العقوبة التعزيرية عند الفقهاء والمعاصرين بين التقنين وترك التقدير لاجتهاد القاضي

Deterrent Punishment according to Scholars and Contemporaries: Between Regulation and Leaving Discretion to the Judge's Interpretation

أ. الشيخ معزوز

Mr. **cheikh Maazouz**

DOI: https://doi.org/10.56989/benkj.v3i6.359

الملخص:

تبحث هذه الدراسة موضوعا مهما وهو موضوع تقنين العقوبات التعزيرية وصياغتها بعبارات تحدد نوع وقدر العقوبة لكل مخالفة شرعية تخل بالنظام العام، مما يتعارض مع مبدأ التقدير فيها وما قصد فيها من مرونة تجعلها قادرة على إيجاد الحلول المناسبة للقضاء على الجرائم المختلفة، وتحاول إظهار مظاهر حركة تقنين هذه العقوبات، وعرض آراء الفقهاء والمعاصرين في تعارض ضرورة التقنين والعقوبة التعزيرية وما تستند إليه هذه الآراء ووجاهته، وقد توصلت إلى مجموعة من النتائج من أهمها: أن التقنين يفرض نفسه ما دامت المؤسسات القضائية تعاني من الإهمال وعدم قدرة القضاة على النظر في المسائل التي تحتاج إلى الاجتهاد، وأنَّ تحديد العقوبات التعزيرية ليس وليد العصر الحاضر فقد احتفظ التراث الإسلامي بنماذج منه يمكن بناء التقنين المعاصر عليها. وأوصت بجملة من التوصيات من أهمها: ضرورة إبقاء مساحة اجتهادية في تقنين هذه العقوبات مراعاة لمرونتها؛ وضرورة تكوين القضاة تكوينا يمكنهم من التحرك داخل هذه المساحة الاجتهادية.

الكلمات المفتاحية: التقنين، التعزير، العقوبة، الحدود، المصلحة، الألواح، الأعراف، الضرورة.

Abstract:

This study examines an important topic, which is the issue of codifying disciplinary punishments and formulating them in terms that specify the type and amount of punishment for each legal violation that disturbs public order, which contradicts the principle of discretion in it and the intent of flexibility that makes it able to find appropriate solutions to eliminate various crimes, and tries to show the manifestations of the legalization movement These penalties, and the presentation of the opinions of jurists and contemporaries in the contradiction of the necessity of rationing and the disciplinary punishment and what these opinions are based on and its validity, and I have reached a set of results, the most important of which are: that rationing imposes itself as long as the judicial institutions suffer from neglect and the

inability of judges to consider issues that need to be Jurisprudence, and that determining disciplinary punishments is not a product of the present era, as the Islamic heritage has preserved examples of it on which contemporary rationing can be built. It recommended a number of recommendations, the most important of which are: the need to maintain discretionary space in codifying these penalties in view of their flexibility; And the need to train judges to enable them to move within this jurisprudential space.

Keywords: Rationing, Ta'zir, Punishment, Hudud, Interest, regulations, norms, necessity.

المقدمة:

جاءت شريعة الإسلام كاملة مشتملة على جميع المبادئ والنظم التي تحقق مصالح الناس في دارهم العاجلة وأخراهم الآجلة، فوسعت المسالك المؤدية لجلب المصالح وضيقت الطرق الموصلة للمفاسد، وكان من جملة ذلك أن شرعت بعض العقوبات الرادعة التي من شأنها أن تحافظ على كيان المجتمع وتحيطه بسياج يمنعه من لحوق الخلل، ويحقق له الأمن والاستقرار، والحياة الهادئة التي لا يصحبها قلق ولا فساد، وقد انقسمت هذه العقوبات إلى قسمين: حدود، وتعازير، جعل الشارع القسم الأول منها مقدرا بمقادير محددة لا تقبل الزيادة ولا النقصان، وأوكل القسم الثاني لاجتهاد القاضي، حيث يقدر العقوبة حسب ما يراه مما يحقق المصلحة ويحافظ على تماسك المجتمع.

ولما كانت هذه التعازير موكولة إلى القاضي من حيث اختيار النوع والمقدار، وكان المقصد الشرعي من ذلك تحقيق المصلحة، وكانت هذه المصلحة لا تتحقق في بعض الأزمنة والأمكنة إلا بتحديد العقوبة التعزيرية، وتقنينها وجعل ذلك شريعة متبعة، اختلفت آراء الفقهاء في مسألة تقنين هذه التعازير، وترددت آراء المعاصرين بين من يرى ضرورة إطلاق سلطة القاضي في التقدير، وبين من يرى ضرورة تقنين الأحكام وإلزام القاضي بما شرع وأقر منها.

مشكلة الدراسة:

تكمن تحت هذا لخلاف مشكلة تتمثل في التعارض الحاصل بين حقيقة العقوبة التعزيرية ومفهوم التقنين، ويمكن تلخيصها في الأسئلة التالية:

- هل تقبل العقوبة التعزيرية التقنين أم أن حقيقتها تنافيه؟
- وإذا كانت تنافيه فهل الضرورة قاضية بتقنينها؟
- وما موقف الفقهاء والمعاصرين من هذا التقنين؟

أهداف الدراسة:

بطبيعة الحال فإن الأهداف التي تهدف هذه الدراسة إلى تحقيقها عبارة عن الإجابة على تساؤلات الإشكالية، ويمكن تلخيصها في جملة من النقاط من أهمها:

- إظهار حقيقة التعارض بين العقوبة التعزيرية والتقنين.
- إبراز دور الضرورة في تغليب جانب التقنين.
- إبراز آراء الفقهاء والمعاصرين في تقنينها

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية هذا الموضوع من خلال المكانة العظيمة التي تشغلها العقوبات بشكل عام في الفقه الإسلامي، والعقوبات التعزيرية بشكل خاص، لكونها تمثل الدائرة الأوسع في باب العقوبات، وتقنينها قد يفقدها مرونتها وقدرتها على إيجاد الحلول المناسبة للقضاء على الجرائم المختلفة، ويدخلها في دائرة الحدود التي تتصف بالثبات والجمود.

المنهج المتبع في الدراسة:

اتبع الباحث في دراسة هذا الموضوع المنهج الوصفيَ الذي يمكن من تقرير الحقائق وعرض الأدلة والآراء والتعريف بالمصطلحات، والتحليليَ الذي يمكن من تحليل النصوص والربط بينها، ومقارنة الأدلة ووجهات النظر، وذلك مع توخي الاختصار خشية التأثر بجاذبية الاستطراد والوقوع في شباكه، وقد تضمنت الدراسة مقدمة ومبحثين؛ المبحث الأول: تناول مفهوم العقوبة التعزيرية وتقنينها، والمبحث الثاني: تناول جدلية العقوبة التعزيرية بين التقنين والتقدير وأخيراً؛ الخاتمة، تناولت أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مفهوم العقوبة التعزيرية وتقنينها:

المطلب الأول: التعزير لغة واصطلاحا:

أولا: الدلالة اللغوية:

التعزير لغة: يأتي التعزير في اللغة لعدة معان منها: المنع والنصرة والتعظيم، ومنه قوله تعالى: (وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ) وقولهم: عزره من كل مكروه، أي منعه منه وصرفه عنه، ويأتي أيضا بمعنى التأديب فيقال: عزره بمعنى أدبه على ذنب وقع منه، فهو من الأضداد إذ يأتي تارة بمعنى النصرة وتارة بمعنى التأديب على المخالفة،[1] وإلى هذا المعنى الأخير يرجع المعنى الاصطلاحي الشرعي، وهو ما أشار له ابن منظور بقوله: (وأصل التعزير التأديب ولهذا يسمى الضرب دون الحد تعزيرا).[2]

ثانيا: الدلالة الاصطلاحية:

لا يختلف مفهوم التعزير في الاصطلاح عن مفهومه اللغوي؛ لذلك نجد الفقهاء في تناولهم له لا يخرجون عن معناه اللغوي وإن تضمن رسمهم له تقييده بما دون الحد، ليخرجوا بذلك ما كان من

[1] ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب: (561/4)، والأنباري، محمد بن قاسم، كتاب الأضداد: (147)، والقاضي عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار: (2/ 80).

[2] ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب: (4/ 562).

جنس التأديب، وليس داخلا في باب التعزير، فالتعزير في الاصطلاح ليس أكثر من تأديب يقصد منه رجوع المخالف إلى جادة الصواب، والالتزام بالنظام العام الذي يحكم المجتمع ويسيره.

وإذا نظرنا إلى تعاريف الفقهاء للتعزير نظرة فاحصة أمكننا القول إن مفهوم التعزير في الاصطلاح الفقهي أخص منه في الاصطلاح اللغوي، وذلك حيث قيد الفقهاء التعزير بالمخالفات التي تنتج عن فعل معصية لم يرتب علها الشارع عقوبة حد ولا كفارة، وهذا ما سنلحظه من خلال التعاريف التالية:

1- **تعريف المالكية:** يقول إبراهيم بن علي بن فرحون: (والتعزير تأديب وإصلاح وزجر على ذنوب لم تشرع فيها حدود ولا كفارات)[1].

2- **تعريف الشافعية:** يقول محمد بن أحمد الخطيب الشربيني: (تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة.. سواء أكان حقا لله تعالى أم لآدمي)[2].

3- **تعريف الحنابلة:** يقول موفق الدين بن قدامة المقدسي: (التعزير هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها، كوطء الشريك الجارية المشتركة.. أو الجناية على إنسان بما لا يوجب حدا ولا قصاصا ولا دية).[3]

4- **تعريف الأحناف:** يقول ابن عابدين: (التعزير تأديب دون الحد من العزر بمعنى الرد والردع، ويكون بالضرب وغيره، ولا يلزم أن يكون في مقابلة معصية)[4].

وبالنظر إلى التعاريف الثلاثة الأولى يتضح أن أصحابها يتجهون إلى تقييد التعزير بالمعصية مما يجعله عقوبة على فعل محرم لم يعين الشارع له عقوبة محددة، وهذا ما يجعل دائرة التعزير تنحصر في المحرمات دون غيرها، وهو ما ينقلها إلى نوع خاص من التأديب، ويمكن القول إن أصحاب تلك التعاريف لم يقصدوا من التقييد بالمعصية سوى التعبير عن القاعدة الأغلبية في هذه العقوبة وهي ترتبها على المحرمات لا غير[5]، إلا أن هذا الغالب الأعم قد ينخرم أحيانا كما في حالة تأديب الصبي وترويضه على أعمال الخير، وهو ما أشار له ابن عابدين في خاتمة التعريف الرابع.

وقد يستشكل هنا كون التعزير بمعنى التأديب ويصل عند بعض الفقهاء إلى حد القتل، ولا تأديب ولا إصلاح بعد القتل، ويمكن الإجابة عن هذا الاعتراض بأن من ذهب إلى ذلك الرأي من الفقهاء رأى أن هناك بعض الأدلة التي تفيد جواز الوصول بعقوبة التعزير إلى القتل، وأن ذلك من

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام: (288/2).

[2] الشبريني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج: (522/5).

[3] المقدسي، ابن قدامة، المغني: (176/9).

[4] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار: (4/ 15).

[5] النجار، محمد إبراهيم، سلطة القاضي في تقدير العقوبات التعزيرية: (13).

باب الاستثناءات من الأصل الذي يقتضي أن لا تصل عقوبة التعزير إلى القتل بحال، ولكن نظرا لخطورة بعض الجرائم، شرعت تلك الاستثناءات لتحقيق المصلحة العامة للجماعة.[1]

ويمكن أن نخلص مما تقدم إلى أن تعاريف الفقهاء للتعزير متقاربة المعنى وليس بينها فوارق كبيرة؛ إذ ترجع في مجملها إلى تأديب يقصد منه رجوع المخالف إلى جادة الصواب، والالتزام بالنظام العام الذي يحكم المجتمع ويسيره.

المطلب الثاني: مفهوم تقنين العقوبة التعزيرية:

يقصد بتقنين العقوبات التعزيرية صياغتها بعبارات تحدد نوع وقدر العقوبة لكل مخالفة شرعية تخل بالنظام العام، ويعتبر مصطلح التقنين بمفهومه المعاصر من المصطلحات الحديثة التي لم يتعرض الفقهاء المتقدمون لتعريفها، وقد تناوله بعض المعاصرين بالبحث والدراسة وعرفوه بتعاريف من أهمها:

- **تعريف مصطفى الزرقا:** (جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس).[2]
- **تعريف صبحي المحمصاني:** (صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية لأجل تنفيذها والعمل بموجبها).[3]
- **تعريف علي الطنطاوي:** (هو صياغة الأحكام الفقهية في مواد مرقمة على هيئة القوانين، بعد اختيار أصحها وأقواها دليلا، على أن لا يبدل فيها شرع الله، ولا يشرع فيها من الدين ما لم يأذن به الله).[4]

وبالنظر والتأمل في حقيقة هذه التعاريف ندرك أن لا فوارق جوهرية بينها تذكر، فهي متقاربة المضمون وإن اختلفت عباراتها.

[1] أبو زيد، بكر بن عبد الله، الحدود والتعزيرات عند بن القيم: (468)، والعوا محمد سليم، أصول النظام الجنائي الإسلامي: (337).

[2] الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام: (1/ 313).

[3] أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه النوازل: (1/ 94).

[4] علي الطنطاوي، فتاوى: (123).

المبحث الثاني: العقوبات التعزيرية وضرورة التقنين.

المطلب الأول: موقف الفقهاء من تقنين العقوبات التعزيرية:

ترك الشارع العقوبات من غير الحدود والكفارات موكولة لاجتهاد الحاكم يوقعها على المخالفين حسب ما يراه مما يحقق المصلحة العامة للمجتمع، وقد ظلت هذه العقوبات تقديرية ولم تبرز مسألة تقنينها إلا بشكل جزئي وفي عصور متأخرة حيث عرفت بعض مناطق المغرب الأقصى تقنينا للمسائل الجنائية والمدنية اشتهر باسم: (ألواح سوس) و(ألواح جزولة)، وهي ألواح شكلت جزءا من أعراف القبائل التي اعتمدتها وقدستها وتحاكمت إليها في فض النزاعات والخصومات، (فهي قوانين صارمة مؤسسة على العقوبة بالمال في حق كل من صدرت منه مخالفة تمس شرف الغير أو ماله أو بدنه أو تقلق بالأمن العام).[1]

ويرجع تاريخ أقدم لوح عثر عليه إلى سنة: 904هـ،[2] وكان لكل قبيلة عرفها الخاص،[3] كما كانت هذه الأحكام متغيرة، (فإنهم يكتبون في سجلات أعرافهم، كما اطلعنا عليها، مثقالا أو مثقالين لمن تعرض بسوء لعالم أو طالب أو امرأة أو غريب أو يهودي أو سارق في مواسم الحرمة أو الحصون المخزون فيها، أو غير ذلك إلى أيام السلطان المقدس المرحوم المولى أحمد المنصور الذهبي، فزادوا زيادة محسوسة فصار قدرها عشرة مثاقيل، ثم زادوا في أول الدولة العلوية زيادة ظاهرة في أول أيام المولى الرشيد عام 1078هـ إلى أيام المولى عبد الله بن إسماعيل فبلغت الزيادة اثنين وعشرين مثقالا..).[4]

وتمكنت هذه الأعراف أكثر عندما (ارتأت السلطات الحاكمة في البلاد إقرار هذه الأعراف ومزاولة الحكم بها كما كان الشأن بالنسبة لبعض ملوك المغرب الذين أقروا هذه الأعراف المحلية لأنها في نظرهم تساير روح الإسلام).[5]

وقد أورد الدكتور عمر الجيدي في كتابه (العرف والعمل في المذهب المالكي) نماذج من هذه القوانين والأعراف جاء في النموذج الثاني منها:

- (إن من كسر العافية يعطي مئتي مثقال وتخرب داره.
- ومن اتهم بذلك فخمسون يمينا.

---

[1] محمد حجي، الحركة الفكرية في المغرب في عهد السعديين: (1/ 298).
[2] العربي البوهالي، وضعية القضاء الشرعي في المغرب المعاصر: (3/ 48).
[3] بنعبد الله، عبد العزيز، معلمة الفقه المالكي: (35).
[4] محمد المختار السوسي، المعسول: (5/ 384).
[5] عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي: (237).

- ومن قتل فخمسون مثقالا في الدية، ومائة مثقال في الإنصاف وفيها الذبيحة والدار.
- ومن اتهم بالقتل فخمسون يمينا.
- ومن سرق في الدار فعشرة مثاقيل ويغرم متاع الناس.
- ومن اتهم بها في الدار فأربعة وعشرون يمينا، وفي الغابة سبعة مثاقيل..
- ومن ضرب بالمكحلة أو السكين وجرح فسبعة مثاقيل مع الإحسان للمجروح.
- ومن طلع الزناد وسل المدية من غير ضرب فمثقال.
- ومن بانت عليه الفاحشة فسبعة مثاقيل..)[1].

وجاء في النموذج الثالث:

1) حكم السارق في داخل البلد: من سرق سرقة قلت أو كثرت في داخل البلد يدفع غرامة قدرها خمسون ريالا، فإن عاد دفع مثلها، فإن عاد الثالثة دفع مثلها وأخرج من البلد، ومن تشفع له يخرج معه.
2) حكم الزاني أن يدفع غرامة قدرها مائة اريال ويخرج من البلد.
3) حكم القاتل النفي من البلد أبدا إلا إذا رضي أولياء القتيل فحينئذ يمكنه الرجوع..).[2]

ويلاحظ أن هذه القوانين العرفية لم تفرق بين العقوبة التعزيرية والحدية فجعلت الأولى من صنف الأخيرة ولم تلتزم في الأخيرة بالمنصوص الشرعي، وقد تباينت آراء الفقهاء حولها وكانت مواقفهم منها كالتالي:

1) **موقف متشدد:** اعتبرها أصحابه مخالفة للشرع، فقد وصفها عبد الرحمن التمنارتي بـ(أنها من باب التحاكم إلى الطاغوت الذي أمرنا أن نكفر به، والشيخ محمد بن ناصر الدرعي الذي سئل عنها فأجاب في حق أصحابها بأنهم عصاة).[3] كما (حكم قاضي مراكش محمد بن عمر الهشتوكي بالمنع؛ لأن الشارع بين جميع الحدود ولو علم الله دينا أفضل من هذا لأتى به نبينا محمد عليه السلام، فترك الأحكام الشرعية واستنباط ضوابط وقوانين تخالف أحكام الشرع المحمدي كفر صراح يردون إلى الشرع ولو بالقتال والسبي).[4] ونقل الشيخ ميارة في فتح العليم الخلاق عن الجزولي قوله معلقا على قول عمر بن عبد العزيز (تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من

[1] عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي: (230).
[2] نفس المصدر: (231).
[3] عمر الجيدي، العرف والعمل في العمل المالكي: (256).
[4] محمد حجي، الحركة الفكرية في المغرب في عهد السعديين: (1/ 301).

الفجور): (وبقول عمر هذا يستدل أشياخ السوء من القبائل فيما أحدثوا أن من سل سيفه فضرب به يلزمه كذا ومن شتم يلزمه كذا ويحلفون في البرانيس والمناجيل وكل ذلك بدعة أماتوا بها السنة لعنهم الله).[1] ويصف أحمد الإكراري من يشرف على تقنين هذه الأعراف بأنهم(في الحقيقة مفاليس إن لم تقل أباليس، يكتبون عقدا يسمى (عرفا) وليته يسمى (نكرا) يقولون فيه: من فعل كذا يعطي كذا.. وتركوا أحكام الشريعة وراء، ويقولون ما وجدنا عليه آباءنا ولا يصدهم عن ذلك صاد).[2]

2) **موقف مدافع عنها بشدة:** انطلق أصحابه من كونها ضرورة لا تتحقق المصلحة إلا بها، فقد (انتقد القاضي السكتاني تصلب العالمين المراكشيين في إفتائهما بالمنع القاطع للألواح وفساد قياسهما البادية المخوفة على الحاضرة الآمنة التي يعيشان فيها، حيث يمكن إجراء الأحكام الشرعية على نحو ما أجابا به، لكن البادية النائية وهما يجهلانها تفرض على المفتي أن يتفهم ظروف الناس ويراعي مشاغلهم ومصالحهم، وليس من رأى كمن سمع).[3] ويذكر عمر الجيدي ممن دافع عن هذه الأعراف: (الشيخ الحسن بن عثمان الجزولي.. والشيخ بن غازي المتوفى عام: 933هـ .. وعمرو بن أحمد بن زكرياء البعقيلي المعروف بعمرو المفتي.. وقد أصدر منشورا بخط يده مؤرخا بجمادى الثانية سنة: 964هـ ويعد نموذجا للأعراف التي في سوس، وكذلك الشيخ أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن عمرو بن طلحة التمنارتي..).[4]

3) **موقف متوسط:** رأى أصحابه (أن بعض ما في الألواح جائز وبعضه غير جائز)،[5] وقد (عبر عن هذا الموقف كل من الشيخ عبد الواحد بن أحمد مفتي الحضرة المراكشية في عصره، ومحمد بن عمر، والشيخ أحمد بابا السوداني).[6]

وهكذا تعاطى الفقهاء مع ظاهرة التقنين التي سادت في منطقة سوس وما جاورها من بلاد الصحراء، فمنهم من اعتبرها مخالفة لأصول الشرع لما فيها من تحديد للعقوبات التي جعلها الشارع مرنة تقدر حسب كل حالة وظروفها، ومنهم من اعتبرها موافقة لأصول الشرع لأنها مبنية على الضرورة الملحة؛ إذ لا تتحقق المصلحة إلا بها، وبدونها تنتشر الفوضى وينعدم الأمن والاستقرار.

وإذا كانت هذه الظاهرة بهذه الصورة الشبيهة بمفهوم التقنين المعاصر قد اقتصرت على بعض مناطق المغرب الأقصى ولم تشمل أغلب الأقطار الإسلامية – إذا تجاوزنا تجربة مجلة الأحكام العدلية في أواخر عهد الدولة العثمانية لكونها جاءت متأخرة، وكتب الشروط والأحكام التي عمت

[1] الشيخ ميارة، فتح العليم الخلاق: (433).
[2] الإكراري، محمد بن أحمد، روضة الأفنان في وفيات الأعيان: (107).
[3] محمد حجي، الحركة الفكرية في المغرب في عهد السعديين: (1/ 303).
[4] عمر الجيدي، العرف والعمل في العمل المالكي: (254).
[5] محمد حجي، الحركة الفكرية في المغرب في عهد السعديين: (1/ 302).
[6] عمر الجيدي، العرف والعمل في العمل المالكي: (257).

الغرب الإسلامي لكونها لم ترق لمستوى القانون الموحد – فإننا لا نعدم بعض العقوبات التعزيرية التي قننها الفقهاء وحددوا لها نوعا ومقدارا بشكل ثابت، فنجد محمدا بن إبراهيم بن علي بن فرحون في المسائل الملقوطة ينقل عن كتاب مفيد الحكام، والعتبية، وبعض المصادر الفقهية الأخرى عددا كبيرا من هذه العقوبات التعزيرية المحددة، فينقل عن العتبية في المسألة رقم: (148): (ولو قال رجل لرجل يا سارق ضرب خمسة وعشرين سوطا)،[1] وينقل عن مفيد الحكام:

- (مسألة: من سل سيفا على وجه القتال ضرب أربعين وكان السيف فيئا، وقيل: يقتل إذا سله على وجه الحرابة.
- مسألة: من سل سكينا في جماعة على وجه المزاح ضرب عشرة أسواط..
- مسألة: من استهان بدعوة الحاكم أو القاضي ولم يجب ضرب أربعين..
- مسألة: ومن قال لرجل يا مجرم ضرب خمسة وعشرين، وكذلك إن قال له يا ظالم ولم يكن كذلك ضرب أربعين، ولو قال له يا سارق ضرب خمسة عشر إلى عشرين)،[2]

ثم يسترسل في نقل مسائل مماثلة متعددة، وقد نقل كثير من هذه المسائل عن مفيد الحكام: الحطاب في مواهب الجليل،[3] وابن فرحون في تبصرة الحكام،[4] والونشريسي في المعيار المعرب.[5]

ويبدو أن هذا التحديد كان صداه قويا في الأوساط العلمية وفي وقت مبكر، إذ نجد الإمام المازري يصرح ويقطع بعدم إمكانية تحديد هذه العقوبات فيقول: (وأما تحديد العقوبة فلا سبيل إليه عند أحد من أهل المذهب.. وبالجملة فإنها تختلف بحسب اختلاف الذنوب، وما يعلم من حال المعاقب من جلده وصبره على يسيرها أو ضعفه عن ذلك وانزجاره إذا عوقب بأقلها).[6] وينقل الونشريسي عن ابن رشد قوله: إن (التحديد في هذا ليس له أصل في الكتاب ولا في السنة، و إنما فيه الاجتهاد بحسب القائل و المقول له).[7]

[1] بن فرحون، محمد بن إبراهيم بن علي، المسائل الملقوطة: (79).
[2] نفس المصدر: (81).
[3] الحطاب، مواهب الجليل: (6/ 303).
[4] ابن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام: (2/ 301).
[5] الونشريسي، المعيار المعرب: (1/ 482).
[6] ابن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام: (2/ 294).
[7] الونشريسي، المعيار المعرب: (1/ 482).

المطلب الثاني: موقف المعاصرين من تقنين العقوبات التعزيرية:

اختلف المعاصرون حول هذه المسألة وتباينت آراؤهم بين من يرى ضرورة التقنين في العصر الحاضر نظرا لعدم وجود قضاة مجتهدين يستطيعون تكييف الأحداث واستخراج الأحكام المناسبة لها، وبين من يرى أن تقنين العقوبات التعزيرية يخرجها من طور التعزير إلى باب الحدود وبذلك تفقد صفة المرونة التي تتصف بها، وقد قال بجواز تقنين الأحكام الشرعية وإلزام القضاة بها جمهور المعاصرين وأفتى بذلك الشيخ محمد عبده، ومحمد رشيد رضا، والشيخ أبو زهرة، وأحمد شاكر، ,وأبو الأعلى المودودي، وعلي الخفيف، ومصطفى الزرقا، وعلي الطنطاوي، وأحمد فهمي أبو سنة، وغيرهم.[1] وقال بمنعه طائفة منهم بكر أبو زيد في كتابه فقه النوازل، وقد نقل عن الشيخ محمد الأمين الشنقيطي كلاما طويلا حول مخاطره.[2]

أدلة المجيزين:

احتج القائلون بجواز تقنين الأحكام القضائية وإلزام الحكام بها بأدلة كثيرة من أهمها:

1- أن طاعة ولي الحاكم في غير المعصية واجبة، لقوله تعالى: {يأيها الدين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم}.[3] والإلزام بالتقنين لا معصية فيه، وهو عبارة عن مصلحة رآها ولي الأمر فلا تجوز مخالفته فيها.[4]

2- أن في التقنين منعا للقاضي من الحكم بالتشهي، وأن الأحكام القضائية لم تقنن في دولة الإسلام سابقا نظرا لما كان القضاة يتمتعون به من التدين وتحري العدل والانصاف.[5]

3- أن التقنين يجعل الأحكام القضائية محددة ومعلومة، بحيث لا يمكن للقاضي تجاوزها، وهذا أدعى لتحقيق العدالة، وما دام الأمر كذلك فلا مفر منه.[6]

4- أن المصلحة تقتضي التقنين وذلك لغلبة الجهل والتقليد على قضاة العصر، فتفويض العقوبة لهم يؤدي لوقوعهم في الغلط، كما أن فيه مصلحة توحيد الأحكام القضائية مما يظهر عدالة القضاء ويحفظ سمعته ويقطع تشغيب المشنعين عليه.[7]

---

[1] أبو سنة، الشيخ أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء: (192)، الشثري، عبد الرحمن بن سعد، تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه: (49).

[2] أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه النوازل: (1/ 94).

[3] سورة النساء، الآية: (59).

[4] أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه النوازل: (1/ 29).

[5] الشثري، عبد الرحمن بن سعد، تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه: (49).

[6] أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه النوازل: (1/ 31).

[7] المصدر السابق.

أن عدم التقنين يتنافى مع مبدأ علنية الشريعة الذي يوجب أن يكون المجتمع قائما على نظام، والمكلف فيه على علم مسبق بكل العقوبات التي تترتب على تصرفاته.

5- أن الإنسان إذا كان لا يمكن أن يتنبأ مسبقا بموقف القاضي من تصرفاته لكونه سيقضي باختياره واجتهاده، وليس بحكم معلن معروف، سيكون غير مطمئن لأحكامه، مما يوقع بلبلة بين الناس ويسقط هيبة القضاء من أعينهم.[1]

وقد ناقش المانعون لمسألة التقنين ما استدل به المجيزون وأجابوا عنه بما يلي:

1- أن طاعة أولي الأمر لا تكون في معصية الله تعالى، فإذا أمروا بتقنين أحكام القضاء وتبين أن ذلك عملا محرما لم تجز طاعتهم فيه، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

2- أن تقنين الأحكام القضائية لا يمنع من الحكم بالتشهي؛ لأن متولي التقنين نفسه قد يضع بعض الأحكام بالتشهي، ويكون تطبيقها ملزما لسائر القضاة.

3- أن شبهة مخافة تشويه سمعة القضاء الإسلامي وانتقاده من قبل الأجانب يمكن الرد عليها بأنه من الأوهام الموروثة كما قال علال الفاسي.[2]

أدلة المانعين من التقنين:

لما كانت هذه العقوبات التعزيرية تدور مع مظنة المصلحة، وتختلف من شخص لشخص مع التساوي بينهما في الفعل، ذهبت طائفة من العلماء إلى عدم جواز تقنينها، لما يترتب على ذلك من الجمود في الأحكام وعدم ملاءمتها لبعض الصور في بعض الوقائع أحيانا، وقد استدل أصحاب هذا التوجه بأدلة كثيرة من أهمها:

1- أن التقين فيه حجر على الأحكام الاجتهادية ويمنع تغير الفتوى بتغير الزمان، وهذا مناف لقواعد الشريعة.[3]

2- أن أحكام التعزير لا يمكن تقيننها بحال من الأحوال لشدة المرونة التي تتصف بها وسرعة تغيرها

3- أن القاضي ملزم بما أداه إليه اجتهاده ويراه صوابا، وإن حكم بغير ذلك كان آثما.[4]

[1] عبد الكريم حسين، تقنين العقوبات التعزيرية: (40).

[2] أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه النوازل: (50/1).

[3] المصدر السابق.

[4] عبد الكريم حسين، تقنين العقوبات التعزيرية: (42).

4- أن التقنين مخالف لما جرى عليه عمل السلف، وقد عرضت فكرته على الإمام مالك من قبل أبي جعفر المنصور فردها لعدم صحتها عنده، ولا خير في شيء رده السلف الصالح واعتبره من المحدثات.[1]

وأجيب عن هذه الاعتراضات بما يلي:

- أن التقنين لا يعد عقبة أمام الاجتهاد، وليس فيه قتل للإبداع؛ لأن من يتولى عملية التقنين يقوم بنفس المهمة الاجتهادية التي كان القاضي سيتولاها، وتقنين الأحكام لا يعني ثباتها وعدم تبديلها من وقت لآخر حسب ما تقتضيه المصلحة.
- كون التقنين مخالفا لما جرى عليه عمل السلف، يمكن الرد عليه بما فعله عمر حين جلد في الخمر ثمانين جلدة وكتب بذلك لعماله، وقد جلد أبو بكر قبله أربعين وحملت تلك الزيادة منه على أنها تعزير.

الرجيح بين الآراء:

من خلال ما سبق من عرض أدلة الفريقين يتضح أن كلا منهما يستند إلى حجج قوية ومقنعة في الوقت نفسه، لكن ما احتج به المجيزون يمكن أن يترجح على ما استدل به المانعون؛ لكونه يستند إلى الضرورة الملحة وحاجة الناس إلى نظام محدد ومعلوم، في ظل إهمال المؤسسة القضائية وعدم الاعتناء بها.

ومن أهم مرجحات مذهب المجيزين:

- أن المصلحة تقتضي التقنين، والمقصد الشرعي من ترك باب التعزير موكولا لاجتهاد الحاكم هو تحقيق مصلحة المجتمع، فإذا كانت هذه المصلحة لا تتحقق إلا بتقنين الأحكام وضبطها قدر المستطاع، تعين ذلك التقنين وفقا لمتطلبات المصلحة.
- أن الاجتهاد الجماعي أقرب إلى الصواب من الاجتهاد الفردي، والقاضي معرض للاجتهاد في أي وقت من الأوقات.[2]

[1] آل ادريب، سعود بن سعد، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية: (212).

[2] عبد الكريم حسين، تقنين العقوبات التعزيرية: (44).

- أن تقنين الأحكام التعزيرية لا يعني بالضرورة إغلاق باب الاجتهاد أمام الحاكم؛ لأن المقنن قد يقسم العقوبة إلى مراتب، ويضع للعقوبة حدا أدنى وآخر أعلى، فيبقى ما بينهما محل اجتهاد للحاكم[1].

الخاتمة:

بعد هذه الومضات التي حاول الباحث من خلالها أن يكشف أهم جوانب الموضوع، وبعد التطواف بين صفحات كتب الفقه الإسلامي التي تناولته، وما واكب ذلك من رجوع لمراجع ومصادر أخرى، اقتضت الضرورة الرجوع إليها في بعض الأحيان، توضيحا وتفسيرا، أو ترجمة، أو تعميقا لمفهوم من المفاهيم التي تعرض لها، يستطيع القول إن هذا الموضوع لا يزال بحاجة إلى مزيد من الدراسة الجادة، ويخلص لجملة من النتائج يلخصها في النقاط التالية:

1) إن تحديد العقوبات التعزيرية ليس وليد العصر الحاضر فقد احتفظ التراث الإسلامي بنماذج منه يمكن بناء التقنين المعاصر عليها.
2) إن ما عرضناه من النماذج من تحديد للعقوبات التعزيرية أو العقوبات بشكل عام يظهر أن الفقهاء الذين أجازوا تحديد هذه العقوبات وتقنينها حاولوا أن ينطلقوا من المصلحة والضرورة وكانت اجتهاداتهم وآراؤهم الفقهية متأثرة بالوضعية الخاصة للسكان، وهو ما جعلها تتسم بالمرونة والواقعية وعدم الجمود.
3) إن تقنين الأحكام القضائية بما في ذلك ما يتعلق منها بالعقوبات التعزيرية جائز، لحاجة القضاة والناس إلى ذلك.
4) أن تقنين العقوبة التعزيرية لا يعني منع الحاكم من دوره الاجتهادي ما دامت هناك دائرة محددة يحق له الاجتهاد ضمن حدودها.
5) أن التقنين يفرض نفسه ما دامت المؤسسات القضائية تعاني من الإهمال وعدم قدرة القضاة على النظر في المسائل التي تحتاج إلى الاجتهاد.

وأوصت بجملة من التوصيات من أهمها:

1) ضرورة إبقاء مساحة اجتهادية في تقنين هذه العقوبات مراعاة لمرونتها.
2) ضرورة تكوين القضاة تكوينا يمكنهم من التحرك داخل هذه المساحة الاجتهادية.
3) ضرورة أن تكون المساحة التقديرية قادرة على تمكين القاضي من تحقيق الموازنة بين العقوبة والجريمة والجاني.

[1] الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام: (1/ 322)، الشيخ أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي: (95).

4) ضرورة تقييد القاضي في تقدير العقوبة بالمصلحة واعتبار الأعراف والمآلات.

5) ضرورة إنشاء مؤسسات علمية تجمع بين التخصص الفقهي والقانوني والاجتماعي تهتم بدراسة هذه العقوبات وتقدم رأيها للمؤسسات القضائية.

قائمة المصادر والمراجع:

- ابن الأنباري، محمد بن قاسم، (1960م)، **الأضداد**، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الكويت، دائرة النشر والمطبوعات.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (1991م)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط1، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (د – ت)، **الطرق الحكمية**، مكتبة دار البيان.
- ابن عابدين، محمد أمين، (1992م)، **رد المحتار على الدر المختار**، ط: (2)، بيروت، دار الفكر.
- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي، (1986م)، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، مكتبة الكليات الأزهرية.
- ابن فرحون، محمد بن إبراهيم بن علي، (2003م)، **المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة**، ط1، تحقيق: جلال علي القذافي، دار ابن حزم.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، (1968م)، **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني**، مكتبة القاهرة.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، (1414هـ)، **لسان العرب**، ط: (3)، بيروت، دار صادر.
- ابن نصر البغدادي، القاضي عبد الوهاب، (د– ت)، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن عمرو الأزدي، (2009م)، **سنن أبي دود**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية.
- أبو زيد بكر بن عبد الله، (1415هـ)، **الحدود والتعزيرات عند بن القيم دراسة وموازنة**، ط: (2)، دار العاصمة للنشر والتوزيع.
- أبو زيد، بكر بن عبد الله، (1996م)، **فقه النوازل**، ط1.
- الإكراري، محمد بن أحمد، **روضة الأفنان في وفيات الأعيان**، تحقيق: حمدي أنوش، أكادير– المغرب، كلية الآداب – جامعة ابن زهر.

- آل ادريب، سعود بن سعد، **التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية**، رسالة جامعية نوقشت في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ونشرتها وزارة التعليم سنة: (1999م).
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (1422هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وسننه وأيامه= **صحيح البخاري**، ط1، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة.
- بنعبد الله، عبد العزيز، **معلمة الفقه المالكي**، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- البيهقي، أحمد بن الحسين، (2003م)، **السنن الكبرى**، ط: (3)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية.
- حسين هاشم، عبد الكريم، **تقنين العقوبات التعزيرية**، رسالة جامعية نوقشت في جامعة الخليل بفلسطين، سنة: (2014م).
- خليل بن إسحاق، (2005م)، **مختصر خليل في الفقه**، ط1، تحقيق: أحمد جاد، القاهرة، دار الحديث.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، (1999)، **مختار الصحاح**، ط: (5)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، بيروت، المكتبة العصرية– الدار النموذجية.
- الرعيني، أبو عبد الله محمد عبد الرحمن، (1992م)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ط: (3)، دار الفكر.
- الزرقا، مصطفى أحمد، (1998م)، **المدخل الفقهي العام**، **ط1**، دمشق – دار القلم.
- الشثري، عبد الرحمن بن سعد، **تقنين الأحكام الشرعية تأريخه وحكمه**، دار التوحيد للنشر.
- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، (1994م)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج**، ط1، دار الكتب العلمية.
- الشيخ أبو زهرة، (1998م)، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي**, دار الفكر العربي.
- عبد القادر عودة (د – ت)، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، بيروت، دار الكاتب العربي.
- علي الطنطاوي، (1985م)، **فتاوي علي الطنطاوي**، ط1، جدة، دار المنارة للنشر والتوزيع.
- العوا، محمد سليم، (2006م)، **في أصول النظام الجنائي الإسلامي**، ط1، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع.
- القرافي، أحمد بن إدريس، (د – ت)، **أنوار البروق في أنواء الفروق**، دار عالم الكتب.
- الماوردي، علي بن محمد، (د – ت)، **الأحكام السلطانية**، دار الكتب العلمية.
- محمد المختار السوسي، (1962م)، **المعسول**، الدار البيضاء، دار النجاح.

- محمد حجي، (1976م)، **الحركة الفكرية في المغرب في عهد السعديين**.
- ميارة الفاسي، محمد بن أحمد، (2008م)، **فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق**، ط1، تحقيق: رشيد البكاري، الدار البيضاء، دار الرشاد الحديثة.
- النجار، محمد إبراهيم (2007)، **سلطة القاضي في تقدير العقوبات التعزيرية**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية بغزة.
- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، (1990م)، **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب**، تحقيق: جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي.
- اليحصبي، القاضي عياض بن موسى، (د– ت)، **مشارق الأنوار على صحاح الآثار**، المكتبة العتيقة ودار التراث.