تناسب العقوبة مع العفو في الفقه الإسلامي إشكالات وتوجيهات

The proportionality between punishment and pardon in Islamic jurisprudence Questions and directives

قويدر العشبي*

كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية ، جامعة وهران 1

lachebi.kouider@univ-oran1.dz

تاريخ الاستلام: 2021/04/06 تاريخ القبول: 2022/02/26/ تاريخ النشر: 2022/03/12

ملخص:

تقوم فكرة هذا الموضوع من خلال الرؤية الشاملة للنظام العقابي في الفقه الإسلامي (الحدود و القصاص والتعازير) على إشكالات تقررت عند الفقهاء و تقوم على إيجاد توازن بين العقوبة و العفو ، فوضعوا لها مخرجا مبني على إيجاد تناسب يبين متى تكون العقوبة أصلح للجاني و متى يكون العفو عنه أحسن ، و قد أقاموها على أسس هي بمثابة القواعد الكبرى و العامة بها تتحقق العدالة العقابية .

كلمات مفتاحية: العقوبة ، العفو ، التناسب ، إشكالات ، توجيهات ، الفقه ، الإسلامي .

Abstract:

The idea of this topic, through a comprehensive consideration of the penal system in Islamic jurisprudence (hudud, qisas, and condolences) is based on questions decided by the jurists whose content is: Finding justice between punishment and amnesty, so they devised a method for it based on finding proportionality that shows when the punishment is better for the offender and when it is Pardon him is better, and they have established it on the major rules by which punitive justice can be achieved.

Keywords: Punishment, pardon, proportion, questions, directives, jurisprudence, Islamic

---

*المؤلف المرسل

1. مقدمة:

تقتضي العدالة العقابية في الشريعة الإسلامية التوازن بين العقوبة و العفو، ويقتضي هذا الحال المبالغة في الكشف بالأسباب المؤدية إلى ظهور الحق ، يصان بها من وقوع الظلم على الجاني أو المجني عليه ، و النظر إلى الأصلح بناء على غلبة الظن ، والنظر إلى قواعد الأخذ بالأحوط بما يوجب الابتعاد عن التعدي ويقود إلى التناصف و إلى الحق ، فأقام الشارع الحكيم النظام العقابي على فكرة العدل مفادها : معاقبة المسيء بجنس إساءته ، و في المقابل شرع ما يدعو إلى التخفيف من وطأة العدل لمظنة أنه قد يكون في تطبيق العدل إفراط فندب إلى العفو .

و لوحظ من خلال اجتهادات الفقهاء في المسائل التي تتعلق بهذا الباب أن هناك تناسبا بينهما يتعلق بطبيعة كل عقوبة ، فهناك من العقوبات ندب فيها العفو كالقصاص وأخرى حرم فيها كالحدود ، وأخرى ترك أمرها إلى و لي الأمر كالتعازير .

و إشكال الموضوع يقوم على الأسئلة التالية : هل الشارع الحكيم يفضل العفو عن العقوبة مطلقا أم هناك تفاضل بينهما من جهة بيان الأصلح ، بمعنى هل الأصلح العفو عن الجاني أم تطبيق العقوبة عليه؟ثم كيف تم توجيه هذا التناسب (أصلا و فقها) بين العقوبة و العفو وعلى أي أساس ؟

وتكمن أهميته هذا الموضوع من الجهات التالية :

– من جهة أنه يتعلق بالنفس البشرية التي طالما شرعت من أجلها الأحكام لإصلاحها و ضبطها وحفظ حقوقها ، فالعقوبة إنما وضعت لحفظ ما هو ضروري للناس باعتبارها وسيلة من وسائل الكف عن الإضرار بالآخرين و انتهاك ما تقام به حياتهم .

– من جهة أنه يقدم حلا مشروعا يخفف من وطأة العقوبة التي قد يكون من شدة الإفراط فيها تجاوز واجب العدل فيها و حصول ما هو مخالف لمقصودها .

و للإجابة على هذا التساؤل و الإشكال قسمنا هذا البحث وفق المنهج التحليلي الوصفي إلى ثلاثة مطالب، مطلب في بيان حقيقة العفو و العقوبة و مطلب فيه بيان الإشكالات الأصولية والفقهية

للموضوع و مطلب فيه توجيه هذه الإشكالات و على أي أساس قامت ، ثم خاتمة نبين فيها أهم نتائج البحث.

2. تعريف العقوبة و العفو

1.2 تعريف العقوبة:

العقوبة في اللغة : اسم للعقاب ، و العقاب بالكسر و المعاقبة هو : "أن تجزي الرجل بما فعل سوءا"[1] .

أما في الاصطلاح ، فتطلق في الفقه الإسلامي من جهتين :

– إحداها : من جهة بيان طبيعة العقوبة و خاصيتها ، و هي بهذا الاعتبار تعني : "الألم الذي يلحق الإنسان مستحقا للجناية ، و يكون بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل"[2]، و هو المعنى الفقهي .

فالفقهاء أرادوا من هذا التعريف بيان طبيعتها المتمثلة في خاصية الإيلام ، ثم يردفون ذلك ببيان شروطها و صفتها و كيفية إقامتها ، حتى يكتمل المعنى الأشمل لها و يتضح حدها الشرعي ، من غير تفصيل في بيان الهدف و المقصد منها ، و إن أشاروا إلى ذلك فهو على سبيل البيان و التقعيد من غير تفصيل ، وإنما التركيز كان في بيان وقعها على المجرم .

– ثانيها : من جهة بيان مقصدها الأصلي ، و ذلك من خلال الإشارة إلى المعنى الذي من أجله شرعت العقوبة و هو الزجر ، أو من خلال ذكر ما أوجبته من حفظ ضروريات الناس أو ما قام عليه النفع العام ، فجاء تعريف العقوبة و فق هذا المعنى ، ومن أمثلة ذلك : قول الماوردي : " الحدود زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر و ترك ما أمر"[3]،وقول النفراوي:"ما وضع لمنع الجاني من عوده لمثل فعله و زجر غيره " [1]، قول العيني: " الانزجار عما يتضرر به العباد "[2] ، فجاءت التعريفات لتبين الحكمة من تشريع العقوبة من غير الإشارة إلى طبيعتها ، و هو في الغالب أميل إلى الجانب الأصولي، و إن

---

[1] – ينظر : ابن منظور ، لسان العرب ، ط3 (دار صادر ، بيروت : 1993) ، ج1 ص:619 .

[2] – ينظر : ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار (دار الفكر ، بيروت : 2000) ، ج4 ص:3 .

[3] – الماوردي ، الأحكام السلطانية ، تحقيق : أحمد مبارك البغدادي ، ط1 (مكتبة دار ابن قتيبة ، الكويت : 1989 م) ، ص: 288 .

[1] – النفراوي ، الفواكه الدواني (دار الفكر ، بيروت : 2009) ، ج2 ص: 178 .

[2] – العيني ، البناية في شرح الهداية (دار الفكر ، بيروت : 2009 م) ، ج6 ص: 191 .

كان قد ذكره الفقهـاء في مقدمة الكـلام عن العقـوبة ، إلا أن علمـاء الأصول قـد اعتبـروا هذا المعنى في الغالب عند الكلام عن الحدود خاصة . و قد اعتبر فقهاء العصر الحديث في تعريف العقوبة الجهة الثانية فقال الدكتور البهنسي:"العقـوبة هي جزاء وضعه الشـارع للردع عن ارتكـاب ما نهى عنه و ترك ما أمر به"[3] ، و قال الأستاذ عبد القادر عودة :" الجزاء الذي وضع لمصلحة الجماعة عند عصيان ما أمر الشارع الحكيم "[4].

2.2 تعريف العفو:

يأتي العفو في المعنى اللغوي بمعنى : ترك العقوبة ، و قد ذكر هذا المعنى عند جميع أهل اللغة[5] .

و يأتي بمعنى الكثرة مثل قوله Y : (▪➔ ◆⑨●◆ ◆) (الأعراف : 95) بمعنى كثروا [6] و يأتي بمعنى الصفح أي ترك المؤاخذة ، إلا أنه أبلغ من العفو ، و لذلك قال Y :(◆❸ ❒) (البقرة : 109) ، فقد يعفو الإنسان ولا يصفح [7]، ويأتي بمعنى المحو و الطمس ، مثل قول لبيد: عفت الديار[8].

والملاحظ من خلال تتبع أقوال الفقهاء في المسألة التي تتعلق بالعقوبات و التي تتعلق بالعقوبات التي يجوز فيها العفو أنهم قصدوا من العفو ترك العقوبة ، و هو المعنى اللغوي نفسه الذي اتفق عليه أهل اللغة.

---

[3] – بهنسي ، العقوبة في الفقه الإسلامي ، ط5 ، (دار الشروق ، بيروت : 1983)، ص: 13 .

[4] – عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ط14 (مؤسسة الرسالة ، بيروت : 1997) ، ج1 ص: 609 .

[5] – ينظر : ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ط1 ، ج15 ص: 72 ، و ينظر : الفيروزبادي ، القاموس المحيط ، ط2 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2007 م) ، ص: 131 ، و ينظر : ابن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون (دار الجيل ، بيروت : 1999 م) ، ج4 ص: 56 .

[6] – ينظر : القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ط1 (مكتبة الصفا ، القاهرة : 2005 م) ، 7ج ص: 184 .

[7] – المناوي ، التوقيف على مهمات التعاريف ، ط1(دار الفكر المعاصر ، دمشق : 1410 هـ)، ص:457

[8] – ينظر : ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ج2 ص:249 و مطلع هذا البيت : عفت الديار محلها فمقامها...

3. الإشكال الأصولي و الفقهي :

1.3 الإشكال الأصولي :

من الإشكالات العامة التي ذكرها علماء الصول ضمن قواعد الترجيح العامة عند التعارض أو التساوي و التي لها صلة بالنظام العقابي :

الأول : إشكال عام مفاده : أن الشارع الحكيم تنوعت أحكامه بين التخفيف و التشديد و هذا قد يأتي فيه بيان من الشارع ، لكن قد يأتي من الأحكام لم يبين فيه الشارع إرادة التخفيف أو التشديد فأيهم يقدم ، اختلف العلماء فيه إلى فريقين :

– فريق أخذ بالأخف أساسه : أن الأمر الذي لم ينص على حكمه إذا دار بين ما يقتضي التشديد على الناس و بما يقتضي التخفيف عليهم ، يرجح جانب التخفيف استدلالا بقوله تعالى :(←⑨③✠❷↖③ ◆❸⇳❿↖➔↘☜✍✂ ↖✌➔✉✍ ←⑨③✠❷↖③ ••◆❒ ◆❷⇔❿↖⑩↘☜✍✂ ↖✌➔✉✍ ✦✍✂) (البقرة :185) و قوله تعالى :(⬀✍↗▤↘⓿■🅵◆↘ •◺⊠➔⊠ᛉ ✍♦✎◆❒ ⬀✌↗▤☜◆▬♦☞⇳ᛉ✍✂ ◆❑➔♎ ✍♦✎◆❒ ⬀✌↗▤☜◆▬♦☞⇳ᛉ✍✂ ◆❑➔♎ ❼✉×✍☜⑨✍✂ ✎●◆❷⊠❿ ⇳Ⅱ✉✎ ⬀×⇦✉♎⑨✍✂ ❼✉×) (الحج : 78) وظاهر النصين على إرادة التيسير و التخفيف[1] ... و يشهد لهذا المسلك القواعد الكبرى التي اشتهرت بين العلماء ، كقاعدة الضرر يزال و قاعدة دفع أعظم المفسدتين بأدناهما[2].

و المعقول : أن العمل على الأشد أبعد في المصلحة لما فيه من إضرار في حق المكلفين ، فالطباع البشرية تميل إلى الأسهل أكثر من ميلها إلى الأشد[3] .

الثاني : فريق أخذ بالأشد باعتبار أن الرحمة قد تكون بالأشد أكثر من الأخف مفاده : أن في ذلك تكثير للثواب و الله عز وجل لا يضيع عمل عامل ، فتكثير الثواب في الأشد يصيره خفيفا على

---

[1] – البخاري ، كشف الأسرار ، تحقيق : محمد المعتصم بالله البغدادي ، ط3 (دار الكتاب العربي ، بيروت : 1997) ، ج3 ص: 35.

[2] – السبكي ، الأشباه و النظائر ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1991) ، ج1 ص: 41.

[3] – الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق : السيد الجميلي ، ط2 (دار الكتاب العربي ، بيروت : 1986) ، ج3 ص: 151.

العامل يسيرا عليه لما يتصور من جزالة الجزاء[1] ، و لذلك قال الله عز وجل : [illegible]) البقرة : 216).

و تقرير هذا الإشكال في دفع الخلاف : أن هذا الخلاف لا ينفي قضية اليسر في الشريعة و على أنها أحكام بنيت على السهولة و رفع الحرج ، فذلك مقرر بالاتفاق بل هي خاصية مبني عليها التشريع العام للأحكام ، و إنما هذا الخلاف مرده النظر إلى بناء الأحكام على التوسط و الاعتدال ، فقد لوحظ من خلال استقراء الأحكام الشرعية أن الشارع الحكيم وازن بين التشديد و التخفيف فلم يجعل الأحكام كلها مبنية على التشديد و في المقابل روعي اجتناب التخفيف الذي يؤدي إلى التحلل من الأحكام .

ووجه علاقة هذا الإشكال بالموضوع البحث : أن الشارع الحكيم خير هذه الأمة عن باقي الأمم السابقة بين العفو و إقامة القصاص و قد تقرر أن هذا التخيير إنما وقع من باب التخفيف على هذه الأمة في قوله تعالى : [illegible])(البقرة : 178) و ذلك باعتبار أن الأخذ بالعفو هو الأخف و أن الأخذ بالقصاص هو الأشد ، و هذا لا يلزم القول بأولويته و أفضليته حتى لا يتعارض هذا التوجيه بقوله عز وجل: [illegible] (البقرة : 179).

الإشكال الثاني : و هو خاص بعلاقة العقوبة بالعفو ، و قد ذكره الشوكاني مفاده : ما هو الأولى للمظلوم العفو عن ظالمه أو الترك ، و قد ذكر أن في المسألة فريقان :

---

[1] – الشوكاني ، إرشاد الفحول ، تحقيق : محمد سعيد البدري (دار الفكر ، بيروت : 1992) ، ص: 314.

– فريق رجح العفو باعتبار أن الشارع إنما ندب إلى العفو لما فيه مصلحة راجحة على مصلحة الانتصار من الظالم و الإنصاف فيه ، و لأن العافي له من الأجر من ظالمه فوق ما يستحق من العوض عن تلك المظلمة .

– فريق رجح الترك و ذلك لعدم معرفة ما هو الأنفع من الناحية العامة هل هو الأخذ بالظالم أم أجر العفو.

فأجاب الشوكاني بما يلي : "غاية هذا عدم الجزم بأولوية العفو لا الجزم بأولوية الترك الذي هو الدعوى ، ثم الدليل قائم على أولوية العفو لأن الترغيب في الشيء يستلزم راجحيته و لا سيما إذا نص الشارع على انه من موجبات رفع الدرجات و خط الخطيئات و زيادة العز كما وقع في أحاديث الباب ، و نحن لا ننكر أن للمظلوم الذي لم يعف عن ظلامته عوضا عنها فيأخذ من حسنات ظالمه أو يضع عليه سيئاته ، و لكنه لا يساوي الأجر الذي يستحقه العافي ، لأن الندب إلى العفو و الإشاد إليه و الترغيب فيه يستلزم ذلك ، و الإلزام أن يكون ما هو بتلك الصفة مساويا أو مفضولا ، فلا يكون للدعاء إليه فائدة على فرض المساواة أو يكون مضرا بالعافي على فرض أن العفو مفضول لأنه كان سببا في نقصان ما يستحقه من عوض المظلمة ،و اللازم باطل فالملزوم مثله"[1] .

و إنما كان هذا الرد لبيان مغالطة الخصم باعتبار أن المسألة ليست مسألة ترك العفو جملة ، لأنه تقرر شرعا ندب العفو في مقابلة العقوبة ، و إنما المسألة بيان أولوية العفو .

و من جنس هذه القضية ما ذكره العز بن عبد السلام من خلال الرد على من ترك العفو جملة وذهب إلى أنه ينبغي أن لا يعفى عن الظالم و الحقوق فقال : و هو بعيد عن القواعد ، لأن الغالب ممن يعفو عنه يستحي و يرتدع و لاسيما ظلم المعافي و لأن العفو لا يؤدي إلى الجرأة غالبا إذا لا يعفو من الناس إلا القليل و قد مدح الله العافين عن الناس و هو عفو يحب العفو و قد رغب في العفو بقوله :

[1] – الشوكاني ، نيل الأوطار، تحقيق : عصام الدين الصبابطي ط1(دار الحديث ، مصر : 1993)،ج 7 ص: 34 .

﴿ ♦×✓⊗☺ⓣ■⊙➴→❧☙✂ ﴾(الشورى :40) [2] ، و يؤكد ذلك الغزالي بقوله : "قد يكون في سريرة الشخص و باطنه أخلاق رضية و خصال محمودة عند الله تعالى مرضية توجب العفو عن جريمته و لا يوجب ذلك خروج الجريمة عن كونها سبب للعقاب" [3].

و ذكر البعض أن الشارع لما أثبت التخيير بين إقامة القصاص و بين أخذ الدية أو العفو مجانا ، فمن الأحسن قتل القاتل لأنه رادع لغيره فيتحقق بذلك ما قصده الشارع من قوله: ﴿ ❐◆❧◉•▥↗⚷✍×⊘❼ ✂☙✍⊙♦⚷♋❧☞❁☙✂ ❼⊘▣♎❐↑♎✵ⓣ♦③ ➴❐🗐❑◆⑩⊠❍ ✂☙✍✹ⓣ✍❼♋❧☙✂ ⚷✍☙■ⓣ♦⚷♋❧☙✂ ⚷■⊠➔•❧ ✍■ⓣ♦⚷♋❧☞❁☙✂ ⚷✍→⚷✵■⊠➔•❧ ✍■ⓣ♦⚷♋❧☞❁☙✂ ﴾ (البقرة:179) ، و لنا صين الدم عن الهدر ينبغي ألا يصح العفو، لأن العفو هدرا[1].

و رد على القول أنه لو كان الحد شرع للردع فقط لم يشرع العفو عن القاتل ، فتشريع العقوبة لا يقصد منها الردع فقط ، فقد يقصد منها التأديب ، و يمكن أن يحصل ذلك بالعفو [2].

2.3 الإشكال الفقهي :

وهي إشكالات التي تدخل من باب الخلاف الفقهي بمسائل تتعلق بالعفو عن العقوبة سواء كان حدا أو قصاصا من ذلك :

– اختلافهم في عفو المقذوف قبل وصول أمره إلى الإمام أو بعده ، فمنهم من يرى ذلك جائزا و منهم من ذهب إلى عدم جوازه .

– اختلافهم في الشبهة التي تسقط العقوبة ، فمنهم من علل سقوط الحد بقوة الشبهة ، و في مقابل ذلك من يرى أن هذه الشبهة لا تملك من القوة ما يجعلها مسقطة للحد .

---

[2] – ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، تحقيق : محمود بن التلاميد الشنقيطي (دار المعارف ، لبنان) ، ج2 ص: 162.

[3] – الغزالي ، المستصفى ، تحقيق : عبد السلام عبد الشافي ، ط1 (دار الكتب العلمية : 1993) ، ص: 24 .

[1] – الحسين بن علي ، الكافي شرح البزدوي ، تحقيق : فخر الدين سيد محمد قانت ، ط1(مكتبة الرشد للنشر و التوزيع : 2001) ، ج1 ص: 455.

[2] – العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري (دار المعرفة ، بيروت : 1379) ، ج1 ص: 68.

– و هل التوبة تسقط الحد ، فمنهم من يرى أنها بادرة من بوادر استجلاب الرحمة و العفو و هذا يجري مجرى دأب الشارع في عدم معاقبة التائب ، و يرى الآخر خلافه باعتبار أن التوبة تنفع صاحبها و العقوبة يتعلق بها حق الجماعة .

– و هل الأفضل الستر أو الشهادة و الإقرار ، فمن رأى أن الستر أفضل فذلك ترجيحا لجانب التوبة ، لأن الجهر يدخل في إشاعة الفاحشة و لأن فيها هتك لستر الله تعالى على عباده قال رسول الله ρ: (كل أمتي معافى إلا المجاهرون ، و إن من المجاهرة أن يعمل الرجل بالليل عملا ثم يصبح و قد ستره الله فيقول : يا فلان عملت البارحة كذا و كذا و قد بات يستره ربه فيصبح يكشف ستر الله عنه [1]).

و قد أحب بعض الفقهاء الستر في الحدود و إن كان ذلك يخالف لا زم المذهب كالكاساني و هو حنفي المذهب قال : "و الأفضل للمقذوف أن يترك الخصومة لأن في ذلك إشاعة للفاحشة" [2]، رغم أن الخصومة شرط في المذهب إلا أن الكاساني مال إلى تركها ترجيحا للأفضل و هو الستر الذي يحمل معاني العفو .

و ذهب بعضهم إلى أفضلية الإقرار و إقامة الشهادة حسبة لله تعالى و قد قال النبي – في توبة ماعز : (لقد تاب توبة لو قسمت بين الأمة لوسعتهم [3])، و عن توبة الغامدية : (لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس (الجباية تؤخذ بغير حق) لغفر له[4]).

4.التوجيه الفقهي للإشكالات :

1.4 الاعتبار الذي بني عليه الإشكال :

الظاهر أن هذه المسائل و الإشكالات الفقهية و الأصولية روعي فيه اعتباران :

الاعتبار الأول : اعتبار مبنى الأصول

---

[1]- أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة ، رقم : 6069 .

[2] – الكاساني ، بدائع الصنائع ، ط2 (دار الكتب العلمية ، : 1986) ،ج5 ص: 516 .

[3] – أخرجه النسائي في السنن الكبرى عن أبي هريرة ، رقم : 7204 .

[4] – أخرجه مسلم في صحيحه عن بريدة الحصيب الأسلمي ، رقم : 1695 .

الاعتبار الثاني : اعتبار جسامة الضرر .

الاعتبار الأول : دل استقراء الأحكام الشرعية أن مبناها على التوسط و الاعتدال بعيدا عن التشديد الذي يصل إلى حد المشقة و الهلاك و بعيدا عن جانب التيسير الشديد الذي يصل إلى حد التحلل من الأحكام [5]، و هذا الاعتبار محمول على الجمع بين مسلكين :

المسلك الأول : مسلك الحزم و قد جاء فيه من الترهيب و التقريع ما يحمل النفوس على الردع و هو ملاحظ في قولع تعالى: (البقرة :229) ، فلا ينبغي التساهل في الأمور التي شدد فيها الشارع لأن في ذلك إضاعة للأحكام الشرعية و هو ملاحظ في أحكام الحدود و القصاص ، فقد جاءت تحمل من التغليظ ما لا يجوز التساهل فيها خاصة عند إثبات الجرم على الجاني ، ومن جملة الأحكام التي تقرر في ذلك : أنه لا يراعى في القصاص الظروف المخففة ، فإذا وجب بالإقرار أو قيام البينة اقتص منه ، و إذا وصل الأمر إلى الحكام فيمن اقترف حدا من حدود الله فلا عفو و لا شفاعة.

المسلك الثاني : مسلك التخفيف ، و فيه حمل الناس على الفضل و الإحسان أو ما يدخل في معنى العفو ، فعمدت الشريعة إلى تغيير الأحكام من الصعوبة إلى السهولة في الأحوال العارضة لقوله تعالى:((البقرة: 173) و شرعت مع التغليظ ما يدعو إلى التخفيف كملازمة العفو للقصاص قال تعالى :((البقرة :178) .

و قد يميل الشارع إلى التشديد أو يميل إلى التخفيف و هذا أمر ليس مخالف لمبنى الاعتدال و التوسط ، فإنه إذا كان ميل إلى طرف التشديد أو التخفيف فذلك يجري في مقابلة واقع اقتضى التشديد في موضع الشدة أو التخفيف في موضع التخفيف .

---

[5] – ينظر : الدهلوي ، حجة الله البالغة ، تحقيق : سيد سابق ، ط1(دار الجيل بيروت : 2005) ص: 831 ، و بنظر : الشاطبي ، الموافقات ، تحقيق : عبد الله دراز ، ط3 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2003) ،ج2 ص: 124.

فلاحظ الفقهاء أن الشارع إذا مال إلى التشديد و التخويف و التهديد ، فذلك كان في مقابل من غلب عليه الانحلال و الفساد و الفجور في الدين حتى أضحى ذلك دينه و بلغ حد الشهرة بذلك ، و إذا مال إلى التخفيف و الترخيص و الترغيب فذلك في مقابل من غلب عليه الصلاح و قد اتضحت فيه بوادر التوبة و الإنابة ، و سيتبين ذلك في الاعتبار الثاني .

الاعتبار الثاني : جسامة الضرر : بعد تتبع القضايا التي تتعلق بمسألة بيان أفضلية العفو أو العقوبة وجد أن الخلاف الفقهي كان مبنيا على النظر في الضرر الذي يترتب عليه العفو باعتبار أن العقوبة هي الأصل من جهة أ، كل جناية يترتب عليها عقوبة ، فلوحظ أن الفقهاء قالوا بأولوية ترك العفو في المواضع التي يكون فيها العفو مشروعا ، إذا تحقق منه أحد الضررين :

– إذا كان المعفى عنه مجاهرا بالسوء قد اشتهر عند عامة الناس بذلك ، و لذلك قال ابن عقيل : العفو عن العصاة المصرين غير جائز[1] ، قد قال القرطبي في تفسير قوله تعالى : (و الذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون) (الشورى 39) : "يدل ظاهره على أن الانتصار في هذا الموضع (العقوبة) أفضل ، و هو محمول على ما ذكره إبراهيم النخعي أنهم كانوا يكرهون للمؤمنين أن يذلوا أنفسهم فتجترئ عليهم الفساق فهذا فيمن تعدى و أصر على ذلك و الموضع المأمور فيه بالعفو إذا كان الجاني نادما مقلعا"[2] ، و قال ابن عبد البر : "إن الله عفو يحب العفو عن أصحاب العثرات و الزلات من ذوي الهيئات دون المجاهرين بفعل المنكرات و المداومة على ارتكاب الكبائر و الموبقات ، فهؤلاء واجب ردعهم و زجرهم بالعقوبات"[3].

---

[1] – الواضح في أصول الفقه ، تحقيق : عبد الله المحسن التركي (مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان : 1999) ، ج5 ص: 471.

[2] – جامع الأحكام ، مصدر سابق ، ج16 ص: 29

[3] – ابن عبد البر ، الاستذكار ، تحقيق: سالم محمد عطا ، ط1(دار الكتب العلمية ، بيروت : 2000) ،ج8 ص: 13 .

وقد استثنى الفقهاء من استحباب ترك الشهادة و الستر على المسلم من عرف بالفجور و المتهتك الذي يشيع الفاحشة بين الناس فالشهادة أولى من الستر لأن المطلوب إجلاء الأرض من هؤلاء العصاة ، و لأن كثرة الستر عليهم من المهاودة على المعاصي و مصافاة أهلها [4].

– إذا كان في العفو ظهور فساد عام يعم جميع المسلمين ، فقد يتحقق بالعفو على الجاني فساد كبير يلحق الضرر بمجموع الأمة ، كالعفو عن قاتل الغيلة ، ليس لثائرة و لا عدوان و إنما غرضه الإفساد كالمحارب ، و لأنه قتل خفية و فيه من الخدعة ما يشق الاحتراز منه فلا عفو فيه [6].

– و هناك من المواضع ما يكون فيه العفو أولى من العقوبة ، و هو أن يكون في تطبيق العقوبة إلحاق ضرر عام و المتمثل في إشاعة الفاحشة بين الناس أو قطع صلة رحم ، كعفو المقذوف عن القاذف للستر و عدم قيام القصاص بين الوالد وولده.

2.4 الأساس التقعيدي الذي بني عليه الإشكال:

تأسيس هذه التوجيهات ضمن قواعد بنيت عليها العقوبات في الفقه الإسلامي منها :

– قاعدة درء الحدود بالشبهات و قد كثر الاعتماد عليها عند مواقع الاتهام و هو موضع يورث مظنة التهمة ، فقد يكون في التوسع فيه ظلم للمتهم و قد يكون التهاون في ذلك و الارسال فيه ظلم للمجني عليه فكان أن لجأ الفقهاء إلى بعض القواعد الجزئية لضبط ذلك منها :

– اعتماد اليقين في الأدلة ما أمكن في نسبة الجرائم للمتهم قال ابن عبد البر : الأصل المجتمع عليه أن الدماء الممنوع منها بالكتاب و السنة لا ينبغي أن يراق شيئا منها و لا يستباح إلا باليقين و الشهادة القاطعة أو الإقرار يقيم عليه صاحبه ، فإن لم يكن ذلك فلإن يخطئ الإمام في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة [1].

---

[4] – ينظر : ابن عابدين ، رد المحتار ، ط2 (دار الفكر ، بيروت : 1966)،ج7 ص: 70 ، و ينظر: الحطاب ، مواهب الجليل ، ط3 (دار الفكر: 1992)ج6 ص: 1644 ، و ينظر :عليش ، منح الجليل (دار الفكر :1989)، ج8 ص: 417.

[5] – الحطاب ، مواهب الجليل ، مصدر سابق ج6 ص: 233.

[1] – ينظر : الاستذكار، مصدر سابق ج6 ص: 419.

– الشك مهما كانت نسبته و مهما كان محله و مهما كانت طريقته يشفع بع المتهم ، يقول الشاطبي : فإن الدليل يقوم هناك مفيدا للظن في إقامة الحد و مع ذلك فإذا عارضته شبهة أو طغت غلب حكمها ودخل صاحبها في مرتبة العفو[2] .

– الخطأ في العفو أفضل من الخطأ في العقوبة ،و تبرئة المتهم أحب إلى الله و رسوله من معاقبته .

لكن لوحظ أن إعمال هذه القاعدة قد جرى فيها استرسال يدعو إلى محاولة تعطيل الحدود خاصة ، فاستدرك الفقهاء الأمر و ضبطوا هذه القاعدة بذكر ما يخدم الموضوع منها :

– السعي إلى تحقيق الشبهة في بيان شروطها و أنواعها حتى يحصل لها من القوة ما يسقط بها الحد ، فالشبهة عند التحقيق مراتب يختلف الحكم فيها ، فالشبهة القوية غير الشبهة الضعيفة ، فالأولى تسقط الحد و تمحو وصف الجرم ، بخلاف الثانية ربكا تسقط الحد – على خلاف بين الفقهاء – إلا أنها لا تمحو وصف الجرم و ليس المقام التفصيل في ذلك .

– ضبط موضع الاتهام فليس كل تهمة تشفع لصاحبها .

– إعمال الشبهة لا يعدم المؤاخذة من الناحية العقلية مثل الجناية التي تقع خطأ ، ففي حقيقته جناية لما فيه من عدم التثبت و الاحتياط الواجبين ، فصار المخطئ من هذه الجهة قد ارتكب جناية يجوز مؤاخذته بها عقلا ، إلا أنه لا يؤاخذ بها في الإثم سمعا لعموم النص : رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه [1].

– قاعدة لا ضرر و لا ضرار و ذلك باعتبار أن العقاب في حد ذاته إنما هو دفع ضرر متوقع أو حال لزجر المجرمين و تأديب العاصين ، و لعل الجانب التطبيقي لها يبرز حقيقة المسألة أكثر ، فالمقرر و الظاهر عند فقهاء المالكية و الشافعية[2] أن العفو عن القاذف و لو بعد وصول الأمر إلى الحاكم جائز بتفصيل مبني على جسامة الضرر الذي يلحق بالمجني عليه عند تنفيذ الحد على القاذف ، فقد ظهر من أقوال

---

[2] – ينظر : الموافقات ، مصدر سابق ج1 ص: 123.

[1] – ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ،كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره ، رقم : 2045 .

[2] – ينظر : النفراوي ، الفواكه الدواني ، (دار الفكر : 1995)،ج2 ص:217 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، ط1(دار الكتب العلمية : 1994) ، ج3 ص: 487

المالكية جواز العفو عن القاذف بعد وصول أمره إلى الحاكم في حالة توقع المقذوف حصول ضرر يقع بعد الحد إن أراد بذلك سترا و قد يسأل الحاكم عن أمره فإن بينت القرائن أنه قد يقع ضرر على المقذوف باشتهار أمره بين الناس جاز عفوه و إن أراد غير ذلك فلا عفو ، فضبطوا المسألة على أساس الستر قال مالك : "إذا زعم المقذوف أنه يريد سترا فعفا إن بلغ الإمام لم يقبل الإمام ذلك حتى يسأل عنه سرا ، فإن خشي أ، ثبت القاذف ذلك عليه أجاز عفوه "[3].

و هذا ليس مخالفا للقاعدة العامة في الحدود فلا شفاعة و لا عفو عند بلوغ الإمام و إنما هو ترجيح و تقديم لمصلحة اختصت بالعبد ، و لما في حد القذف تعلق لازم بالعبد و المسألة خلافية ، و من جهة أخرى إنما يعتبر ذلك إثباتا للمقصد العام للتشريع لحد القذف الذي هو صيانة أعراض الناس من الهلاك و منع شيوع الفاحشة بين الناس عند الإعلان ، فقد يتحقق ذلك بالستر بعفو القاذف عن المقذوف .

و من فروع ذلك جواز عفو الوالد عن ولده في القذف و لو لم يكن القصد الستر ، لأن في ذلك مراعاة لمعنى استقر أمره من حيث القواعد العامة في صلة الرحم ، أشار إل هذا المأخذ الباجي قال : أن الإشفاق قد يحمله عند رؤية ايقاع الحد به على أن يقر على نفسه بما قذفه به فيقع فيما هو أشد من القذف[1] .

– قاعدة الأصل براءة الذمة و قد أعملت هذه القاعدة من جهة بيان الخصائص العامة للنظام العقابي في الشريعة و ذلك من جهتين :

– إقرار شرعية العقوبة فالأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم نص يثبت التحريم ، و لا جريمة و لا عقوبة بغير نص شرعي ، و العقاب محظور على صور السلوك الذي لم يرد فيه نص بتحريمها[2] ، فأفعال المكلفين

---

[3] – ابن فرحون ، التبصرة ، ط2(دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان : 2007) ، ج2 ص: 202 .

[1] – الباجي ، المنتقى ، ط1 (مطبعة السعادة ، مصر : 1332) ، ج9 ص: 265.

[2] – محمد سليم العوا ، في أصول النظام الجزائي الإسلامي ، ط2 (دار المعارف ، القاهرة : 1983)، ص: 59.

لا توصف بالجرم و لا يقع عليها العقاب إلا بعد التنصيص عليها أو كون الفعل يثاب عليه أو يعاقب عليه لا يعلم إلا بالشرع [3].

– أن المتهم برئ حتى يثبت إدانته بالدليل ، و أن الشك يفسر لمصلحة المتهم و إن الخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في إدانته [4].

فالجهة الأولى ثابتة من غير خلاف ، فما من حكم جزائي إلا و له نص شرعي سواء كان من جنس القصاص أو من جنس الحدود أو من جنس التعزيرات التي تدخل تحت القواعد العامة للتشريع ، فكل عقوبة إلا و لها نص شرعي مثبت لذلك .

أم الجهة الثانية فهي التي وقع فيها الخلاف و التردد ما يستدعي موازنة بين قضية الاتهام و قضية الأصل العام الذي هو البراءة الأصلية ، لأن المعلوم أن الأخذ بالتهم من حيث طبيعة ذلك أمر يدخل في أوجه الظنون ، و الظنون مراتب في النفي و الإثبات تختلف من حيث القوة و الضعف ، و لذلك استقر عند العلماء أن الأخذ بالتهم فيه معنى التوثق و الاحتياط[1] .

و التسليم لأن الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته ليس بإطلاقه ، إنما يراعى في ذلك شواهد الحال حتى يكون الحكم منتجا لغرضه و يخدم مصلحة المجني عليه كان فردا أو جماعة ، و يراعى في ذلك أوصاف المتهم و قوة التهمة و ضعفها ، لأن مسألة التهمة قضية عظيمة النفع من جهة حفظ الحقوق التي راعاها الشارع في أحكامه ، و أن يحذر من التوسع في ذلك لأنه معول للظلم و الفساد .

4. خاتمة:

و قد تضمن البحث نتائج تخلص في النقاط التالية :

– أن إشكال التناسب الموجود بين العقوبة و العفو مرده النظر إلى بناء الأحكام على التوسط والاعتدال من خلال النظر و الموازنة بين ما يستلزم التخفيف أو التشديد ،كأصل عام .

---

[3] – القرافي ، شرح تنقيح الفصول ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 1997) ، ص: 76.

[4] – عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط16 (الرسالة ، بيروت ، لبنان : 1999) ، ص:81.

[1] – السرخسي ، المبسوط ، (دار المعرفة ، بيروت : 1993) ، ج26 ص: 190.

– أن الشارع الحكيم مال إلى العقوبة في حال إذا بلغ صاحبها حد الشهرة في الانحلال و الفساد ، و مال إلى العفو في مقابل ما غلب عليه الصلاح و اتضحت فيه بوادر التوبة و الإنابة .

– من الناحية الفقهية فإن العقوبة هي الأصل خاصة عند المجاهرة بالسوء أو كان في العفو فساد عام يلحق بمجموع الأمة كقتل الغيلة فالغرض منه الفساد ، و يترجح العفو إذا كان في تطبيق العقوبة إلحاق ضرر عام كإشهار العمل الفاحش بين الناس أو قطع رحم .

– الإشكال الموجود في تناسب العقوبة مع العفو في النظام العقابي كرؤية شاملة يقوم على قواعد معتبرة كقاعدة درء الشبهات و اعتماد البقين في الأدلة ،و أن الشك يشفع للمتهم و أن الخطأ في العفو أفضل من الخطأ في العقوبة .

5. قائمة المراجع:

– ابن زكريا ، أبي الحسين أحمد بن فارس ، 1999 ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ،دار الجيل ، بيروت.

– ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، 2000 ، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت .

– ابن عبد البر ، أبو عمرو يوسف بن عبد الله ، 2000 ، الاستذكار ، تحقيق : سالم محمد عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط1 .

– ابن عبد السلام ، أبو محمد عز الدين ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، تحقيق : محمود بن التلاميد الشنقيطي ، دار المعارف ، لبنان.

– ابن عقيل ، أبو الوفاء علي بن عقيل ، 1999 ، الواضح في أصول الفقه ، تحقيق : عبد الله المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان.

– ابن فرحون ، برهان الدين أبو الوفاء ، 2007 ن التبصرة ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط2.

– ابن ماجة ، أبو عبد الله محمد ين يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، دار إحياء الكتب العربية .

– ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي ، 1993، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ط3 .

– الآمدي ، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي ، 1986 ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق : السيد الجميلي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط2 .

– الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف ، 1332 ، المنتقى ، مطبعة السعادة ، مصر ، ط1.

– البخاري ، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل ، 2007 ، صحيح البخاري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

– البخاري ، عبد العزيز بن أحمد ،1997 ، كشف الأسرار ، تحقيق : محمد المعتصم بالله البغدادي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط3 .

– بهنسي ، أحمد فتحي ، 1983 ، العقوبة في الفقه الإسلامي ، دار الشروق ، بيروت ، ط5.

– الحطاب ، شمس الدين أبو عبد الله ، 1992 ، مواهب الجليل ، دار الفكر ، ط3

– الدهلوي ، أحمد بن عبد الرحيم ، 2005 ، حجة الله البالغة ، تحقيق : سيد سابق ، دار الجيل ، بيروت لبنان ، ط1 .

– زيدان ، عبد الكريم ، 1999 ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط16 .

– السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب ، 1991، الأشباه و النظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 .

– السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل ، 1993 ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت .

– السغناقي ، الحسين بن علي ، 2001 ، الكافي شرح البزدوي ، تحقيق : فخر الدين سيد محمد قانت ، مكتبة الرشد للنشر و التوزيع ط1.

– الشاطبي ، إبو إسحاق إبراهيم بن موسى ، 2003 ، الموافقات ، تحقيق : عبد الله دراز ، دار ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

– الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب ، 1994 ، مغني المحتاج ، دار الكتب العلمية ، ط1 .

– الشوكاني ، محمد بن علي ، 1992 ، إرشاد الفحول ، تحقيق : محمد سعيد البدري ، دار الفكر ، بيروت .

– الشوكاني ، محمد بن علي ، 1993 ، نيل الأوطار، تحقيق : عصام الدين الصبابطي ، دار الحديث ، مصر.

– العسقلاني ، أحمد بن علي ، 1379 ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار المعرفة ، بيروت.

– عليش ، محمد بن أحمد أبو عبد الله ، 1989 ، منح الجليل ، دار الفكر ، بيروت .

– العوا ، محمد سليم ، 1983، في أصول النظام الجزائي الإسلامي ، دار المعارف ، القاهرة ، ط2.

– عودة ، عبد القادر ، 1997 ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

– العيني ، أبو محمد محمود بن محمد ، 2009 ، البناية في شرح الهداية ، دار الفكر ، بيروت .

– الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، 1993، المستصفى ، تحقيق : عبد السلام عبد الشافي ، دار الكتب العلمية ، ط1 .

– الفيروزبادي ، مجمد الدين أبو طاهر ، 2007 ، القاموس المحيط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط2 .

– القرافي ، أبو العباس شهاب الدين ، 1997 ، شرح تنقيح الفصول ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 .
– القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري ، 2005 ، الجامع لأحكام القرآن ، مكتبة الصفا ، القاهرة ، ط1.
– الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، 1986 ، بدائع الصنائع ، دار الكتب العلمية .
– الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد ، 1989 ، الأحكام السلطانية ، تحقيق : أحمد مبارك البغدادي ، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت ط1 .
– المناوي ، زين الدين محمد ، 1410 ، التوقيف على مهمات التعاريف ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، ط1.
– مسلم ، أبو الحسن القشيري ، صحيح مسلم ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
– النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب ، 2001 ، السنن الكبرى ، تحقيق : حسن عبد المنعم شلبي ، مؤسسة الرسالة بيروت ط1.
– النفراوي ، أحمد بن غانم ، 2009 ، الفواكه الدواني ، دار الفكر ، بيروت .