الاستدلال على الصانع حاصل بكل عاقل من نفسه، فإنه يمكنه الاستدلال بنفسه على خالقه، فينبغي حمل الانتفاع الوارد في الآية على غير الاستدلال تكثيراً للفائدة، وفراراً من تحصيل الحاصل (٦٥).

٢- ﴿ٱ ٱ ٱ ٱ ٻ ٻ ٻ ٻ ٱ ٱ ٱ ٱ﴾ (٦٦).

وقد بين شيخ الإسلام ابن تيمية – عليه رحمة الله – وجهين من الدلالة لهذه الآية الكريمة: **أحدهما:** أنه ونخهم وعنفهم على ترك الأكل مما ذكر اسم الله عليه قبل أن يحله باسمه الخاص، فلو لم تكن الأشياء مطلقه مباحة لم يلحقهم ذم ولا توبيخ، إذ لو كان حكمها مجهولا، أو كانت محظورة لم يكن ذلك.

الوجه الثاني: أنه قال: ﴿ٱ ٱ ٱ ٱ﴾ (٦٧) و التفصيل التبيين، فبين أنه بين المحرمات، فما لم يبين تحريمه ليس بمحرم، وما ليس بمحرم فهو حلال إذ ليس إلا حلال أو حرام) (٦٨).

---

(٦٣) انظر: نهاية السول شرح منهاج الأصول، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي الشافعي، مطبعة محمد علي صبيح القاهرة، ج٤/٧٥٧ و ما بعدها.

(٦٤) انظر: نهاية السول شرح منهاج الأصول، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي الشافعي، ج٤/٧٥٧ وما بعدها.

(٦٥) انظر: نهاية السول شرح منهاج الأصول، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي الشافعي، ج٤/٧٥٧، و ما بعدها. الإبهاج في شرح المنهاج، علي عبد الكافي السبكي و عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، طبع عام ١٤٠١هـ، ج٣/١٧٨ وما بعدها.

(٦٦) سورة الأنعام، الآية ١١٩.

(٦٧) سورة الأنعام من الآية ١١٩.

(٦٨) مجموع الفتاوى لابن تيمية، ج٢١/٥٣٦.

كما استدل ابن حزم – عليه رحمة الله — بهذه الآية الكريمة، وبغيرها من الآيات على أن الأصل في الأشياء الإباحة، فقال — عليه رحمة الله – وﭧﭨﭩ ﭪﭫﭬﭭﭮﭯﭰﭱﭲﭳﭴﭵﭶﭷﭸﭹﭺﭻﭼﭽﭾﭿﮀﮁﮂﮃﮄﮅﮆﮇﮈﮉﮊﮋﮌﮍﮎﮏﮐﮑﮒﮓﮔﮕﮖﮗﮘﮙﮚﮛﮜﮝﮞﮟﮠﮡﮢﮣﮤﮥﮦﮧﮨﮩﮪﮫﮬﮭﮮﮯﮰﮱ [٦٩]، وقال – ﷺ –: (ذروني ما تركتكم....) [٧٠] فيصبح بهذا وبالآيتين أن كل ما حرمه الله فصله وبينه باسمه، وأن كل ما نهانا عنه رسوله – ﷺ – فواجب تركه وكل ما أمرنا الله ورسوله به فواجب علينا بحسب الاستطاعة، وما لم يأت نص بتحريمه ولا بإيجابه فهو معفو عنه، فاجتمع بهذا جميع أحكام الدين، فمن ادعى في شيء أنه حرام سألناه أن يوجدنا تفصيله في النص والإجماع، فإن أوجدنا وإلا فهو مباح بنص ما تلونا ومن ادعى إيجاب شيء سألناه أن يوجدنا الأمر به، فإن أوجدنا لزمنا وإلا فهو مباح ساقط عنا وتبين أن كل حكم في الدين، فهو منصوص عليه) [٧١].

٣- ﭧﭨﭩ ﭪﭫﭬﭭﭮﭯﭰﭱﭲﭳﭴﭵﭶﭷﭸﭹﭺﭻﭼﭽﭾﭿﮀﮁﮂﮃﮄﮅﮆﮇﮈﮉﮊﮋﮌﮍﮎﮏﮐﮑﮒﮓﮔﮕﮖﮗﮘﮙﮚﮛﮜﮝﮞﮟﮠﮡﮢﮣﮤﮥﮦﮧﮨﮩﮪﮫﮬﮭﮮﮯﮰﮱ صح. [٧٢]

نلاحظ أن دلالة منطوق هذه الآية الكريمة هي الأصل، وذلك بقوله تعالى: ﭧﭨﭩ ﭪﭫﭬﭭﭮﭯﭰﭱﭲﭳﭴﭵﭶﭷﭸﭹﭺﭻﭼﭽﭾﭿﮀﮁﮂﮃﮄﮅﮆﮇﮈﮉﮊﮋﮌﮍﮎﮏﮐﮑﮒﮓﮔﮕﮖﮗﮘﮙﮚﮛﮜﮝﮞﮟﮠﮡﮢﮣﮤﮥﮦﮧﮨﮩﮪﮫﮬﮭﮮﮯﮰﮱ ﷺ أما المحرم فهو المستثنى، لذلك جاء معدوداً، فدل ذلك على أن الأصل إباحتها بدليل العقل الظاهر لا قطعاً، وأنه حجة يجب العمل به حتى يتبين بالدليل الشرعي خلاف ذلك.

٤- ﭧﭨﭩ ﭪﭫﭬﭭﭮﭯﭰﭱﭲﭳﭴﭵﭶﭷﭸﭹﭺﭻﭼﭽﭾﭿﮀﮁﮂﮃﮄﮅﮆﮇﮈﮉﮊﮋﮌﮍﮎﮏﮐﮑﮒﮓﮔﮕﮖﮗﮘﮙﮚﮛﮜﮝﮞﮟﮠﮡﮢﮣﮤﮥﮦﮧﮨﮩﮪﮫﮬﮭﮮﮯﮰﮱ [٧٣].

---

(٦٩) سورة النساء من الآية ٥٩.

(٧٠) رواه الشيخان، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب و السنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ، ج٢٥١/١٣. صحيح مسلم، كتاب الفصائل، باب وجوب إتباعه صلى الله عليه و سلم، ج١٠٩/١٥.

(٧١)ملخص إبطال القياس و الرأي و الاستحسان والتقليد، لابن حزم الظاهري تلخيص الإمام الذهبي، ص٤٥، و ما بعدها.

(٧٢) سورة الأنعام، الآية ١٤٥.

(٧٣) سورة الأعراف، الآية ٣٢.

لقد أنكر سبحانه وتعالى تحريم الزينة، والطيبات المنتفع بها، وإنكار التحريم يقتضي انتفاء التحريم، وإلا لم يجز الإنكار، وإذا انتفت الحرمة تعينت الإباحة.(٧٤)

وقال الإمام فخر الدين الرازي في تفسيره لهذه الآية الكريمة: (.... هذه الآية تقتضي حل كل المنافع إذ أن كل واقعة تقع لا تخلو من أن يكون النفع فيها خالصاً أو راجحاً، أو الضرر يكون خالصاً أو راجحاً، أو يتساوى الضرر والنفع أو يرتفعا، أما القسمان الأخيران، وهو أن يتعادل الضرر والنفع أو لم يوجدا قط، ففي هاتين الصورتين يجب الحكم ببقاء ما كان على ما كان، وإن كان النفع خالصاً وجب الإطلاق بمقتضى هذه الآية، وإن كان النفع راجحاً، والضرر مرجوحاً يقابل المثل بالمثل، ويبقى القدر الزائد نفعاً خالصاً، فيلتحق بالقسم الذي يكون النفع فيه خالصاً، وإن كان الضرر خالصاً كان تركه خالص النفع، فيلتحق بالقسم المتقدم، وإن كان الضرر راجحاً بقي القدر الزائد ضرراً خالصاً، فكان تركه نفعاً خالصاً، فبهذا الطريق صارت هذه الآية دالة على الأحكام التي لا نهاية لها في الحل والحرمة، ثم إن وجدنا نصاً خالصاً في الواقعة قضينا في النفع بالحل، وفي الضرر بالحرمة، وبهذا الطريق صار جميع الأحكام التي لا نهاية لها داخلا تحت النص) (٧٥).

ب – السنة النبوية الشريفة:

كما استدل أصحاب هذا الرأي بالأحاديث النبوية الشريفة، ولعل أهمها:

١- عن سعد بن أبي وقاص – ﷺ –، قال: قال رسول الله – ﷺ –: (إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على المسلمين، فحرم عليهم من أجل مسألته) (٧٦).

---

(٧٤) انظر نهاية السول للإسنوي، ج٤/٤٥٤.إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الصول، مُحَمَّد بن علي الشوكاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٥٦هـ، ص٢٨٥.

(٧٥) التفسير الكبير للرازي، ج٤/٦٣ – ٦٤.

(٧٦) رواه أبو داود في صحيحه، ج٤/ ٢٠١ برقم ٤٦١٠. وانظر صحيح و ضعيف الجامع الصغير وزيادته، مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، وقال عنه الشيخ ناصر الدين الألباني: حديث صحيح برقم ١٥٦٨.

وقال الإمام ابن حجر العسقلاني – رحمه الله – في معرض بيان الأحكام المأخوذة عن هذا الحديث: (في الحديث أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الشرع بخلاف ذلك) (٧٧).

٢- عن أبي هريرة(٧٨) – ﷺ – عن النبي – ﷺ – قال: (دعوني ما تركتكم، فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء، فأتوا من ما استطعتم) (٧٩).

وقد استدل بهذا الحديث على أن لا حكم قبل ورود الشرع، وأن الأصل في الأشياء عدم الوجوب (٨٠).

ج – الدليل العقلي:

كما استدل القائلون بهذا القول بعدة أدلة عقلية، لعل أهمها ما يلي:

١- إن المخلوقات قد خلقها الله تعالى لحكمة، وهذه الحكمة تكون لعود النفع إلينا نحن عباد الله، لأن الله تعالى غني عن جميع مخلوقات، وإذا كان كذلك كان نفع المحتاج

---

(٧٧) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت لبنان سنة ١٣٧٩ هـ ج١٣/٢٦٨.

(٧٨) أبو هريرة : هو الإمام الفقيه المجتهد الحافظ صاحب رسول الله ﷺ أبو هريرة الدوسي اليماني سيد الحفاظ الأثبات، اختلف في اسمه والراجح أنه: عبدالرحمن بن صخر ، كني بأبي هريرة لأولاد هرة برية قال وجدتها فأخذتها في كمي فكنيت بذلك، أمه ميمونة بنت صبيح ﷺ، حمل عن النبي ﷺ علم كثير لم يلحق في كثرته، وعم الصحابة،حدث عنه خلق كثير من الصحابةوالتابيعين قيل بلغ عدد أصحابه ثمان مئة. سير أعام النبلاء ، لشمس الدين مُحَمَّد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، المجلد٢ تحقيق شعيب الارناؤوط ، مؤسسة الرسالة ط١ عام ١٤٠١هـ ، ص ٥٧٨.

(٧٩) رواه الشيخان، صحيح البخاري، مُحَمَّد بن إسماعيل البخاري، تحقيق الدكتور مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دار اليمامة، بيروت الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٧ هـ، رقم الحديث ٦٨٥٨، ج٦/٢٦٥٨. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري،، تحقيق مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت باب فرض الحج مرة في العمر، رقم الحديث ١٣٣٧، ج٢/٩٧٥.

(٨٠) فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، ج١٣/٢٦٠ وما بعدها.

مطلوب الحصول أينما كان، فإن منع منه مانع، فإنما هو لرجوع ضرره إلى المحتاج إليه، وذلك بأن ينهى الله عنه، فثبت أن الأصل في المنافع الإباحة.[٨١]

٢- من المعقول أن كل ما ينفع هو طيب، وكل ما هو ضار هو خبيث، وعليه فإن النفع يناسبه التحليل، والضرر يوافقه التحريم، والتحريم يدور مع المضار وجوداً وعدماً، والحل يدور مع الطيبات وجوداً وعدماً.

ﭐﱡ ﱞ ﱟ ﱠ ﱡ ﱢ ﱣ ﱤ ﱥ ﱦ ﱧ ﱨ ﱩ ﱪ ﱫ ﱬ ﱭ ﱮ ﱯ ﱰ ﱱ ﱲ ﱳ ﱴ ﱵ ﱶ ﱷ ﱸ ﱹ ﱺ ﱻ ﱼ ﱽ ﱾ ﱿ ﲀ ﲁ ﲂ ﲃ ﲄ ﲅ ﲆ ﲇ ﲈ ﲉ ﲊ ﲋ ﲌ ﲍ ﲎ ﲏ ﲐ ﲑ ﲒ ﲓ ﲔ ﲕ ﲖ ﲗ ﲘ ﲙ ﲚ ﲛ ﲜ ﲝ ﲞ ﲟ ﲠ ﱠ.[٨٢]

٣- إن الله تعالى غني جواداً على الإطلاق، والغني الجواد لا يمنع خيره عن عباده إلا ما كان فيه ضرر، فيكون الإباحة هي الأصل باعتبار غناه وجوده، والحرمة لعوارض، ومالم يثبت من تلك العوارض فيبقى على الإباحة.[٨٣]

٤- أن الله تعالى خلق الطعوم في المأكولات، وخلق الذوق فينا، وأقدرنا عليها، وعرفنا بالأدلة العقلية أنها نافعة لنا غير مضرة، ولا ضرر عليه في الانتفاع بها، وهو دليل الإذن منه لنا في ذلك، فكانت مباحة كما لو قدم إنسان طعاماً بين يدي إنسان على هذه الصفات، فإن العقلاء يقضون بكونه قد أذن له فيه[٨٤].

٥- أنه لابد للإنسان تجاه هذه الأشياء من فعل أو ترك أو حركة أو سكون، فإن منعتم الكل أو جبتم المحال، وهذا الأمر محال.[٨٥]

---

(٨١) انظر المحصول، مُحَمَّد بن مر الحسين الرازي، تحقيق طه جابر فياض العلوي، جامعة سعود، عام ١٤٠٠ هـ، ج١٤١/٢ و ما بعدها. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكاني، ص ٢٨٥.

(٨٢) سورة الأعراف، الآية ١٥٧.

(٨٣) انظر كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البروزي، علاء الدين عب العزيز أحمد البخاري، ضبط مُحَمَّد المعتصم بالله البغدادي، الناشر دار الكتب العربي، ط٢ عام ١٤١٤هـ، ج٩٥/٣.

(٨٤)انظر الإحكام للآمدي، ج٩٤/١، و العدة للفراء، ج١٢٥٣/٤.

(٨٥) انظر الإحكام، لابن حزم، ج٥٣/١.

القول الثاني: الأصل في الأشياء الحظر:

هذا القول لبعض الحنفية [٨٦]، ولأبي بكر الأبهري من المالكية [٨٧]، وبعض الشافعية [٨٨]، وبعض الحنابلة [٨٩].

أدلة القائلين بأن الأصل في الأشياء الحظر:

استدل القائلون بأن الأصل في الأشياء الحظر بأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والعقل أيضاً على النحو التالي:

أ – القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿ئز ئم ئن ئى ئي بر بز بم بن بى بي﴾ [٩٠]

يستدل بهذه الآية الكريمة، وأمثالها – بحسب ما أرى – على أن الأرض والسماء، وما فيهن هو ملك لله سبحانه وتعالى، فلا يجوز التصرف في أي شيء منهما بالحل، أو بالحرمة إلا بأذنه سبحانه وتعالى.

٢- قوله سبحانه وتعالى:: ﴿ئه بج بح بخ بم به تج تح تخ تم ته ثم ثه جح جم حج حم خج خم سج سح سخ سم صح صخ﴾ [٩١]

و قد فسر أصحاب هذا الرأي قوله تعالى في هذه الآية على أن الحل والتحريم ليس إلينا، وإنما هو إليه وحده لا شريك له وبالتالي: فلا نعلم الحرام والحلال إلا إذا بينه الله سبحانه وتعالى. [٩٢]

---

(٨٦) انظر البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين مُحَمَّد بن بهار بن عبد الله الزركشي، ضبط د. مُحَمَّد عمر تامر، مكتبة الكتب العلمية، بيروت، ط١، عام ١٤٢١ هـ، ج١/١٢١.

(٨٧) انظر إحكام الفصول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني، ص ٦٨١.

(٨٨) منهم أو علي بن أبي هريرة، و أبو عبد الله الزبيدي، و علي بن أبان الطبري، و أبو حسن بن القطان، و الدقاق (انظر البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي، ج١/١٢١).

(٨٩) البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي، ج١/١٢١، إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٢٨٥.

(٩٠) سورة الأنعام، الآية ١٢٠.

(٩١) سورة النحل، الآية ١١٦.

و قد أجاب أصحاب القول المخالف على هذا التفسير بأن القائلين بأصالة الإباحة في الأشياء لم يقولوا ذلك من جهة أنفسهم، بل قالوه بمقتضى الأدلة التي أوردها من القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة، فلا يعترض عليهم بهذه الآية ولا تعلق لها بمحل النزاع.(٩٣)

ب – السنة النبوية الشريفة:

عن سليمان بن عمرو بن الأحوص عن أبيه، قال: سمعت النبي – ﷺ – يقول في حجة الوداع: يا أيها الناس ألا أي يوم أحرم ثلاث مرات، قالوا: يوم الحج الأكبر، قال: فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ألا لا يجني جان إلا على نفسه، ولا يجني والد على ولده، ولا مولود على والده ألا إن الشيطان قد أيس أن يعبد في بلدكم هذا أبدا، ولكن سيكون له طاعة في بعض ما تحتقرون من أعمالكم، فيرضى بها ألا وكل دم من دماء الجاهلية موضوع، وأول ما أضع منها دم الحارث بن عبد المطلب كان مسترضعاً في بني ليث، فقتلته هذيل ألا وإن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع لكم رؤوس أموالكم لا تَظلمون ولا تُظلمون، ألا يا أمتاه هل بلغت ثلاث مرات، قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد ثلاث مرات)(٩٤).

وقد فسر أصحاب هذا القول قوله – ﷺ – بأن الأصل في الدماء والأموال والأعراض الحرمة مما يؤكد أن الإباحة ليست أصلا في الأشياء، وإلا كانت هذه الأشياء من جملتها.(٩٥)

وقد أجاب عليهم أصحاب الرأي المخالف لقولهم بأن هذا الاستدلال خارج عن محل النزاع، لأنه خاص بالأموال التي أصبحت مملوكة لمالكيها، ولا خلاف في تحريمها على الغير،

---

(٩٢) إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٢٨٥.

(٩٣) إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٢٨٥.

(٩٤) رواه ابن ماجه في سننه، مُحَمَّد بن يزيد، تحقيق مُحَمَّد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، دمشق، ج١٠١٥/٢ برقم ٣٠٥٥، و قال عنه الشيخ ناصر الألباني: حديث صحيح، و رواه الترمذي في سننه، مُحَمَّد بن عيسى، تحقيق أحمد مُحَمَّد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج٢٧٥/٥. رقم الحديث ٣٠٨٧، وقال عنه الشيخ ناصر الدين الألباني: حديث حسن.

(٩٥) انظر إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٢٨٦.

وأيضاً لا خلاف في حرمة الدماء والأعراض للنصوص الواردة في ذلك، والنزاع إنما هو في الأعيان التي خلقها الله لعباده، وليست مملوكة كالحيوانات، والنباتات التي يرد نص بتحريمها، وليست مملوكة لأحد، ولا ضرر يلحق مستعملها(٩٦).

القول الراجح:

القول الراجح في هذه المسألة هو القول الذي يرى بأن الأصل في الأشياء الإباحة، وذلك لقوة أدلته الشرعية النقلية، والعقلية وسلامتها من كل طعن قاتل.

و لعل أهم ما جعلني أرجح هذا القول ما يلي:

١- ﴿ٱلَّذِينَ أَذِنَ لَهُمْ﴾ (٩٧) فإنه موضع اجتهاد في الإذن عند عدم النص(٩٨).

٢- لقول رسول الله – ﷺ –: (إن الله حد حدوداً، فلا تعتدوها، وفرض لكم الفرائض فلا تضيعوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وترك أشياء لا عن نسيان من بكم، ولكن رحمة منه لكم فاقبلوها، ولا تبحثوا فيها) (٩٩).

٣- لقول شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله تعالى –: (إني لست أعلم خلاف أحد من العلماء السالفين في أن ما لم يجيء دليل بتحريمه، فهو مطلق غير محجور، وقد نص على ذلك كثير ممن تكلم في أصول الفقه وفروعه، وأحسب بعضهم ذكر في ذلك الإجماع يقيناً أو ظناً كاليقين)(١٠٠).

---

(٩٦) انظر إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٢٨٦.

(٩٧) سورة التوبة، الآية ٤٢-٤٣.

(٩٨) انظر الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ج١/١٦١ و ما بعدها.

(٩٩)المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري، ج٤/ ١٢٩، رقم الحديث ٧١١٤. مجمع الزوائد، لعلي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان للتراث، القاهرة ١٤٠٧هـ، ج١/١٧١. وقد قال عنه الشيخ ناصر الدين الألباني في تخريجه لأحاديث العقيدة الطحاوية: حديث حسن لغيره، ص ٣٣٨.

(١٠٠) مجموع الفتوى لابن تيمية، ج٢١/٥٣٨.

ويترتب على ترجيحنا بأن أصل الأشياء الإباحة، فيما يخص الجرائم والعقوبات أن ما لم يرد فيه دليل بتحريمه فهو مباح ولا مسؤولية على فاعله أو تاركه إلا بدليل شرعي، فلا يمكن وصف الفعل بأنه جريمة ولا يمكن المعاقبة عليه حتى يقوم الدليل الشرعي على التجريم والعقاب.

وإن وصف الفعل بالمحظور لا يتحقق إلا إذا وجد حكمان:

أولهما: الحكم التكليفي: والذي يقضي من المكلف طلب فعل، أو الكف عن الفعل(١٠١).

ثانيهما: الحكم الوضعي: والذي يبين العقوبة المقررة في حالة مخالفة المكلف للحكم التكليفي (١٠٢).

ولا يكفي لقيام الجريمة وتحقق وصفها بذلك مجرد إتيان فعل محرم أو ترك واجب، بل لابد من أن تقرر لكل منهما عقوبة دنيوية حداً كانت، أو قصاصاً أو تعزيراً.

أولاً: أهمية مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية:

إن مبدأ الشرعية الجنائية مبدأ أصيل في الشريعة الإسلامية، بل يعتبر من أهم مبادئ أحكام القضاء في الشريعة الإسلامية، وتبدو أهميته فيما يلي:

١- إن مبدأ الشرعية الجنائية يحقق نوعاً من توحيد الأحكام بالنسبة لجميع المتقاضين، فلا يترك للقاضي أمر التجريم أو العقاب لما قد ينتج عنه من تضارب في الأحكام بسبب اختلاف نظرتهم إلى صور السلوك الإجرامي المتنوع والعقوبات التي تلحق بها.

٢- إن مبدأ الشرعية الجنائية يفصل ما بين السلطة التنظيمية التي تستمد أحكامها من النصوص الشرعية والمبادئ الإسلامية، وبين السلطة القضائية التي تطبق هذه النصوص على الأفراد مما يؤدي إلى تحقيق العدالة الجنائية، والمساواة بين المتقاضين.

---

(١٠١) يعرف الحكم التكليفي بأنه: (الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع.كما يعرف الحكم الشرعي بأنه: خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً) انظر: علم أصول الفقه، للشيخ عبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر، الطبعة الثامنة، عام ١٩٥٦ م، ص ١٠٠ و ما بعدها.

(١٠٢) الحكم الوضعي هو: (ما اقتضى وضع شيء سبباً لشيء أو شرطاً أو مانعاً له) علم أصول الفقه، للشيخ: عبد والوهاب خلاف، ص ١٠٠ و ما بعدها.

٣- إن مبدأ الشرعية الجنائية يوضح لجميع أفراد المجتمع الأفعال المشروعة وغير المشروعة، مما قد يدفعهم إلى سلوك سبل الصلاح والرشاد وهم آمنون مطمئنون من العقاب والجزاء في حياتهم ونشاطهم على اختلاف تنوعه وألوانه وتدرجاته المختلفة.

٤- إن مبدأ الشرعية الجنائية له قيمة كبيرة لدى كثير من أفراد الأمة حكاماً ومحكومين، لأنه يحفظ للعقوبة أهم خصائصها كونها مقدرة شرعاً، وتطبق باسم الله تعالى مما يجعل العقوبة مقبولة من معظم الناس، لأنها ناتجة ومطبقة باسم الله تعالى.

٥- يترتب على الأخذ بمبدأ المشروعية الجنائية أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بدليل شرعي يجرم هذا الفعل ويعاقب عليه وفق ضوابط شرعية محددة ومعينة وسوف نبينها ونوردها في موضعها في هذا البحث إن شاء الله تعالى.

والقاعدة في ذلك: أن الأمر على الإباحة وهذه الإباحة هي التي تخرج عن نطاق شرعية التجريم والعقاب، وما عداها يكون داخلاً في إطار شرعية التجريم والعقوبات في الشريعة الإسلامية الغراء.

ثانياً: أهمية مبدأ الشرعية الجنائية في النظام السعودي:

يسعى ولي الأمر في المملكة العربية السعودية سعياً حثيثاً إلى تحقيق العدالة في كل ربوع المملكة، ذلك أن دستور المملكة هو كتاب الله – تعالى – وسنة رسوله – ﷺ –، ويظهر هذا صريحاً واضحاً فيما نص عليه النظام الأساسي للحكم في المملكة على أن: (المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية، ذات سيادة تامة دينها الإسلام ودستورها كتاب الله – تعالى – وسنة رسوله – ﷺ –)[١٠٣].

فالشريعة الإسلامية هي المرجعية العليا لجميع الأنظمة، والسلطات التنفيذية والقضائية وغيرهما، وفي ضوء الشريعة تصدر التشريعات والأنظمة، فقد نص النظام الأساسي للحكم على

---

(١٠٣) المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ تاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

أنه:(يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله،وهما الحاكمان على هذا النظام (الأساسي) وجميع أنظمة الدولة)[١٠٤].

كما ورد في النظام الأساسي للحكم ما نصه: (تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض من الكتاب والسنة) [١٠٥].

و السلطة التنظيمية مقيدة في ممارسة اختصاصاتها من خلال وضع الأنظمة، واللوائح وفقاً لقواعد الشريعة، وهذا من خلال استنباط الأحكام التفصيلية من أدلتها وقواعدها الكلية، ومصادرها المعتمدة.[١٠٦]

ولما كان النظام الأساسي للحكم واضحاً في أنه يمثل المرجعية الإسلامية للأحكام بوجه عام والقضايا الجنائية بوجه خاص فقد نص نظام الإجراءات الجزائية على أن: (تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقًا لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام)[١٠٧].

كما نص نظام الإجراءات الجزائية على أنه: (لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص، إلا بعد ثبوت إدانته بأمر محظور شرعًا أو نظامًا بعد محاكمة تُجْرى وفقًا للمقتضى الشرعي).[١٠٨]

---

(١٠٤) المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ تاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

(١٠٥) المادة الثامنة والأربعون من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ تاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

(١٠٦) المادة السابعة والستون من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ تاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

(١٠٧) المادة الأولى من نظام الإجراءات الجزائية رقم م/٢ تاريخ ١/٢٢/ ١٤٣٥هـ.

(١٠٨) المادة السادسة و الثلاثون من النظام الأساسي للحكم. الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ تاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

وفي مجال توفير الأمن نص النظام على أن: (تُوفر الدولة الأمن لجميع مواطنيها والمقيمين على إقليمها، ولا يجوز تقييد تصرفات أحد، أو توقيفه، أو حبسه، إلا بموجب أحكام النظام).[١٠٩]

وفي مجال تقرير مبدأ الشرعية للتجريم والعقاب نص النظام على أن: (العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي) [١١٠].

ونجد الأهمية الفعلية والمباشرة في النظام السعودي لمبدأ الشرعية الجنائية من خلال:

١- أهمية مبدأ الشرعية الجنائية يظهر أثره بشكل واضح في النظام من خلال اعتبار كل ما جاء في النظام من تجريم أو عقوبة هو شرعي وناتج باسم الله تعالى ومطبق باسمه ﷻ.

٢- كما يظهر أهمية هذا المبدأ في النظام في جميع العقوبات التي نص عليها النظام من خلال التأكيد على أنها عقوبات شرعية مسندة إلى أدلة وبراهين شرعية ووفق الضوابط الشرعية المعتبرة.

٣- إن مبدأ الشرعية الجنائية ومن خلال النظام قد توضح لجميع أفراد المجتمع الأفعال المشروعة وغير المشروعة وخصوصاً ما يخص النوازل الخطيرة التي تنزل بالمملكة مما يدفع بالمواطنين والمقيمين إلى سلوك سبيل الصلاح والرشاد انظر على سبيل المثال نظام مكافحة غسل الأموال [١١١] الذي بين المقصود بهذه النازلة وكل ما يتعلق بها بشكل واضح ودقيق، فقد عرفت المادة الأولى من النظام غسل الأموال بأنه: (ارتكاب أي فعل أو الشروع فيه يقصد من ورائه إخفاء أو تمويه أصل حقيقة مكتسبة خلافاً للشرع أو النظام وجعلها تبدو كأنها مشروعة المصدر).

---

(١٠٩) المادة الثانية من نظام الإجراءات الجزائية رقم م/٢ تاريخ ١/٢٢/ ١٤٣٥هـ.

(١١٠) المادة الثامنة والثلاثون من نظام من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ تاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

(١١١) نظام مكافحة غسل الأموال رقم م / ٣٩ تاريخ ٢٥ / ٦ / ١٤٢٤ هـ.

كما يظهر مبدأ الشرعية التجريمية والعقابية في مجال تجريم غسيل الأموال من خلال المادة الثانية، والتي نصت على أنه: (يعد مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من فعل أياً من الأفعال الآتية:

أ. إجراء أي عملية لأموال أو متحصلات، مع علمه بأنها ناتجة من نشاط إجرامي أو مصدر غير مشروع أو غير نظامي.

ب. نقل أموال أو متحصلات أو اكتسابها أو استخدامها أو حفظها أو تلقيها أو تحويلها، مع علمه بأنها ناتجة من نشاط إجرامي أو مصدر غير مشروع أو غير نظامي.

ج. إخفاء أو تمويه طبيعة الأموال أو المتحصلات، أو مصدرها أو تحركاتها أو ملكيتها أو مكانها أو طريقة التصرف بها، مع علمه بأنها ناتجة من نشاط إجرامي أو مصدر غير مشروع أو غير نظامي.

د. تمويل الإرهاب والأعمال الإرهابية والمنظمات الإرهابية.

ه. الاشتراك بطريق الاتفاق أو المساعدة أو التحريض أو تقديم الرشوة أو النصح أو التسهيل أو التواطؤ أو التستر أو الشروع في ارتكاب أي فعل من الأفعال المنصوص عيها في هذه المادة).

كما يظهر وبشكل واضح مبدأ الشرعية الجنائية في عقوبة غسل الأموال من خلال نصوص عديدة:

ولعل أهم ما نص نظام عليه مكافحة غسل الأموال: (يعاقب كل من يرتكب جريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المادة (الثانية) من هذا النظام بالسجن لمدة لا تزيد عن عشر سنوات وبغرامة مالية لا تزيد على خمسة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، مع مصادرة الأموال والمتحصلات والوسائط محل الجريمة، وإذا اختلطت الأموال والمتحصلات بأموال اكتسبت من مصادر مشروعة كانت هذه الأموال خاضعة للمصادرة في حدود ما يعادل قيمة المقدرة للمتحصلات غير المشروعة وللمحكمة المختصة أن تعفي من هذه العقوبات مالك الأموال أو المتحصلات موضوع التجريم أو حائزها أو مستخدمها إذا أبلغ

السلطات قبل علمها بمصادر الأموال أو المتحصلات وهوية المشتركين، دون أن يستفيد من عائداتها) [١١٢].

كما نص نظام مكافحة غسيل الأموال على أن: (تكون عقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة وغرامة مالية لا تزيد على سبعة ملايين ريال إذا اقترنت جريمة غسل الأموال بأي من الحالات التالية:

١) إذا ارتكب الجاني الجريمة من خلال عصابة منظمة.

٢) استخدام الجاني للعنف أو الأسلحة.

٣) شغل الجاني وظيفة عامة واتصال الجريمة بهذه الوظيفة، أو ارتكابه الجريمة مستغلاً سلطاته أو نفوذه.

٤) التغرير بالنساء أو القصر واستغلالهم.

٥) ارتكاب الجريمة من خلال مؤسسة إصلاحية أو خيرية أو تعليمية أو في مرفق خدمة اجتماعية. وصدور أحكام محلية أو أجنبية سابقة بالإدانة بحق الجاني، وبوجه خاص في جرائم مماثلة) [١١٣].

كما نص نظام مكافحة غسيل الأموال على أنه: (دون الإخلال بالأنظمة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة مالية لا تزيد على خمسمائة ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أخل من رؤساء مجالس إدارات المؤسسات المالية وغير المالية أو أعضائها أو أصحابها أو مديرها أو موظفيها أو ممثليها المفوضين عنها أو مستخدميها ممن يتصرفون بمقتضى هذه الصفات بأي من الالتزامات الواردة في المواد (الرابعة، والخامسة، والسادسة، والسابعة، والثامنة، والتاسعة، والعشرة) من هذا النظام، ويسري تطبيق العقوبة على من يزاول النشاط دون الحصول على التراخيص اللازمة)[١١٤].

كما نصت المادة التاسعة عشرة: يجوز بحكم بناء على ما ترفعه الجهة المختصة أن توقع على المؤسسات المالية وغير المالية التي تثبت مسؤوليتها وفقاً لأحكام المادتين (الثانية)

---

(١١٢) المادة السادسة عشرة من نظام مكافحة غسل الأموال رقم م/٣٩ تاريخ ٢٥/ ٦ / ١٤٢٤هـ.

(١١٣) المادة السابعة عشرة من نظام مكافحة غسل الأموال رقم م/٣٩ تاريخ ٢٥/ ٦ / ١٤٢٤هـ.

(١١٤) المادة الثامنة عشرة من نظام مكافحة غسل الأموال رقم م/٣٩ تاريخ ٢٥/ ٦ / ١٤٢٤هـ.

و(الثالثة) هذا النظام غرامة مالية لا تقل عن مائة ألف ريال ولا تزيد على ما يعادل قيمة الأموال محل الجريمة.

كما نصت المادة العشرون: (فيما عدا العقوبات المنصوص عليها في هذا النظام يعاقب كل من يخالف أحكامه بالسجن مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة مالية لا تزيد على مائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين) (١١٥).

لقد أحسن النظام السعودي في استخدامه لمبدأ الشرعية الجنائية فحمى المصالح والحقوق التي نظمها كما هو الحال في العديد من الأنظمة التي تدخل المنظم وقنن العديد من العقوبات فيها مثل نظام الرشوة، أو التزوير، وغسل الأموال ونظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية فحدد الجريمة والعقوبة معا.

و لعل من أهم الأمثلة المعبرة على ذلك ما نص عليه نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية بقوله: (تعد الأفعال الآتية أفعالا جرميه:

١. تهريب المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو تلقيها من المهربين.
٢. جلب المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو استيرادها أو تصديرها أو إنتاجها أو صنعها أو استخلاصها أو تحويلها أو استخراجها أو حيازتها أو إحرازها أو بيعها أو شراؤها أو توزيعها أو تسليمها أو تسلمها أو نقلها أو المقايضة بها أو تعاطيها أو الوساطة فيها أو تسهيل تعاطيها أو إهداؤها أو تمويلها أو التموين بها، إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا النظام وطبقا للشروط والإجراءات المقررة فيه.
٣. زراعة النباتات المدرجة في الجدول رقم (٤) المرافق لهذا النظام أو جلب أي جزء منها أو تصديره أو تملكه أو حيازته أو إحرازه أو التصرف فيه، وذلك في جميع أطوار نموها، وكذا بذورها، أو المقايضة بها أو المشاركة في أي من هذه الأفعال إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا النظام وطبقا للإجراءات المقررة فيه ويعد زارعا كل من قام بعمل من الأعمال اللازمة لنمو البذور أو الشتلات أو العناية بالزرع إلى حين نضجه وحصاده.

---

(١١٥) المادة العشرون من نظام مكافحة غسل الأموال رقم م/٣٩ تاريخ ٢٥/ ٦ / ١٤٢٤هـ.

٤. صنع معدات أو مواد أو بيعها أو نقلها أو توزيعها بقصد استخدامها في زراعة المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو إنتاجها أو صنعها بشكل غير مشروع.
٥. غسل الأموال المحصلة نتيجة ارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام.
٦. المشاركة بالاتفاق أو التحريض، أو المساعدة في ارتكاب أي من الأفعال المنصوص عليها في الفقرات ١،٢،٣،٤،٥ من هذه المادة.
٧. الشروع في ارتكاب أي فعل من الأفعال المنصوص عليها في الفقرات ١،٢،٣،٤،٥،٦ من هذه المادة) [١١٦].

هذا بالنسبة لتجريم الأفعال أما للعقوبات، فقد نص نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية على العديد من العقوبات:

١- يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن خمس عشرة سنة، وبالجلد بما لا يزيد على خمسين جلدة في كل مرة، وبغرامة من ألف ريال إلى خمسين ألف ريال – كل من حاز مادة مخدرة أو بذورا أو نباتا من النباتات التي تنتج مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو باع شيئا من ذلك أو اشتراه أو موله أو مون به أو أحرزه أو سلمه أو تسلمه أو نقله أو بادل به أو قايض به أو صرفه بأي صفة كانت أو توسط في شيء من ذلك، وكان ذلك بقصد الاتجار أو الترويج بمقابل أو بغير مقابل، وذلك في غير الأحوال المرخص بها في هذا النظام.

٢- تشدد العقوبات المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة في الحالات الآتية:

أ _ إذا توافرت في الجاني إحدى الحالات المبينة في البند (ثالثا) من المادة (السابعة والثلاثين) من هذا النظام.

ب _ إذا ارتكب الجاني جريمته أو جزءا منها في أحد المساجد أو دور التعليم أو المؤسسات الإصلاحية، وفقا لما تحدده اللائحة.

---

(١١٦) المادة الثالثة من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، رقم م/٣٩ تاريخ ١٤٢٦/٧/٨هـ.

ج ــ إذا كانت المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية – محل الجريمة – من الهروين أو الكوكايين أو أي مادة مماثلة لها نفس الخطورة بناء على تقرير فني معتمد من وزارة الصحة، على أن تكون ضمن المواد المدرجة في الجدول المرافقة لهذا النظام.

د ــ إذا استغل الجاني في ارتكاب جريمته أحدا ممن يتولى تربيتهم أو ممن له سلطة فعلية عليه أو استخدم في ذلك قاصرا، أو قدم لقاصر مخدرا أو باعه إياه أو دفعه إلى تعاطيه بأي وسيلة من وسائل الترغيب أو الترهيب.

و ــ كل من هيأ مكانا بمقابل أو أداره لتعاطي المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية)[١١٧].

مما تقدم نجد أن النظام السعودي قد أخذ بمبدأ الشرعية الجنائية المبدأ الأصيل في الشريعة الإسلامية مما يعني أن النظام السعودي يتطابق تماماً مع الشريعة الإسلامية والشرعية الجنائية، وعليه يجب على أن من يريد تقنين العقوبات التعزيرية أن يأخذ بهذا المبدأ ويطبقه التطبيق الصحيح كما طبقه النظام السعودي في مختلف الأنظمة المعمول بها في المملكة.

المقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظام:

يتفق النظام السعودي مع الشريعة الإسلامية في تقرير مبدأ الشرعية الجنائية وتأكيد النص عليه لأهميته، وعليه ومما تقد يمكننا القول بأن النظام السعودي قد تطابق مع ما نصت عليه الشريعة الإسلامية وفق الرأي الفقهي الراجح الذي بيناه فيما سبق.

ثالثاً: علاقة الشرعية الجنائية بمبدأ البراءة الأصلية:

أولاً – في الشريعة الإسلامية:

معنى مبدأ البراءة الأصلية:

حتى نكون على بينة من هذا المصطلح لابد من بيان معناه اللفظ اللغوي والاصطلاحي على النحو التالي:

فالبراءة في اللغة: تطلق على عدة معان أهمها: السلامة والإسقاط، فالبُرْء هو السلامة من السقم، ويقال: بريء زيد من دينه يبرأ براءة: سقط عنه طلبه، فهو بريء منه [١١٨].

---

(١١٧) المادة الثامنة والثلاثون من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، رقم م/٣٩ تاريخ ١٤٢٦/٧/٨هـ.

أما البراءة في الاصطلاح فتعني: انتفاء المسؤوليات والالتزامات عن الذمة، فالإنسان خالياً من المسؤوليات والالتزامات، أو حقوق الآخرين، فلا تشغل ذمته بأي حق أو التزام إلا بيقين، أي دليل وبينة [١١٩]، لذلك فإن الأصل براءة ذمته من الحقوق، وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات.[١٢٠]

فالبراءة توافق الفطرة السليمة، ومبدأ البراءة يعني الإبقاء على الفطرة السليمة التي وجد عليها الإنسان قبل أن يتغير.

كما أن البراءة هي مقصد من مقاصد التشريع الإسلامي، وهي ضرورة من الضرورات التي يجب الالتزام بها، والمحافظة عليها، لأنها تحمي الحقوق التي كفلت النصوص الشرعية حمايتها.

وفي خطبة الرسول الله – ﷺ – في حجة الوداع ما يؤكد الإبقاء على مبدأ البراءة والفطرة السوية وعدم انتهاك الحرمات وتدنيس هذا المبدأ[١٢١].

وهناك نصوص كثيرة وردت في القرآن الكريم تؤكد صراحة على هذا المبدأ والحفاظ عليه وعدم إهداره كقوله تعالى: ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [١٢٢]

هذه الآية تدعو إلى ضرورة حماية البراءة في كل إنسان من أن يصيبها العدوان من قبل متعمد، أو مخطئ يريد أن يقذف شخصاً هو في الأصل بريء، مما يوحي معها أن البراءة أمر هائل ثقيل الوزن في ميزان الله. [١٢٣]

---

(١١٨) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام هارون، الطبعة الثانية، بيروت لبنان، دار الجيل عام ١٣٨٩ هـ، كتاب الباء، باب الباء و الراء و ما معهما في الثلاثي، ج١/٢٣٦.، أيضاً المصباح المنير، أحمد بن علي الفيومي المقري، اعتنى به عادل الرشد، بدون معلومات أخرى، ص ٤٩.

(١١٩) قاعدة اليقين لا يزول بالشك،يعقوب عبد الوهاب الباحسين،مكتبة الرشد،طبعة عام ١٤١٧ هـ،ص ٩٧.

(١٢٠) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز ابن عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج٢/٢٦.

(١٢١) انظر: إلى الصفحة ١١١ من البحث حديث سليمان بن عمرو بن الأحوص في حجة الوداع.

(١٢٢) سورة النساء، الآية ١١٢.

وإذا كانت البراءة تمثل مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية ــ كما سبق القول ــ فإنها تمثل أساساً من أسس التكريم للإنسان في الشريعة الإسلامية كما في قوله تعالى: ﴿ ﴾ (١٢٤)

أي جعلنا لهم شرفاً وفضلاً، وهذه الكرامة يدخل فيها خلقهم على هذه الهيئة(١٢٥)، ولا شك في أن إهدار هذا المبدأ قد يؤدي بالإنسان إلى مواطن الذلة والهوان متى ارتكب جريمة واستحق تطبيق عقوبتها عليه، وقد تكون جلداً أمام الجمهور أو حبساً مقيداً للحرية أو تشهيراً به كالتزوير الذي قد يسحم وجهه بسببه.

الأدلة الشرعية على المبدأ:

١- ﴿ ﴾ (١٢٦)

بين الله سبحانه وتعالى في هذه الآية أن الإنسان لا يعاقب ولا يجازى إلا بما اقترفت يداه، فعاقبته عائدة إليه (١٢٧)، ولإيقاع العقوبة عليه يجب أن يثبت أنه ارتكب جريمة منصوص عليها في تقنين العقوبات التعزيرية، فإذا لم يثبت ذلك فلا جريمة ولا عقاب في حقه.

٢- لقول الرسول الكريم – ﷺ –: (لو يعطي الناس بدعواهم ادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه) (١٢٨) " قال العلماء الحكمة في ذلك، لأن

---

(١٢٣) الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة، عبد المنعم سالم الشيباني، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى عام ١٤٢٧هـ، ص٦١.

(١٢٤) سورة الإسراء، الآية ٧٠.

(١٢٥) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج١٠/ ٢٩٣.

(١٢٦) سورة النساء، الآية ١١١.

(١٢٧) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج٥/ ٣٨٠.

(١٢٨) سنن ابن ماجه، ج٢/٧٧٨ برقم ٢٣٢١، و في رواية النسائي: (عن نافع بن عمر عن بن أبي مليكة قال: كانت جاريتان تخرزان بالطائف فخرجت إحداهما ويدها تدمى فزعمت أن صاحبتها أصابتها وأنكرت الأخرى فكتبت إلى بن عباس في ذلك فكتب أن رسول الله ﷺ قضى أن اليمين على

جانب المدعي ضعيف، لأنه خلاف الظاهر فكلف بالحجة القوية وهي البينة، لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع ضرراً، فيقوى بها ضعف المدعي، وجانب المدعى عليه قوي، لأن الأصل فراغ ذمته، فاكتفى منه باليمين، هي حجة ضعيفة، لأن الحاف يجلب لنفسه النفع ويدفع الضرر، فكان ذلك في غاية الحكمة " (١٢٩).

٣- **قاعدة الاستصحاب**: ومن الأدلة الشرعية على هذا المبدأ الاستصحاب وهو: بقاء ما كان على ما كان نفياً أو إثباتاً حتى يثبت دليل يغير الحالة (١٣٠)، إن استدامة إثبات ما يكون ثابتاً، أو نفي ما يكون منفياً، أي بقاء الحكم الثابت نفياً حتى يقوم دليل على تغيير الحال، وهذه الاستدامة لا تثبت بدليل إيجابي، بل تثبت لعدم وجود دليل مغير (١٣١).

وعليه: فلا يجوز أن تفرض أي تهمة تنشأ أو تؤدي إلى عقوبة تعزيرية من أي نوع إلا بعد قيام الدليل الشرعي المثبت لهذا الالتزام في حقه، ولا شك أن هذا الالتزام يجب أن يكون منصوص عليه بشكل واضح في تقنين العقوبات التعزيرية، فالأصل ألا يكون الشخص ملتزماً بأداء، أي عقوبة تعزيرية إلا بعد أن يثبت إدانته بدليل شرعي معتبر بجريمة فيها نص شرعي مقنن في نص واضح في تقنين العقوبات التعزيرية ساري سلطانه زمانياً ومكانياً وشخصياً.

ثانياً – مبدأ البراءة الأصلية في النظام السعودي:

المدعى عليه ولو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس أموال ناس ودماءهم فادعها واتل عليها هذه الآية { إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة } حتى ختم الآية فدعوتها فتلوت عليها فاعترفت بذلك فسره). ج ٨ /٢٤٨ برقم ٥٤٢٥. و قال الشيخ الألباني: حديث صحيح.

(١٢٩) فتح الباري لابن حجر العسقلاني، ج٥/٢٨٣.

(١٣٠) تخريج الفروع على الأصول، محمود بن أحمد الزنجاني، تحقيق الدكتور مُحَمَّد أديب صالح، دار الرسالة بيروت لبنان، عام ١٣٩٨ هـ. ص ١٧٢.

(١٣١) الجريمة، لأبي زهرة، ص ٢٣٣.

نص النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية على أن: (تحمي الدولة حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية)[١٣٢] وحيث أن المملكة العربية السعودية تتخذ الشريعة الإسلامية دستوراً ومنهاجاً لها، وبما أن مبدأ البراءة الأصلية مبدأ فطرياً تقرره النصوص الشرعية والقواعد الفقهية في الفقه الإسلامي المستنبط من مبادئ الشريعة الإسلامية، فما تقرره الشريعة الإسلامية بصدد هذا المبدأ يكون هو المعوَّل عليه في النظام السعودي ويجب المحافظة عليه.

و مبدأ البراءة الأصلية مبني على قاعدة فقهية " الأصل براءة الذمة " تبناها الفقه الإسلامي واستنبطها من مبادئ الشريعة الإسلامية، وقررها نظام مديرية الأمن العام صراحة بما نصه: (يجب أن تسير المحاكمة دائماً إلى جانب المتهم بالرفق حتى تثبت عليه التهمة، لأن الأصل في الإنسان البراءة ما لم تقم ضده أدلة الاتهام)[١٣٣].

أما نصوص الإجراءات الجزائية، فقد ورد العديد منها بصريح الدلالة على هذا المبدأ، ولعل أهم تلك النصوص التي أوجبت إدانة المتهم بناء على حكم نهائي وفقا للوجه الشرعي، ما نصه: (لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص، إلا بعد ثبوت إدانته بأمر محظور شرعًا أو نظامًا بعد محاكمة تُجْرى وفقًا للمقتضى الشرعي)[١٣٤].

وهكذا يتبين لنا أن المنظم السعودي قد نص صراحة في أكثر من موضع في الأنظمة المختلفة على مبدأ البراءة الأصلية، وذلك انسجاماً مع ما قررته الشريعة الإسلامية بشأن هذا المبدأ ذلك أن كتاب الله وسنة رسول الله – ﷺ – يعتبران دستوراً ومنهاجاً للمملكة العربية السعودية مما يجعلنا نجزم بأن النظام السعودي قد تطابق مع الشريعة الإسلامية في كل ما قرره ونص عليه.

المقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظام السعودي:

---

(١٣٢) المادة السادسة و العشرين من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ تاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

(١٣٣) المادة ٢١٤ من نظام مديرية الأمن العام.

(١٣٤) المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية رقم م/٢ تاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.

يتفق النظام السعودي مع الشريعة الإسلامية في تقرير مبدأ البراءة الأصلية، ويؤكد ذلك من خلال النصوص العديدة من النظام.

المطلب الثاني

علاقة مبدأ الشرعية الجنائية بتقنين العقوبات التعزيرية

أولاً: في الشريعة الإسلامية:

الحقيقة أن هناك علاقة وثيقة بين مبدأ الشرعية الجنائية وتقنين العقوبات التعزيرية، ذلك أن مبدأ الشرعية الجنائية يقرر عدم تجريم أي فعل أو وضع عقوبة إلا بوجود دليل شرعي معتبر يجرم هذا الفعل ويعاقب عليه بعقوبة شرعية.

إن التجريم وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية مرتبط ارتباطاً متيناً لا انفكاك بينهما، وإلا كان تجريم الفعل والعقوبة باطلة، وغير شرعي. فالشريعة الإسلامية اتسمت بالمرونة في شأن جرائم التعزير وعقوباتها، وأفسحت صدرها لضروب من السياسة الشرعية الجنائية في ذلك:

أجازت الشريعة الإسلامية أن يعهد إلى القاضي بتحديد الأفعال التي تعتبر جرائم تعزيرية، وتقرير العقوبة التي يراها ملائمة لكل منها، وفي حالة تدخل المنظم لتقرير العقوبات التعزيرية، فقد أعطى القاضي سلطة تقديرية واسعة عند تطبيق العقوبات التعزيرية التي قننها المنظم وفق سياسته التنظيمية التي يستلهمها من ظروف مجتمعه، ملتزماً إلتزاماً تاماً بالضوابط التي قررتها الشريعة الإسلامية في شأن العقوبات التعزيرية وهذا التقنين يجب أن يلتزم إلتزاماً مطلقاً بالكتاب والسنة، ومبدأ الشرعية الجنائية في جميع نصوصه وأحكامه وعدم وضع أحكام في ثنايا التقنين – مهما قلت أو ندرت – تتعارض أو تتصادم مع مبدأ الشرعية الجنائية مهما كانت دقة صياغة التقنين وبراعة أسلوبه. (١٣٥)

فما التقنين إلا عبارة عن جمع الأحكام الشرعية والعقوبات التعزيرية في نصوص خاصة بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض أو غموض أو تكرار أو إبهام وصياغتها في عبارة جامعة وموجزة. ثم إصدارها في شكل تنظيم ملزم تفرضه الإرادة الملكية

---

(١٣٥) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، عام ١٤٢٧هـ، ص ٥٦ وما بعدها.

عن طريق السلطة التي تملك سلطة التنظيم في المملكة العربية السعودية[١٣٦] لتطبقها المحاكم وفق درجاتها ويلتزم بها الكافة من أفراد وهيئات وسلطات.

ثانياً: في النظام السعودي:

لما كان مبدأ الشرعية الجنائية يمثل الأساس الذي يقوم عليه تجريم الأفعال الحرمة أو الممنوعة نظاماً وتقرير العقوباب على المجرمين المرتكبين لها وذلك من خلال النصوص النظامية كان التقنين هو الأداة التي يتم بها النص على هذه الأفعال والعقوبات وتحديد ماهيتها ونطاقها الزمني والمكاني، فبدون هذا التقنين لا يمكن تفعيل مبدأ الشرعية الجنائية، لذا فإن العلاقة بين مبدأ الشرعية الجنائية والتقنين علاقة تلازمية بحيث لا ينفكان عن بعضهما البعض وكلٌ منهما مكمل للآخر.

ويظهر ذلك جلياً من خلال نصوص النظام السعودي حيث نص على تقرير مبدأ الشرعية الجنائية بأن لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص، والتقنين هو الذي يتم خلاله النص على على العقوبة والجريمة في النظام السعودي.

المقارنة بين الشريعة والنظام:

يتفق النظام السعودي مع الشريعة الإسلامية في تلازم التقنين مع مبدأ الشرعية الجنائية، وأنهما لاينفكان عن بعضهما البعض ومكملان لبعضهما.

---

(١٣٦) سنبحث هذه الأمر في فصل مستقل في الباب الثاني تحت عنوان الجهات المنوط بها عملية التقنين.

المبحث الثاني

نطاق تفعيل مبدأ الشرعية الجنائية في التقنين

تمهيد:

بينا فيما سبق بشكل مفصل علاقة مبدأ الشرعية الجنائية بتقنين العقوبات التعزيرية في الشريعة والنظام وتبين لنا أصالة هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية وأن النظام السعودي قد أخذ به في أنظمته الجزائية وأنه قد تطابق بشكل تام مع الشريعة الإسلامية، وفي هذا المبحث سوف نبين نطاق تفعيل مبدأ الشرعية الجنائية في تقنين العقوبات التعزيرية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

بيان مفهوم كل من النطاق والتفعيل لمبدأ الشرعية الجنائية

تقوم التنظيمات الجنائية المعاصرة على مبدأ الشرعية الجنائية، ويستلزم هذا المبدأ وجود قواعد تنظيمية تجرم السلوك الإجرامي، وتعاقب عليه، كما يستلزم أن تكون هذه القواعد سارية المفعول من حيث الزمان، والمكان الذي ارتكبت فيهما الجريمة التعزيرية، وهذا يقتضي تحديد نطاق أو سريان هذه القواعد من حيث الزمان، والمكان، والأشخاص.

فما هو مفهوم كل من النطاق، والتفعيل لمبدأ الشرعية الجنائية ؟.

إن مفهوم نطاق مبدأ الشرعية الجنائية تتمثل في: أن لا تفرض عقوبة أو تدبير احترازي أو إصلاحي على أي جرم لم يكن قد نصت عليه الشرعية الجنائية حين اقترافه، ولا تؤخذ على المدعى عليه الأفعال التي تؤلف جرماً وأعمال الاشتراك الأصلي أو الفرعي التي أتاها قبل تجريم هذا الفعل، ولا يقمع فعل بعقوبة أو بتدبير احترازي أو أصلاحي إذا تم إلغاء تجريم هذا الفعل، وكل تنظيم يعدل شروط التجريم تعديلا يفيد المدعى عليه يطبق على الأفعال المقترفة قبل نفاذهما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم.

و ذكرنا فيما سبق إلى أنه لتجريم أي سلوك أو فعل لابد من وجود نص شرعي يجرم هذا الفعل، ويعاقب عليه. كما يجب أن يكون النص الشرعي سارياً على الزمان والمكان، والأشخاص الذين ارتكبوا فيه الجريمة.

إن مجرد وجود النص الذي يجرم فعلاً أو امتناعاً عن فعل لا يكفي لخضوع الفعل أو الامتناع عنه للتجريم الجزائي، وإنما يتعين أن يدخل الفعل، أو الامتناع في نطاق سلطانه، أما إذا كان خارجاً عنه، فمن غير الجائز أن يوصف بأنه غير مشروع وفقاً لذلك النص، وإن طابق النموذج الذي حدده.

ولنطاق النص عدة حدود هي:

١- حدود زمنية.

٢- حدود مكانية.

٣- حدود شخصية.

و لا يعتبر الفعل، أو الامتناع عن الفعل غير مشروع وفقاً لذلك النص إلا إذا دخل في نطاق الحدود الزمنية، والمكانية، والشخصية لسريانه.

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 بأنه غير مشروع وفقاً له.

و عليه سوف نقسم هذا المطلب إلى عدة فروع وفقاً للتالي:

الفرع الأول

سريان النص الجنائي الشرعي من حيث المكان

أولاً: في الشريعة الإسلامية:

كقاعدة عامة لا يسري أي تنظيم، أو تقنين كتقنين العقوبات التعزيرية إلا على الجرائم التي ترتكب على إقليم الدولة، ويعبر عن هذا المبدأ بمبدأ إقليمية القاعدة الجنائية.

مفهوم مبدأ إقليمية النص الجنائي:

حتى يفهم معنى مبدأ إقليمية النص الجنائي في الشريعة الإسلامية لابد من الإجابة عن هذا التساؤل أولاً، هل الشريعة الإسلامية عالمية، أم إقليمية ؟.

الحقيقة أن الأصل في الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لا إقليمية، جاءت للعالم كله لا لجزء منه، وللناس جميعاً لا لبعضهم، فهي شريعة لكل الأمم لا يختص بها قوم دون

قوم، ولا جنس دون جنس، يخاطب بها المسلم وغير المسلم، وساكن البلاد الإسلامية، أو غير الإسلامية.

بيد أن واقع العملي قضى بأن لا تطبق الشريعة الإسلامية إلا على البلاد والأقاليم التي يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها.

و قد قسمت الشريعة الإسلامية الديار والدول إلى قسمين:

القسم الأول: دار الإسلام: هي كل بلد تظهر فها أحكام الإسلام حقيقة أو يستطيع سكانها إظهار أحكام الإسلام، وعليه فإنه يدخل في نطاق دار الإسلام جميع الدول التي يدين جميع سكانها أو غالبيتهم بالإسلام، كما يدخل فيه كل إقليم يحكمه المسلمون، ولو كان جميع سكانها أو غالبيتهم غير مسلمين، كما يدخل فيه كل إقليم يحكمه غير المسلمين إذا كان يقيم فيه مسلمون يظهرون أحكام الإسلام أو يستطيعون إظهارها، وسكان دار الإسلام معصوموا الدم والمال [١٣٧].

القسم الثاني: دار الحرب: وهي كل بلد غير إسلامي لا تظهر فيها أحكام الإسلام، ولا يتمكن المسلمون – إن وجدوا بها – من أن يظهروا فيها هذه الأحكام، وأهل هذه البلدان غير معصومي الدم والمال، ما لم يكن بينهم وبين دولة دار الإسلام هدنة أو عهد [١٣٨].

و الناس في الشريعة الإسلامية ينقسمون إلى:

١- **المسلمين:** والمسلم هو كل من آمن برسالة الإسلام، ومركزه الشرعي في الدولة أنه معصوم النفس والمال، وله الحماية التامة من أي عدوان إلا بالحق[١٣٩].

---

(١٣٧) الفقه الجنائي الإسلامي، الجريمة، محمود نجيب حسني، ص ١٩٠.

(١٣٨) النظام الجنائي – أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة و الفقه الإسلامي – عبد الفتاح خضر، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية عام ١٤٠٢هـ. ج١/١٢٦.

(١٣٩) الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والنظام، د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ط٢٠١٠م، ص١٥٠ وما بعدها .

٢- **الذميين:** والذمي هو غير المسلم الذي يقيم في الدولة الإسلامية إقامة دائمة، مركزه الشرعي في الدولة أنه معصوم الدم والنفس إلا بحق كالمسلمين تماماً[١٤٠].

٣- **المستأمنين:** والمستأمن هو غير المسلم الذي يقيم إقامة دائمة في دولة غير إسلامية ويأتي إلى الدولة الإسلامية ليقيم فيها إقامة مؤقتة بسبب مشروع، ومركزه الشرعي في الدولة أنه معصوم النفس والمال خلال إقامته في الدولة فقط[١٤١].

٤- **الحربيين:** والحربي هو من يقيم إقامة دائمة في دولة غير إسلامية، ولا صلة له بالدولة الإسلامية طالما كان مقيما في إقليم لا يخضع لسيادتها، فإذا دخل في إقليم الدولة الإسلامية فلا حماية شرعية له[١٤٢]، ويرى بعض الفقهاء أن المسلم متى دخل دار الإسلام فإنه يستفيد من العصمة بدخوله فيها[١٤٣].

والحقيقة أن تطبيق الشريعة الإسلامية يرتبط بسلطان المسلمين وقوتهم، فكلما قوت شوكتهم واتسع سلطانهم امتد نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية، وكلما ضعف سلطانهم، انكمشت الحدود التي تطبق فيها الشريعة الإسلامية.

وعليه فصحيح أن الشريعة الإسلامية عالمية الأصل، بيد أن الواقع العملي جعلها شريعة إقليمية لا تطبق إلا في الإقليم الإسلامي دون غيره من الأقاليم.[١٤٤]

وهذا هو المبدأ العام في الشريعة الإسلامية، ولا خلاف عليه بين أهل العلم، بيد أن الفقهاء اختلفوا في تطبيقه تبعاً للاعتبارات المختلفة عند أهل العلم من الناحية العملية، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود عدة آراء حول سريان النص الجنائي على المكان، وسوف نبسط القول فيها على النحو التالي:

---

(١٤٠) المرجع السابق، ص ١٥١.
(١٤١) الفقه الجنائي الإسلامي،- الجريمة – محمود نجيب حسني، ص ١٩١.
(١٤٢) المرجع السابق، ص ١٩٢.
(١٤٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين الكاساني ،ج ٧/ ١٠٥.
(١٤٤) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤٢٩ هـ، ج١/١٦٣.

الرأي الأول [١٤٥]: فرق أبو حنيفة النعمان [١٤٦] – عليه رحمة الله تعالى – بين الجرائم التي ترتكب في داخل أرض الدولة الإسلامية وسلطانها، والجرائم على ترتكب خارجها، وإذا ارتكبت الجريمة في الدولة الإسلامية تعيَّنت التفرقة بين الجرائم التي ارتكبها مسلم أو ذمي من ناحية، وبين الجرائم التي يرتكبها مستأمن من ناحية أخرى.

فإذا ارتكب مسلم أو ذمي جريمة ما في إقليم الدولة الإسلامية وجب تطبيق النص الجنائي عليهما، أما إذا ارتكب المستأمن جريمة ما، فإن أبا حنيفة يفرق ما بين حالتين من الحقوق ؛ حق الله تعالى، وحقوق العباد:

فإذا كانت الجريمة تمس حق من حقوق الله تعالى، فلا يطبق على المستأمن النص الجنائي الإقليمي بحجة أن المستأمن دخل الدولة الإسلامية بحاجة يبتغي تحقيقها[١٤٧]، أما إذا كانت جريمته تمس حق من حقوق العباد، فيطبق عليه النص الجنائي الإقليمي أي الشريعة

---

(١٤٥) شرح فتح القدير، لابن الهمام مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الأسرار على الهداية، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، مصر، ج ١٥٥/٥ و ما بعدها. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية، مصر، ج١٣١/٧، و ما بعدها.

(١٤٦) أبو حنيفة النعمان هو: النعمان ثابت بن زوطي، التيمي بالولاء، الكوفي، إليه ينسب المذهب الحنفي. ولد ونشأ بالكوفة سنة ثمانين للهجرة، رأى بعض الصحابة – ﷺ، وتفقه على حماد، وكان يبيع الخبز ليأكل من عمل يديه، ويطلب العلم، ثم تفرغ له وانقطع للتدريس و الإفتاء. وكان يضرب به المثل في الزهد و الورع و العبادة، وكان إماماً في القياس و الاستحسان. من أهم كتبه: مسند أبي حنيفة في الحديث، والمخارج في الفقه، وتنسب إليه رسالة الفقه الأكبر، و جمع الإمام مُحَمَّد بن حسن الشيباني أقوال الإمام واجتهاداته في كتب (ظاهر الرواية و النوادر) و غيرهما. انظر: الأعلام، خير الدين الزركلي، الطبعة الثالثة، بيروت، عام ١٣٨٩، ج٩/ ٤. وفيات الأعيان، أحمد بن مُحَمَّد بن أبي بكر بن خلكان، طبع مكتبة النهضة المصرية، القاهرة عام ١٣٦٧هـ، ج٣٩/٥. الطبقات السنية في تراجم الحنفية، تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري الغزي، تحقيق عبد الفتاح الحلو، طبع المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، عام ١٣٩٠هـ، ج٨٦/١. تهذيب الأسماء واللغات، محي الدين يحيى بن شرف النووي، طبع إدارة الطباعة المنيرية بمصر – تصوير دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج ٢١٦/٢.

(١٤٧) الفقه الجنائي الإسلامي – الجريمة –، محمود نجيب حسني، ص ١٩٣.

الإسلامية، أما الجرائم التي ترتكب خارج إقليم الدولة الإسلامية فلا يطبق عليها النص الجنائي الإسلامي ولو كان مرتكبها مسلم أو ذمي (١٤٨).

نقد الرأي:

لعل أهم الانتقادات الموجه إلى هذا الرأي ما يلي:

١- أنه ليس لهذا الرأي سند قوي من دليل شرعي صريح صحيح، أو عقلي راجح قوي.

٢- أن لهذا الرأي أثر سيء على البلاد الإسلامية ورعاياها، لأنه سيتخذ حجة لأخذ الامتيازات للأجانب (المستأمنين)، وكلنا يعلم ما قاسته البلاد الإسلامية، وتقاسيه من هذه الامتيازات.(١٤٩)

٣- أن هذا الرأي ينكر مبدأ شخصية النص الجنائي مما يؤدي إلى آثار سلبية كثيرة على الدولة الإسلامية، ورعاياها.(١٥٠)

ولهذه الأسباب نرى أن هذا الرأي مرجوح لضعف دليله الشرعي النقلي والعقلي، وأثره السيئ على البلاد والعباد ومقدرات الأمة في داخل الدول الإسلامية وخارجها (١٥١).

---

(١٤٨) شرح فتح القدير، لابن الهمام مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الأسرار على الهداية، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، مصر، ج ١٥٥/٥ و ما بعدها. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية ج١٣١/٧، الفقه الجنائي الإسلامي – الجريمة – محمود نجيب حسني، ص١٩٣.

(١٤٩) الفقه الجنائي الإسلامي، – الجريمة –، محمود نجيب حسني، ص ١٩٣

(١٥٠) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج١٦٩/١.

(١٥١) ولعل الرأي الأول (لأبي حنيفة النعمان) كان السبب في نشوء ما سمي بالمحاكم المختلطة، فقد بدأت تلك المحاكم على سبيل المنحة عام ١٥٥٣ م، يوم وفد رسول فرنسي من قبل ملك فرنس، فرانسوا الأول، يلتمس معونة السلطان العثماني ضد شارلمان إمبراطور ألمانيا، ويضع نفسه تحت تصرفه، فأنجده

الرأي الثاني [١٥٢]: يرى أبو يوسف[١٥٣] الحنفي – عليه رحمة الله تعالى – أن النص الشرعي يسري على كل المقيمين في الدولة الإسلامية إقامة دائمة (مسلم، ذمي) أو مؤقتة (مستأمن).

و حجته في ذلك أن المسلم يلزمه إسلامه بأحكام الإسلام، وأن الذمي ملزم بأحكام الإسلام بموجب عقد الذمة ، أما المستأمن فيجب عليه الالتزام بأحكام الإسلام بموجب عقد الأمان الذي دخل بموجبه الدولة الإسلامية.

بيد أن هذا الرأي يتفق مع رأي الإمام الأعظم بعدم سريان النص الجنائي الإسلامي خارج إقليم الدولة الإسلامية على رعاياها المسلمين والذميين [١٥٤].

نقد الرأي:

بجيش كبير استطاع إنقاذه. و لكن الرسول أن يظفر بعهد أصبح أساساً للامتيازات الأجنبية، بحيث يدخل في اختصاصه محاكمة الفرنسيين في المواد التجارية، و المدنية و الجنائية، إذا كان في الخصومة شخص عثماني و أجانب، فتكون المحاكم العثمانية هي المختصة، إلا أنه يجب أن يحضر ترجمان القنصلية الأجنبية عند رؤية الدعوى. و قد منحت هذه الحقوق أيضاً للرعايا الذين تحميهم فرنسا. ثم حذت انجلترا، وروسيا، وغيرهما حذو فرنسا. انظر أصول المحاكمات الجزائية، عبد الوهاب حومد، الطبعة الرابعة، عام ١٤٠٧ هـ، المطبعة الجديدة، دمشق سورية، ص ٤٤٩.

(١٥٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، ج١٣٤/٧.

(١٥٣) أبو يوسف هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن جنيس بن سعد الأنصاري، الكوفي، البغدادي، صاحب أبي حنيفة وتلميذه. ولد بالكوفة، و أخذ الحديث، وكان حافظاً ثقة، ثم لزم أبا حنيفة، فغلب عليه الرأي. وكان واسع العلم بالتفسير و المغازي و أيام العرب، ورواية الحديث، وخالف إمامه أبا حنيفة في كثير من المواضيع و أقام الحجة عليه. من كتبه: الخراج و الآثار، والنوادر و اختلاف الأمصار و غيرهم كثير. انظر: الأعلام، خير الدين الزركلي، ج٩/ ٢٥٢. طبقات الفقهاء، إبراهيم بن علي، أبو إسحاق الشيرازي، نشر دار الرائد العربي، بيروت لبنان، عام ١٩٧٠م، ص١٣٤. وفيات الأعيان، أحمد بن مُحَمَّد بن أبي بكر بن خلكان، ج٥/ ٤١٢. تاريخ بغداد، أبو بكر أحمد بن علي، الخطيب البغدادي، تصوير عن طبعة الخانجي، القاهرة عام ١٣٤٩هـ، ج١٤/ ٢٤٢،

(١٥٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، ج١٣٤/٧. التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج١/ ١٩٤.

اتفق هذا الرأي مع رأي أبي حنيفة النعمان في تقريره بعدم سريان النص الجنائي الشرعي على الجرائم التي ترتكب خارج سلطان الدولة الإسلامية، ولو كان مرتكب هذه الجريمة من المسلمين أو الذميين، ولهذا فالنقد الموجه للرأي الأول يوجه لهذا الرأي أيضاً، فهو رأي ضعيف الحجة الشرعية والعقلية، كما أن هذا الرأي أن هذا الرأي ينكر مبدأ شخصية النص الجنائي، مما يؤدي إلى آثار سلبية كثيرة على الدولة الإسلامية ورعاياها ومقدراتها (١٥٥).

غير أن هذا الرأي تفادى النقد الموجه إلى رأي أبي حنيفة عندما استبعد سريان النص الجنائي الإسلامي على الأجنبي، فجعله يسري على كل المقيمين في الدولة الإسلامية إقامة دائمة (مسلم، ذمي) أو مؤقتة (مستأمن).

الرأي الثالث (١٥٦): وهو رأي جمهور العلماء ، الإمام مالك (١٥٧)، والشافعي(١٥٨)، وأحمد (١٥٩) – رضوان الله عليهم أجمعين – ويرى أصحاب هذا الرأي أن النص الجنائي الشرعي يجب أن يطبق على كل جريمة ترتكب في أي مكان داخل الدولة

---

(١٥٥) الفقه الجنائي الإسلامي، – الجريمة –، محمود نجيب حسني، ص ١٩٤.

(١٥٦) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ج٣/٣٥٥. المدونة الكبرى رواية عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ج١٦/٩. المهذب، لأبي إسحاق الشيرازي، الطبعة الأولى، مطبعة البابي الحلبي، ج٢/٣٥٨. المغني على مختصر الخرقي، مُحَمَّد عبد الله ابن قدامة، لطبعة الأولى، مطبعة المنار، ج٣/٤٣٩. الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة، الطبعة الأولى، المطبعة المصرية مصر، ج٥/١٥٥.

(١٥٧) الإمام مالك هو: مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر، الأصبحي الحميري، إمام دار الهجرة، إليه ينسب المذهب المالكي، ولد بالمدينة، وطلب العلم عن التابعين، جمع بين الفقه والحديث والاجتهاد بالرأي، كان صلبا في دينه بعيدا عن الملوك الأمراء. له مؤلفات جليلة منها الموطأ، الرد على القدرية، رسالة في الأقضية وغيرهم كثير. انظر: تذكرة الحفاظ لأبي عبد الله شمس الدين مُحَمَّد بن أحمد الذهبي، تصوير إحياء التراث العربي، عن طبعة وزارة المعارف الحكومية بالهند، ج١/٢٠٧. الأعلام، خير الدين الزركلي، ج٦/١٢٨. وفيات الأعيان، أحمد بن مُحَمَّد بن أبي بكر بن خلكان، ج٣/ ٢٨٤.

(١٥٨) الإمام الشافعي هو: مُحَمَّد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع، المطلبي القرشي، أحد الأئمة الأربعة في الفقه. ولد في غزة سنة ١٥٠ هـ حفظ القرآن و هو ابن سبع سنين، أخذ العلم عن علماء مكة. أذن له بالإفتاء و هو ابن خمس عشرة سنة، ثم رحل إلى المدينة أخذ الحديث وعلومه عن

الإسلامية، كائن من كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً، كذلك يطبق النص الجنائي الشرعي على كل جريمة ارتكبها مسلم أو ذمي في خارج سلطان الدولة الإسلامية، بخلاف الحربي المستأمن الذي ارتكب جريمة في دولة غير إسلامية، فإنه لا يسري بحقه النص الجنائي الإسلامي، لأنه لم يلتزم بأحكام إلا من يوم دخوله إلى الدولة الإسلامية (١٦٠)، أما إذا كان الفعل المرتكب محرماً في الدول غير الإسلامية، ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه، فلا عقاب على من ارتكبه في الدولة غير الإسلامية، وإذا ارتكب الذمي جريمة في دار الحرب، وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام، لأنه يصبح حربياً بتركه دار الإسلام، وتزول صفته كذمي، فلا يعود ملتزماً بأحكام الإسلام. وإذا عاد إلى دار الإسلام، فإنه يعود باعتباره حربيا مستأمناً لا ذمياً، وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام، ثم ارتكب جريمة بعد ذلك في دار الحرب، فلا يعاقب عليها في دار الإسلام؛ لأنه

الإمام مالك وعلماء المدينة، ثم ذهب إلى البادية فلزم قبيلة هذيل عدة سنوات، فحفظ اللغة و أشعار العرب ثم رحل إلى اليمن فتعلم الفراسة و الجدل ثم رحل إلى العراق فأخذ فقه الرأي عن الإمام مُحَمَّد بن الحسن ثم قصد مصر وبقي فيها حتى الوفاة عليه رحمة الله تعالى. وللشافعي تصانيف كثيرة أهمها: كتاب الأم و الحجة و المسند والرسالة و إبطال الاستحسان وغيرهم. انظر طبقات الشافعية الكبرى، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق الطناحي و الحلو، مطبعة عيسى البابي، القاهرة عام ١٣٨٣هـ، ج١/١٩٢. الأعلام للزركلي، ج٦/٢٤٩.، طبقات الفقهاء، أبو إسحاق الشيرازي، ص ٧١.

(١٥٩) الإمام أحمد بن حنبل هو: أحمد بن حنبل بن هلال، أبو عبد الله، الشيباني الوائلي، إمام أهل السنة وأحد الأئمة الأربعة في الفقه. ولد ببغداد ونشأ بها منكبا على طلب العلم، فظهرت عليه أمارات النجابة منذ صباه، وكان يحفظ ألف ألف حديث وصنف كتابه المسند. أمتحن عليه رحمة الله بفتنة خلق القرآن فضرب و عذب وسجن حتى نصر الله به أهل السنة وعقيدتهم. من أهم كتبه الزهد والتاريخ و المسند والناسخ و المنسوخ وغيرها كثير. انظر طبقات الحنابلة، مُحَمَّد بن أبي يعلى الفراء الحنبلي، تحقيق مُحَمَّد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة سنة ١٣٧١هـ، ج١/٤. الأعلام للزركلي، ج١/١٩٢. طبقات الفقهاء، أبو إسحاق الشيرازي، ص ٩١.

(١٦٠) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج١/١٧٠.

أصبح بردته وتركه لدار الإسلام حربياً، وعليه فلم يعد ملتزماً بأحكام الإسلام إلا بحقها(١٦١).

الترجيح بين الآراء:

بعد أن استعرضنا آراء أهل العلم في هذا المسألة نرى أن الرأي الراجح هو: رأي جمهور الفقهاء القائل بأن: النص الجنائي الشرعي يجب أن يطبق على كل جريمة ترتكب في أي مكان داخل الدولة الإسلامية، كائناً من كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً، كذلك يطبق النص الجنائي الشرعي على كل جريمة ارتكبها مسلم أو ذمي في خارج سلطان الدولة الإسلامية، بخلاف الحربي المستأمن الذي ارتكب جريمة في دولة غير إسلامية، فإنه لا يسري بحقه النص الجنائي الإسلامي ؛ وذلك لقوة أدلة هذا الرأي الشرعية والعقلية، ولحفاظه على مصالح المسلمين وقوتهم وعزتهم وسلطانهم.

ثانياً: سريان النص الجنائي في النظام السعودي:

الحقيقة أن النظام السعودي قد تفرد عن غيره من النظم العربية، والإسلامية بالتأكيد على مكانة الشريعة الإسلامية وعقيدتها الصافية حتى أنه قد صرح بذلك في أكثر من نص، ولعل من أهمها:

ما نصت عليه المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم على أنه: (يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام (الأساسي) وجميع أنظمة الدولة).

و جاء في المادة ٤٨ من النظام الأساسي للحكم ما نصه: (تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض من الكتاب والسنة).

---

(١٦١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب، ج٣/٣٥٥. المدونة الكبرى رواية عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك، ج١٦/٩. المهذب، لأبي إسحاق الشيرازي، ج٢/٣٥٨. المغني على مختصر الخرقي، مُحَمَّد عبد الله ابن قدامة، ج٣/٤٣٩. الشرح الكبير على متن المقنع، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة، ج٥/١٥٥. التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج١/١٧١.

بل صرح في المادة الثامنة والثمانون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على ما نصه: (كل إجراء مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة المستمدة منها يكون باطلاً)[١٦٢].

والمادة الأولى بعد المائتين من نظام الإجراءات الجزائية ب: (نقض الحكم إن خالف نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع).[١٦٣]

والحقيقة أن النظام السعودي قد أحسن عندما لم يأخذ بمسألة سريان النص الجنائي برأي الحنفية لما له من آثار سلبية على مصلحة الدولة وسلطانها ورعاياها، بل أخذ بما جاء بمذهب جمهور العلماء (الحنابلة والشافعية والمالكية) القائل بوجوب تطبيق النص الجنائي على كل الجرائم التي ترتكب في أي مكان من المملكة، وعلى كل المجرمين كائن من كان مرتكبها مواطناً أو مقيماً (مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً). كما يسري سلطان النص الجنائي على كل مواطن ارتكب جريمة خارج المملكة تعاقب عليها الشريعة الإسلامية أو النظام السعودي.

ويظهر هذا المذهب جلياً في نصوص النظام السعودي ومن ذلك ما نص عليه نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية: على السلطات في المملكة اتخاذ الإجراءات وملاحقة الأشخاص المتهمين بالاشتراك الجرمي والمساهمة الأصلية أو التبعية أو عن طريق المساهمة بالتدخل أو التحريض أو الإعداد أو الشروع في ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة الثالثة من هذا النظام خارج أراضي المملكة إذا كان قصد المتهمين تمهيد، أو تسهيل ارتكاب جريمة من هذه الجرائم داخل المملكة[١٦٤].

المقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظام السعودي:

يتفق النظام السعودي مع الشريعة الإسلامية في سريان النص الجنائي القائل بوجوب تطبيق النص الجنائي على كل الجرائم التي ترتكب في أي مكان من المملكة، وعلى كل المجرمين كائن من كان مرتكبها مواطناً أو مقيماً (مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً). كما يسري

---

(١٦٢) المادة ١٨٨ من نظام الإجراءات الجزائية رقم: م ٣٩ المؤرخ بـ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

(١٦٣) المادة ٢٠١ من نظام الإجراءات الجزائية رقم: م ٣٩ المؤرخ بـ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

(١٦٤) المادة الثامنة من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، رقم: م/٣٩، تاريخ ١٤٢٦/٧/٨هـ.

سلطان النص الجنائي على كل مواطن ارتكب جريمة خارج المملكة تعاقب عليها الشريعة الإسلامية أو النظام السعودي.

وعليه نقرر بأن النظام السعودي قد تطابق تماما مع الشريعة الإسلامية في هذه المسألة أيضا عندما أخذ برأي جمهور العلماء الحنابلة والمالكية والشافعية.

بعد أن انتهينا من آراء العلماء، وما أخذ به النظام السعودي حول بسط سلطان النص الجنائي الإسلامي نبين نطاق سلطان هذا النص الجنائي على الأرض المعمورة.

سبق أن أشرنا إلى تقسيم الشريعة الإسلامية للديار إلى قسمين: دار الإسلام ودار الحرب، وأن الناس ينقسمون إلى: مسلمين، وذميين ومستأمنين، وحربيين.

المقصود بالنطاق الإقليمي للدولة:

أولاً: في الشريعة الإسلامية:

المقصود بالنطاق الإقليمي هو: الأراضي والمياه والطبقات الجوية الخاضعة لسيادة الدولة كما تشمل السفن والطائرات التي تحمل العلم الوطني للدولة [١٦٥].

ويشمل إقليم الدولة ثلاثة أجزاء، الإقليم البري، والإقليم البحري، والإقليم الجوي [١٦٦]:

١- **الإقليم البري:** ويضم الإقليم الأرضي للدولة، وطبقاته التي تمارس الدولة عليها سيادتها بكل أشكالها.[١٦٧]

٢- **الإقليم المائي: و**يضم كل المساحات المائية التي تقع داخل الحدود السياسية للدولة، وتشمل الأنهار الوطنية، والأجزاء من الأنهار الدولية، والبحيرات المغلقة، والقنوات، والمضايق، والخلجان الداخلية، والموانئ البحرية التابعة للدولة. كما يشمل الإقليم المائي البحر الإقليمي. وهو الجزء من البحر العام الذي يتصل بشواطئ الدولة،

---

(١٦٥) المادة: ٣/ ح من نظام الجنسية العربية السعودية، رقم ٤ المؤرخ بـ ٢٥ /١/ ١٣٧٥ هـ.

(١٦٦) الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، د. أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية القاهرة، جمهورية مصر العربية عام ١٩٨١ م. ج١/١٨.

(١٦٧) شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم العام، المبادئ العامة للجريمة، حسن محمد ربيع، ج ١ / ١٠٣.

ويخضع لسيادتها، ويحدده العرف الدولي بثلاثة أميال بحرية لحد أدنى لعرض البحر الإقليمي. ويجوز لكل دولة أن تزيد في مساحة بحرها الإقليمي دون مغالاة.(١٦٨)

٣- **الإقليم الجوي:** ويشمل طبقات الهواء التي تعلو الإقليم الأرضي، والمائي إلى ما لا نهاية في الارتفاع. أما طبقات الجو العليا والأجرام السماوية، فهي تخرج عن سيادة كل دولة بموجب الاتفاقية الخاصة بتنظيم استغلال استعمال للطبقات العليا في الجو،و التي وافقت جمعية للأمم المتحدة على مشروعها في: ١٩ ديسمبر لعام ١٩٦٦م.(١٦٩)

الامتداد النظري لإقليم الدولة:

تنحصر سلطة الدولة وفقاً لمبدأ الإقليمية على من يرتكب جريمة ما على إقليم الدولة الفعلي، بيد أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه لا يتفق مع مصالح الدول، وسيادتها، ولربما يفلت بعض المجرمين من العقاب، لهذا فإن الدول لم تحصر سيادتها على إقليمها الفعلي فقط، بل سمحت بامتداد سلطان الدولة إلى الحدود التي تكفل
فيها مصالحها الأساسية في داخل إقليمها، وخارجه.

و قد ارتكز هذا التوسع في بعض مظاهره على تصور امتداد إقليم الدولة إلى نطاق يتجاوز حدوده الفعلية، وهو ما يتصور على السفينة التي تحمل علم الدولة، أو الطائرة التي تحمل جنسيتها.(١٧٠)

و ربما تأزم الأمر عندما تكون الجريمة قد ارتكبت في سفينة، أو طائرة، وهذه السفينة أو الطائرة في إقليم دولة أخرى، مما سيؤدي إلى ما يسمى بتنازع القوانين، ولحسم هذا التنازع لا بد من التمييز ما بين السفن، والطائرات الحربية، والسفن، والطائرات غير الحربية على النحو التالي:

---

(١٦٨) شرح قانون العقوبات – القسم العام – المسؤولية الجزاء، د. فتوح عبد الله الشاذلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، عام ٢٠٠١ م، ج١/١٩٩-٢٠٠.

(١٦٩) شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظام توفيق المجالي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ج١/١٤١.

(١٧٠) انظر الوسيط في قانون العقوبات – القسم العام، أحمد فتحي سرور، ج١/ ٢٠٠.

١- **السفن والطائرات الحربية:** إذا كانت السفن والطائرات حربية، فإنها تعتبر ممثلة لسيادة دولتها، ومن ثم تسري أحكام تنظيم دولتها على جميع الأفعال الجرمية، وغير الجرمية الواقعة فيها ضمن الأرض الإقليمية، وما يعلوها من فضاء، وما يتخللها من مياه، وكذلك الأمر للإقليم المائي، والجوي لدولة أجنبية.(١٧١)

٢- **السفن والطائرات غير الحربية:** السفن، والطائرات غير الحربية تعتبر امتداداً للإقليم الذي تحمل علمها أو جنسيتها، لذلك، فإن الأفعال التي تقع عليها تخضع للتنظيم الوطني لتلك السفينة، أو الطائرة في أي مكان وجدت فيه.(١٧٢)

٣- **السفارات والقنصليات:** يقضي العرف الدولي والمعاهدات الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل بحصانة دبلوماسية لمثل هذه الأماكن، وهي حصانة تعني استبعاد الأفعال الجرمية الواقعة في مثل هذه الأماكن من نطاق قانون الإقليم، ومحاكمه.(١٧٣)

ثانياً: في النظام السعودي:

قد نص نظام الجنسية العربية السعودية في المادة الثالثة / ح منه على أن:

المملكة العربية السعودية تشمل الأراضي والمياه والطبقات الجوية الخاضعة للسيادة العربية السعودية كما تشمل السفن والطائرات التي تحمل العلم العربي السعودي.(١٧٤)

وعلى هذا نرى أن النظام السعودي قد استمد جميع أحكامه في هذه المسألة من الشريعة الإسلامية بعد أن أخذ بمذهب جمهور العلماء، وقد أحسن في هذا أتم الإحسان، فحافظ على الشريعة الإسلامية، وسلطانها في كل مكان يرفف فيه علم المملكة العربية السعودية.

---

(١٧١) شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة (القسم العام)، أحمد فتحي سرور ص١٠٦.

(١٧٢) شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة (القسم العام)، حسن مُحَمَّد ربيع، ص١٠٨.

(١٧٣) النظرية العامة لقانون العقوبات، سليمان عبد المنعم، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، جمهورية مصر العربية عام ٢٠٠٠ م، ص ١٠٧.

(١٧٤) المادة: ٣/ ح من نظام الجنسية العربية السعودية، رقم ٤ المؤرخ بـ ٢٥ /١/ ١٣٧٥ هـ.

المقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظام السعودي:

يتفق النظام السعودي مع الشريعة الإسلامية في امتداد النطاق الإقليمي وسريان سلطان الدولة على كل ما يحمل علم الدولة سواءً كانت سفناً أم طائرات.

الفرع الثاني

سريان النص الجنائي الشرعي من حيث الزمان

أولاً: في الشريعة الإسلامية:

القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن النص الجنائي لا يسري سلطانه إلا بعد صدوره وعلم الناس به، والضابط في الأثر الفوري للنص الجنائي الشرعي من حيث الزمان هو سريانه وقت ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة، أما إذا ارتكب الفعل قبل وقت سريان النص الجنائي أو ارتكب بعد انقضاء فترة سريانه، فلا يسري النص الجنائي الشرعي على ذلك الفعل إلا ما ورد بشأنه نص خاص.

وعليه فإن النص الجنائي الشرعي محصوراً بين وقتين: ابتداء من وقت سريانه إلى وقت انقضاء سلطانه، فله بين الوقتين سلطان نافذ، ولا سلطان له فيما عدا ذلك.

ولا يثير الأمر صعوبة بالنسبة للنصوص الشرعية التي وردت في المصادر الأصلية للشريعة، أي التي وردت في القرآن أو السنة، فهي بطبيعتها وبحكم اللزوم الشرعي والعقلي لا تقبل نسخاً أو تعديلاً بعد اكتمال الدين وانتقال الرسول – صلى الله عليه وسلم – إلى الرفيق الأعلى، إذ قد استقرت هذه النصوص على نحو نهائي، ومن ثم صارت أبدية السريان(١٧٥).

ولكن قد تثور بعض المسائل المشكلة في العقوبات التعزيرية، وخاصة إذا ما صدر تنظيم (تقنين) شرعي ينظم الجرائم التعزيرية أو بعضها، كما أن هذا التنظيم يمكن أن يجرم أفعالاً لم تكن مجرمة من قبل، كما يمكن أن ينسخ بعضها صراحة أو ضمناً أو يغير في مدة العقوبة أو نوعها وماهيتها.

طبيعة النصوص التي تطبق على جرائم ارتكبت في ظل نصوص سابقه:

---

(١٧٥) انظر الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني، ص ١٧٠

يثور التساؤل حول تحديد النص الواجب التطبيق على جريمة ارتكبت في ظل سلطان نص سابق، وقدم مرتكبها إلى المحاكمة في ظل نص لاحق. فما هو النص الذي سيبسط سلطانه على هذا الفعل ؟.

هل هو النص الذي كان ساريًا وقت ارتكاب الجريمة، أم النص الساري وقت محاكمة مرتكبها ؟.

و الحقيقة أن الذي يجيب عن هذه التساؤلات ويحل الإشكاليات قاعدة هامة تعرف باسم: (قاعدة عدم رجعية النص الجنائي)، ومؤدى هذه القاعدة أنه إذا عمل بنص طبق على ما يرتكب بعد العمل به، ولا يطبق على ما ارتكب قبل العمل به، وهذه القاعدة أخذت بها الأنظمة الحديثة على مختلف ألوانها، وأعتقد جازماً أن هذه القاعدة موجودة في التشريع الجنائي الإسلامي، على الرغم من عدم وجود مباحث خاصة عنها في كتب الفقه القديمة، بيد أن هناك العديد من الأدلة الشرعية التي تدل عليها بكل أركانها، وكيانها وهذه الأدلة مستمدة من النصوص الشرعية بصورة قولية صريحة أو فعلية، بالإضافة إلى أن لها علتها المستمدة من اعتبارات العدالة، ومن المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية [١٧٦].

وهذه القاعدة ليست مطلقة بحيث تسري على كل الأفعال الجرمية، إذ يرد عليها أكثر من استثناء يحد من نطاقها بما يعرف: بالنص الجنائي الأصلح للمتهم قبل العمل بها، والنص الجنائي الأصلح للمجتمع في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام.[١٧٧]

فإذا ارتكب شخص جريمة تعزيرية في ظل تنظيم شرعي يعاقب عليها بتعزير معين، ثم صدر بعد ذلك تنظيم يزيل هذه العقوبة التعزيرية أو يعدلها بعقوبة أخف، فإن هذا التنظيم يكون هو الواجب التطبيق، فلا يعاقب مرتكب الجريمة إطلاقًا، أو يعاقب بالعقوبة التعزيرية المخففة التي يقررها التنظيم الجديد.

---

(١٧٦) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني، ص ١٧٣. التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج ١ / ٢٦١.

(١٧٧) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج ١ / ٢٦١.

لهذا سوف نبحث في قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الشرعية، ثم نبحث في الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة وهما التنظيم الأصلح للمتهم على ما ارتكب قبل العمل بها، والتنظيم الأصلح للمجتمع في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام.

كما نرى لزاماً أن دراسة قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية، والتنظيم الأصلح للمتهم يحتم علينا أن نتعرض على سبيل الإيجاز لما يعرف في اصطلاح العلماء: **(بالنسخ)** باعتباره يحدد وقت انقضاء العمل بالنص الشرعي، ويحول دون سريانه على أي فعل يرتكب بعد نسخه.

أ- تعريف النسخ لغة واصطلاحاً:

النسخ في اللغة له عدة معان، لعل أهمها: الإزالة والإعدام [١٧٨]، كما في قوله سبحانه وتعالى: (وما أرسلنا من قبلك من رسول ولا نبي إلا إذا تمنى ألقى الشيطان في أمنيته فينسخ الله ما يلقي الشيطان ثم يحكم آياته) [١٧٩].

أما النسخ في الاصطلاح: (فهو رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر).[١٨٠]

فقوله: (حكم شرعي) يخرج الحكم العقلي، وهو البراءة الأصلية، فإن رفعها بابتداء إيجاب العبادة في الشرع يدل على خلاف حكم العقل من براءة الذمة ولا يسمى نسخاً، وقوله (بدليل شرعي) يخرج ما ارتفع من الأحكام الشرعية بالموت، فلا يكون نسخاً بل هو سقوط تكليف، والدليل الشرعي قد يشمل السنة فضلاً عن الكتاب.[١٨١]

ب- الحكمة من النسخ:

للنسخ غايات، وحكم كثيرة، لعل أهمها ما يلي:

---

(١٧٨) القاموس المحيط للفيروز آبادي، مطبعة الحلبي القاهرة، الطبعة الثانية عام ١٣٧١ هـ، ج٢١/٤.مناهل العرفان في علوم القرآن، مُحَمَّد عبد العظيم الزرقاني، مطبعة الحلبي القاهرة الطبعة الثالثة عام ١٩٥٩ م، ج٢٠٩/٢.

(١٧٩) سورة الحج، الآية ٥٢.

(١٨٠) تسهيل الوصول إلى علم الأصول، مُحَمَّد بن عبد الرحمن المحلاوي، مطبعة الحلبي القاهرة عام ١٣٤١ هـ، ص ١٢٩.

(١٨١) تسهيل الوصول إلى علم الأصول، مُحَمَّد بن عبد الرحمن المحلاوي، ص ١٢٩.

أ- تطور التشريع إلى مرتبة الكمال حسب تطور الدعوة، وتطور حال العباد.

ب- مراعاة مصالح العباد.

ت- إرادة الخير للأمة والتيسير عليها، لأن النسخ إن كان إلى أشق منه ففيه زيادة الثواب، وإن كان إلى أخف ففيه سهولة ويسر.(١٨٢)

قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الشرعية:

في هذه الفقرة سنبحث في ماهية هذه القاعدة، ثم نبين النصوص الشرعية التي تثبت شرعية هذه القاعدة، ثم سنأتي بتطبيقات عملية على هذه القاعدة وفقا للتالي:

أ – ماهية قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الشرعية:

تعني قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية أن نص التجريم لا يسري إلا علي الأفعال التي ترتكب بعد وقت نفاذه، فهو لا يسري إلا علي الأفعال التي ارتكبت قبل هذا الوقت.

فالنص الجنائي الواجب التطبيق على الفعل الجرمي هو النص المعمول به وقت ارتكاب الجريمة، وليس النص المعمول به وقت محاكمة مرتكب الجريمة (١٨٣).

ولهذه القاعدة نتيجتان:

١. لا يجوز أن يطبق النص الجنائي الجديد علي فعل ارتكب قبل العمل به، فمرتكب هذا الفعل لا يجوز أن يوقع عليه العقاب المبين في النص الجنائي الجديد، على الرغم من العمل بالنص الجنائي الذي يجرم فعله.

٢. لا يجوز أن يطبق نص الجنائي الجديد على فعل ارتكب قبل العمل به، وكان معاقباً عليه بعقوبة أخف مما يقضي به ذلك النص الجنائي الجديد (١٨٤).

ب – الأدلة الشرعية لقاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية:

---

(١٨٢) انظر مباحث في علوم القرآن لمناع قطان، بيروت لبنان، مؤسسة الرسالة الطبعة السادسة، ص٢٤٠.

(١٨٣) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني، ص ١٨٤.

(١٨٤) المرجع السابق، ص١٨٥.

من يتتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها، ويرى كيف نزلت الأحكام التي حرمت المعاصي، ولم يعاقب عليها، والجرائم التي وقعت قبل نزول النصوص المحرمة، ولم يعاقب فاعلها جنائياً، يستخلص من تلك الأحكام والوقائع شرعية وأصالة قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية في الشريعة الإسلامية.

فهناك العديد من الأدلة الواردة في الكتاب تؤكد شرعية قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية، لعل أهم تلك الأدلة، والقواعد ما يلي:

١- ﴿ ﴾(١٨٥).

يبين البيان الإلهي أن الله تعالى لا يعذب قوماً إلا بعد أن يبعث إليهم رسولا يبلغهم ما يأمرهم به الله تعالى، وما ينهاهم عنه.

والشاهد في هذه الآية الكريمة: أن العقوبة لا تكون إلا بعد التحذير والتبليغ بشكل مفصل وواضح، ويستفاد بمفهوم المخالفة أنه لا عذاب قبل الإبلاغ بالأمر أو النهي الذي خولف، مما يعني صحة وشرعية هذه القاعدة.

٢- ﴿ ﴾(١٨٦).

يبين منطوق هذه الآية الكريمة أن العقوبة لا تكون إلا بعد البيان الواضح، ويستفاد أيضاً من مفهوم المخالفة أنه لا عقاب قبل التحذير والإبلاغ، مما يعني صحة وشرعية قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية.

٣- القاعدة الأصولية التي تقول أنه: **(لا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن، ومقدور للمكلف، ومعلوم له علماً يحمله على امتثاله)** (١٨٧).

---

(١٨٥) سورة الإسراء، الآية ١٥.

(١٨٦) سورة القصص، الآية ٥٩.

(١٨٧) علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب الأزهر، الطبعة السابعة، ١٣٧٦هـ، ص ١٧٣. الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني، ص ١١٦.

و استناداً إلى هذه النصوص، وأمثالها أنشأ علماء الأصول القاعدة التي تقرر أنه: (**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص**) (١٨٨).

٤- مبدأ الشرعية الجنائية:

بينا فيما سبق من هذا البحث أن الشريعة الإسلامية قد أقرت مبدأ الشرعية الجنائية، وهذا المبدأ يتطلب أن يتوافر – إلى جانب الفعل المرتكب – نص يجرمه ويعاقب عليه، فإذا طبق على الفعل نص لم يعاقب عليه، فإن معنى ذلك العقاب على الفعل على الرغم من أن ذلك النص لم يكن إلى جانبه وقت ارتكابه، أو العقاب عليه بأشد مما كان مقررًا وقت ارتكابه، وفي ذلك إهدار لاشك فيه لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (١٨٩).

إضافة إلى ما ورد من أدلة نصية تبرهن على شرعية هذه القاعدة، هناك أيضاً تطبيقات عملية تثبت صحة، وشرعية هذه القاعدة، فكثير من آيات القرآن الكريم التي جاءت بنهي عن فعل أو سلوك، قررت في ذات الوقت عدم توقيع أي جزاء على من أتى ذات الفعل، قبل نزول النهي، فعلى سبيل المثال لا الحصر مسألة تحريم الزواج من زوجات الآباء، والجمع بين الأختين، فلم يرد أي نص عقابي لمن جاء بمثل هذا الفعل قبل ورد نص التحريم.

قال تعالى: ﴿ئز ئم ئن ئى ئي بر بز بم بن بى بي تر تز تم تن تى تي ثر ثز ثم ثن ثى ثي ... كا كل كم كى كي لم لى لي ما نر نز نم نن ني ... بر بز بم بن بى بي تج تح تخ تم ته ثم جح جم حج حم﴾(١٩٠).

حرم الزنا في أول الإسلام، وكانت عقوبته مخففة، وهي الحبس في البيوت، لقوله تعالى: ﴿لخ لم لى لي ... مم مى مي نج نح نخ نم نى ني هج هم هى هي يج يح يخ يم يى يي ... ئر ئز ئم ئن ئى ئي﴾ (١٩١).

---

(١٨٨) الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين علي بن أبي علي مُحَمَّد بن سالم الآمدي، دار الكتب العربية، بيروت لبنان، ج١/١٣٠، التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج١/١١٥.

(١٨٩) انظر الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني، ص١٨٠

(١٩٠) سورة النساء، الآية ٢٢ – ٢٣.

(١٩١) سورة النساء، الآية ١٥ –١٦.

ثم شدد الله تعالى العقوبة، فصارت الجلد للبكر والرجم للثيب، بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[١٩٢].

وقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: (خذوا عني خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر، جلد مائة، ونفي سنة، والثيب بالثيب، جلد مائة والرجم)[١٩٣].

ولو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد، والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين، ولكن لا أحد يعلم أن أحداً قد جلد أو رجم لزنا في ظل سلطان النص الجنائي الجديد بناءاً على ما ارتكبه في السابق قبل ورود النص الجنائي الجديد، ومن ثم نقرر أنه لم يكن للنص الجنائي الجديد أثر رجعي [١٩٤].

ونأتي إلى مثال آخر، وهو قتل المحرم الصيد: لقد حرم الله تعالى على المحرم قتل الصيد، وجعل على قتله عقوبة مثل ما قتل من النعم، ولكنه عفا عما سلف لينبه على أن النص ليس له أثر رجعي، فقال جل جلاله: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [١٩٥].

هذه هي بعض النصوص الجنائية التي يدل ظاهر استعراضها على أنها ليس لها أثر رجعي، ولعل النصوص التي صرحت بالعفو عما سلف يفهم منه انعدام الأثر الرجعي لتلك النصوص الجنائية، بل هي قاعدة عامة لجميع النصوص الجنائية، والله أعلم.[١٩٦]

الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الشرعية:

الحقيقة أن هناك أكثر من استثناء على هذه القاعدة، وهما:

---

(١٩٢) سورة النور، الآية ٢.

(١٩٣) رواه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، رقم الحديث ٤٤١٥ ج ٤/ ١٤٤، ابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب لا يحل دم امرئ مسلم إلا في ثلاث، رقم الحديث ٢٥٥٠، ج ٨٥٢/٢. الترمذي في سننه، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب، رقم الحديث ١٤٣٤، ج ٤/ ٤١. صحيح الجامع الصغير و زيادته، مُحَمَّد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة عام ١٤٠٨ هـ، ج١/ ٦١٢، رقم الحديث ٣٢١٥، و قال عنه الشيخ – رحمه الله تعالى: (حديث صحيح).

(١٩٤) انظر التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج١/ ٢٦٢.

(١٩٥) سورة المائدة، الآية ٩٥.

(١٩٦) انظر التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج١/ ٢٦٥.

– النص الجنائي الأصلح للمتهم على ما ارتكب قبل العمل بها.

– النص الجنائي الأصلح للمجتمع في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام ونظامه.

التنظيم الجنائي الأصلح للمتهم على ما ارتكب قبل العمل بها:

الحقيقة أن قاعدة عدم رجعية النص الجنائي يرد عليه استثناء يتفق مع الرحمة، وروح العدالة في الشريعة الإسلامية، وهو ما يطلق عليه ب: " **النص الجنائي الأصلح للمتهم** ".

مفهوم النص الجنائي الأصلح للمتهم وطبيعته:

تقرر قاعدة: (القانون الأصلح للمتهم) هذا الاستثناء الوارد على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية أن يطبق النص الجنائي الأصلح للمتهم على الفعل الذي ارتكب قبل صدور النص الجنائي الجديد، مما يعني استبعاد سلطان النص القديم الذي كان معمولاً به وقت ارتكابه الفعل الجرمي، للاستفادة من سلطان النص الجنائي الجديد الأصلح له تخفيفاً للعقوبة أو إلغاءاً لها.

وتطبيقاً لهذا الاستثناء، فإنه إذا ارتكب شخص فعلاً معاقباً عليه بعقوبة ما وقت ارتكابه للفعل الجرمي، ثم صدر نص جنائي جديد يخفف العقوبة المقررة له، أو يمحو صفتها الجرمية عن هذا الفعل، فإن النص الجنائي الجديد هو الذي يجب أن يطبق على الفعل، لأنه هو الأصلح للمتهم.

الأدلة الشرعية على قاعدة النص الأصلح للمتهم وتطبيقاته العمليه في الشريعة الإسلامية:

و لعل خير دليل على شرعية هذا الاستثناء ما ورد في عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – من إلغاء لعقوبة جلد الزوج الذي يقذف زوجته، وإحلال محلها ما يعرف شرعاً بالتلاعن(١٩٧).

---

(١٩٧) اللعان شرعاً: فهو كلمات معينة، جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه، و ألحق العار به. و سمي لعاناً، لاشتمال هذه الكلمات على لفظ اللعن، و لأن كلا من المتلاعنين يبتعد عن الآخر باللعان. و يشترط لصحة اللعان مراعاة الشروط التالية:

١– أن يتقدم القذف على اللعان. ٢– أن يتقدم لعان الزوج على لعان الزوجة. ٣– أن يلتزم الزوجان بألفاظ اللعان. ٤– أن يكون بين الشهادات الخمس التي يشهدها كل من الزوجين موالاة و تتابع، فلا

قال تعالى في سورة النور: ﴿ٱ ٻ ٻ ٻ ٻ پ پ پ پ ڀ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ ٹ ٹ ٹ ڤ ڤ ڤ ڤ ڦ ڦ ڦ ڦ ڄ ڄ ڄ ڄ ڃ ڃ ڃ ڃ چ چ چ چ ڇ ڇ ڇ ڇ ڍ ڍ ڍ ڍ ڌ ڌ ڌ ڌ ڎ ڎ ڎ ڎ ڈ ڈ ڈ ڈ ژ ژ ژ ژ ڑ ڑ ڑ ڑ ک ک ک ک ڳ ڳ ڳ ڳ ڱ ڱ ڱ ڱ ں ں ں ں ڻ ڻ ڻ ڻ ۀ ۀ ۀ ۀ ہ ہ ہ ہ ھ ھ ھ ھ ے ے ے ے ۓ ۓ ۓ ۓ ﷺ﴾(١٩٨)

أنزل الله تعالى آية القذف، والتي تنص على عقوبة القذف في صياغة عامة، بحيث تطبق على كل قاذف لمحصنة غريبة كانت أو قريبة، ولو كان زوجها.

﴿ٱ ٻ ٻ ٻ ٻ پ پ پ پ ڀ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ ٹ ٹ ٹ ڤ ڤ ڤ ڤ ڦ ڦ ڦ ڦ ڄ ڄ ڄ ڄ ڃ ڃ ڃ ڃ چ چ چ چ ڇ ڇ ڇ ڇ ڍ ڍ ڍ ڍ ڌ ڌ ڌ ڌ ڎ ڎ ڎ ڎ ڈ ڈ ڈ ڈ ژ ژ ژ ژ ڑ ڑ ڑ ڑ ک ک ک ک ڳ ڳ ڳ ڳ ڱ ڱ ڱ ڱ ں ں ں ں ڻ ڻ ڻ ڻ ۀ ۀ ۀ ۀ ہ ہ ہ ہ ھ ھ ھ ھ ے ے ے ے ۓ ۓ ۓ ۓ ﷺ﴾ (١٩٩).

فجاء رجل بعد نزول هذه الآية إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، وقال: (إن الرجل يجد الرجل مع أهله، فإن قتله قتلتموه، وإن تكلم ضربتموه، وإن سكت سكت على غيظ، اللهم بين) (٢٠٠).

فأنزل الله سبحانه آيات التلاعن، وأحكامها، فطبقت أحكام آيات اللعان على ذلك الرجل على الرغم من أنها نزلت بعد أن عاين زوجته في الوضع الذي ذكره من شكواه، فلم يطبق عليه حد القذف، بمعنى أوضح أن النص الجنائي الذي يقضي بحد القذف لمن يرمي المحصنات دون أن يأتي بشهوده وفق النصاب يقع عليه الحد، ومع هذا لم يطبق عليه ذلك النص، بل طبق عليه النص الجنائي الجديد والذي يقضي بالملاعنة؛ لأنه الأصلح له، فكان ذلك تطبيقًا لقاعدة النص الأصلح للمتهم في الشريعة الإسلامية.

ثانياً: النص الجنائي الأصلح للمتهم في النظام السعودي:

يجوز أن يقع ما يعد في العرف فاصلا بينها. ٥- مناصحة الحاكم للزوجين قبل اللعان. (انظر الفقه المنهجي للدكتور مصطفى الخن، الدكتور مصطفى البغا و علي الشربجي، دار العلوم الإنسانية، الطبعة الأولى عام ١٤٠٧هـ، ج ٤/ ١٥٠ و ما بعدها.

(١٩٨) سورة النور، الآيات ٦-٧-٨- ٩.

(١٩٩) سورة النور، الآية ٤.

(٢٠٠) رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، ج ٢/ ٢٧٥، رقم الحديث ٢٢٥٣. سنن الترمذي، كتاب الطلاق و اللعان باب ما جاء في اللعان، ج ٥/ ٦٧٠، رقم الحديث ١٢٠٢، و قال الترمذي: حديث غريب. سنن النسائي، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، طباعة بيت الأفكار الدولية مع أحكام الشيخ الألباني، كتاب النكاح، باب عظة الإمام الرجل و المرأة ثم اللعان، ج٨/٥، رقم الحديث ٣٤٧٣، و قال عنه الشيخ ناصر الدين الألباني: حديث صحيح.

الحقيقة أن هذه المسألة لم تُثَرْ في تنظيمات المملكة العربية السعودية بسبب عدم صدور أنظمة لاحقة للأنظمة الصادرة بشأن الجرائم التعزيرية المنظمة في المملكة كنظام مكافحة الرشوة ونظام مكافحة التزوير ونظام مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، مما يمكن أن يجرم هذا التقنين أفعالاً لم تكن مجرمة من قبل أو أن ينسخ بعضها صراحة، أو ضمناً أو يخفف من عقوبتها أو يستبدلها بعقوبة أخف، فلم نجد في أي تنظيم من النظم السعودية أي أثر لهذه المسألة، ولكنني أعتقد جازماً أنه لو وجدت هذه المسألة لكانت مطابقة للشريعة الإسلامية بكل أحكامها وموادها.

وحيث أن هذه المسألة لم تُثَرْ في المملكة كان لابد من بيانها في التشريعات الجنائية الوضعية الحديثة، فعلى سبيل المثال فإن الدستور في المملكة المغربية نص على هذا المبدأ في الفصل السادس من دستور عام ٢٠١١ م في فقرته الأخيرة، والتي جاء فيها: (ليس للقانون أثر رجعي) (٢٠١).

والدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤ م والذي صرح في أحد نصوصه: (العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون) (٢٠٢).

وقد وضعت محكمة النقض المصرية معياراً لتحديد متى يعد القانون الجديد أصلح للمتهم هذا المعيار في قولها: (إنه القانون الذي ينشئ للمتهم مركزاً أو وضعاً يكون أصلح له من القانون القديم).

وهذا المعيار عام ويقتضي تطبيقه بيان الضوابط التي تحدد تفصيل تطبيقه، ويتطلب هذا النص من أجل تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم أن يصدر: (قبل الحكم النهائي على المتهم).

---

(٢٠١) مدخل إلى الأسس العامة للقانون الجنائي المغربي، عبد الحفيظ بالقاضي، مطبعة الكرامة، المملكة المغربية، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٣ م، ج١/١٢٨.

(٢٠٢) دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤هـ لـ ١٧ ربيع الأول ١٤٣٥هـ الموافق ١٨/ يناير ٢٠١٤ م.

وعلة هذا الشرط هي وجوب احترام قوة الشيء المحكوم فيه، أي قوة الأمر المقضي، فإذا حاز الحكم هذه القوة، فهو عنوان الحقيقة، ومن المتعين أن يستقر على نحو بات الوضع الذي قرره، فلا يجوز أن يمس به صدور قانون جديد.

و يتجاوز القانون المصري عن هذا الشرط إذا كان القانون الأصلح للمتهم يجعل الفعل غير معاقب عليه، فيقرر استفادة المتهم من هذا الفعل، ولو صدر بعد الحكم النهائي، وهذا النص يتضمن المساس بقوة الشيء المحكوم فيه، على الرغم من أنه يضفي على هذه القوة أهمية كبيرة، ولا يسمح بإهدارها، ولو ثبت على نحو قاطع أن الحكم الحائز لها معيب. وقد رجح القانون المصري بهذا النص اعتبارات العدالة على قوة الشيء المحكوم فيه [٢٠٣].

و قد أدخل القانون المصري استثناء على رجعية القانون الأصلح للمتهم، ويختص هذا الاستثناء (بالقوانين المحددة الفترة)، فنصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات على أنه: (في حالة قيام إجراءات الدعوى، أو صدور حكم بالإدانة، وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى، أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها)، ويتضمن هذا النص خروجاً على فكرة رجعية النصوص الأصلح للمتهم: فالفرض أن الفعل قد ارتكب خلال فترة سريان القانون، ثم انقضت هذه الفترة، وعمل بالتشريع العادي الذي لا يجرم الفعل، أو يعاقب عليه بعقوبة أقل، فكان الأصل أن يستفيد المتهم من التشريع العادي الأصلح له، ولكن الشارع يقرر استمرار خضوع الفعل للقانون المحدد الفترة الذي كان معمولا به وقت ارتكابه، وعلة هذا الاستثناء أن القانون المحدد الفترة يصدر لمواجهة ظروف خاصة، وغالباً ما تكون استثنائية، فإذا انقضت هذه الظروف لم يعد لذلك القانون ما يبرره، ولكن من كان قد ارتكب فعلاً خالف به ذلك القانون أثناء فترة العمل به قد اعتدى على المجتمع، وهو يجتاز هذه الظروف، فهو لذلك يظل جديراً بالعقاب، ولو انقضت بعد فعله هذه الظروف، وزال القانون الذي اقتضته[٢٠٤].

---

(٢٠٣) الفقه الجنائي الإسلامي / محمود نجيب حسني، ص ١٨١ و ما بعدها.

(٢٠٤) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني، ص ١٨١ و ما بعدها.

وما قررته التنظيمات الوضعية من شروط لتطبيق هذا الاستثناء، وبصفة خاصة سبق صدور النص الأصلح على الحكم النهائي في شأن الواقعة المسندة إلى المتهم، والتجاوز عن هذا الشرط إذا كان ذلك النص يجعل الفعل غير معاقب عليه، وتقرير قواعد خاصة في شأن القوانين المحددة الفترة، لا يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية، وروحها في شيء، ذلك أنها مجرد تنظيم لكيفية تطبيق هذا الاستثناء، وخاصة وضع الإطار الذي ينتظم فيه تطبيقه.

النص الجنائي الأصلح للمجتمع في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام ونظامه:

و هذا الاستثناء الثاني لقاعدة عدم رجعية النص الجنائي الجديد، وقد كان الاستثناء الأول لصالح المتهم، أما الاستثناء الثاني فقد جُعِلَ لصالح المجتمع ؛ للدفاع عن أمنه واستقراره، ومن الأمثلة على هذا الاستثناء: (جريمة القذف، وجريمة الحرابة) وقد كان للنص الجنائي الجديد أثر رجعي نظرا لخطورة تلك الجرائم على المجتمع وأمنه ونظامه، وهو ما سنلقي الضوء عليه فيما يلي:

١- جريمة القذف:

القذف لغة: يطلق على عدة معان: أهمها الرمي بالفاحشة. [٢٠٥]

القذف اصطلاحاً: هو نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً، أو دلالة، أو هو الرمي بالزنا[٢٠٦].

ولم يقع الخلاف بين أهل العلم في حرمة القذف، فهو حرام فضلا عن كونه كبيرة من الكبائر، وحرمته ثابتة بالكتاب [٢٠٧]، والسنة [٢٠٨] والإجماع [٢٠٩].

---

(٢٠٥) المصباح المنير، أحمد بن مُحَمَّد الفيومي، مطبعة الميمنة، مصر عام ١٣٠٦ هـ، ج١/٦٦. لسان العرب، مُحَمَّد بم مكرم بن منظور، تحقيق علي شيرين، الطبعة الثانية، مؤسسة التاريخ الإسلامي عام ١٤١٢ هـ، ج١١/٧٤ – ٧٦. مختار الصحاح،مُحَمَّد بن أبي بكر عبد القادر الرازي،مطبعة دار الكتاب العربي،ص ٥٢٦.

(٢٠٦) مغني المحتاج، مُحَمَّد بن أحمد الشربيني، دار الفكر، بيروت – لبنان، ج ٤/ ١٥٥. المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، دار الفكر، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤٠٤هـ، ج١٠/ ١٩٢. فتح القدير، مُحَمَّد بن عبد الواحد السيواسي ابن همام، دار الفكر، بيروت – لبنان، عام ١٣٩٩هـ، ج ٥/ ٣١٦.

وجريمة القذف من جرائم الحدود وهو ما يؤكده الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله تعالى – بقوله: (و من الحدود التي جاء بها الكتاب والسنة وأجمع عليها المسلمون حد القذف، فإذا قذف الرجل محصناً بالزنا أو اللواط وجب الحد ثمانون جلدة) (٢١٠).

وتعد جريمة القذف من الجرائم الخطيرة التي تهدد الأمن العام ونظام المجتمع، وقد كادت هذه الجريمة الخطيرة (حادثة الإفك) أن تعصف بالمجتمع الإسلامي لولا لطف الله تعالى بالمسلمين، والسيدة عائشة – رضوان الله عليها – فأنزل الله تعالى براءتها مما رماها به البعض من الإفك في قوله تعالى: ﴿ لخ لم لى لي □ □ □ مم مى مي نج نح نخ نم نى ني هج هم هى هي يج يح يخ يم يى يي □ □ □ ﴾(٢١١).

ومن أجل ذلك تقررت العقوبة على جريمة القذف بقوله جل جلاله: ﴿ □ □ □ □ كا كل كم كى كي لم لى لي ما □ نر نز نم نن نى ني □ ﴾ (٢١٢).

آراء العلماء في تطبيق العقوبة بأثر رجعي:

انقسم الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة إلى رأيين على النحو التالي:

---

(٢٠٧) ﴿ □ □ □ □ □ كا كل كم كى كي لم لى لي ما □ نر نز نم نن نى ني ﴾ سورة النور، الآية ٤.

(٢٠٨) قال رسول الله – ﷺ –: (اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: و ما هن يا رسول الله ؟. قال: الشرك بالله، و السحر، و قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، و أكل الربا و أكل مال اليتيم، و التولي يوم الزحف، و قذف المحصنات الغافلات). أخرجه الشيخان، البخاري في صحيحه، لأبي عبد الله مُحَمَّد بن إسماعيل البخاري، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، كتاب الوصايا، باب قول الله: إن الذين يأكلون أموال اليتامى، ج٣/ ١٠١٧، حديث رقم ٢٦١٥. ومسلم في صحيحه، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت الطبعة الثانية، كتاب الإيمان، باب الكبائر وأكبرها، ج١/ ٩٢، والحديث رقم٨٩.

(٢٠٩) المهذب، إبراهيم بن علي الشيرازي، تحقيق الدكتور مُحَمَّد الزحيلي، دار القلم دمشق، بيروت، الطبعة الأولى عام ١٤١٧هـ، ج٥/٣٩٧. مغني المحتاج للشربيني، ج٤ ١٥٥.

(٢١٠) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ج٢٨/ ٣٤٢.

(٢١١) سورة النور، الآية ١١.

(٢١٢) سورة النور، الآية ٤.

الرأي الأول: يرى جواز تطبيق النص الجزائي الجديد بأثر رجعي في الجرائم الخطيرة على الأمن والنظام العام(٢١٣).

الرأي الثاني: يرى عدم جواز تطبيق النص الجزائي الجديد بأثر رجعي(٢١٤).

سبب الخلاف بين الفقهاء:

سبب الخلاف بين الفقهاء أن النصوص القرآنية نزلت بمناسبة حادثة الإفك، وقد طبقت العقوبة بأثر رجعي على القاذفين للسيدة عائشة – رضي الله تعالى عنها – بعد نزول آيات حكم القذف.

أدلة الرأي الأول:

الحديث النبوي الشريف: ما روي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر، وقال: (يا معشر المسلمين من يعذرني من رجل قد بلغني أذاه في أهل بيتي ؟. فوالله ما علمت على أهلي إلا خيرا، ولقد ذكروا رجلا ما علمي عليه إلا خيراً، وما كان يدخل على أهلي إلا معي، فقام سعد بن معاذ الأنصاري، فقال يا رسول الله أنا أعذرك منه إن كان من الأوس ضربت عنقه، وإن كان من الخزرج أمرتنا ففعلنا أمرك. فقام سعد بن عبادة، وهو سيد الخزرج وكان قبل ذلك رجلا صالحاً، ولكن احتملته الحمية، فقال لسعد: كذبت لعمر الله لا تقتله، ولا تقدر على قتله. فقام أسيد ابن خضير، وهو ابن عم سعد ابن معاذ، وقال لسعد بن عبادة: كذبت لعمر الله لنقتلنه، فإنك

---

(٢١٣) ومن الذين قالوا بهذا القول الشيخ عبد القادر عودة والدكتور مسلم اليوسف، أنظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج١/٢٦٦ و ما بعدها، وأنظر أيضاً: نظرية الأثر الرجعي للنصوص الجنائية في الشريعة الإسلامية، الدكتور مسلم اليوسف، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية، موقع صيد الفوائد، صفحة الدكتور مسلم اليوسف، ص ٣، و ما بعدها.

(٢١٤) وقال بهذا القول الدكتور مُحَمَّد سليم العوا والدكتور محمود نجيب حسني أنظر: أصول النظام الجنائي الإسلامي، مُحَمَّد سليم العوا، دار المعارف، مصر، ص٥٦، الفقه الجنائي الإسلامي مُحَمَّد نجيب حسني، ص ١٨٠ و ما بعدها.

منافق تجادل عن المنافقين. فتساور الحيان الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا، ورسول الله يخفضهم حتى سكتوا وسكت)[٢١٥].

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن الرسول الكريم – صلى الله عليه وسلم – قد آذته هذه الحادثة الخطيرة، فطلب من المسلمين أن يعذروه في هذا المفتري، فاضطرب المسلمون في الحكم، ولو كان هناك عقوبة لأمثال هذه الجريمة لما حصل هذا بين المسلمين إلى أن انزل الله تعالى هذه الآيات،فحكمت على القاذف بعقوبة القذف. ومعلوم أن الحادثة كانت قبل نزول حكم آيات القذف مما يعني أنه كان لآيات القذف أثر رجعي.

أدلة الرأي الثاني:

يرى الفريق الثاني أنه لا عقوبة إلا بعد سبق الإنذار والبيان، واستدل لرأيه بالحديث المروي عن عائشة – رضي الله عنه – أنها قالت: (لما نزل عذري قام النبي – صلى الله عليه وسلم – على المنبر، فذكر ذلك وتلا – تعني القرآن – فلما نزل من المنبر أمر بالرجلين، والمرأة، فضربوا حدهم) [٢١٦].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الرسول الكريم – صلى الله عليه وسلم – إذا عاقب قذفة السيدة عائشة –رضي الله عنها – يكون قد عاقبهم على فعل وقع منهم بعد أن جرمه القرآن وقرر عقوبته، وأن جريمة القذف التي ارتكبت في حق أم المؤمنين كانت جريمة متكررة من المتهمين بالقذف إلى أن نزل بها النص.[٢١٧]

الترجيح بين الرأيين:

و بعد أن بسطت آراء الفريقين، وما معهما من أدلة يتبين لي أن الرأي الراجح، وهو القائل أن للنص الجنائي الجديد أثر رجعي في أي حالة تمس النظام العام وأمنه، لأن الثابت

---

(٢١٥) رواه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير سورة النور، ج٦/ ١٣٠.

(٢١٦) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود باب القذف، ج ٤/ ١٦٢، حديث رقم ٤٤٧٤. رواه الترمذي في صحيحه، كتاب تفسير القرآن عن رسول الله باب، و من سورة النور، ج٥/٣٣٦، حديث رقم ٣١٨١، و قال عنه الترمذي: حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث مُحَمَّد بن إسحاق. و قال عنه الشيخ ناصر الدين الألباني: حديث حسن.

(٢١٧) أصول النظام الجنائي الإسلامي، مُحَمَّد سليم العوا، ص ٥٦.

والذي لا خلاف فيه أن رسول – الله صلى الله عليه وسلم — حد القذفة في حادثة الإفك، فهذا الحادث الجلل الذي وقع على المسلمين وكاد أن يوقع الفتنة بينهم بعد أن طلب رسول الله — صلى الله عليه وسلم – من المسلمين أن يعذروه في هؤلاء، فحصل لغط وكادت الفتنة أن تقع، فأنزل الله تعالى قرآناً بين براءة السيدة عائشة – رضي الله عنها – وبينت الآية (النص الجنائي الجديد) الحد الواجب التطبيق على فاعلي جريمة القذف، فأخمدت الفتنة بتطبيق النص بأثر رجعي.

وحادثة الإفك حادثة هامة مست أمن الدولة الإسلامية ونظامها، وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعي ؛ لأن العقوبة في مثل هذه الحادثة تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة، ومحو ما خلفته الجريمة من آثار، وهو بالتالي النص الأصلح للمجتمع، ولما في ذلك من باب سد الذريعة للجراءة والإفتيات على الدولة الإسلامية وأركانها ونظامها.

فالردع والزجر لهؤلاء فيه الحفاظ على أمن المجتمع وصلاحه، فتطبيق النص الجنائي الأصلح لهم يفتح باب الإفساد ودرء المصلحة وليس درء المفسدة، والمطلوب وفقاً للسياسة الشرعية هو درء المفاسد وجلب المصالح وليس درء المصالح، وخاصةً إذا كانت هذه المصالح عامة لأن هذه المصالح العامة يتمثل فيها حق الله تعالى وحق الله تعالى لا يقبل الإهدار بأي حال من الأحوال لذلك شدد الشارع في مثل هذه الأحوال في كثير من المجرمين فإن كان قد قرر القتل في جريمة القصاص فقد قرر التقتيل والتقطيع في جريمة الحرابة وكذلك المفسد إذا لم ينقطع شره إلا بالقتل فإنه يقتل سياسة وذلك تشديداً في حق هؤلاء المجرمين ومن تلك النصوص قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ﴾ [٢١٨] وحفظ حقوق المجني عليهم وشفاء غيظ المجني عليه والحفاظ على حقوق الله تعالى أولى بترجيح القول بتطبيق النص الأصلح للمجتمع لما فيه من المحافظة على المصالح وتحقيق المقاصد الشرعية المعتبرة العديدة .

٢- جريمة الحرابة (واقعة العرنيين):

---

(٢١٨) سورة النور ، من الآية ٢.

الحرابة لغة: تطلق على عدة معان أهمها: سلبه جميع ما يملك، أخذ جميع ماله، قاتله [٢١٩].

معنى الحرابة اصطلاحاً: الحرابة في اتفاق الفقهاء: هي إشهار السلاح، وقطع السبيل خارج المِصْرِ [٢٢٠].

آراء العلماء في تطبيق العقوبة بأثر رجعي:

انقسم الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة إلى رأيين أيضاً على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى جواز تطبيق النص الجزائي الجديد بأثر رجعي في الجرائم الخطيرة على الأمن والنظام العام، ومن قال بهذا القول الشيخ عبد القادر عودة [٢٢١]، والدكتور مسلم اليوسف [٢٢٢].

الرأي الثاني: يرى عدم جواز تطبيق النص الجزائي الجديد بأثر رجعي، وقال به الشيخ مُحَمَّد نجيب حسني [٢٢٣].

سبب الخلاف بين الفقهاء:

سبب الخلاف بين الرأيين اختلاف الفريقين في أسباب نزول أية الحرابة.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [٢٢٤].

---

(٢١٩) القاموس الفقهي، لغة واصطلاحاً، سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ، ص ٨٣.

(٢٢٠) القاموس الفقهي، لغة واصطلاحاً، سعدي أبو حبيب، ص ٨٣.

(٢٢١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج١/٢٦٦ و ما بعدها.

(٢٢٢) نظرية الأثر الرجعي للنصوص الجنائية في الشريعة الإسلامية، الدكتور مسلم اليوسف، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية، موقع صيد الفوائد، صفحة الدكتور مسلم اليوسف، ص ٣، وما بعدها.

(٢٢٣) الفقه الجنائي الإسلامي مُحَمَّد نجيب حسني، ص ١٨٠ وما بعدها.

(٢٢٤) سورة المائدة، الآية ٣٣.

قال جمهور العلماء – عليهم رحمة الله –: أن أسباب نزول هذه الآية واقعة العرنيين والتي رواها الشيخان في صحيحيهما:

روى البخاري – عليه رحمة الله – في صحيحه عن أنس، قال: (قدم أناس من عكل – أو عرينة – فاجتووا المدينة، فأمرهم النبي – صلى الله عليه وسلم – بلقاح، وأن يشربوا من أبوالها وألبانها، فانطلقوا. فلما صحوا قتلوا راعي النبي – صلى الله عليه وسلم – واستاقوا النعم. فجاء الخبر في أول النهار، فبعث في آثارهم. فلما ارتفع النهار جيء بهم، فأمر فقطع أيديهم وأرجلهم وسمرت أعينهم وألقوا في الحرة يستسقون فلا يسقون. قال أبو قِلابة: فهؤلاء سرقوا، وقتلوا، وكفروا بعد إيمانهم، وحاربوا الله ورسوله)[٢٢٥].

فأنزل الله تعالى قوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [٢٢٦].

و قد رجح جمهور العلماء الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العرنيين [٢٢٧]، وعلى هذا يكون الرأي الراجح أن النص الجنائي له أثر رجعي إذا كان فيه مصلحة راجحة للأمن والنظام العام.

وقد اعترض على هذا الحديث الشيخ مُحَمَّد أبو زهرة بقوله:

---

(٢٢٥) فتح الباري بشرح صحيح، البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، مكتبة الغزالي، دمشق، سورية، مؤسسة مناهل العرفان بيروت لبنان، باب أبوال الإبل و الدواب و الغنم ومرابضها، ج١ / ٣٣٥، حديث رقم ٢٣٣. صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الطبعة الثانية عام ١٤٢٢هـ، كتاب القسامة و المحاربين و القصاص و الديات، باب: حكم المحاربين و المرتدين، ج٦/ ٢٥٩٨، رقم الحديث: ٤٢٧٤.

(٢٢٦) سورة المائدة، الآية ٣٣.

(٢٢٧) فتح الباري بشرح صحيح، البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، باب أبوال الإبل و الدواب و الغنم ومرابضها، ج١ / ٣٤١. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله مُحَمَّد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الهيئة المصرية للكتاب، ج٦ ١٤٨

(أن هذا الخبر لا يمكن أن يكون صحيح النسبة إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – لما في متنه من شذوذ، ومخالفته للأحاديث الصحيحة المجمع على معناها. وبعض ما جاءت فيه يخالف المعلوم من الدين بالضرورة، وإن فرض أن الواقعة صحيحة، فإنه لا يمكن أن تكون عن أمر النبي – صلى الله عليه وسلم –، ولا دليل على أنها بلغته، ولم يستنكرها، وعدم النقل لا يقتضي أنها بلغته، ولم يستنكر، بل القريب إلى المعقول أن يكون قد استنكر، ولكن بلغتنا الواقعة، ولم يبلغنا الاستنكار)[٢٢٨].

ثم استرسل الشيخ في رأيه فقال: (ولئن استسيغ قطع الأيدي والأرجل لأنهم سرقوا وقتلوا وبغوا، وارتدوا بعد أن أسلموا — ليس بمستساغ في الإسلام تركهم يموتون عطشاً، وحتى يكدموا الأرض، فإن الحديث الصحيح، يقول: (إذا قتلتم فأحسنوا القتلة (النبي – صلى الله عليه وسلم — يقول:: إياكم والمثلة، ولو بالكلب) ولم يعرف أنه في قتاله مثل بقتيل، مع أن خصومه كانوا يمثلون بقتلى المسلمين[٢٢٩].

ويرد على قول الشيخ مُحَمَّد أبو زهرة بأن: حديث العرنيين في أعلى درجات الصحة، فقد رواه الشيخان البخاري ومسلم في صحيحيهما، ومعلوم عند أهل العلم أن أعلى درجات الحديث ما اتفق على روايته البخاري ومسلم، وكفى بهذا القول من رد.

أما نكرانه لعلم الرسول بما فعله الصحابة بالعرنيين، فهذا القول ضعيف جدا، وقد استشكل على القاضي عياض عدم سقيهم الماء للإجماع على أن من وجب عليه القتل فاستسقى لا يمنع، وأجاب بأن ذلك لم يقع عن أمر النبي — صلى الله عليه وسلم — ولا وقع منه نهى عن سقيهم.

فرد ابن حجر– عليه رحمة الله – على هذا القول بقوله: (أن النبي — صلى الله عليه وسلم – اطلع على ذلك وسكوته كاف في ثبوت الحكم. وأجاب النووي بأن المحارب المرتد

---

(٢٢٨) الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي، الجريمة – مُحَمَّد أبو زهرة، دار الفكر العربي طبعة عام ١٩٩٨ م، ص ٢٣٩ – ٢٤٠.

(٢٢٩) مُحَمَّد أبو زهرة، ص ٣٢٦ — ٣٢٧.

لا حرمة له في سقي الماء ولا غيره.... وقيل الحكمة في تعطيشهم لكونهم كفروا نعمة سقي ألبان الإبل التي حصل لهم بها الشفاء من الجوع والوخم)[٢٣٠].

وعليه نرى رجحان الرأي القائل بأنه قد يكون للنص الجنائي أثر رجعي للحفاظ على الأمن والنظام العام للمجتمع المسلم، لصحة وقوة الأدلة التي استندوا إليها، ولقوة حجتهم في الحفاظ على الأمن العام، والجماعة ونظامها، وتحقيق الصالح العام.

ثانياً: النص الجنائي الأصلح للمجتمع في الجرائم التي تمس الأمن العام ونظامه في النظام:

لم ترد مسألة النص الجنائي الأصلح للمجتمع في الجرائم التي تمس الأمن العام، ونظامه في تنظيمات المملكة العربية السعودية بسبب عدم صدور أي تنظيم يمس هذه المسألة، ولكنني على يقين بأنه لو صدر أي تنظيم لهذا المسألة لكان مطابقاً بكل أحكامه، ومواده للشريعة الإسلامية، وللرأي الذي رجحته في هذه المسألة.

كما أنني لم أجد أي أثر لهذه المسألة في أي قانون عربي، ولعل السبب في ذلك ترجيح الرأي الأول، والذي يرى عدم شرعية وقانونية الأثر الرجعي الأصلح للمجتمع في الجرائم التي تمس الأمن العام ونظامه وإعمالاً للقواعد العامة في تطبيق النصوص الجنائية.

الفرع الثالث

سريان النص الجنائي الشرعي من حيث الأشخاص

أولاً: في الشريعة الإسلامية:

أثبتت التجارب العملية في مكافحة الجريمة قصور مبدأ إقليمية تنظيم العقوبات على قمع الجرائم التي ترتكب خارج إقليم الدولة، مما دفع كل الدول إلى الأخذ بمبدأ أخر مكمل لهذا المبدأ، وهو: مبدأ شخصية التقنين الجنائي (شخصية التنظيم الجنائي).

المقصود بهذا المبدأ: يقصد بهذا المبدأ وجوب سريان النص الجنائي لكل دولة على رعاياها المتمتعين بجنسيتها أينما كانوا داخل الوطن وخارجه[٢٣١].

---

(٢٣٠) فتح الباري بشرح صحيح، البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، باب أبوال الإبل و الدواب و الغنم ومرابضها، ج١ / ٣٤١

(٢٣١) انظر القسم العام من قانون العقوبات، مُحَمَّد زكي أبو عامر و سليمان عبد المنعم، ص ٣١.

و يقتضي هذا المبدأ تطبيق النظام الوطني على كل من يحمل الجنسية الوطنية، ولو ارتكب المواطن جريمته خارج الوطن، وتظهر أهمية هذا المبدأ في أنه يحول دون إفلات أي مواطن ارتكب جريمته في الخارج من العقاب طبقا لنظام جنسيته.

و لهذا المبدأ جانبان: جانب سلبي وآخر إيجابي [٢٣٢]:

١- **الجانب الإيجابي**: مؤداه تطبيق النظام الجنائي للدولة على مرتكبي الجرائم الذين ينتمون إلى جنسيتها بصرف النظر عن مكان وقوع جريمتهم، وأياً كانت جنسية المجني عليه.

٢- **الجانب السلبي**: ويقضي هذا الجانب من المبدأ بمعاقبة الجاني إذا ارتكب جريمته في الخارج على أحد مواطني الدولة الوطنية.

مبدأ شخصية النص الجنائي في الشريعة الإسلامية:

إن مضمون هذا المبدأ وفق ما تم عرضه سابقاً يتفق مع رأي جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) ويختلف مع رأي الحنفية، وفقاً للتالي:

الرأي الأول: رأي جمهور الفقهاء:

يرى جمهور الفقهاء: أن ولاية الدولة الإسلامية تمتد إلى جميع المسلمين والذميين أينما وجدوا، وعليه فأي مسلم يرتكب جريمة في أي بقعة من الأرض يخضع لولاية النص الجنائي الإسلامي، فمن اختلس نقوداً دون النصاب في الخارج، ثم أقر بجريمته أمام القضاء الشرعي أقيمت عليه العقوبة التعزيرية المناسبة لهذه الجريمة [٢٣٣]، لأنه لا يصح أن يكون المسلم أو من تحت ولاية الدولة الإسلامية مفسداً في أي بقعة من بقاع الأرض.

---

(٢٣٢)انظر القسم العام من قانون العقوبات، مُحَمَّد زكي أبو عامر و سليمان عبد المنعم، ص ٣٢.

(٢٣٣) المدونة، رواية سحنون عن عبد الرحمن بن قاسم عن الإمام مالك، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ج١٦/٥٧. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للخطاب، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ج٦/ ٢٩٦. الأم للشافعي، الطبعة الأولى، مطبعة بولاق، مصر، ج٦/ ٣٦. الأحكام السلطانية للماوردي، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ص ١٤. أسنى المطالب شرح روض الطالب، لأبي زكريا الأنصاري، الطبعة الأولى، المطبعة الميمنية، ج ٤ / ١١١. التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، ج ١ / ١٧٠. النظام الجنائي، أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة و الفقه الإسلامي، ص ١٢٩.

الرأي الثاني: رأي الحنفية: يرى أبو حنيفة النعمان – عليه رحمة الله – أن الجرائم التي يرتكبها المسلم، أو الذمي في خارج الدولة الإسلامية لا يسري النص الجنائي الإسلامي عليها ؛ لأن الإمام لا يجب أن يقيم العقوبة إلا وهو قادر على إقامتها، ولا مقدرة للإمام – بحسب هذا الرأي – على من يرتكب جريمة في دار الحرب أثناء ارتكابها [٢٣٤].

الترجيح بين الرأيين:

ولعل الرأي الذي نميل إليه ونرجحه هو رأي جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) والذي ينص على أن كل جريمة يرتكبها المسلمون، أو الذميون في الداخل أو الخارج يسري عليهم النص الجنائي الإسلامي وفقاً لرأي الجمهور وأن هروب الجاني إلى خارج دولته لا يعفيه من العقوبة وسريان النص الجنائي عليه ؛ وذلك لقوة أدلته الشرعية والعقلية، وحفاظه على مصالح الدولة الإسلامية العليا.

ثانياً: مبدأ شخصية النص الجنائي في النظام السعودي:

الحقيقة أن أثر هذا المبدأ واضح بشكل بين في جميع الأنظمة الجزائية في المملكة العربية السعودية وفقاً لرأي جمهور العلماء، كيف لا والمملكة تطبق الشريعة الإسلامية بكل أصولها وفروعها، وعلى كل حياتها ونشاطاتها.

فالأنظمة الجزائية السعودية لا تفرق في تطبيقها بين الناس، مواطنين ومقيمين، عرب أو عجم، شريف أو ضعيف، غني أو فقير، حاكم ومحكوم فالجميع أمام النص الجزائي سواء إن كان منهم سبب للعقاب.

كما أن جميع الأنظمة في المملكة العربية السعودية مستمدة من القرآن، والسنة النبوية الشريفة، ويظهر هذا جلياً في النظام الأساسي للحكم الذي ينص صراحة على أن: (المملكة

---

(٢٣٤) شرح فتح القدير، لابن همام مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار على الهداية، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، مصر، ج ٤/ ١٦٠، و ما بعدها. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، مصر، ج٣ / ١٨٧، التشريع الجنائي الإسلامي،عبد القادر عودة،ج١/١٦٦.

العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام ودستورها كتاب الله – تعالى – وسنة رسوله – ﷺ)[٢٣٥].

كما نصت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم على أنه: يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله – تعالى – وسنة رسوله – ﷺ – وهما الحاكمان على هذا النظام (الأساسي)، وجميع أنظمة الدولة).

و لعل هذا المبدأ يظهر جليا في نظام الإجراءات الجزائية، والذي ينص على أنه: (لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص، إلا بعد ثبوت إدانته بأمر محظور شرعًا أو نظامًا بعد محاكمة تُجْرى وفقًا للمقتضى الشرعي). [٢٣٦]

كما نص النظام الأساسي للحكم على أن: (توفر الدولة الأمن لجميع مواطنيها والمقيمين على إقليمها، ولا يجوز تقييد تصرفات أحد أو توقيفه أو حبسه إلا بموجب أحكام النظام) [٢٣٧].

و نص النظام نفسه على أن: (العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي) [٢٣٨].

كما يؤكد مبدأ الشخصية الجنائية في النظام السعودي ما ورد في نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية ما نصه: (على السلطات في المملكة اتخاذ الإجراءات وملاحقة الأشخاص المتهمين بالاشتراك الجرمي والمساهمة الأصلية أو التبعية أو عن طريق المساعدة بالتدخل أو التحريض أو الاعتداء أو الشروع في ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة الثالثة من هذا النظام خارج أراضي المملكة، إذا كان قصد

المتهمين تمهيد أو تسهيل ارتكاب جريمة من هذه الجرائم داخل المملكة) [٢٣٩].

---

(٢٣٥) المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم: (أ / ٩٠) وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

(٢٣٦) المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية رقم (م: ٢) تاريخ ٢٢-١- ١٤٣٥ هـ.

(٢٣٧) المادة السادسة والثلاثون من النظام الأساسي للحكم رقم:أ/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

(٢٣٨) المادة الثامنة والثلاثون من النظام الأساسي للحكم. رقم: أ/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٧هـ.

وهذا الذي نظمته المملكة في هذا التقنين يتفق من رأي جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، وهو الذي رجحناه، فيما سبق فأحسن المنظم السعودي فيما أخذ ونظم.

المقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظام السعودي:

نصت الشريعة الإسلامية وفق القول الذي رجحناه: بأن كل جريمة يرتكبها المسلمون، أو الذميون في الداخل أو الخارج يسري عليهم النص الجنائي الإسلامي وفقاً لرأي الجمهور، وأن هروب الجاني إلى خارج دولته لا يعفيه من العقوبة وسريان النص الجنائي على أفعاله.

أما النظام السعودي فقد سار وراء القول الراجح لرأي الجمهور وجعل النص الجنائي يسري على كل جريمة يرتكبها المواطن السعودي أو المقيم في الداخل أو الخارج وأن هروب الجاني إلى خارج الأراضي السعودية لا يعفيه من سريان النص الجنائي على أفعاله.

وبهذا يمكننا القول بأن النظام السعودي قد تطابق تماما مع الشريعة الإسلامية وفق رأي جمهور الفقهاء الحنابلة والشافعية والمالكية.

المطلب الثاني

نطاق تفعيل هذا المبدأ في التقنين

الحقيقة أننا نرى أنه من المصلحة الراجحة في هذا العصر أن يوضع تقنين جنائي إسلامي حديث، في المجال الذي أجاز فيه الشارع الإسلامي الحكيم لولي الأمر أن يقرر تقنين العقوبات التعزيرية.

---

(٢٣٩) المادة الثامنة من نظام مكافحة المخدرات و المؤثرات العقلية رقم: م/٣٩ تاريخ ٨/٧/ ١٤٢٦هـ. و انظر المادة الثانية من نظام مكافحة التزوير رقم ١١٤ تاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦ هـ. والمادة الرابعة و التي استبدلت بمرسوم رقم ١١٤ تاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦ بالنص التالي: (من قلد أو زور الأوراق الخاصة بالمصارف أو سندات الشركات سواء كانت المصارف أو الشركات سعودية أو أجنبية، أو قلد أو زور الطوابع البريدية والأميرية السعودية وإسناد الصرف على الخزينة وإيصالات بيوت المال ودوائر المالية أو صنع أو اقتنى الأدوات العائدة لتزوير السندات و الطوابع المذكورة بقصد استعمالها لنفسه أو لغيره عوقب بالسجن من ثلاث إلى عشر سنوات، وبغرامة تتراوح من ثلاثة إلى عشرة آلاف ريال....).

وحتى يكون هذا التقنين يواكب العصر وإشكالاته وأخطاره لا بد من تفعيل مبدأ الشرعية الجنائية وفق ما بيناه، ورجحناه فيما سبق. لذلك لابد من بيان بشكل واضح سريان تقنين العقوبات التعزيرية من حيث الزمان والمكان والأشخاص على النحو التالي:

أولاً: مبدأ سلطان النص الجزائي من حيث الزمان على النحو التالي:

١- يجب التصريح في تقنين العقوبات التعزيرية، وعلى شكل مواد تنظيمية بشرعية التجريم، والعقوبة بحيث تصرح إحدى مواد التقنين بعدم فرض عقوبة تعزيرية أو تدبير احترازي أو إصلاحي تعزيري لم يكن له سند شرعي ينص عليه حين اقترافه.

٢- يجب التصريح على امتداد شخصية هذه النصوص على كل من ينتمي إلى هذه الدولة ولا تؤخذ على المدعى عليه الأفعال التي تؤلف الجرم التعزيري، وأعمال الاشتراك الأصلي، أو الفرعي قبل أن ينص التقنين على هذا التجريم.

٣- لا عقوبة على فعل، أو امتناع عن فعل، أو تدبير احترازي، أو إصلاحي إذا ألغاه التقنين التعزيري المنشود، ولا يبق للأحكام التعزيرية التي قضى بها أي مفعول.

٤- كل تنظيم يعدل شروط التجريم تعديلا ينفع المدعى عليه يطبق على الأفعال المقترفة قبل نفاذه ما لم يكن قد صدر بشأنه حكم مبرم.

٥- كل تنظيم أو تقنين جديد، ولو كان أشد عقوبة يسري سلطانه على الجرائم المستمرة، والمتعاقبة، أو جرائم العودة التي استمر على افتعالها تحت سلطان النص الجديد.

٦- كل تقنين أو تنظيم جديد يلغي عقوبة تعزيرية، أو يقضي بعقوبة أخف يسري سلطانه على الجرائم المفتعلة قبل نفاذه، ما لم يصدر به حكم مبرم.

٧- كل تقنين أو تنظيم جديد يقضي بعقوبة أشد لا يسري على الجرائم المفتعلة قبل نفاذه.

٨- يحل هذا التقنين محل أي عقوبات تعزيرية أو نظام سابق له، ويُلغي كُل ما يتعارض معه من أحكام [٢٤٠].

---

(٢٤٠) و من أمثلة الجرائم التعزيرية في الأنظمة السعودية: نظام مكافحة الرشوة في المملكة العربية السعودية. نظام عقوبات انتحال صفة رجل السلطة العامة. النظام الجزائي الخاص بتزييف، و تقليد

٩- يُنشر هذا التقنين في الجريدة الرسمية، ويُعمل بِه بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشرِه.

ثانياً: كما يجب أن يظهر في هذا التقنين مبدأ سلطان النص الجزائي من حيث المكان على النحو التالي:

١- يطبق أحكام هذا التقنين على جميع الجرائم التعزيرية المقترفة في أرض المملكة العربية السعودية.

٢- و تعد الجريمة مقترفة في أرض المملكة العربية السعودية:

أ. إذا تم على الأرض أحد العناصر التي تؤلف الجريمة، أو فعل من أفعال جريمة تعزيرية غير متجزئة أو فعل اشتراك أصلي أو فرعي.

ب. إذا حصلت النتيجة في أرض المملكة أو وجد الفعل الإجرامي في أرض المملكة والنتيجة خارجها.

٣-تشمل أراضي المملكة العربية السعودية الإقليم الجوي، والإقليم البحري والسفن والطائرات التي ترفع علم المملكة العربية السعودية.

ثالثاً: كما يجب أن يظهر في هذا التقنين مبدأ شخصية النص الجزائي على النحو التالي:

١– يسري سلطان تقنين العقوبات التعزيرية على كل سعودي، فاعلا كان أو محرضا أو متدخلا، أقدم خارج أرض السعودية على ارتكاب فعل يعتبر جريمة يعاقب عليها التقنين.

٢– يسري سلطان تقنين العقوبات التعزيرية على كل أجنبي، فاعلاً كان أو محرضاً أو متدخلاً، أقدم خارج أرض السعودية على ارتكاب فعل يعتبر جريمة مخلا بأمن المملكة، أو اقتصادها.

كما نحبذ إقرار مادة في التقنين تبين فيه أن أي مادة مخالفة للشريعة الإسلامية لا يعمل بها، وتعتبر باطلة بطلانا مطلقاً.

النقود. نظام مكافحة الغش التجاري. نظام مكافحة المخدرات، و المؤثرات العقلية. نظام مكافحة جرائم المعلوماتية. نظام مكافحة غسل الأموال.