



International Journal of Advanced Academic Studies

E-ISSN: 2706-8927

P-ISSN: 2706-8919

www.allstudyjournal.com

IJAAS 2021; 3(2): 01-07

Received: 01-01-2021

Accepted: 06-02-2021

شهاب الدين ثاقب

استاد ، دانشکده شرع ، دانشگاه
البيروني ، افغانستان

تعين تعزير شرعا و قانونا

شهاب الدين ثاقب

المقدمة

الحمد لله جعل القرآن ربيع قلوبنا وسَيْرَهُ إلى الجنة طريقاً وسليماً، وأشهد أن محمداً عبداً لله ورسوله بعثه الله له هادياً ومعلماً، فصلوات ربي وسلامه على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم بلغ الرسالة وأدى الأمانة وجاهد في الله حق جهاده فكان خير قدوة ومنار الهدى أما بعد.

فإن شريعة الإسلام منعت وحرمت كل اعتداء، و فرضت كذلك عقوبات محدّدة و رادعة بحق كل من يعتدي. و قسم الفقهاء هذه العقوبات إلى عقوبات جرائم الحدود، وهي عقوبات معينة ومقدرة ومحددة وواضحة في الشريعة الإسلامية، وحق الله سبحانه وتعالى ظاهر فيها وطاغ على حقوق الأفراد، ولكونه حقاً لله فلا يجوز العفو عنه والشفاعة فيه مهما كان المذنب. أما القسم الثاني فهو العقوبات التي تقع على جرائم القصاص والديات و عقوبات هذا النوع تتمثل بعقوبات الجرائم، وهي معينة واضحة، وتقع هذه العقوبات على نفس الإنسان وأطرافه، وتجب هذه العقوبات حقاً للأفراد بشكل خاص. والقسم الثالث هو عقوبات الجرائم التي ليس لها حد مقرر شرعاً، فهذه العقوبات أمرها متروك لولي الأمر، وهو يقدر العقوبة المناسبة للجريمة بحسب ظرف الجاني ونوع العقوبة، وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات التعزيرية.

أهمية الموضوع:

في عقوبات التعزيرية فلسفة أمنه، فتقوم على وحفاظاً للمجتمع، باستقرار الإسلام لقد إهتم في الاعتبار الضرورية المصالح جهة وحماية من الجماعة مصالح حماية على الشريعة الإسلامية الحياة تستقيم لا والتي والمال، والنسل والنفس والعقل الدين: حفظ وهي جهة أخرى من الشريعة نظر فنكتفى بقدر هذا في أهمية الموضوع.. العبث وعدم وجودها وصيانتها إلا الإنسانية

سبب اختيار الموضوع

و من القديم لازم على كل استاذ أن يكتب بحثاً لأجل الترفيع العلمي و أنا ايضا من الأساتذة ولا بد على أن أكتب حول عنوان (تعين التعزير شرعاً و قانوناً).

البحث خطة

على وخاتمة إلى مطلبين البحث هذا قسمت حيث عليها، سرت التي الخطة إلى أصل المقدمة وبعد النحو التالي.

المطلب الأول: مفهوم التعزير في اللغة و الإصطلاح

المطلب الثاني: تعين التعزير في الفقه و القانون

وفي الأخير أشرت إلى مناقشة و نتيجة البحث ليكون للقارى سهل التناول.

البحث في منهجي

بيأتي كما بالإمكان، وهو قدر به التزمت منهج شيكاكو على الموضوع هذا في كتابتي كانت لقد

الف: ذكرت المصادر و المراجع في كل صفحة مع ذكر الجزء والصفحة.

سببها، و ذلك إلى استطعت ما الأصلية في ب: خرجت أقوال الفقهاء المذاهب الأربعة من مصادرها أغلباً جعلتها بين القوسين الصغيرين كذا " "

ج: ناقشت أدلة فقهاء القانون، وترد أقوالهم بالاحاديث. من مصادرها الأصلية، مع تشكيلها، وجعلتها بين القوسين الصغيرين كذا « ».

Corresponding Author:

شهاب الدين ثاقب

استاد ، دانشکده شرع ، دانشگاه
البيروني ، افغانستان

د: ذكرت موقف تشريع الجنائي الإسلامي ثم تشريع الوضعي في تعيين التعزير، وذكرت قول الراجح بالدلائل.

ه: وضعت فهارس المراجع والمصادر والموضوعات في آخر البحث.

و أخيراً أشكر وزارة التعليم العالي في أفغانستان وهيئة الإدارة و أساتذة المرحلة الماجستير من قسم الشريعة و القانون بكلية الشريعة من جامعه كابل على إتاحة هذه الفرصة المباركة؛ لنلتقي العلم الصحيح والسبيل القويم. و أشكر على وجه الخصوص من أعماق قلبي من استاذي الدكتور عبدالمتين شهيدي الذي كان له الفضل على إشراف هذه المقالة، وأسأل الله أن يجعل حياته مباركاً هنيئاً مريئاً، وأن يبيّن حياته على خير وهدي، وأن يرزقه ذرية صالحة، وأن يوفقه لما وفق له عباده المقربين. ليكون القاريء على بينة من الأمر، ويتبين لديه الخطأ من الصواب. فإن أصبت في ذلك فمن الله، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.

وفي الاخير أسأله سبحانه أن ينصر دينه، ويصلح قادة المسلمين، والالتزام الشرعي بها، والاستقامة عليها، وأن ينصر بهم الحق، وأسأله بأسمائه الحسنى وصفاته العلى أن يجعلنا هداة مهتدين غير ضالين ولا مضلين أن يجمعنا في مقعد صدق عند مليك مقتدر.

وصلّى الله تعالى على خير خلقه محمد صلى الله عليه وسلم.

المطلب الاول

لغتها و إصطلاحاً التعزير مفهوم

اللغة في التعزير معنى أولاً:

التعزير اللغة مأخوذة من عزز يعزز، تعزيراً، فهو معزز، والمفعول معزز وتطلق على معان منها:

التعزير يأتي بمعنى « التعظيم والنصرة ». ومن ذلك قول الله سبحانه وتعالى: (لَتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُعَزِّرُوهُ) (1) أي تعظموه وتتصروه، وعظمه ووقره.

عززه، أيده، أعانه وقواه ونصره "عزز الولد أباه- عززت المرأة زوجها- كما قال تعالى: (وَعَزَّرْتُمُوهُمْ وَأَقْرَضْتُمُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا) (2).

عزز القاضي المذنب: عاقبه بما دون الحد الشرعي، لأمه، أدبه (3).

الحد دون هو الذي للتأديب قيل ويأتي بمعنى بمعنى التأديب: لهذا (4) الذنب (يعاود أن الجاني يمنع لأنه تعزير،

أشد وعلى الحد، دون الضرب على ويطلق اللوم، وقيل معناه: والإعانة (5). والتعظيم التضخيم به ويراد الضرب

الإصطلاح في ثانياً: التعزير

تختلف كلمة أهل الاصطلاح في تعريفه، على وجوه، منها ما يلي:

عند الحنفية: فقد قال الجرجاني وابن نجيم – رحمهما الله تعالى:- الحد" (6). دون تأديب التعزير: "هو

يشرع لم ذنوب على وزجر واستصلاح المالكية: هو تأديب وعند كفارات (7). ولا حدود فيها

كفارة ولا الحدود فيها تشرع لم ذنوب على الشافعية: تأديب وعند أم لآدم (8) لله حقاً أكان سواء

بقوله: " المقدسي-رحمه الله- قدامة ابن عرفه حيث الحنابلة: وعند فيها" (9). لا حد جنابة على المشروعة العقوبة هو

التي المشروعة العقوبة هو بقوله: التعزير الزحيلي عرفها وهبة كفارة، ولا فيها حد لا جنابة، أو معصية، على يوقعها القاضي رمضان في نهار كالأكل تعالى حق الله على الجنابة أكانت سواء أنواع من نوع أي أو كالرشوة العباد حقوق على أم عذر، بغير ونحوه (10). والشم السب

هذه جملة من التعريفات للتعزير لدى المذاهب المشهورة والمتأمل فيها يرى ما يلي:

اتفاق هذه التعاريف في الفصل الأول من التعريف وهو (التأديب). وهذا في تعاريف أهل الاصطلاح:

ف نجد الحنفية والحنابلة يوردون القيد على (ذات التأديب) فيقولون (التعزير تأديب دون الحد) أي أن التأديب لا يبلغ به مقدار العقوبة الحدية، المقدره، وهم ينظرون إلى العقوبة.

ونجد بقية التعاريف تورد القيد على موضع التعزير ومحله وموجبه ولا يعتبرون ذات التأديب في تعاريفهم. وهم في هذا القيد مختلفون على ما يلي: فالمالكية والشافعية يقيدون محل التأديب وموضوعه بأن يكون في (معصية لا حد فيها ولا كفارة) بزيادة (ولا كفارة).

وهذا التقييد وإن لم يكن مصرحاً به في التعريف لدى الحنفية وبعض الحنابلة فهو معتبر عندهم إذ أن تعاريفهم في أحكام التعزير تقتضيه (11).

فنخلص من هذه التعاريف ونذكر تعريف الراجح، الجامع المانع فينبغي أن نقول:

إن الفصل الأول من التعريف: وهو التأديب، محل اتفاق لدى الجميع في التعريف.

والفصل الثاني: وهو قولهم: في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة ينبغي أن يكون محل اتفاق أيضاً.

فيكون التعريف، الراجح المتفق عليها أن يقال، التعزير هو: التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة (12).

فالتعزير هو التأديب بما يراه الحاكم زاجراً لمن يفعل فعلاً محرماً عن العودة إلى هذا الفعل، فكل من أتى فعلاً محرماً لا حد فيه، ولا قصاص، ولا كفارة، فإن على الحاكم أن يعزره بما يراه زاجراً له عن العودة، من ضرب، أو سجن، أو توبيخ، أو بالصفع وتعريك

(6). ينظر: التعريفات للجرجاني (ص/ 62)، و بحر الرائق شرح كنز الدقائق (44/ 5).

(7). تيسرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام (288/ 2).

(8). معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (522/ 5).

(9). المغني لابن قدامة (176/ 9).

(10). الفقه الإسلامي وأدلته (197/ 6).

(11). الحدود والتعزيرات عند ابن القيم (460/ 1).

(12). الحدود والتعزيرات عند ابن القيم (460/ 1).

(1). سورة الفتح 9

(2). سورة المائدة 12

(3). معجم اللغة العربية المعاصرة (1491/ 2).

(4). لسان العرب (562/ 4).

(5). القاموس المحيط (439/ 1).

الحدود و القصاص فتطبق عليه أحكام الشرع في ضوء متون فقه الحنفي (15).

فالعقوبات التعزيرية التي نص عليها القانون الجزاء الأفغاني قد تكون المال وقد تكون مقيدة للحرية، و هو (الحبس) ففي قانون العقوبات الأفغاني، للحبس مدة معلومة حيث يبدأ من حبس القصير و ينتهي با الحبس الدرجة الثاني و هو ثلاثين سنة فيحبس القضاة المتهمون على حسب ذنبيهم وبحسب هفواتهم.

مع أن الأصل أن تقدير مدة الحبس يرجع إلى رأي الحاكم، مع مراعاة ظروف الشخص، و الجريمة و الزمان و المكان.

صاحب كتاب تبصرة الحكام في أصول الأفضية وقد أشار وأما قدر مدة الحبس ومناهج الأحكام في شأن تعيين الحبس، فيختلف باختلاف أسبابه وموجباته، فحبس التعزير راجع إلى اجتهاد الحاكم بقدر ما يرى أنه ينزجر به (16).

وقال أبو عبد الله الزبيرى -رحمه الله-: من الشافعية يتقدر بشهر للاستبراء والكشف، وبسنة أشهر للتأديب والتقويم، ومن دونهم بالنفي والإبعاد إذا تعددت ذنوبهم إلى اجتذاب غيرهم لها، ولا تبلغ بنفيهم حولا حذرا من مساواة تغريب الزاني، فيعتبر كونه أنقص ولو بيوم (17).

و جاء في مختصر الأحكام السلطانية: إن تأديب ذي الهيبة من أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاءة والسفاهة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم: عَنْ غَائِثَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَقْبِلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثْرَاتِهِمْ إِلَّا الْخُدُودَ» (18).

فتدرج في الناس على منازلهم: فإن تساوا في الحدود المقدره فيكون تعزير من جل قدره بالإعراض عنه، وتعزير من دونه بالتعنيف له، وتعزير من دونه بزواج الكلام وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس الذي يحبسون فيه على حسب ذنبيهم وبحسب هفواتهم، فمنهم من يحبس يوماً، ومنهم من يحبس أكثر منه إلى غاية مقدره (19).

هذه العبارات تدل على أن الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان، كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية.

قال الشيخ عوده في كتابه: أما جرائم التعزير التي نص عليها القانون إن كان مخالفاً لحكم الشريعة، فحكمها أن ما اتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة اعتبر غير منصوص عليه في القانون، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون، فصور الربا التي لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشريعة (20).

نماذج مما كتبه الفقهاء في أن التعزير مفوض الى رأي الحاكم حسب حال المجرم والجريمة: ونستطيع أن ننسب صحة ما قلناه من عرض بعض ما كتبه بعض الفقهاء عن التعزير.

الأذن، أو بالكلام العنيف، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس. و على القاضي قبل كل شيء أن يبحث عما إذا كان الفعل المنسوب للجاني معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا، فإن وجدته معصية بحيث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجاني أم لا، فإن كانت ثابتة عاقبه بإحدى العقوبات التعزيرية، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة في نوعها وكما للجريمة وللمجرم، أما إذا وجد القاضي أن الفعل ليس معصية فلا جريمة ولا عقوبة.

وليس للقاضي ولا لأحد كائناً من كان أن يعتبر فعلاً ما معصية ما لم تعتبره الشريعة كذلك، وليس للقاضي ولا لأحد كائناً من كان أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقرها الشريعة وإلا كان محرماً ما أحله الله، مبيحاً ما حرمه، وقائلاً على الله بغير علم.

المطلب الثاني- تعيين التعزير فقهاً و قانوناً

وجسامة الجاني، شخصية إلى يقدر القاضي التعزير بالنظر إلى الكفارة فينظر والدية والقصاص الحدود في أما جريمته، محترفاً كان سواء الجاني، لشخصية اعتبار ولا فقط، الجريمة مصادفة. جنائيه كانت أو كان مبتدئاً أو ومعتاداً

أولاً: تحرير محل النزاع

قال الطحاوى - رحمه الله-: لم يختلفوا العلماء، في أن التعزير، موكول إلى اجتهاد الإمام فيخفف تارة ويشد تارة، وللحاكم أن يختار العقوبة التي تناسب الجاني وحجم الجنائية، بشرط ألا تخرج عما أمر الله به، أو نهى الله عنه، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والجرائم والأماكن والأزمان (13).

ثانياً: تعيين التعزير في الفقه و القانون الجنائي الأفغاني

قال الفقهاء- رحمهم الله تعالى-: العقوبات التعزيرية يقدرها ولي الأمر حسب ظروف الجريمة والمجرم، فتطبق على المسلمين وأهل الذمة، ويكون التعزير مناسباً مع الجريمة شدة وضعفاً ومع حالة المجرم (14).

فيجوز في مجال التعزير، إيقاع عقوبات مختلفة، يختار منها الحاكم في كل حالة ما يراه مناسباً محققاً لأغراض التعزير.

وأغلب العقوبات في القوانين الوضعية من قبيل التعزير، لا سيما في قانون الجزاء الأفغاني، لكن أنه يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة لتحقيق الأمن والاستقرار.

فقد نص القانون الجزاء الأفغاني بتعيين التعزير للقاضي، لأجل اختلاف حال القضاة، ولغلبة جهل القضاة، وعدم الرأي فيهم من حيث الدين والدينيا، و واضح هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة، و تضع للقضاة أنظمة يطبقونها مراعاة المصلحة. و لا يجوز للقاضي أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات، و أيضاً لا يجوز له أن يعاقب الجنائي إلا بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون؛ و كلف القضاة حين صدور الحكم بمراعاة المواد القانونية، بحسب حال المجرم و الجريمة، حيث قال في فصل الأول من المادة الثانية، أن هذا القانون ينتظم جرائم التعزيرية و عقوبتها، أما من ارتكب جرائم

(15). قانون الجنائي الأفغاني (1/ 64).

(16). تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام (2/ 332).

(17). الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (13/ 425).

(18). سنن أبي داود (4/ 133).

(19). الأحكام السلطانية (1/ 344).

(20). التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (1/ 225).

(13). مختصر إختلاف العلماء (3/ 305).

(14). الموسوعة الفقهية الكويتية (1/ 137).

وجاء في التبصرة: التعزير لا يختص بالسوط واليد والحبس، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الإمام. قال أبو بكر الطرطوشي في أخبار الخلفاء المتقدمين: إنهم كانوا يعاملون الرجل على قدره وقد جانيته، فمنهم من يضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام واقفا على قدميه في المحافل، ومنهم من تنزع عامته.

ثم قال صاحب التبصرة: والتعزير لا يختص بفعل معين ولا قول معين (26).

قال القرافي -رحمه الله-: إن التعزير يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، وتطبيقاً لذلك قال ابن فرحون: رب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر هواناً، كقطع الطيلسان ليس تعزيراً في الشام بل إكرام، وكشف الرأس عند الأندلسيين ليس هواناً مع أنه في مصر والعراق هوان (27).

قال الشيرازي الشافعي -رحمه الله- في المهذب: من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة كمباشرة الأجنبية فما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب أو السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجنابة التي لا قصاص فيها وما أشبه ذلك من المعاصي عزر على حسب ما يراه السلطان (28).

وفي مغني المحتاج: يجتهد الإمام في جنس التعزير وقدره؛ لأنه غير مقدر شرعاً، فيجتهد في سلوك الأصح، فله أن يشهر في الناس من أدى اجتهاده إليه. ويجوز له حلق رأسه، ويجوز أن يصلب حياً، وهو ربطه في مكان عال لما لا يزيد عن ثلاثة أيام ثم يرسل، ولا يمنع في تلك المدة عن الطعام والشراب والصلاة (29).

وفي الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: التعزير هو التأديب وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، وأقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص (30).

قال ابن تيمية وابن القيم -رحمهما الله تعالى-: أن التعزير يكون بحسب المصلحة، وعلى قدر الجريمة، فيجتهد فيه ولي الأمر على ألا يبلغ التعزير فيما فيه حد مقدر ذلك المقدر، فالتعزير على سرقة ما دون النصاب مثلاً لا يبلغ به القطع، وقالوا: إن هذا هو أعدل الأقوال، وإن السنة دلت عليه (31).

قال الشيخ عوده: انعقد الإجماع على أن يترك للقاضي اختيار العقوبة الملائمة وتقديرها، كما ترك له أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها (32).

الأفعال كل التعزير وكذلك يلحقها للشريعة المخالفة للأفعال فكل يلحقها الشريعة موازين حسب محققاً ضرراً بالجماعة الضارة مباحة، أصلها في الضارة الأفعال هذه بعض كان التعزير وإن لأن معين، ومكان معين بالنسبة لزمان ضارة أصبحت ولكنها عنه. فيترك للإمام تحديد ومنهي الشريعة في مدفوع الضرر نوعها وتقدير عددها. فلإمام أن يعزر بالحبس، أو بالجلد أو في الحرية يملك القاضي، والقاضي الأمر كله إلى غيرهما، فيترك كمية العقوبة تقدير حرية يملك كما الملائمة، العقوبة اختيار

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وهو الراجح عن الحنفية -رحمهم الله تعالى عنهم-: على أن التعزير عقوبة مفوضة إلى رأي الحاكم، وهذا التفويض في التعزير من أهم أوجه الخلاف بينه وبين الحد الذي هو عقوبة مقدرة من الشارع. وعلى الحاكم في تقدير عقوبة التعزير مراعاة حال الجريمة والمجرم. أما مراعاة حال الجريمة فلفقهاء فيه نصوص كثيرة، فقال منصور محمد منصور الحنفاوي نقلاً عن قول الاسترشمي: ينبغي أن ينظر القاضي إلى سببه، فإن كان من جنس ما يجب به الحد ولم يجب لمانع وعارض، يبلغ التعزير أقصى غايته. وإن كان من جنس ما لا يجب الحد لا يبلغ أقصى غايته، ولكنه مفوض إلى رأي الإمام (21).

وأما مراعاة حال المجرم فيقول الزليعي -رحمه الله-: "إنه في تقدير التعزير ينظر إلى أحوال الجاني، فإن من الناس من ينزجر باليسير. ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير" (22).

يقول ابن عابدين -رحمه الله-: "إن التعزير يختلف باختلاف الأشخاص، فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه، فيكون مفوضاً إلى رأي القاضي، يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه" (23).

وصرح السرخسي -رحمه الله-: "بأنه ليس في التعزير شيء مقدر بل هو مفوض إلى رأي القاضي يعززه بقدر ما يعلم أنه ينزجر به؛ لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس وباختلاف جرائمهم، وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال: أقرب كل شيء من بابه فالتعزير في اللبس والقبلة بشهوة أقربه من الزنا، والتعزير في الشبهة بغير الزنا أقربه من الشبهة بالزنا فاعتبر كل فرع بأصله فيما أقيم من التعزير" (24).

ويقول المرغيناني -رحمه الله-: "إن أدنى التعزير على ما يجتهد الإمام في الجاني، بقدر ما يعلم أنه ينزجر به؛ لأن المقصود من التعزير الزجر، والناس تختلف أحوالهم في الانزجار، فمنهم من يحصل له الزجر بأقل الضربات، ويتغير بذلك. ومنهم من لا يحصل له الزجر بالكثير من الضرب" (25).

بحسب تحكيمية ليست التعزير عقوبة في الواسعة القاضي فسلطة وإطار محكمة، وأصول شرعية، لأسس وإنما تخضع هواه، ليختار عقوبات التعزير الفقهاء حدد ولذلك معين، محصور بحسب بالموت وينتهي الجلد أو بالنظر فيبدأ إحداها، القاضي المجرم أن رأى إذا فالقاضي. المجرم الجريمة وخطورة جسامة القاضي كان رأى إذا فيما كله وهذا بها؛ اكتفى واحدة بجلدة يترجر مفوض هو بل تقدير، فيه ليس التعزير أن ذلك ينافي ولا الضرب إلى القاضي.

ونص المالكية: على أن عقوبة التعزير تكون على فعل محرم أو ترك واجب أو سنة أو فعل مكروه، ومنها ما هو مقدر، ومنها ما هو غير مقدر، وتختلف مقاديرها وأجناسها وصفاتها باختلاف الجرائم وكبرها وصغرها، وبحسب حال المجرم في نفسه، وبحسب حال القاتل والمقتول فيه والقول وهو موكول إلى اجتهاد الإمام.

(26). تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام (2/ 289-292).

(27). الفروق أنوار البروق في أنواع الفروق (4/ 183).

(28). المهذب في فقه الإمام الشافعي (3/ 373).

(29). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (5/ 524-525).

(30). الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (4/ 268).

(31). الحسبة لشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله (ص/ 339).

(32). التشريع الحنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (1/ 148).

(21). الشبهات وأثرها في العقوبة الحنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون (38/1).

(22). البحر الرائق شرح كنز الدقائق (44/5).

(23). رد المحتار على الدر المختار (4/ 60).

(24). المبسوط للسرخي (72/9-73).

(25). الهداية في شرح بداية المبتدي (2/ 261).

الترجيح

إذا نظرنا إلى سنة سنّها الرسول سواء كانت عملية أو قولية و إلى ما كتبه الفقهاء في هذه المسألة يظهر لنا أن عقوبة التعزير مفوضة إلى رأي الحاكم، يقدرها حسب المصلحة، و يؤيد هذا بما روى عنه: **أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟»، قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟»، قَالَ: فَيَسْتَنُّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟»، قَالَ: أَجْتَهُدُ رَأْيِي، وَلَا أَوْ فَضْرَبِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَدْرَهُ، وَقَالَ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ»⁽³⁷⁾.**

فيراعي المجرم، وظروف الجريمة ظروف بحسب اللازم، المخففة، و هو الذي يضع العقوبة المناسبة لكل جريمة الظروف من هذه الجرائم التعزيرية بما يكفل حماية المجتمع، وأمن الفرد والحفاظ على القيم، والفضائل والأخلاق، ومن ثم يمكن أن تختلف هذه العقوبات باختلاف الزمان والمكان، وكذا باختلاف و الحكام لولاة الأمور الأشخاص. ففوضت الشريعة الإسلامية ومبادئها الشريعة قواعد ضوء في التعزيرية العقوبات تقدير أنواعها. على نصت التي والعقوبات

ثالثاً: المناقشة بين الفقه و القانون

أن فقهاء القانون، و القانون الجنائي الأفغاني، قالوا أنه لا مانع شرعاً من تقنين العقوبات التعزيرية بجانب الحدود والقصاص على النحو المعروف الآن. و يستدلون باختلاف حال القضاة، و لغلبة جهلهم، و عدم الرأي فيهم من حيث الدين و الدنيا و لكن منطوق هؤلاء باطل، لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع. فإنهم لم يفهموا ما كتبه الفقهاء في هذه المسألة على وجه الصحيح، ولو فهموه على وجهه لعلموا أن الشريعة الإسلامية فوض التعزير للقاضي في كل زمان ومكان يقدره حسب المصلحة. و أن النبي صلى الله عليه وسلم عزر تارة بالهجر، وذلك في حق الثلاثة الذين ذكرهم الله تعالى في القرآن الكريم، فهجروا خمسين يوماً لا يكلمهم أحد. كما روى البخاري عن كعب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **«وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمُسْلِمِينَ عَنْ كَلَامِنَا أَيُّهَا الثَّلَاثَةُ مِنْ بَيْنِ مَنْ تَخَلَّفَ عَنْهُ، فَاجْتَنَبْنَا النَّاسَ، وَتَغَيَّرُوا لَنَا حَتَّى تَنَكَّرْتُ فِي نَفْسِي الْأَرْضُ فَمَا هِيَ الَّتِي أَعْرَفُ، فَلَبِثْنَا عَلَى ذَلِكَ خَمْسِينَ لَيْلَةً، فَأَمَّا صَاحِبَايَ فَاسْتَكْنَا وَقَعَدَا فِي بُيُوتِهِمَا بِيَكْيَانِ، وَأَمَّا أَنَا، فَكُنْتُ أَشَبَّ الْقَوْمِ وَأَجْدَهُمْ فَكُنْتُ أَخْرَجُ فَأَشْهَدُ الصَّلَاةَ مَعَ الْمُسْلِمِينَ، وَأَطُوفُ فِي الْأَسْوَاقِ وَلَا يُكَلِّمُنِي أَحَدٌ»⁽³³⁾.**

وتارة عزر بالنفي، فأمر بإخراج المخنثين من المدينة ونفيهم. كما روى عنه ابن عباس: **عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: لَعَنَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمُخَنَّثِينَ مِنَ الرِّجَالِ، وَالمُتَرَجِّلَاتِ مِنَ النِّسَاءِ، وَقَالَ: «أَخْرَجُوهُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ»⁽³⁴⁾.**

وتارة عزر بالقتل حيث روى عنه زياد بن علاقة، **قَالَ: سَمِعْتُ عَزْرَجَةَ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَقُولُ: «إِنَّهُ سَنَكُونُ هُنَاتُ وَهَنَاتُ، فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يُفَرِّقَ أَمْرَ هَذِهِ الْأُمَّةِ وَهِيَ جَمِيعٌ، فَاصْرُبُوهُ بِالسَّيْفِ كَائِنًا مَنْ كَانَ»⁽³⁵⁾.**

و أنه صلى الله عليه وسلم عزر بالتوبيخ كما روى أبي ذر أنه قال: **سَابَيْتَ رَجُلًا فَعَيَّرْتَهُ بِأَمِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «يَا أَبَا ذَرٍّ أَعَيَّرْتَهُ بِأَمِهِ؟ إِنَّكَ أَمْرٌ فِيكَ جَاهِلِيَّةٌ»**. فهذا هو الرسول يعاقب بالقتل و التوبيخ و النفي و غير ذلك ومن ثم يكون عقوبات التعزيرية مفوض، وسنة سنّها الرسول، والسنة هي المصدر الثاني للشريعة سواء كانت عملية أو قولية⁽³⁶⁾.

فهذه الاحاديث كلها تدل على أن عقوبة التعزير مفوض إلى رأي الحاكم بما يراه من المصلحة العامة.

و الآن نذكر دلائل الترجيح نقلاً و عقلاً بما يلي

1. قوله اجتهد برأيي: دليل على أنه ليس للحاكم أن يقلد غيره فيما يريد أن يحكم به.
2. إذا تعين التعزير يتساوى الناس فيها جميعاً، فصار كالحدود بينما التعزير يختلف باختلافهم. فإذا زل رجل كريم، فإنه يجوز العفو عن زلته. وإذا عوقب عليها فإنه ينبغي أن تكون عقوبته أخف من عقوبة من ارتكب مثل زلته، ممن هو دونه في الشرف والمنزلة. لما روى عنه صلى الله عليه وسلم: **عَنْ عَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَقْبِلُوا دَوِيَّ الْهَيْبَاتِ عَنَّا رَأْيَهُمْ إِلَّا الْخُدُودَ»⁽³⁸⁾.**
3. إذا تعين التعزير فلا تجوز فيها الشفاعة بعد أن ترفع إلى الحاكم. فصار كالحدود بينما التعازير يجوز فيها الشفاعة. **عَنْ مُعَاوِيَةَ: اشْفَعُوا تُوجِرُوا فَإِنِّي لِأُرِيدَ الْأَمْرَ، فَأَوْجِرُهُ كَيْمَا تَشْفَعُوا فَتُوجِرُوا، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «اشْفَعُوا تُوجِرُوا»⁽³⁹⁾.**
4. إن التوبة تدفع العقوبة في التعزير، و لكن إذا تعين التعزير لا يجوز لأحد اسقاطها كأننا من كان.
5. إن تعين التعزير لا يحصل مقصوده؛ لأن المقصود من التعزير الزجر، والناس تختلف أحوالهم في الانزجار حسب الزمان والمكان، فمنهم من ينزجر بضرب، و يحصل له الزجر بأقل الضربات، ويتغير بذلك. ومنهم من لا يحصل له الزجر بالكثير من الضرب، و منهم من ينزجر بسجن، و منهم من ينزجر بتوبيخ، و منهم من ينزجر بالصفع وتعريك الأذن، و منهم من ينزجر بالكلام العنيف، و فمنهم من ينزجر بنظر القاضي إليه بوجه عبوس.

نتيجة البحث

لقد توصلت من خلال هذا البحث، إن التشريع الجنائي الإسلامي لا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية؛ لأن تقبيد القاضي بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدي وظيفتها، ويجعل العقوبة غير عادلة في كثير من الأحوال؛ لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافاً بيناً، وما قد يصلح

(37). سنن أبي داود (3/303).

(38). سنن أبي داود (4/133).

(39). سنن أبي داود (4/334).

(34). صحيح البخاري، باب: إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت، رقم الحديث 5886

(35). صحيح مسلم، باب: حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع رقم الحديث 59

(36). صحيح البخاري، باب: المعاصي من أمر الجاهلية رقم الحديث 30

مجرماً بعينه قد يفسد مجرماً آخر، وما يردع شخصاً عن جريمة قد لا يردع غيره.

فالأصل في الشريعة أن لجرائم التعازير مجموعة من العقوبات تتدرج من أتفه العقوبات إلى أشدها، والقاضي هو الذي يعين العقوبة التي تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والمجرم، وليس القاضي ملزماً بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة، وإنما له الخيار والتعيين؛ يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التي يراها ملائمة، ومن ثم فللقاضي في جرائم التعزير التي نصت عليها الشريعة دون القانون أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والحبس والنفي والقتل والحبس إلى غير أمد معين، وغير ذلك من عقوبات التعزير.

ونظرية الشريعة في عقوبات التعزيرية أوسع مدى منها في القوانين الوضعية، فهي تعاقب المجرم على كل معصية لأحد فيها ولا كفارة، وهي تسير على هذه القاعدة دون استثناء، أما القوانين الوضعية فتعاقب غالباً على كل جريمة تنص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها في القانون؛ وليس للقاضي ولا لأحد كائناً من كان أن يعتبر فعلاً ما جرماً ما لم تعتبره القانون كذلك، وليس للقاضي ولا لأحد كائناً من كان أن يعاقب على جريمة بعقوبة لم تقرها القانون، حيث صُرحت في الفقرة الثانية من المادة السابعة بقانون الجنائي الأفغاني أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص.

وأيضاً أن التشريع الجنائي الإسلامي يعزر كل من أتى فعلاً محرماً لا حد فيه، ولا قصاص، ولا كفارة، بضرب، أو سجن، أو توبيخ، أو بالصفع وتعريك الأذن، أو بالكلام العنيف، وبنظر القاضي إليه بوجه عبوس. حسبما يراه الحاكم زاجراً للمجرم عن العودة، أما التشريع الوضعي أنه يعاقب على جريمة ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون؛ والعقوبات التعزيرية التي نص عليها القانون الجزاء الأفغاني قد تكون مقيدة للحرية، وهو (الحبس) وقد تكون المال ولا يجوز للقاضي أن يعاقب الجاني في أفغانستان سوى هاتان العقوبتان فإن عاقب غُوقب.

و ماتوفيقى إلا بالله عليه توكلت و اليه أنيب

فهرس المراجعقران الكريم

1. الأحكام السلطانية: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (ت: 450هـ)، دار الحديث - القاهرة، (بدون طبعة وبدون تاريخ).
2. الإقتناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجواي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجاء، (ت: 968هـ)، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان، (بدون طبعة وبدون تاريخ).
3. بحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت، 970 هـ). وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ) وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، (ط/2)، (ب. ت).
4. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، (ت: 799 هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، (ط/1)، (1406 هـ).

5. التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي: عبد القادر عودة، (ت: 1424 هـ)، دار الكاتب العربي، بيروت، (بدون طبعة وبدون تاريخ).

6. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البغدادي، الشهير بالماوردي، (ت: 450هـ). الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان (ط/1)، (1419 هـ - 1999 م).

7. الحدود والتعزيرات عند ابن القيم: بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد، (ت: 1429 هـ)، دار العاصمة للنشر والتوزيع، (ط/2)، (1415 هـ).

8. الحسبة في الإسلام: أو وظيفة الحكومة الإسلامية، ابن تيمية رحمه الله، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي دمشقي (المتوفى: 728 هـ)، المحقق، علي بن نايف الشحوذ، (ط/2)، (1425 هـ - 2004 م).

9. رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي (المتوفى: 1252 هـ)، دار الفكر-بيروت، (ط/2)، (1412 هـ - 1992 م).

10. سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق عمرو الأزدي السجستاني، (ت: 275 هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت (بدون طبعة وبدون تاريخ).

11. الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون: منصور محمد منصور الحنفاوي، مطبعة الأمانة، (ط/1)، (1406 هـ - 1986 م).

12. صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري (ب.ت)، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، (ب.ت)، دار طوق النجاة، (ط/12)، (1422 هـ).

13. صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، (ت: 261 هـ)،

14. محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، (بدون طبعة وبدون تاريخ).

15. الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالفراfi (ت: 684 هـ)، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.

16. الفقه الإسلامي وأدلته: وَهبة بن مصطفى الرُّحَيْلي، (بدون تاريخ)، (ط/4)، بدون تاريخ و طبعة).

17. القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: 817 هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرفسوسى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، (ط/8)، (1426 هـ - 2005 م).

18. قانون الجزاء الأفغاني: وزارة العدلية، مكتبة برويز - كابل، (بدون طبعة وبدون تاريخ).

19. لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: 711 هـ) دار صادر - بيروت، (ط/3)، (1414 هـ).
20. كتاب التعريفات: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، (ت: 816 هـ)، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، (ط/1)، (1403 هـ - 1983 م).
21. المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483 هـ) دار المعرفة - بيروت، (بدون طبعة)، (1414 هـ - 1993 م).
22. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (ت: 1078 هـ)، دار إحياء التراث العربي، (بدون طبعة وبدون تاريخ).
23. مختصر اختلاف العلماء: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، (ت: 321 هـ)، المحقق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية - بيروت، (ط/2)، (1417 هـ).
24. معجم اللغة العربية المعاصرة: د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، (ت: 1424 هـ)، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، (ط/1)، (1429 هـ - 2008 م).
25. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: 977 هـ)، دار الكتب العلمية، (ط/1)، (1415 هـ - 1994 م).
26. المغني لابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، (ت: 620 هـ)، مكتبة القاهرة، (بدون طبعة وبدون تاريخ).
27. الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الأجزاء، (1 - 23)، (ط/2)، دار السلاسل - الكويت، الأجزاء (24 - 38)، (ط/1)، مطابع دار الصفاة - مصر، (الأجزاء 39 - 45)، (ط/2)، طبع الوزارة.
28. المهذب في فقه الإمام الشافعي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، (ت: 476 هـ)، دار الكتب العلمية (بدون طبعة وبدون تاريخ).
29. الهداية في شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، (ت: 593 هـ)، المحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت -، (بدون طبعة وبدون تاريخ).