



جامعة دمشق
كلية الشريعة
قسم الفقه الإسلامي وأصوله

موجبات التعزير في الحدود والجناية على النفس

في الفقه الجنائي الإسلامي

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب: محمود الجمعة

إشراف الدكتور: تيسير أبو خشريف

العام الدراسي: ٢٠١٦م - ١٤٣٨هـ

شكر وتقدير

امثالاً لقول النبي ﷺ: «من لا يشكر الناس لا يشكر الله»^(١)، فإنني أتوجه بالشكر الجزيل والثناء العطر إلى أستاذي الفاضل الدكتور تيسير أبو خشرف الذي أكرمني بقبول الإشراف على هذه الرسالة، ولم يأل جهداً في إرشادي لما فيه النفع، متمنياً له دوام الصحة والعافية، وداعياً له بالتوفيق والسداد. كما أتوجه بالشكر الخالص إلى أساتذتي في كلية الشريعة بجامعة دمشق، فجزاهم الله عني خير الجزاء، ونفعهم الإسلام والمسلمين، ولهم مني كل الاحترام. كما أقدم الشكر والثناء إلى كل من ساعدني وقدم لي النصيح والمشورة، فجزاهم الله عني كل خير.

ولله تعالى المنة والفضل أولاً وآخراً، والحمد لله رب العالمين.

(١) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك: ٣٣٩/٤، رقم: ١٩٥٤. وقال: حديث حسن صحيح.

إهداء

إلى الإنسان الذي رباني على طلب العلم ونزل في سبيل فؤاد كل ما يملك....

أبي (رحمه الله)، فلن أنسى فضله ما حييت

إلى من بذلت كل جهد في سبيل تعليمنا وتربيتنا.... أمي

إلى من حملت عني العبء الأكبر في قرية اللاذقية.... زوجتي

إلى إخوتي وأساتذتي وأصدقائي

إليكُم جميعاً أهدي هذا البحث



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

يستطيع الباحث في الفقه الجنائي الإسلامي أن يميز بين نوعين أساسيين من الجرائم؛ أولهما: الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وعقوباتها هي الحد المنصوص عليه أو القصاص إذا توافرت شروط العقوبة وانتفت موانعها، وثانيهما: جرائم التعزير والتي تختلف عن النوع السابق بأن العقوبة فيها غير مقدرة؛ حيث يرجع أمر تقدير العقوبة فيها إلى السلطة التشريعية وفق قواعد الشريعة الإسلامية.

ومن الممكن أن تتحول العقوبة المقدرة في جرائم الحدود أو القصاص إلى عقوبة غير مقدرة؛ وذلك بغياب شرط من شروط تلك العقوبة، أو وجود شبهة تمنع من تطبيقها؛ فإذا ارتكب المجرم جريمة حد أو قصاص بشروطها وأركانها طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها، أما إذا احتل شرط من شروطها أو ركن من أركانها عوقب المجرم بعقوبة تعزيرية تناسب جرمه الذي أقدم عليه، كما أن العقوبة المقدرة قد تجتمع مع العقوبة غير المقدرة في بعض الحالات، فالضابط العام الذي يحكم جرائم التعزير أنها تجب في كل معصية لا حد فيها ولا قصاص ولا كفارة، أو مجتمعة مع تلك العقوبات.

والغاية من النص على العقوبات المقدرة هي زجر الجناة عن الجرائم الأكثر ضرراً بالجمتمع، وهي الجرائم التي تمس الضروريات الخمس التي جاء الإسلام لحفظها؛ وهي حفظ النفس والدين والنسب والعقل والمال؛ فالقصاص جاء لحفظ النفس، وحد الردة لحفظ الدين، وحد الزنى وحد القذف لحفظ النسب والعرض، وحد الشرب لحفظ العقل، وحد السرقة وقطع الطريق لحفظ المال.

وتأتي هذه الدراسة لتلقي الضوء على جانب مهم من جوانب مرونة التشريع الجنائي الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان، وهو تحول العقوبة المقدرة التي لا يجوز الزيادة أو النقص منها أو العفو عنها إلى العقوبة التعزيرية غير مقدرة، أو اجتماع العقوبة المقدرة مع التعزير، حيث إن التعزير يشكل جانباً مهماً من جوانب السياسة الشرعية التي يمارسها ولي الأمر؛ ذلك أن السلطة التشريعية مفوضة في تقدير العقوبة التعزيرية وفقاً لما تقتضيه المصلحة في كل زمان.

وفي هذه المقدمة أبين أهمية الموضوع وأسباب اختياره، ونطاقه، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطته، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: أهمية الموضوع:

تتضح أهمية هذا الموضوع من خلال النقاط الآتية:

١- ردُّ النقد الموجه للتشريع الجنائي الإسلامي في تشريعه للعقوبات الحدية، وبيان فساد ذلك النقد، وذلك بتوضيح أنها عقوبات مشددة لجرائم وقعت بشروط اقتضت تلك العقوبات المشددة، وما عدا ذلك فعقوباتها غير مقدرة.

٢- ما للبحث في التعزير من أهمية قصوى في إبراز مرونة التشريع الجنائي الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان، وبعده عن الجمود، وخضوع أحكامه للسياسة الشرعية في جوانب متعددة منه، تلك الصلاحية التي يمارسها ولي الأمر تحقيقاً لمصلحة المجتمع.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:

ما دفع الباحث إلى اختيار هذا الموضوع هو أهميته السابقة الذكر، إضافة إلى قلة الدراسات الفقهية التي تناولت هذا الموضوع، ورغبة الباحث الشخصية في البحث في موضوع من مواضيع الفقه الجنائي الإسلامي.

ثانياً: نطاق البحث:

أتناول في هذا البحث الحالات التي يجب فيها التعزير كعقوبة بدلية عن العقوبة الأصلية في الجرائم التي هي في الأصل جرائم حدود أو جناية على النفس، وكذلك الحالات التي يجب فيها التعزير كعقوبة تكميلية مع العقوبة المقدرة في جرائم الحدود والجناية على النفس، وبالتالي خرج من نطاق البحث:

أ- الحالات التي يجب فيها التعزير ابتداءً؛ وهي كل معصية لا تدخل في باب الحدود والجناية على النفس.

ب- ما يتعلق بمقدار العقوبة التعزيرية وأنواعها ووسائل وكيفية إقامتها في كل جريمة من الجرائم.

ثالثاً: الدراسات والجهود السابقة:

اهتم فقهاء المذاهب الأربعة بموضوع التعزير، وتكلموا عنه في ثانيا مصنفاتهم وكتبهم، ولكنني لم أطلع بعد البحث على مصنف فقهي قديم اختص بالحديث عن موجبات التعزير.

أما الدراسات الحديثة فقد وجدت بعض الدراسات التي تقترب بموضوعها من موضوع هذا البحث، أذكر منها ما تمكنت من الاطلاع عليه، مبيناً ما تميز به هذا البحث عن كل من تلك الدراسات:

الدراسة الأولى بعنوان: "التعزير في الشريعة الإسلامية"، وهي رسالة دكتوراه تقدم بها الدكتور عبد العزيز عامر إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة: عام ١٩٥٥م، وهي رسالة عامة في التعزير، فقد قسّم الباحث رسالته إلى كتابين، الكتاب الأول بعنوان الجرائم التعزيرية؛ تناول الباحث الحديث فيه عن الجرائم التعزيرية؛ سواء أكانت جرائم حدية تحولت لجرائم تعزيرية، أم كانت بالأصل جرائم تعزيرية، والكتاب الثاني تحدث عن أنواع العقوبات التعزيرية وكيفية تطبيقها في الشريعة الإسلامية.

وأهم الفروق بين هذه الرسالة وبحتي هي:

١- بحث الدكتور عامر تحدث عن التعزير بشكل عام؛ بما في ذلك أنواع العقوبات التعزيرية وكيفية تطبيقها، وعن المعاصي التي هي في الأصل جرائم تعزيرية، وهذا كله يخرج عن نطاق هذا البحث.

٢- اعتمد الدكتور عامر المنهج الوصفي في كثير من المسائل؛ حيث إنه نقل أقوال المذاهب فقط دون أدلة أو مناقشة، وفي كثير من الأحيان نقل رأي المذهب الحنفي فقط دون رأي باقي المذاهب، كما غاب عن بحث الدكتور عامر الكثير من التفاصيل والمسائل المتعلقة بالتعزير في الحدود والجناية على النفس، وقد حاولت استدراك هذه الملاحظات في هذا البحث، ومن تلك المسائل أنه لم يتحدث مطلقاً عن التعزير في حد الردة، وعن التعزير في حد الشرب.

٣- اختصار الحديث عن مسائل مهمة في هذا المجال في الدراسة المشار إليها، وأهما التعزير في مقدمات الحدود والجناية على النفس، وقد أفردت فصلاً كاملاً في هذه الرسالة للحديث في هذا الموضوع.

الدراسة الثانية بعنوان: "التعزير ومكانته في السياسة الشرعية"، للباحثة نداء عزيز الدويك، وهي رسالة ماجستير مقدمة في جامعة الخليل، عام: ٢٠٠٦م.

وهذه الرسالة شبيهة بالرسالة السابقة من حيث النقاط التي تناولتها بالدراسة، فقد تحدثت عن جرائم التعزير بشكل عام، وعن العقوبات التعزيرية، إلا أنها أفردت فصلاً للحديث عن السياسة الشرعية وفصلاً عن سلطة ولي الأمر في تطبيق العقوبة التعزيرية.

وهو بحث عام في التعزير تحدث عن كثير من النقاط الخارجة عن نطاق بحثي، وكذلك غابت عنه الكثير من التفاصيل عن التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس التي أوضحتها في هذا البحث.

الدراسة الثالثة بعنوان: "الجريمة التعزيرية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية"، وهي رسالة مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، في المعهد العالي للدعوة الإسلامية، للباحث رافت حسين الخالد، عام: ١٤٠٣هـ.

قسّم الباحث رسالته إلى بابين، الباب الأول بعنوان الجريمة التعزيرية وأقسامها، والباب الثاني باب تطبيقي.

تكلم الباحث في هذه الرسالة عن جرائم التعزير، بما في ذلك التعزير في الحدود، والتعزير في القصاص، لكنّ الباحث في هذه الرسالة اتبع المنهج الوصفي في سرد المعلومات، ولم يتبع المنهج الفقهي المقارن بسرد الأقوال والأدلة والمناقشة والترجيح، فكان بحثه ناقصاً من هذه الناحية، وهذا ما تم استدراكه في بحثي، كما أنه غابت عنه الكثير من التفاصيل والمسائل التي تطرقت إليها في بحثي؛ ومن تلك المسائل ما يتعلق بالتعزير لتخلف شرط من شروط الزاني، أو لتخلف شرط من شروط مكان الزني، والمسائل المتعلقة بالتعزير للشبهة في حد الزنا، والتعزير لتخلف شرط من شروط السارق والمال المسروق في جريمة السرقة، وغير ذلك من المسائل.

الدراسة الرابعة: بعنوان: "عقوبة التعزير في جرائم الاعتداء على النفس وما دونها، وبيان تطبيقاتها في محاكم الرياض بالمملكة العربية السعودية"، مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، للباحث: فيصل محمد القحطاني، عام: ٢٠٠٣م.

وهي رسالة نشر منها العنوان وفهرس الموضوعات فقط، توسع الباحث في هذه الرسالة في الحديث عن العقوبة بشكل عام، وعن العقوبة التعزيرية بشكل خاص، وخاصةً أسباب سقوط العقوبات التعزيرية، وهذا كله خارج من نطاق بحثي، وأفرد الباحث فصلاً للحديث عن العقوبات التعزيرية في جرائم الاعتداء على النفس وما دونها، وهو ما يشكل جزءاً من بحثي، ولم أستطع الاطلاع على البحث كونه بحثاً غير منشور.

الدراسة الخامسة بعنوان: "الجانب التعزيري في جريمة السرقة، دراسة نقدية للقانون الجزائري"، وهي رسالة دكتوراه مقدمة في جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، للباحثة: فريدة بولوح، للعام ٢٠١٠-٢٠١١م.

ومن العنوان يتضح أن هذه الرسالة اختصت بالحديث عن السرقة المعاقب عليها بالتعزير دون غيرها من الحدود.

رابعاً: منهج البحث:

طبيعة البحث فرضت عليّ التعامل مع أكثر من منهج علمي في الكتابة، فقد استخدمت المنهج المقارن في عرض أقوال الفقهاء في كل مسألة وبيان أدلة كل قول ومناقشتها وصولاً إلى الرأي الراجح وفق القواعد المعتمدة في الترجيح، ولجأت إلى المنهج الوصفي في بعض فقرات هذا البحث حيث اقتضت طبيعة المعلومة ذلك المنهج.

وتتضح ملامح هذا المنهج العام من خلال النقاط الآتية:

١- اقتصر في البحث على عرض آراء المذاهب الفقهية الأربعة الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي إضافة إلى المذهب الظاهري في بعض المسائل، وأشارت أحياناً إلى آراء الفقهاء الأخرى في الحاشية، والتزمت الترتيب التاريخي في عرض الأقوال: "الحنفية أولاً ثم المالكية ثم الشافعية ثم الحنبلية ثم الظاهرية"، وفيما يخص الفصل الأول ذكرت بعض آراء القانون السوري في الحاشية حيث اقتضت طبيعة المعلومة هذه المقارنة.

٢- اعتمدت على المصادر المعتمدة في كل مذهبٍ من المذاهب الفقهية.

٣- استعنت ببعض الموسوعات الفقهية المعاصرة إذا كانت النقطة التي يراد البحث فيها لا تتعلق بصلب البحث.

٤- أشرت إلى مصادر المعلومات في الحواشي ذاكراً اسم الكتاب والمؤلف والجزء والصحيفة، وعند ورود الكتاب لأول مرة لم أشر إلى المعلومات الكاملة عنه اكتفاء بوجودها في فهرس المصادر والمراجع، والتزمت الترتيب التاريخي في عرض الكتب بحيث وضعت أولاً كتب المذهب الحنفي ثم المالكي ثم الشافعي ثم الحنبلي، ثم الظاهري إن وجد.

٥- عزوت الآيات الواردة في البحث إلى سورها من القرآن الكريم مباشرة عقب ذكر الآية؛ وذلك ببيان اسم السورة أولاً، ثم رقم الآية.

٦- خرّجت الأحاديث الواردة في البحث في الحواشي ذاكراً الكتاب والباب والجزء والصحيفة، ورقم الحديث، إلا إذا كان الحديث في المسانيد فاقترصت عندها على ذكر الجزء والصحيفة ورقم الحديث، وأتبعته التخريج بذكر درجة الحديث، وإذا كان الحديث في الصحيحين أو بأحدهما اكتفيت بعزوه إليه، وإذا تكرر الحديث أكثر من مرة أشرت في الحاشية إلى مكان تخريجه في البحث.

٧- ترجمت للأعلام الواردة أسماؤهم في متن الرسالة بشكل مختصر في الهوامش، مستثياً الأعلام المعاصرين والصحابة المشهورين.

٨- ذيلت البحث بفهارس فنية متنوعة.

خامساً: خطة البحث:

تمت دراسة البحث من خلال مقدمة وفصل تمهيدي وثلاثة فصول وخاتمة على النحو الآتي:

المقدمة: وتضمنت أهمية الموضوع وأسباب اختياره، ونطاق البحث، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخبطته.

الفصل التمهيدي: وقد بيّنت فيه مفهوم مصطلحات الرسالة، والألفاظ ذات الصلة، ثم مدخل إلى عقوبة التعزير، وجاء ذلك في مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: وبيّنت فيه مفهوم مصطلحات الرسالة، والألفاظ ذات الصلة بموضوع البحث.

المبحث الثاني: مدخل إلى عقوبة التعزير، وتحدثت فيه عن مشروعية التعزير وحكمه، ثم بينت حكم ضمان ما يحدث من تلف بسبب التعزير، وما يشرع فيه التعزير، ثم بيّنت أنواع التعزير وشروط وجوبه، والفرق بينه وبين غيره من العقوبات المقدرة.

الفصل الأول: وخصصته للحديث عن موجبات التعزير في مقدمات جرائم الحدود والجناية على النفس، وجاء ذلك في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: بيّنت فيه حكم التفكير كنية مضمرة والتفكير المعلن في جرائم الحدود والجناية على النفس وما دونها.

وأما المبحث الثاني: فبيّنت فيه حكم التحضير لجرائم الحدود والجناية على النفس.

ثم جاء المبحث الثالث: فبيّنت فيه عقوبة الشروع في جرائم الحدود والجناية على النفس، ثم بينت متى يعد الفعل شروعا في الجريمة.

الفصل الثاني: وقد خصصته للحديث عن موجبات التعزير في جرائم الحدود، وعن اجتماع التعزير مع الحدود، وجاء ذلك في تمهيد وسبعة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: تحدثت فيه عن أثر العوارض في العقوبة الحدية، فبينت فيه أثر الصغر والجنون والسكر والكفر والإعاقة الجسدية والجهالة والأنوثة في العقوبات الحدية.

المبحث الثاني: وتحدثت فيه عن جريمة الزنى المعاقب عليها بالتعزير لتخلف الركن المادي لحد الزنى، وعن أثر الشبهة في جريمة الزنى.

المبحث الثالث: تحدثت فيه عن جريمة القذف المعاقب عليها بالتعزير لتخلف الركن المادي لحد القذف، ولتخلف شرط الإحصان في الشخص المقتوف، وعن أثر الشبهة في حد القذف.

ثم المبحث الرابع: وفيه بحثت السرقة المعاقب عليها بالتعزير، فبينت عقوبة السرقة التي تخلف بها ركن الخفية، ثم تكلمت عن عقوبة السرقة التي تخلف فيها شرط من شروط المال المسروق، ثم تكلمت عن السرقة المعاقب عليها بالتعزير للشبهة، ثم تكلمت عن التعزير في جريمة السرقة لفوات محل القطع.

المبحث الخامس: فقد خصصته للحديث عن جريمة الحراة المعاقب عليها بالتعزير، فبينت عقوبة الحراة التي تخلف بها شرط المجاهرة، ثم تكلمت عن عقوبة الحراة التي تخلف فيها شرط من شروطها سواء في المال المسروق أو في مكاب وقوع الحراة، ثم بينت عقوبة الإعانة على قطع الطريق، ثم بينت أثر الشبهة في حد الحراة.

وأما المبحث السادس: فبينت فيه أقوال الفقهاء في عقوبة الشرب، ثم تكلمت عن جريمة الشرب التي تخلف بها الركن المادي، ثم بينت أثر الشبهة في جريمة الشرب.

وأخيراً جاء المبحث السابع: وتحدثت فيه عن الحالات التي يجتمع فيها التعزير مع الحدود، فبينت فيه حكم التعزير في حد الزنى، وحكم تعليق يد السارق مع الحد في حد السرقة،

وأما الفصل الثالث والأخير من الرسالة: فقد أفردته للحديث عن الجنابة على النفس المعاقب عليها بالتعزير، وجاء ذلك في تمهيد وثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: وتحدثت فيه القتل العمد الذي درء فيه القصاص عن الجاني أو سقط عنه لتحقيق إحدى مسقطاته، وحكم ذلك من حيث التعزير.

المبحث الثاني: تحدثت فيه عن حكم التعزير في القتل شبه العمد وأقوال الفقهاء فيه.

المبحث الثالث: بينت فيه حكم التعزير في القتل الخطأ.

الخاتمة: وضمنتها أهم النتائج.

ثم الفهارس العامة للرسالة.

الفصل التمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث ومدخل إلى عقوبة التعزير.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني: مدخل إلى عقوبة التعزير.

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث والألفاظ ذات الصلة.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الموجبات.

المطلب الثاني: تعريف التعزير.

المطلب الثالث: تعريف الحدود.

المطلب الرابع: تعريف الجناية على النفس.

المطلب الخامس: تعريف الألفاظ ذات الصلة بموضوع البحث.

المطلب الأول: تعريف الموجبات.

أولاً: الموجبات لغة:

الموجبات لغة جمع مُوجِب، والمُوجِب هو اسم المفعول من الفعل وجب، يقال: وَجِبَ الشَّيْءُ يَجِبُ وَجُوباً أي لَزِمَ، والمصدر هو الوُجُوب؛ والوُجُوبُ فِي اللُّغَةِ، هُوَ التُّبُوتُ وَاللُّزُومُ^(١).

أما المَوْجِبُ فِي اللُّغَةِ فَهُوَ السَّبَبُ؛ والسَّبَبُ هو الحَبْلُ، وَكُلُّ شَيْءٍ يَتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى غَيْرِهِ^(٢).

إذاً الموجبات في اللغة هي الأسباب، وإذا أضيف إليها المعنى اللغوي للفعل وَجِبَ، يكون معنى الموجبات هو الأسباب التي تفيد لزوم والثبوت.

ثانياً: الموجبات اصطلاحاً:

لا يخرج المعنى الاصطلاحي لكلمة موجبات في هذا البحث عن المعنى اللغوي؛ فالمقصود بالموجبات في هذا البحث الأسباب المثبتة، أو أسباب ثبوت. ويكون معنى موجبات التعزير؛ أسباب ثبوت التعزير.

(١) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٧٩٣/١، مادة وجب، وتاج العروس من جواهر القاموس، الزبيدي: ٣٣٣/٤، مادة وجب.

(٢) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي: ٦٤٨/٢، مادة وجب، ومختار الصحاح، الرازي: ١٤٠/١، مادة وجب.

المطلب الثاني: تعريف التعزير.

أولاً: التعزير لغة:

التعزير في اللغة مأخوذ من العَزَرَ؛ والعزْر كمصدر له عدة معانٍ؛ منها اللُّوم والردُّ والمنع والنَّصر بالسَّيف وغيرها، يُقال: عَزَرَهُ يَعْزِرُهُ عَزْراً، وَعَزَّرَهُ تَعْزِيراً: أي لَامَهُ وَرَدَّهُ^(١).

وأصل التعزير في اللغة هو التأديب والمنع والردُّ؛ ولهذا يسمَّى الضرب دون الحد تعزيراً؛ لأنَّه تأديب للجاني، ومنع له أن يعاود الذنب^(٢)، لكنَّه يطلق على معانٍ أخرى مناقضة لهذا المعنى، لذا يقول أهل اللغة أنَّه من ألفاظ الأضداد فمن معانيه الأخرى: النَّصر والإعانة والتقوية والتَّفخيم والتعظيم والتوقير، ومعنى النَّصر مرتبط بمعنى المنع؛ فكأنَّ من نصرته قد رددت عنه أعداءه ومنعتهم من أذاه^(٣).

وبالمعاني السابقة فسَّر قوله تعالى: ﴿وَتُعْزِّرُوهُ وَتُقْصِّرُوهُ﴾ [الفتح: ٩]، وقوله تعالى: ﴿وَعَزَّزْتُمُوهُمْ﴾ [المائدة: ١٢]^(٤)، جاء في تفسير القرطبي^(٥) (٦٧١هـ): "وتعزروه: أي تعظموه وتفخموه... والتعزير: التعظيم والتوقير وقيل تنصروه وتمنعوا منه"^(٦).

وقد عرَّف التعزير في اللغة بأنَّه ضرب دون الحد^(٧)، وهو من الأخطاء اللغوية؛ لأنَّ المعنى السابق لم يعرف إلا من جهة الشَّرع فلا يصح أن ينسب لأهل اللغة^(٨).

(١) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٥٦١/٤-٥٦٢، مادة عزر، وتاج العروس، الزبيدي: ٢٠/١٣، مادة عزر.

(٢) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٥٦٢/٤، مادة عزر، وتاج العروس، الزبيدي: ٢٤/١٣، مادة عزر.

(٣) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٥٦١/٤-٥٦٢، مادة عزر، وتاج العروس، الزبيدي: ٢٣/١٣ وما بعدها، مادة عزر.

(٤) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٥٦٢/٤، مادة عزر، ومعجم مقاييس اللغة، ابن فارس: ٣١١/٤، مادة عزر.

(٥) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي، إمام متبحر في العلم ومن كبار المفسرين، من أهل قرطبة، رحل إلى الشرق واستقر بمصر وتوفي فيها سنة (٦٧١هـ)، من مصنفاته: "الجامع لأحكام القرآن" و "الأسنى في

شرح أسماء الله الحسنى" وغيرها. انظر: الوافي بالوفيات، الصفدي: ٨٧/٢، والأعلام، الزركلي: ٣٢٢/٥.

(٦) انظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: ٢٦٦/١٦.

(٧) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٥٦١/٤، مادة عزر، والقاموس المحيط، الفيروز آبادي: ص ٤٣٩.

(٨) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ابن حجر الهيتمي: ١٧٥/٩.

ثانياً: التعزير اصطلاحاً:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف التعزير اصطلاحاً، وكلها تدور حول معنى واحد؛ وهو التأديب...

فعرّفه الحنفية بأنّه: "تأديب دون الحد"^(١).

وعرّفه المالكية بأنّه: "تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات"^(٢).

وعرّفه الشافعية بأنّه: "تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة"^(٣).

وعرّفه الحنبلية بأنّه: "العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها"^(٤)، وعرّفوه أيضاً بأنّه: "التأديب"^(٥).

ومن التعريفات المعاصرة تعريف الدكتور أحمد الزرقا حيث عرّف التعزير بأنّه: "معاقبة المجرم بعقاب مفوّض شرعاً إلى رأي ولي الأمر نوعاً ومقداراً"^(٦).

ويلاحظ على هذه التعاريف ما يأتي:

١- إنّ المذاهب الأربعة في الفقه الإسلامي متفقة على أنّ التعزير هو التأديب؛ وكلمة تأديب فيها إشارة إلى طبيعة العقوبة التعزيرية بأنّها عقوبة غير مقدرة، وأنّ الغاية الأساسية منها هي إصلاح الجاني وزجره عن معاودة الذنب والجرم الذي بسببه عوقب بالتعزير، وردع غيره عن ذلك أيضاً. إلا أنّ المتتبع لأقوال الفقهاء يجد أنّهم استخدموا لفظ التأديب وأرادوا به أحياناً معنى مغايراً للتعزير من بعض الأوجه لا من جميعها، ومن أمثلة ذلك ما جاء في بدائع الصنائع: "الصبي العاقل

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي: ٢٠٧/٣، وانظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٤٥/٥، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم: ٤٤/٥.

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون: ٢٨٨/٢.

(٣) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الشربيني: ٥٢٢/٥، وحاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي: ٢٠٦/٤.

(٤) المغني، ابن قدامة: ١٧٦/٩.

(٥) كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي: ١٢١/٦.

(٦) المدخل الفقهي العام، د. أحمد الزرقا: ٦٨٩/٢.

يعزر تأديباً لا عقوبة؛ لأنه من أهل التأديب"^(١)، وجاء في الفواكه الدواني عند الحديث عن حكم اللواط: "وإنما يؤدب الصغير ويعزر البالغ"^(٢)، وجاء في مغني المحتاج في سياق الحديث عمن له الحق في استيفاء التعزير: "لا يستوفيه إلا الإمام، واستثني منه مسائل. الأولى: للأب والأم ضرب الصغير والمجنون زجراً لهما عن سيئ الأخلاق وإصلاحاً لهما.... الثانية: للمعلم أن يؤدب من يتعلم منه، لكن بإذن الولي.... الثالثة: للزوج ضرب زوجته لنشوزها ولما يتعلق به من حقوقه"^(٣).

والذي يستنتج من العبارات السابقة أنَّ الفقهاء قد يستخدمون لفظ التأديب ويريدون به التعزير، وقد يستخدمون لفظ التأديب للإشارة إلى العقوبة غير المقدرة الواقعة على غير المكلفين من صبيان ومجانين، والتي يستوفيهما الولي على من يلي، والزوج على زوجته، والمعلم على صبيانه.

ويرى بعض الفقهاء المعاصرين أنَّ استخدام كلمة التأديب للإشارة إلى التعزير فيه إشارة إلى أنَّ التعزير يحمل معنى التهذيب والتربية، لأنه يتضمن التدابير الاجتماعية والتربوية التي لا يجوز وصفها بأنها عقوبة جنائية^(٤).

وبناء عليه فإنَّ تعريف الحنبلية للتعزير بأنه عقوبة مشروعة على جناية يعد تعريفاً غير جامع؛ لأنَّ التعزير شرع على ذنوب لا تسمَّى جنايات كتأديب الزوجة والابن من قبل الأب، وتأديب الصبيان، فهذه المخالفات لا تسمَّى جرائم.

٢- إنَّ الفقهاء قد يستخدمون لفظ النكال ويريدون به التعزير، جاء في مواهب الجليل: "فيُزاد في النكال لحق المسلمين..... والنكال قدر ما يرى الإمام"^(٥)، وكلمة النكال تعني في اللغة العقاب^(٦)، ومن هنا يكون بينها وبين كلمة التعزير ترادف في المعنى.

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني: ٦٣/٧-٦٤.

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، النفراوي: ٢٠٩/٢.

(٣) مغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٥/٥.

(٤) انظر: الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، د. توفيق الشاوي: ٩٣/٢ ب، ٩٣، فقرة ١٠٤.

(٥) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الخطاب: ٣٠٣/٦.

(٦) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية: ٩٥٣/٢.

٣- قيدت التعريفات السابقة - ما عدا تعريف الحنفية - التعزير بأنه يجب في الذنوب التي لا حد فيها ولا كفارة، والمراد بالحد - كمصطلح في هذه التعاريف - ما يشمل القصاص حتى يصبح التعريف جامعاً^(١).

٤- إنَّ القيد الأخير بأنَّ التعزير "يجب في الذنوب التي لا حد فيها ولا كفارة" ليس على إطلاقه، بل قد يجتمع التعزير مع الحد أو الكفارة أو القصاص^(٢).

ثالثاً: التعريف المختار للتعزير:

بالجمع بين تعريفات الفقهاء للتعزير يمكن أن نعرف التعزير بأنه: "عقوبة تأديبية غير مقدرة تجب في الجرائم التي لا حد فيها ولا قصاص ولا كفارة أو مجتمعة معها".

شرح التعريف: عقوبة تأديبية: إشارة إلى الغاية من التعزير؛ وهي زجر الجاني وردع غيره عن الوقوع في المعصية نفسها التي وجب فيها التعزير.

غير مقدرة: أي لم يرد تقديرها من الشرع، وإنما يرجع أمر تقديرها إلى الإمام أو من ينوب عنه من القضاة المجتهدين في كل جريمة وجب فيها التعزير وفق ضوابط الشرع.

تجب في الجرائم لا حد فيها ولا قصاص ولا كفارة؛ لأن العقوبات في الجرائم المذكورة هي عقوبات مقدرة. أو مجتمعة معها: لأن التعزير قد يجتمع مع الحد أو القصاص أو الكفارة.

رابعاً: العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للتعزير:

أطلق على العقوبة غير المقدرة كلمة التعزير اصطلاحاً؛ لأنَّ من معاني هذه الكلمة في اللغة التقوية، وهذه العقوبات وجدت لتقوية الجماعة وحفظها من الجرائم؛ وذلك من خلال إصلاح المجرم وزجر غيره من خلال العقوبة المفروضة من قبل ولي الأمر^(٣)، ومن معانيها أيضاً في اللغة التأديب والمنع والرَّد؛ ولهذا يسمَّى الضرب دون الحد تعزيراً؛ لأنَّه تأديب للجاني، ومنع له أن يعاود الذنب^(٤).

(١) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٧٥/٩.

(٢) سيأتي تفصيل ذلك في الفصلين الثاني والثالث من البحث.

(٣) انظر: الجريمة في الفقه الإسلامي، محمد أبو زهرة: ص ٢٠.

(٤) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٥٦٢/٤، مادة عزر، وتاج العروس، الزبيدي: ٢٤/١٣، مادة عزر.

المطلب الثالث: تعريف الحدود.

أولاً: الحدود لغة:

الحدود جمع حدٍّ؛ ويطلق الحد في اللغة على معان عدة^(١)، فهو يعني الفصل بين الشيئين لئلاً يختلط أحدهما بالآخر. ومن معانيه أيضاً الدَّفْعُ والمنع، يقال حَدَدْتُ فلاناً عَنِ الشَّرِّ أي منَعْتُهُ منه. ويطلق على مُنتَهَى الشَّيْءِ؛ ومنه حدود الأرض وحدود الحرم. وتستخدم كلمة الحد لتمييز الشيء عَنِ الشيء، يقال حَدَدْتُ الدَّارَ؛ أي رَسَمْتُ حدودها وميزتها عن غيرها.

لكنَّ أصل المعنى اللغوي للحد هو المنع^(٢)، فأغلب المعاني الأخر ترجع إلى هذا المعنى، ولذلك سميت العقوبات المقدرة حدوداً؛ لأنها تمنع أن يدخل فيها ما ليس منها، وأن يخرج منها هو منها^(٣).

ثانياً: الحدود اصطلاحاً:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الحد اصطلاحاً؛ فقد عرّفه الحنفية بأنّه: "عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى زجراً"^(٤).

وعرّفه المالكية بأنّه: "ما وضع لمنع الجاني من عودته لمثل فعله وزجر غيره"^(٥).

وعرّفه الشافعية بأنّه: "عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى كما في الزنا، أو لآدمي كما في القذف"^(٦). وعرّفوه أيضاً بأنّه: "عقوبة مقدرة وجبت زجراً عن ارتكاب ما يوجبّه"^(٧).

وعرّفه الحنبلية بأنّه: "عقوبة مقدرة لتمنع من الوقوع في مثله"^(٨).

(١) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٤٠/٣، مادة حدد، وتاج العروس، الزبيدي: ٦/٨ وما بعدها، مادة حدد.

(٢) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٤٠/٣، مادة حدد، وأساس البلاغة، الزمخشري: ١٧٤/١، والتعريفات، الجرجاني: ص ٨٣.

(٣) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي: ٣٣٧/٢.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٣/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ١٦٣/٣، والدر المختار شرح تنوير الأبصار، الحصكفي: ٣/٤،

وكلمة زجراً في التعريف انفرد بها الحصكفي.

(٥) الفواكه الدواني، النفراوي: ١٧٨/٢.

(٦) مغني المحتاج، الشربيني: ٤٦٠/٥.

(٧) الإقناع، الشربيني: ٥٢٠/٢.

(٨) كشف القناع، البهوتي: ٧٧/٦.

والملاحظ على هذه التعاريف ما يأتي:

أولاً: إنّ تعريف الحنفية يخرج القصاص والتعزير من معنى الحد؛ لأنّ التعزير عقوبة غير مقدرة، ولأنّ القصاص وإن كان عقوبة مقدرة لكنّه يجب حقاً للعبد لا حقاً لله تعالى.

وعندهم يجب أن يتوافر في الجريمة معنيان حتى تكون جريمة حد:

المعنى الأول: أن يكون في الجريمة اعتداء على حق الله تعالى.

والمعنى الثاني: أن يقدر الشارع الحد الأعلى لها، ولا يترك ذلك لولي الأمر، وبذلك يخرج القصاص لأنّ القصاص تحده الجريمة ذاتها، إذ أنّ أساسه المساواة بين الأذى الذي نزل بالمجني عليه والعقوبة التي تنزل بالمجاني^(١).

ثانياً: تتفق المذاهب الأربعة على أنّ الحدود هي عقوبات مقدرة، ومعنى ذلك أنّه ليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها، فمن ارتكب جريمة منها أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى رأي المجني عليه أو إلى شخصية المجاني، وليس لولي الأمر أن يعفو عن العقوبة بحال من الأحوال^(٢)، وهذا القيد يخرج العقوبات غير المقدرة فلا تسمى في الشرع حدوداً.

ثالثاً: بيّن تعريف كل من الحنفية والمالكية والحنبلية للحد الغاية من إقامة الحد؛ وهي زجر الفاعل عن المعاودة لنفس الفعل وزجر غيره أيضاً عن الوقوع في الحد.

التعريف المختار:

بالجمع بين التعاريف السابقة يمكن أن نخرج بتعريف جامع للحد بأنّه: "عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى أو للعبد زجراً للمجاني وغيره عن العود لمثل فعله".

(١) انظر: العقوبة في الفقه الإسلامي، محمد أبو زهرة: ص ٦٠-٦١.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦١٢/١.

المطلب الرابع: تعريف الجناية على النفس.

قبل وضع تعريف للجناية على النفس كمصطلح لا بد من توضيح معنى مفرداته، ولذلك سأوضح معنى كل من الجناية والنفس في اللغة والاصطلاح، ثم أضع تعريفاً للجناية على النفس كمصطلح في هذا البحث.

أولاً: تعريف الجناية لغة واصطلاحاً:

الجناية في اللغة مصدر جنى، وهي تعني: الذنب والجُرم وَمَا يَفْعَلُهُ الْإِنْسَانُ مِمَّا يُوجِبُ عَلَيْهِ الْعُقَابُ أَوْ الْقَصَاصُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ^(١).

والجناية في الاصطلاح لها معنى عام ومعنى خاص:

أما المعنى العام للجناية: فقد عرّفها الحنفية بأنّها: "اسم لفعل محرم شرعاً سواء حل بمال أو نفس"^(٢).

وعرّفها المالكية بأنّها: "فعل يوجب عقوبة فاعله بحد أو قتل أو قطع أو نفي"^(٣).

وعرّفها الحنبلية بأنّها: "كل فعل عدوان على نفس أو مال"^(٤).

وهذه التعاريف تجعل من الجناية اسماً لكل جريمة، سواء كانت جرائم حدود أم جرائم قصاص أم جرائم تعازير؛ لأنها اسم لكل فعل محرم سواء حل بالنفوس أم بالمال أم غيرها.

أما الجناية في المعنى الخاص: فقد عرّفها الحنفية بأنّها: "فعل محرم حل بالنفوس والأطراف"^(٥).

وعرّفها الحنبلية بأنّها: "التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصاً أو غيره"^(٦).

(١) لسان العرب، ابن منظور: ١٤/١٥٤، مادة جني، وتاج العروس، الزبيدي: ٣٧/٣٧٤، مادة جني.

(٢) المبسوط، السرخسي: ٢٧/٨٤، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢/٥٢٨٤.

(٣) شرح حدود ابن عرفة، الرضّاع: ص ٤٨٩.

(٤) المغني، ابن قدامة: ٨/٢٥٩.

(٥) البحر الرائق، ابن نجيم: ٨/٣٢٦.

(٦) كشاف القناع، البهوتي: ٥/٥٠٣.

إذاً الجنائية بالمعنى الخاص هي الجرائم الواقعة على النفس والأطراف دون غيرها من الجرائم؛ ولذلك فإنَّ جرائم القتل والقطع والجرح يبحثها الفقهاء تحت مسمى الجنائيات، أو الجراح كما عند الشافعية والحنبلية.

أما الأفعال المحرمة الواقعة على غير النفس فلها مسميات أخرى عند الفقهاء، فجرائم الأموال يسميها الفقهاء الغصب والسرقة والنهب والخيانة والإتلاف، وما كان من الأموال مأخوذاً بحرب سمي حراقة إذا كان بغير تأويل، وإذا كان بتأويل سمي بغياً، وجرائم الأعراض تسمى زنى وسفاحاً وقذفاً، وما وقع من الأفعال المحرمة من المحرم أو في المحرم على الصيد يسميها الفقهاء جنائية المحرم^(١).

ثانياً: تعريف النفس لغةً واصطلاحاً:

النَّفْس في اللغة تطلق على عدة معاني؛ فهي تعني الروح والدم والجسد^(٢).

والمراد بالنفس هنا الروح، وهو ما اصطلح عليه الفقهاء من إطلاق الجنائية على النفس على الاعتداء الذي يؤدي إلى إزهاق الروح.

وبناءً على ما ورد من تعريف كل من الجنائية والنفس لغةً وشرعاً؛ يكون معنى الجنائية على النفس هو: "الأفعال المحرمة التي تؤدي إلى إزهاق روح الإنسان".

(١) انظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٣٢٦/٨، والدر المختار، الحصكفي: ٥٢٧/٦، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣٢٧/٨، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد: ١٧٧/٤.

(٢) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٢٣٣/٦ وما بعدها، مادة نفس، ومختار الصحاح، الرازي: ص ٣١٦.

المطلب الخامس: تعريف الألفاظ ذات الصلة بموضوع البحث.

أولاً: الجريمة:

الجريمة في اللغة تعني الجناية والدُّنْب، وأصل كلمة الجريمة من الفعل جَرَمَ؛ يقال: جَرَمَ يَجْرِمُ واجْتَرَمَ: أي كَسَبَ، والجارم هو الذي يُكسب نفسه وَقَوْمَهُ شَرًّا، والمجرم: هو المُذنب^(١).

ويبدو أنَّ هذه الكلمة قد خصصت منذ القديم للكسب غير المستحسن، واستخدمت كلمة جَرَمَ في اللغة وأريد منها الحمل على فعل حملاً آثماً ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَيْكُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا﴾ [المائدة: ٨]؛ أي لا يحملنكم حملاً آثماً بغضكم لقوم على ألا تعدلوا معهم، ولذلك يصح أن نطلق كلمة الجريمة على ارتكاب كل ما هو مخالف للحق والعدل والطريق المستقيم، واشتق من ذلك المعنى إجرام وأجرموا؛ فقد قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ ءَامَنُوا يَصْحَكُونَ﴾ [المطففين: ٢٩]^(٢).

ومن هذا يتبين أنَّ الجريمة في المعنى اللغوي هي فعل الأمر الذي لا يستحسن، وأنَّ المجرم هو الذي يقع في أمر مكروه مصرّاً عليه لا يحاول تركه، وذلك ليتحقق معنى الوصف؛ إذ إنَّ معنى الوصف يقتضي الاستمرار، وإذا كانت أوامر الشريعة كلها مستحسنة بمقتضى الشرع وبمقتضى العقل؛ فإن عصيان أوامر الله تعالى وارتكاب نواهيه يعد جريمة بالمعنى اللغوي لهذه الكلمة^(٣).

أما في الاصطلاح فهي: "محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير"^(٤).^(٥)

فالجرائم هي محظورات شرعية، ويشترط للفعل لينطبق عليه وصف المحذور الشرعي عدة شروط:

(١) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٩١/١٢-٩٢، وتاج العروس، الزبيدي: ٣٨٧/٣١، مادة جرم، ومختار الصحاح، الرازي: ص ٥٦.

(٢) الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ١٩.

(٣) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ١٩-٢٠.

(٤) الأحكام السلطانية، الماوردى: ص ٢٨٥.

(٥) الجريمة في اصطلاح القانونيين: سلوك يجرمه القانون ويرد عليه بعقوبة جزائية أو بتدبير. قانون العقوبات، القسم العام، د. عبود السراج: ص ١٣٦.

١ - أن يكون هناك أمر أو نهي من الشارع للمكلف.

٢ - أن يصدر عن المكلف سلوك إيجابي أو سلبي يخالف ما نهي عنه الشارع.

٣ - ألا يكون هناك نص يبيح استثناء السلوك المذكور.

٤ - أن يتطابق سلوك المكلف مع السلوك المحظور^(١).

والقيد الأخير بأنها "زجر الله عنها بحد أو تعزير" أي أنها محظورات يترتب على ارتكابها عقوبة، ولذلك يخرج بهذا القيد المحظورات التي لا يترتب عليها عقوبة؛ فهي لا تسمى جرائم بالمعنى الاصطلاحي للكلمة، وإن شملها اللغوي كما مر سابقاً، وإنما تسمى معاصي، وبهذا يظهر الفرق بين الجريمة والمعصية؛ فالمعصية أعم من الجريمة، ويمكن القول بأن كل جريمة معصية، وليست كل معصية جريمة.

ونلاحظ من التعريف اللغوي والاصطلاحي لكلمة الجريمة؛ أن كلمتي الجريمة والجناية لهما المعنى اللغوي نفسه، لكنهما تختلفان في المعنى الاصطلاحي؛ ذلك أن الفقهاء قد خصّوا لفظ الجناية بالأفعال المحرمة الواقعة على النفس دون غيرها من الجرائم، كما مرّ سابقاً في هذا البحث، لهذا فإنّ لفظ الجريمة أشمل وأعم من لفظ الجناية في الاصطلاح الفقهي، أما إذا غرض النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجناية على بعض الجرائم دون بعض فإنّ لفظ الجناية يكون مرادفاً للفظ الجريمة في الاصطلاح الفقهي^(٢).

وبعد بيان معنى الجريمة لغةً واصطلاحاً نستطيع أن نقول أنّ للجريمة معنىً عاماً ومعنىً خاصاً:

فالجريمة بالمعنى العام هي عصيان ما أمر الله به، وهي بهذا المعنى تشمل كل فعل ترتبت عليه عقوبة سواء أكانت هذه العقوبة دنيوية أم أخروية.

وبالمعنى الخاص هي عصيان ما أمر الله به ورتب على عصيانه عقوبة دنيوية، وهو ما عبر عنه الماوردي في التعريف السابق بقوله: "زجر الله عنها بحد أو تعزير".

(١) انظر: فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد العاني، د. عيسى العمري: ١/١٨.

(٢) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١/٦٧.

ثانياً: العقوبة:

العقوبة في اللغة اسم من العقاب، والعقاب والمعاقبة: أن تجزي الرجل بما فعل سوءاً، وعاقبه بذنبه معاقبة وعقاباً: أخذه به^(١).

والعقوبة في الاصطلاح: هي "الجزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل وغير ذلك"، وسمي ذلك عقوبة؛ لأنها تتلو الذنب وتعقبه^(٢).

وعرفها الشيخ محمد أبو زهرة بأنها: "أذى ينزل بالجاني زجراً له"^(٣).

وعرفها الشيخ عبد القادر عودة بأنها: "الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع"^(٤).

وتعريف الشيخ عبد القادر عودة تعريف جيد، لكن من الأفضل أن يضاف إليه بعض القيود ليصبح جامعاً مانعاً، وبذلك يصبح التعريف كما يأتي:

العقوبة: "هي الجزاء الدنيوي المقرر على عصيان أمر الشارع زجراً للجاني ولغيره".

شرح التعريف:

الجزاء الدنيوي: احترازاً عن الجزاء الأخروي الذي لا يعلمه إلا الله تعالى.

على عصيان أمر الشارع: وذلك بترك واجب أو فعل محظور، سواء كان الأمر نصوص الشرع أم ولي الأمر وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.

زجراً للجاني ولغيره: بيان للغاية من إقامة العقوبة وهي زجر الجاني عن المعاودة في الذنب، وردع غيره عن القيام بمثل فعله.

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٦١٩/١، مادة عقب.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٣/٤.

(٣) القوبة، محمد أبو زهرة: ص ٧.

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦٠٩/١.

ثالثاً: تعريف القصاص:

أصل القصاص في اللغة من القصّ، والقصّ في اللغة يعني القطع، ويعني اتّباع الأثر؛ ومنه قوله تعالى: ﴿فَازْتَدَا عَلَىٰءِثَارِهِمَا قَصَصًا﴾ [الكهف: ٦٤]، أي رجعا من الطريق الذي سلكاه يَفُصَّانِ الأثر، أي يَتَبَّعَانِهِ، ويسمى القصاص في اللغة أيضاً القَوْدُ^(١)، ولعله إنّما سُمِّيَ بذلك؛ لأنّ المقتص منه في الغالب يقاد بشيء يربط فيه أو بيده إلى القتل، فسمي القتل قَوْدًا^(٢).

واصطلاحاً هو: "أن يُفعل بالجاني مثل ما فَعَلَ من قتل أو قطع أو ضرر"^(٣).

وعرفه الشيخ مصطفى الزرقا بأنّه: "معاقبة المجرم على جريمة القتل أو القطع أو الجرح عمداً بمثلها"^(٤).

والمقصود هنا المساواة بحيث يعاقب المجرم بالطريقة نفسها التي ارتكب بها الجريمة، لا المساواة بالمعنى العام؛ فالحدود كلها فيها مساواة بين الجريمة والعقوبة، إلا أنها لا تسمى قصاصاً. والمعنى اللغوي يتحقق في المعنى الاصطلاحي؛ ذلك أن المجني عليه أو ولي الدم يتتبع أثر الجاني حتى يقتص منه.

(١) انظر: لسان العرب ابن منظور: ٧٣/٧، مادة قصص، ومعجم مقاييس اللغة، ابن فارس: ١١/٥، مادة قصّ، وتاج العروس، الزبيدي: ١٠٤/١٨، مادة قصص.

(٢) المغني، ابن قدامة: ٢٩٩/٨.

(٣) انظر: التعريفات، الجرجاني: ١٧٦/١.

(٤) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا: ص ٦٧٩.

المبحث الثاني: مدخل إلى عقوبة التعزير.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية التعزير.

المطلب الثاني: حكم التعزير والضمان فيه.

المطلب الثالث: ما يشرع فيه التعزير.

المطلب الأول: مشروعية التعزير.

استدل الفقهاء على مشروعية التعزير بالقرآن والسنة وإجماع الأمة والمعقول...

أولاً: مشروعية التعزير من القرآن الكريم:

أما دليل مشروعيته من القرآن الكريم فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ وَاهْجُرُوهُمْ فِي الْمَصَاجِعِ وَاضْرِبُوهُمْ فَإِنْ اطَعَكُمْ فَلَا نَبْعُو عَلَيْكُمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٤].

وجه الاستدلال أن الله تعالى أباح ثلاث عقوبات للمرأة التي لا تطيع زوجها وهي الوعظ، والهجر، والضرب تأديباً وتهديباً لها، وفي ذلك إشارة إلى العقوبة التعزيرية^(١).

ثانياً: مشروعية التعزير من السنة الشريفة:

ثبتت مشروعية التعزير بالسنة النبوية الشريفة، وذلك من خلال أقوال النبي ﷺ وأفعاله، ومن ذلك^(٢):

أ- قول النبي ﷺ: «لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جَلَدَاتٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ»^(٣) فقد قرر النبي ﷺ أن هناك عقوبة جلد في غير الحدود وهي عقوبة التعزير، وهو دليل على مشروعية التعزير بالجلد.

(١) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٤٥/٥، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٣/٥.

(٢) انظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٠٧/٣، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٨٨/٢-٢٩١، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٧٦/٩.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب كم التعزير والأدب، ١٧٤/٨، رقم: ٦٨٤٨، ومسلم، كتاب الحدود، باب قدر أسواط

ب- حديث ابن عباس^(١) رضي الله عنهما، قال: لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ الْمُخَنَّثِينَ مِنَ الرِّجَالِ، وَالْمُتَرَجَّلَاتِ مِنَ النِّسَاءِ، وقال: «أَخْرِجُوهُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ» قال: فأخرج النبي ﷺ فلاناً وأخرج عمر فلاناً^(٢).

وجه الاستدلال هنا أَنَّ نفي المخنثين عقوبة تعزيرية طبقها النبي ﷺ وأمر بها.

ج- «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا فِي تُهْمَةٍ»^(٣).

د- أَنَّ النبي ﷺ قال للصحابة الكرام ﷺ بعد إقامة حد الشرب على رجل: «بَكْتُوهُ» فأقبلوا عليه يقولون: «مَا اتَّقَيْتَ اللَّهَ، مَا خَشَيْتَ اللَّهَ، وَمَا اسْتَحْيَيْتَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ أَرْسَلُوهُ»^(٤). وهذا دليل على مشروعية التعزير بالقول.

هـ- أن رجلاً من مزينة أتى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله: كيف ترى في حرية الجبل، فقال: «هُوَ وَمِثْلُهُ مَعَهُ، وَالنَّكَالُ وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الثَّمَرِ الْمُعْلَقِ قَطْعٌ، إِلَّا فِيْمَا آوَاهُ الْجَرِينُ، فَمَا أُخِذَ مِنَ الْجَرِينِ فَبَلَغَ ثَمَنَ الْمِجَنِّ^(٥) فَفِيهِ الْقَطْعُ، وَمَا لَمْ يَبْلُغْ ثَمَنَ الْمِجَنِّ فَفِيهِ غَرَامَةٌ مِثْلِيهِ وَجَلَدَاتُ

التعزير: ١٣٣٢/٣، رقم: ١٧٠٨، واللفظ للبخاري.

(١) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي، أبو العباس، حبر الأمة، ابن عم رسول الله ﷺ، كان يجلس للعلم، فيجعل يوماً للفقهاء، ويوماً للتأويل، ويوماً للمغازي، ويوماً للشعر، ويوماً لوقائع العرب. توفي بالطائف سنة (٦٨هـ). انظر: الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني: ١٢١/٤ وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٩٥/٤.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب اللباس، باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت: ١٥٩/٧، رقم: ٥٨٨٦.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره: ٣١٤/٣، رقم: ٣٦٣٠، وأخرجه بهذا اللفظ مع زيادة أو بألفاظ أخرى: الترمذي، كتاب أبواب الديات، باب ما جاء في الحبس في التهمة: ٢٨/٤، رقم: ١٤١٧، وقال حديث حسن، والنسائي، كتاب قطع السارق، باب امتحان السارق بالضرب والحبس: ٦٧/٨، والبيهقي، كتاب البيوع، باب في الحبس والملازمة: ٢٩٥/٢، رقم: ٢٠٩٥، ورواه الحاكم في المستدرک على الصحيحين، كتاب الأحكام: ١١٤/٤، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب الحد في الخمر: ١٦٣/٤، رقم: ٤٤٧٨، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في عدد حد الخمر: ٥٥٤/٨، رقم: ١٧٥٣٧، وأصل الحديث أخرجه البخاري: كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال بلفظ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ، قَالَ: «اضْرِبُوهُ» قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: فَمِنَّا الضَّارِبُ يَدِيهِ، وَالضَّارِبُ بِنَعْلِهِ، وَالضَّارِبُ بِتَوْبِهِ، فَلَمَّا انْصَرَفَ، قَالَ بَعْضُ الْقَوْمِ: أَخْزَاكَ اللَّهُ، قَالَ: «لَا تَقُولُوا هَكَذَا، لَا تُعِينُوا عَلَيْهِ الشَّيْطَانُ»^(٥): ١٥٨/٨، رقم: ٦٧٧٧، وزاد أبو داود وغيره الزيادة السابقة.

(٥) المِجَنُّ: هُوَ الثُّرْسُ. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ٣٠١/٤.

نُكَّال»^(١). فقوله ﷺ وجلدات نكال دَلَّ على أن عقوبة سرقة الثمر من على الشجر هي النكال أي التعزير، وكذلك سرقة ما دون النصاب عقوبتها التعزير.

والأحاديث الدالة على مشروعية التعزير كثيرة أقتصر منها هنا على ما ذكرت.

ثالثاً: مشروعية التعزير بالإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية التعزير^(٢)، ويدل لذلك فعل الصحابة الكرام وعدم الإنكار عليهم من أحد من الصحابة فكان إجماعاً^(٣)، ومن ذلك: ما روي عن عُمَرَ بن الخطاب رضي الله عنه: «لَا يَبْلُغُ بِنكَالٍ فَوْقَ عِشْرِينَ سَوْطًا»^(٤). والنَّكال هنا هو التعزير.

رابعاً: مشروعية التعزير من المعقول:

ومما يدل على مشروعية التعزير من المعقول أنه لا بد من عقوبة زاجرة عن الأفعال السيئة، والمعاصي التي لم تنص الشريعة على عقوبة مقدرة لها؛ لكيلا تصبح ملكات عند الناس، فتنتشر ويستدرج الناس إلى ما هو أقبح وأفحش^(٥)، ولذلك لا بد من تفويض ولي الأمر بإنزال العقوبة المناسبة بكل ما ليس فيه عقوبة مقدرة، وهذا هو التعزير، فمشروعيته مما تستوجبه صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.

(١) أخرجه النسائي، كتاب قطع السارق، باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين: ٨/٨٥، رقم: ٤٩٥٩، والحاكم في المستدرک، کتاب الحدود: ٣/٤٢٣، وقال: هذه سنة تفرد بها عمرو بن شعيب بن محمد، عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب، عن نافع، عن ابن عمر. وأخرجه بلفظ آخر: أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه: ٤/١٣٧، رقم: ٤٣٩٠، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب من سرق من الحرز: ٢/٨٦٥، رقم: ٢٥٩٦، وأحمد في مسنده: ١١/٥٢٨، رقم: ٦٩٣٦، والدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت: ٥/٤٢٢، رقم: ٤٥٧٠، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب جماع قطع اليد والرجل في السرقة، باب ما جاء في تضعيف الغرامة: ٨/٤٣٨، رقم: ١٧٢٨٦.

(٢) انظر: تبين الحقائق، الزيلعي: ٣/٢٠٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٥/٤٦، ومغني المحتاج، الشرييني: ٥/٥٢٣.

(٣) انظر: تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢/٢٩١، والمغني، ابن قدامة: ٩/١٧٧.

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب لا يبلغ بالحدود العقوبات: ٧/٤١٣.

(٥) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٥/٣٤٥، والبنابة شرح الهداية، العيني: ٦/٣٩٠.

المطلب الثاني: حكم التعزير والضمان فيه.

أولاً: حكم التعزير وأثر العفو فيه:

التعزير إما أن يكون لحق الله تعالى وإما أن يكون لحق العبد^(١)، فالتعزير لحق الله تعالى يختلف حكمه عن حكم التعزير الذي هو حق للعبد كما سألين فيما يأتي:

أ- حكم التعزير إذا كان حقاً لله تعالى:

اختلف الفقهاء في كون التعزير لحق الله تعالى عند وجود سببه واجباً أم غير واجب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية والمالكية والحنبلية في الراجح عندهم، وذهبوا إلى أنَّ التعزير إن كان لحق الله تعالى وجبت إقامته، ولا يحل للإمام العفو فيه إلا إذا كانت المصلحة متحققة في العفو؛ وذلك كما لو أنَّ الجاني قد ندم وانزجر وأظهر الإقلاع دون إقامة التعزير عليه، أو كان من أهل المروءة وقد وقع في الذنب لأول مرة^(٢).

واستدلوا بأن ما كان من التعزير منصوباً عليه يجب امتثال الأمر فيه؛ وذلك امتثالاً لأمر الشارع، وما لم يكن منصوباً عليه إذا رأى الإمام المصلحة في تعزيره، أو علم أنه لا يزجر إلا به وجب؛ لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحل^(٣).

ولأنَّ المعصية تفتقر إلى ما يمنع من فعلها، فإذا لم يجب فيها حدٌ ولا كفارة؛ وجب أن يشرع فيها التعزير ليتحقق المانع من فعلها^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٣/٧، وأنوار البروق في أنواء الفروق، القرافي: ١٨١/٤، فرق ٢٤٦، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٢/٥.

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٤٦/٥، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٤٩/٥، والفروق، القرافي: ١٧٩/٤-١٨١، فرق ٢٤٦، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عlish: ٣٥٥/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢١/٦-١٢٤، والإنصاف، المرداوي: ١٠/٢٤١.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٤٦/٥، وحاشية ابن عابدين: ٧٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٧٩/٩.

(٤) كشاف القناع، البهوتي: ١٢١/٦.

القول الثاني: للشافعية، حيث ذهبوا إلى أنَّ إقامة التعزير غير واجبة إن كان حقاً لله تعالى، فإن رأى الإمام ترك التعزير جاز ذلك إن لم يتعلق به حق آدمي، وكان في العفو مصلحة^(١). بل إن رأى المصلحة في تركه مطلقاً تركه وجوباً^(٢).

واستدلوا بما يأتي^(٣):

١ - فعل النبي ﷺ؛ وذلك بأن أموراً تقتضي التعزير قد فعلت عنده ﷺ أو رفعت إليه ولم يعزر فيها، ومن ذلك: أَنَّ رَجُلًا مِّنَ الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ^(٤) عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ فِي شِرَاحِ الْحَرَّةِ^(٥) الَّتِي يَسْقُونَ بِهَا النَّخْلَ، فَقَالَ الْأَنْصَارِيُّ: سَرَّحِ الْمَاءَ يُمُّرُ، فَأَبَى عَلَيْهِ، فَاخْتَصَمَا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلزُّبَيْرِ: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ»، فَغَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ، فَقَالَ: أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ؟ فَتَلَوْنَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ قَالَ: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ^(٦)»، فَقَالَ الزُّبَيْرُ: " وَاللَّهِ إِنِّي لَأَحْسِبُ هَذِهِ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِي ذَلِكَ: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥]^(٧).

(١) انظر: الأم، الشافعي: ١٨٧/٦، والحاوي الكبير، الماوردي: ٤٢٧/١٣، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي: ٣٧٤/٣، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي: ١٧٦/١٠، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٨١/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٦/٥.

(٢) حاشية الشرواني على وتحفة المحتاج، مطبوع مع التحفة: ١٨١/٩.

(٣) انظر: الأم، الشافعي: ١٨٧/٦، والحاوي الكبير، الماوردي: ٤٢٦/١٣، والمهذب، الشيرازي: ٣٧٤/٣، وتكملة المطيعي للمجموع (مطبوع مع المجموع): ١٢١/٢٠-١٢٢، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٦/٥.

(٤) هو الصحابي الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب القرشي الأسدي، أبو عبد الله، حواري رسول الله ﷺ وابن عمته، وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى، وهو أول من سلَّ سيفاً في الله عز وجل، مات شهيداً يوم الجمل. انظر: أسد الغابة، الجزري: ٩٧/٢، وما بعدها، الإصابة، ابن حجر العسقلاني: ٤٥٧/٢، وما بعدها.

(٥) شراح جمع شَرَحَ، والشَّرْحُ: مَسِيلُ الْمَاءِ مِنَ الْحَرَارِ إِلَى السُّهُولَةِ. (لسان العرب، ابن منظور: ٣٠٦/٢، مادة شرح)، وإنما أضيفت إلى الحرة لكونها فيها والحرة موضع معروف بالمدينة. (فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٣٦/٥).

(٦) الجدر: هو ما وضع بين شربات النخل كالجدار، وقيل المراد الحواجز التي تحبس الماء، والجدر في اللغة أصل الجدار. انظر:

معجم مقاييس اللغة، ابن فارس: ٤٣١/١، مادة: جذر، وفتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني: ٣٧/٥،

(٧) أخرجه البخاري، كتاب المساقاة، باب سَكْرِ الْأَنْهَارِ: ١١/٣، رقم: ٢٣٥٩، ومسلم، كتاب الفضائل، باب وجوب اتباعه

وجه الاستدلال أنه لو لم يجز ترك التعزير لعزّر رسول الله ﷺ الأنصاري على ما قال^(١).

ومن ذلك أيضاً حديث ابن مسعود^(٢)، قال: قَسَمَ رسول الله ﷺ قسمةً، فقال رجل من الأنصار: والله ما أراد محمد وجه الله، فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته، فتمعّر^(٣) وجهه وقال: «رَحِمَ اللَّهُ مُوسَى، لَقَدْ أُودِيَ بِأَكْثَرٍ مِنْ هَذَا فَصَبَرَ»^(٤).

وجه الاستدلال أن النبي ﷺ لم يعزّر المسيء رغم أنه قد فعل ما يوجب التعزير.

القول الثالث: وهو قول عند الحنبلية أن التعزير مندوب وليس بواجب، لكنهم لم يوردوا أدلة على هذا القول^(٥).

المناقشة والترحيح:

١ - أجيب عن حديث الزبير بأنه حق لآدمي -وهو رسول الله ﷺ- فجاز له تركه، بخلاف حق الله تعالى لا يجوز له تركه.

وأجيب عن قول الشافعية أن التعزير غير مقدر فلا يجب، بأن غير المقدر قد يجب كنفقات الزوجات والأقارب، ونصيب الإنسان في بيت المال غير مقدر وهو واجب^(٦).

ويرى الباحث أن الخلاف بين الجمهور والشافعية خلاف لفظي؛ وذلك أن الإمام لا يجوز له العفو عن الجناة إلا إذا كان في هذا العفو مصلحة متحققة، فتصرفات الإمام كلها منوطة بالمصلحة،

ﷺ: ٤/١٨٢٩، رقم: ٢٣٥٧. واللفظ للبخاري.

(١) المذهب، الشيرازي: ٣/٣٧٤.

(٢) هو الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، من أكابر الصحابة فضلاً وعقلاً، أسلم قديماً وهاجر المحترين، وشهد بدرأ والمشاهد بعدها، ولازم النبي ﷺ، وكان صاحب نعليه. انظر: الإصابة، ابن حجر العسقلاني: ٤/١٩٨، والأعلام، الزركلي: ٤ / ١٣٧-١٣٨.

(٣) تمعّر وجهه: أي تعيّر. النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير: ٤/٣٤٢.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الأدب، باب من أخبر صاحبه بما يقال فيه: ١٨/٨، رقم: ٦٠٥٩، ومسلم، كتاب الزكاة، باب إعطاء المؤلف قلوبهم على الإسلام وتصير من قوي إيمانه: ٧٣٩/٢، رقم: ١٠٦٢، واللفظ للبخاري.

(٥) انظر: المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح: ٧/٤٢٣، والإنصاف، المرداوي: ١٠/٢٤٠.

(٦) انظر: الفروق، القرافي: ٤/١٧٩، فرق ٢٤٦.

وبذلك يرجع قول الشافعية إلى ما قال به الجمهور حيث إنهم أجازوا للإمام العفو عن الجاني في العقوبة التعزيرية إن كان في ذلك مصلحة متحققة.

ويؤكد هذا المعنى الماوردي (٤٥٠هـ) من الشافعية في كتابه الأحكام السلطانية حيث إنه يشير إلى أنه إذا كان التعزير حقاً لله فإن للإمام فعل الأصلح من التعزير تقويماً أو الصفح عن الجاني عفواً^(١).

وما استدلل به الشافعية من أن النبي ﷺ قد ترك التعزير في مواضع ما هو إلا للمصلحة التي رآها ﷺ في ذلك، فهو قدوة الأئمة في تحقيق المصلحة للمجتمع.

وإلى هذا الرأي ذهب الشيخ محمد أبو زهرة؛ فهو يرى أنه لا يوجد خلاف جوهري بين المذاهب الأربعة في موضوع حكم التعزير إذا كان حقاً لله تعالى؛ وذلك أن العقوبات على المعاصي التي ليس للأدمين حق فيها ليست أمراً حتماً في ذاته، لأن الباعث على العقوبة إما فساد يعم، أو حمل على التوبة والرجوع إلى الجادة، أو الزجر العام بأن تكون الجريمة وقعت علناً، فإذا تحقق الموجب بأحد هذه الأمور وجب العقاب، وهذه المعاني بلا شك يقدرها الإمام الشافعي رحمه الله، ولا يمكن أن يقول الإمام الشافعي إنَّ الإمام له أن يترك التعزير إذا تعين دفعاً للفساد ومنعاً لاستمرار الجريمة، أو منعاً لشيوعها بين الناس^(٢).

وإذا أخذ هذا الرأي بالاعتبار فإنَّ قول الزيلعي (٧٤٣هـ)^(٣) بأنَّ الأمة قد أجمعت على وجوب التعزير في كبيرة لا توجب الحد أو جناية لا توجب الحد^(٤) يكون صحيحاً إذا لم يتب الجاني ويظهر عليه الانزجار قبل إقامة التعزير عليه.

(١) انظر: الأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣٤٦.

(٢) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٣٣.

(٣) هو عثمان بن علي بن محجن بن يونس أبو عمرو الزيلعي، الملقب فخر الدين، فقيه حنفي، قدم القاهرة سنة (٧٠٥هـ)، ورأس بها ودرس وأفتى وصنف وانتفع الناس به، ونشر الفقه، توفي بقرافة مصر سنة (٧٤٣هـ)، من مؤلفاته: "تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق" و "تركة الكلام على أحاديث الأحكام" و "شرح الجامع الكبير". انظر: الجواهر المضنية في طبقات الحنفية، محي الدين الحنفي: ٣٤٥/١، والأعلام الزركلي: ٢١٠/٤.

(٤) انظر: تبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٠٧/٣.

ب- حكم التعزير إذا كان حقاً للعبد:

إذا كان التعزير حقاً للعبد، فإما أن يطلب استيفاءه وإما أن يعفو عن الجاني، فهنا حالتان:

الأولى: أن يطلب صاحب الحق استيفاء التعزير من الجاني ففي هذه الحالة ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في القول الأصح والحنبلية إلى وجوب إقامة التعزير على الجاني، ولا يجوز للإمام العفو عن الجاني، لأنه حق للمجني عليه^(١).

وفي قول آخر للشافعية رجّحه ابن المقري (٨٣٧هـ)^(٢) أنه لو طلب صاحب الحق التعزير فإنه لا يلزم الإمام إجابته، وله العفو عن الجاني^(٣).

والحالة الثانية: أن يقرر صاحب الحق العفو عن الجاني فإن له ذلك باتفاق المذاهب الأربعة؛ لأنه كسائر حقوقه يجوز العفو فيه وإن بلغ الإمام؛ لأنه حق لآدمي^(٤).

فإن عفا مستحق التعزير، فللإمام أن يعزر لحق الله تعالى في الأصح عند الشافعية^(٥).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١- إن أصل التعزير يتعلق بنظر الإمام ورأيه، فلم يؤثر فيه إسقاط غيره^(٦).

(١) البحر الرائق، ابن نجيم: ٤٩/٥، وحاشية ابن عابدين: ٥٤/٤، والذخيرة، القرافي: ١١٩/١٢، ومنح الجليل، محمد عlish: ٣٥٥/٩، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٨٠/٩-١٨١، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٦/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢٤/٦، والمبدع، ابن مفلح: ٤٢٤/٧.

(٢) هو اسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله بن إبراهيم الشرجي الحسيني الشاوري اليمني، أخذ الفقه والعربية والأدب ومهر فيها وفي غيرهما من العلوم، وبرز في المنطوق والمفهوم، أقبل عليه ملوك اليمن وصار له حظ عند الخاص والعام، توفي سنة: (٨٣٧هـ)، من مؤلفاته: "الإرشاد وهو مختصر الحاوي الصغير" و"الروض وهو مختصر الروضة للنووي" وغيرها. انظر: الضوء اللامع، السخاوي: ٢٩٢/٢ وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٣١٠-٣١١.

(٣) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٨١/٩.

(٤) البحر الرائق، ابن نجيم: ٤٩/٥، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣٢٠/٦، ومنح الجليل، محمد عlish: ٣٥٦/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٦/٥.

(٥) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٤٢٧/١٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٨١/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٦/٥.

(٦) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٨١/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٦/٥.

٢- إنَّ التعزير غير مضبوط؛ لأنه يحصل بأنواع شتى من ضرب وصفع وتوبيخ وحبس ونحو ذلك، ويحصل بقليل هذه الأمور وكثيرها، ومستحقه لم يستحق نوعاً معيناً من أنواع التعازير، ولا مقداراً معيناً بل استحق مجهولاً، والإبراء من المجهول باطل^(١).

٣- إنَّ ذلك لا يخلو أيضاً من الجناية على حق الله تعالى والتقويم فيه من حقوق المصالح العامة، وربما أراد الإمام زجره عن العود إلى مثله^(٢).

ويرجع الباحث ما ذهب إليه الشافعية في الأصح من أن للإمام أن يعزر الجاني إن عفا عنه صاحب الحق، لأن الجرائم كما فيها اعتداء على حق الفرد، فإن فيها اعتداء على حق الجماعة ككل، ولكيلا يبقى المجرم دون عقوبة زاجرة.

ثانياً: الضمان في التعزير:

التعزير إما أن يكون من قبل الإمام أو نائبه، وإما أن يكون من قبل غيره كتأديب الزوج أو الولي لمن تحت ولايته.

أ- فإذا كان التعزير من قبل الإمام أو نائبه فقد اختلف الفقهاء في ضمان ما يحدث من تلف فيه على قولين:

القول الأول: للحنفية والمالكية والحنبلية، حيث ذهبوا إلى أنَّ الإمام لا يضمن ما نتج من تلف عن التعزير^(٣).

(١) انظر: المصادر السابقة نفسها.

(٢) الوسيط في المذهب، الغزالي: ٥١٥/٦، والحاوي الكبير، الماوردي: ٣٢٧/١٣.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ٦٤/٩، وفتح القدير، ابن لهمام: ٣٥٢/٥، والذخيرة، القرافي: ١١٩/١٢، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ١١٠/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٥٥/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٧٩/٩، وكشاف القناع البهوتي: ١٢٦/٦.

واستدلوا على قولهم بما يأتي:

١ - إنَّ الإمام مأمور بالتعزير، وفعل المأمور لا يقيّد بشرط السلامة، كما أن السلامة خارجة عن وسع الإمام، وفي وسعه فقط ألا يتعرض لسببها القريب، بأن يتوسط بين التخفيف وبين ما هو مؤلم زاجر^(١).

٢ - إنَّ التعزير عقوبة مشروعة للردع والزجر، فلم يضمن الإمام من تلف بها، كالحـد^(٢).

القول الثاني: قول الشافعية أنَّ ما حصل من تلف في التعزير فهو مضمون على الإمام سواء استوفاه في حقوق الله تعالى، أم في حقوق العباد^(٣).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١ - ويقول علي بن أبي طالب عليه السلام: «مَا كُنْتُ أَقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدًّا، فَيَمُوتَ فِيهِ، فَأَجِدَ مِنْهُ فِي نَفْسِي، إِلَّا صَاحِبَ الْخَمْرِ، لِأَنَّهُ إِنْ مَاتَ وَدَيْتُهُ، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَسْنَهُ»^(٤).

وجه الاستدلال أنه ليس المراد به من مات من الحد، فإن النبي ﷺ حد في الخمر أربعين، فثبت أنه أراد من الزيادة على الأربعين^(٥).

٢ - أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث إلى امرأة في شيء بلغه عنها، فأسقطت، فاستشار، فقال له قائل: أنت مؤدب، فقال له علي: إن كان اجتهد فقد أخطأ، وإن لم يجتهد فقد غش، عليك الدية، قال: عزمت عليك ألا تجلس حتى تضربها على قومك^(٦).

وجه الاستدلال أن الدية وجبت على سيدنا عمر رضي الله عنه في تلف وقع بسبب التعزير.

(١) انظر: فتح القدير، ابن لهمام: ٣٥٢/٥.

(٢) المغني، ابن قدامة: ١٧٩/٩.

(٣) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٤٢٧/١٣.

(٤) متفق عليه من طريق البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال: ١٥٨/٨، رقم: ٦٧٧٨، ومسلم، كتاب الحدود،

باب حد الخمر: ١٣٣٢/٣، رقم: ١٧٠٧. واللفظ لمسلم.

(٥) المهذب، الشيرازي: ٣٧٥/٣.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب الإمام يضمن والمعلم يغرم من صار مقتولاً بتعزير الإمام وتأديب

المعلم: ٢٠٣/٦، رقم: ١١٦٧٢.

المناقشة والترحيح:

١- رُدَّ استدلال الشافعية بقصة سيدنا عمر؛ بأنَّه لا حجة لهم فيه؛ لأن الجنين لم يرتكب جناية، وليس عليه تعزير، ولذلك لم يسقط ضمانه^(١).

٢- رُدَّ استدلال الشافعية بقول علي السابق بأنَّه قد خالفه غيره من الصحابة، فلم يوجبوا شيئاً به، ولم يعمل به الشافعي ولا غيره من الفقهاء، فكيف يحتج به مع ترك الجميع له^(٢).

ويرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من سقوط الضمان عن الإمام في التعزير إن ظن سلامة المعزَّر. والقول بوجوب الضمان قد يقيد ولي الأمر في تطبيق العقوبات اللازمة لمحاربة الجريمة والفساد في المجتمع، وهذا ليس بمستساغ^(٣).

ب- إن صدر التأديب من قبل الولي أو المعلم، ففي هذه الحالة قرر الفقهاء في الضرب للتأديب ألا يكون مبرحاً، ولا يكون على الوجه، ولا على المواضع المخوفة، وأن يكون مما يعد مثله تأديباً، فإن المقصود منه الصلاح ليس غير، فإن غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد إلا أن يكون مخوفاً لم يجز التعزير بالضرب، وإلا كان ضامناً بلا خلاف؛ لأن الضرب غير المعتاد والذي لا يعد مثله تأديباً؛ تعد وإسراف؛ فيوجب الضمان^(٤).

فإن كان التأديب منهم ضمن الحد المعتاد فقد اختلف الفقهاء في ضمان ما يحصل منه من تلف على قولين:

(١) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٧٩/٩.

(٢) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٧٩/٩.

(٣) انظر: التعزير في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز عامر: ص ٥٢.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ابن نجيم: ص ٢٤٩، ومنح الجليل، عlish: ٣٥٨/٩، وأسنى المطالب في شرح الروض الطالب، زكريا الأنصاري: ٢٣٩/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٧٩/٩.

القول الأول: للحنفية والشافعية حيث ذهبوا إلى أن هؤلاء يضمنون ما حصل من تلف بسبب تعزيرهم^(١)؛ لأن الإمام محق فيما يقيمه من التعزير، وهو مستوف حقاً لله تعالى، فإذا حصل تلف فكأنه حصل ممن له الحق في ذلك^(٢).

القول الثاني: للمالكية والحنبلية حيث ذهبوا إلى أنه ليس على الولي أو المعلم ضمان ما أتلف إذا أدب صبيه الأدب المشروع^(٣).

الترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الحنفية والشافعية من وجوب الضمان على الولي في التعزير؛ لأن المقصود من تعزير الولي والمعلم هو التأديب، وهو مقيد بشرط السلامة كما مر، فإذا كان من تحت ولايتهم لا ينفع معه التعزير المعتاد؛ لم يجز لهم التعزير أصلاً. والله أعلم.



-
- (١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٦٤/٩، وحاشية ابن عابدين: ٧٩/٤، والأم، الإمام الشافعي: ٩٤/٦-١٩١، والأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣٤٧.
- (٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ٦٤/٩-٦٥.
- (٣) انظر: تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٤٠/٢، ومنح الجليل، عlish: ٣٥٨/٩، والأحكام السلطانية، أبو يعلى: ٢٨٢/١، والمغني، ابن قدامة: ١٧٩/٩.

المطلب الثالث: ما يشرع فيه التعزير.

لم تحدد الشريعة الإسلامية جرائم التعازير، كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وهذا لا يعني أنها لم تنص على شيء منها، بل نصّت على ما تعدّه ضاراً بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام؛ كالربا وخيانة الأمانة والسب والرشوة، ثم تركت لأولي الأمر أن يجزّموا ما يرون -بحسب الظروف- أنّه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها، وأوجبت أن يكون ذلك متفقاً مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة^(١).

والمبدأ السابق هو من أهم الأسباب التي تؤدي إلى بقاء الشريعة الإسلامية وتفوقها، لأنّ ذلك يجعل التشريع الإسلامي يسائر الزمن، ويقيه متجدداً حافظاً لكل المميزات التي تضمن له البقاء والتفوق والصلاحية^(٢).

على أنه ليس في الشريعة الإسلامية ما يمنع أولي الأمر من تقنين العقوبات وتحديداتها لمختلف أنواع الجرائم؛ لأنّ هذا التحديد داخل في ذلك التفويض الممنوح لهم^(٣).

ولكن إذا كانت المصلحة قد قضت بأن تترك العقوبة التعزيرية مفوضة إلى رأي الحكام دون تحديد ثابت، فإن من اللازم تحديد الحالة الجرمية التي قد يستحق الإنسان بها التعزير^(٤)، ولذلك وضع الفقهاء ضابطاً عاماً لجرائم التعازير حددوا بموجبه الجرائم التي تدخل تحت باب التعزير، وهذا الضابط هو أن: التعزير يجب في كل معصية لا حد فيها ولا قصاص ولا كفارة سواء كانت حقاً لله أو حقاً لآدمي^(٥).

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١٢٧/١.

(٢) انظر: التعزير في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز عامر: ص ٥٣-٥٤.

(٣) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١٣٣/١، والمدخل الفقهي العام، د. أحمد الزرقا: ٦٩٦/٢.

(٤) المدخل الفقهي العام، د. أحمد الزرقا: ٦٩٣/٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٣/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٤٦/٥، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٨٩/٢، والتاج

والإكليل لمختصر خليل، العبدري: ٤٣٦/٨، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٢/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢١/٦، ومطالب

أولي النهي في شرح غاية المنتهى، السيوطي الرحيباني: ٢٢٠/٦.

لكن هذا الضابط ليس على إطلاقه، بل هو على الأعم الأغلب، فالتعزير يجب في المعاصي، ومن الممكن أن يجتمع مع الحد أو القصاص أو الكفارة، كما أن التعزير قد يجب في أفعال ليست من المعاصي إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك. وفيما يأتي تفصيل لذلك:

أولاً: التعزير على المعاصي:

اتفق الفقهاء على أن التعزير يجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة سواء أكانت حقاً لله تعالى أم لآدمي^(١)؛ لأنَّ المعصية تفتقر إلى ما يمنع من فعلها، فإذا لم يجب فيها حد ولا كفارة؛ وجب أن يشرع فيها التعزير، لتحقيق المانع من فعلها^(٢)، ومعنى أن المعصية حق لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها، ومعنى أنها حق لآدمي أنها تمس حقوق الأفراد^(٣).

والمعصية التي يجب فيها التعزير في هذه القاعدة على نوعين: ترك واجب أو فعل محرم^(٤).

فالواجب شرعاً هو "ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً حتماً"^(٥)، والمحرم شرعاً هو "هو ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام"^(٦).

وقد مثل الفقهاء لترك الواجب بترك الزكاة والصلاة، وترك قضاء الديون، وترك أداء الأمانات؛ مثل الودائع، وأموال الأيتام وغللات الوقوف، وما تحت أيدي الوكلاء، والمقارضين وشبه ذلك، والامتناع من رد المغصوب والمظالم مع القدرة على ذلك^(٧)، وكذلك كتمان ما يجب بيانه؛ كالبيع

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٣/٧، والبنية، العيني: ٣٩٠/٦، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٨٩/٢، والتاج والإكليل، العبدري: ٤٣٦/٨، والمهذب، الشيرازي: ٣٧٣/٣، ومغني المحتاج، الشرييني: ٥٢٢/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٧٦/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢١/٦-١٢٣.

(٢) المبدع، ابن مفلح: ٤٢٣/٧.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١٢٨/١.

(٤) انظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، الطرابلسي: ١٩٥/١، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٨٩/٢، والمبدع، ابن مفلح: ٤٢٣/٧.

(٥) الوجيز في أصول الفقه، محمد الزحيلي: ٣٠٥/١.

(٦) الوجيز في أصول الفقه، محمد الزحيلي: ٣٤٩/١.

(٧) انظر: تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٨٩/٢، والأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٢٨٩-٢٩٠، والطرق الحكمية، ابن قيم الجوزية: ص ٩٣.

المدّلس في المبيع بإخفاء عيب ونحوه، والمؤجر المدّلس، والناكح المدّلس، وغيرهم من العاملين إذا دّلس^(١)، فمن ترك واجباً من تلك الواجبات مع القدرة عليه؛ فإنه يعاقب حتى يؤديه.

أنواع المعاصي التي يجب فيها التعزير:

المعاصي التي تجب فيها التعزير على ثلاثة أنواع، وبيّناها فيما يأتي^(٢):

النوع الأول: ما كانت العقوبة الأصلية فيه هي التعزير، وهو ما لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد، ومن هذا النوع أكثر المعاصي مثل: حماية الظلمة والذبّ عنهم، والنظر إلى الأجنبية، والغش في الأسواق، والعمل بالرّبا وشهادة الزور وغير ذلك^(٣).

النوع الثاني: ما يجب فيه التعزير كعقوبة بدليّة عن العقوبة الأصلية، كما في الجرائم التي عقوبتها الأصلية هي الحدود أو القصاص، لكنّ هذه العقوبة لم تطبق لوجود شبهة أو مانع من تطبيقها، فوجب التعزير بدلاً عنها، وسأبين هذه الحالات في الفصول القادمة من البحث.

النوع الثالث: ما يجب فيه التعزير كعقوبة إضافية تكميلية مع العقوبة الأصلية؛ والتي تكون الحد، أو القصاص، أو الدية والكفارة، أو الكفارة^(٤) فقط، فإذا وجبت العقوبة الأصلية المقدرة؛ فإنه من الممكن أن يجتمع التعزير معها في بعض الحالات التي نص عليها الفقهاء، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربعة في المسألة^(٥).

(١) انظر: كشف القناع، البهوتي: ١٢٥/٦.

(٢) انظر في أنواع الفعل المحرم: تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢/٢٩٠، والطرق الحكمية، ابن قيم الجوزية: ص ٩٤.

(٣) انظر: مواهب الجليل، الخطاب: ٦/٣٢٠، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢/٢٩٠، والطرق الحكمية، ابن قيم الجوزية: ص ٩٤.

(٤) الكفارة في أصلها نوع من العبادة، فإذا فرضت فيما لا يعد معصية كانت عبادة خالصة، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم، وإذا فرضت على معصية فهي عقوبة خالصة، كالكفارة في القتل الخطأ والظهار، والكفارة في هذا تشبه المال، فهو قد يكون عقوبة جنائية كما في حالة الغرامة، وقد يكون تعويضاً إذا حكم به لتعويض الضرر، وقد يكون عقوبة وتعويضاً إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية.

وقيل أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة؛ فسببهما ما يكون دائراً بين الحظر والإباحة، فكما أن المباح المحض، وهو القتل بحق لا يصلح سبباً للكفارة، فكذلك المحذور المحض، وإنما السبب القتل الخطأ؛ لأنه باعتبار أصل الفعل مباح، وباعتبار المخل الذي أصابه محذور. انظر: المبسوط، السرخسي: ٢٧/٨٦، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١/١٣١.

(٥) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١/١٣٠.

وسياًتي تفصيل اجتماع التعزير مع الحد والقصاص في الفصول القادمة من البحث.

أما اجتماع التعزير مع الكفارة فمن أمثلته أنَّ المالكية ذهبوا إلى إيجاب التعزير مع الكفارة في الجماع في الإحرام وفي نهار رمضان، وفي وطء المظاهر منها قبل الكفارة، متعمداً في الجميع^(١).

وعند الشافعية يجتمع التعزير مع الكفارة في الجماع في نهار رمضان، وفي المظاهر من زوجته، وفي اليمين الغموس، وفي قتل من لا يقاد به، كقتل الوالد للولد^(٢).

وذهب الحنبلية في قول إلى اجتماع التعزير مع الكفارة في الجماع في نهار رمضان وفي الإحرام وفي المظاهر من زوجته وفي القتل شبه العمد^(٣)، لكن الصحيح من المذهب أنه لا يجتمع التعزير مع الكفارة في هذه المواضع^(٤).

ثانياً: التعزير على ترك المندوب أو فعل المكروه:

سبق القول أنَّ الفقهاء متفقون على أن التعزير يجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، ولكن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، فقد يجب التعزير في أفعال لا يصح تسميتها بمعصية، لكن لا بد من ترتيب العقوبة عليها لمنع انتشار الفساد ولصلاح المجتمع.

ومن التعزير على غير المعاصي التعزير لترك المندوب أو فعل المكروه أو التعزير على أفعال مباحة تحقيقاً للمصلحة العامة للمجتمع.

أما فيما يخص التعزير على ترك المندوب أو فعل المكروه، فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

(١) تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢/٢٩٠.

(٢) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٧٨/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥/٥٢٤، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٦٢/٤.

(٣) الإنصاف، المرداوي: ٢٣٩/١٠-٢٤٠، والطرق الحكمية، ابن قيم الجوزية: ص ٩٤، وإعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية: ٧٦/٢.

(٤) الإنصاف، المرداوي: ٢٣٩/١٠.

القول الأول: للحنفية والمالكية في قول؛ حيث ذهبوا إلى جواز التعزير على ترك المندوب أو فعل المكروه^(١)، وهو ما يؤخذ من قواعد المذهب الشافعي؛ حيث أجازوا التعزير في أفعال ليست من المعاصي^(٢).

جاء في مواهب الجليل: "وقد قال علماؤنا في تارك شيء من السنن والأدب: إن الواجب أن يقبح له فعله وأن يذم على ذلك فإن أبي أن يرجع وإلا هجر من أجل ما أتى به من خلاف السنة"^(٣).

وجاء في حاشية قليوبي: "فقد يشرع التعزير ولا معصية"^(٤).

واستدل أصحاب هذا القول بفعل سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وذلك «أَنَّ رَجُلًا حَدَّ شَفْرَةً وَأَخَذَ شَاةً لِيَذْبَحَهَا، فَضْرَبَهُ عُمَرُ رضي الله عنه بِالذَّرَّةِ وَقَالَ: أَتُعَذِّبُ الرُّوحَ؟ أَلَا فَعَلْتَ هَذَا قَبْلَ أَنْ تَأْخُذَهَا»^(٥).
وجه الاستدلال أن الرجل قد أتى فعلاً مكروهاً حينما أضجع الشاة وبدأ يحد شفرته^(٦)، فضربه سيدنا عمر رضي الله عنه تأديباً وتعزيراً له، فدل على جواز التأديب في فعل المكروه.

القول الثاني: للمالكية في القول الثاني؛ حيث ذهبوا إلى أنه لا تعزير على فعل المكروه.
جاء في مواهب الجليل: "ولا يكون الأدب في المكروه"^(٧).^(٨)

(١) انظر: معين الحكام، الطرابلسي: ١/١٩٥، ومواهب الجليل، الخطاب: ٦/٣٢٠.

(٢) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩/١٧٨، وحاشية قليوبي: ٤/٢٠٦.

(٣) مواهب الجليل، الخطاب: ٦/٣٢٠.

(٤) حاشية قليوبي: ٤/٢٠٦.

(٥) أخرجه: مالك في الموطأ، رواية أبي مصعب الزهري، كتاب الضحايا باب ما يكره من الذبائح: ٢/١٦٥، رقم: ٢١٦٥، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضحايا، باب الذكاة بالحديد ربما يكون أخف على المذكي: ٩/٤٧١، رقم: ١٩١٤٢.

(٦) انظر: البناية شرح الهداية، العيني: ١١/٥٦١.

(٧) انظر: معين الحكام، الطرابلسي: ١/١٩٥، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢/٢٨٩، ومواهب الجليل، الخطاب: ٦/٣٢٠.

(٨) لم يتطرق الحنبلية-فيما اطلعت عليه من مصادرهم- إلى حكم التعزير في ترك المندوب وفعل المكروه، ويبدو للباحث أنه غير مشروع عندهم.

وقد وفق الخطّاب (٩٥٤هـ)^(١) بين قولي المالكية حيث قال: "والظاهر.. أنّ من واطب على ترك المسنون أو على فعل المكروه هو الذي يؤدّب ويجرح ومن كان منه ذلك مرة لم يؤدّب"^(٢).

سبب الخلاف في المسألة والراجح:

إن أساس اختلاف الفقهاء في جواز التعزير في ترك المندوب أو فعل المكروه؛ هو اختلافهم في كون المندوب والمكروه من أحكام التكليف أم لا، فمن رأى أن المندوب والمكروه لا يدخل في أحكام التكليف، قال بعدم جواز العقاب؛ لأنه لا عقاب بدون تكليف، ومن قال إن المندوب والمكروه هو من أحكام التكليف قال بجواز العقاب^(٣).

ويرجح الباحث القول بجواز التعزير على ترك المندوب أو فعل المكروه إن كان في ذلك مصلحة متحققة تراها السلطة التشريعية، وهو قول عضده الدليل بما مر من فعل سيدنا عمر رضي الله عنه، حتى وإن كان ترك المندوب أو فعل المكروه لا يسمى معصية؛ ذلك أن التعزير يمكن أن يكون في أفعال ليست من المعاصي تحقيقاً للصالح العام.

فالأصوليون مع اختلافهم في كون المندوب مأموراً به أم لا، اتفقوا على أن تركه لا يسمى معصية؛ فمن قال أنه غير مأمور به فعنده لا يسمى تارك المندوب عاصي؛ ومن قال أن المندوب مأمور به أطلق على تاركه اسم المخالف وغير الممثل؛ وذلك أن العصيان اسم ذم مختص بمخالفة أمر الإيجاب، لا بمخالفة مطلق الأمر، وما قيل في المندوب ينطبق على المكروه^(٤).

ومما يدل على ما رجحه الباحث ما قاله الإمام النووي (٦٧٦هـ)^(٥) في شرحه على صحيح مسلم

(١) هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرُّعَيْنِيّ، أبو عبد الله، المعروف بالخطّاب، فقيه مالكي، أصله من المغرب، ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب سنة: (٩٥٤هـ). من كتبه "قرة العين بشرح ورفات إمام الحرمين" في الأصول، و "مواهب الجليل في وشرح مختصر خليل" في الفقه وغيرها. الأعلام، الزركلي: ٧/ ٥٨.

(٢) مواهب الجليل، الخطّاب: ٦/ ٣٢٠، بتصرف بسيط.

(٣) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١/ ١٥٥.

(٤) انظر: المستصفى، الغزالي: ١/ ٦٠-٦١، والإحكام، الأمدي: ١٢٠-١٢٢.

(٥) هو يحيى بن شرف بن مُرِّي بن حسن الحزامي الحوراني، النووي أو النواوي، الشافعيّ، محيي الدين، أبو زكريا، علامة الفقه الشافعي والحديث واللغة، مولده ووفاته في نوا (من قرى حوران، بسورية) وإليها نسبته، توفي سنة (٦٧٦هـ)، من تصانيفه "المجموع شرح والمهذب" لم يكمله، و "وروضة الطالبين"، و "المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج" وغير ذلك. انظر:

تعقيباً على قول النبي ﷺ لمعاذ بن جبل رضي الله عنه^(١) لما أطل بالناس في الصلاة: «يَا مُعَاذُ أَفَتَأْتِ أُنْتُ»^(٢)، قال: "فيه الإنكار على من ارتكب ما ينهى عنه وإن كان مكروهاً غير محرم،.... والتعزير على إطالتها إذا لم يرض المأمومون"^(٣).

ثالثاً: التعزير للمصلحة العامة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التعزير في أفعال ليست من المعاصي تحقيقاً للمصلحة، وذلك كتعزير غير المكلفين من الصبيان والمجانين استصلاحاً لهم مع أن فعلهم لا يسمى معصية، وكمن يكتسب باللهو المباح فيعزر للمصلحة^(٤).

يقول القرافي (٦٨٤هـ)^(٥): "التعزير تأديب يتبع المفاسد، وقد لا يصحبها العصيان في كثير من الصور"^(٦).

والأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الباب لا يمكن تعيينها ولا حصرها؛ لأنها ليست محرمة لذاتها، وإنما تحرم لوصف فيها، فإن توافر هذا الوصف فهي محرمة وإلا فلا، والوصف الذي جعلها

طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ٣٩٥/٨ وما بعدها، والأعلام الزركلي: ١٤٩/٨، وما بعدها

(١) هو الصحابي الجليل معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي، أبو عبد الرحمن، شهد بدراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، كان أعلم الأمة بالحلال والحرام، وهو أحد الستة الذين جمعوا القرآن على عهد النبي ﷺ، وبعثه رسول الله ﷺ، بعد غزوة تبوك قاضياً ومرشداً لأهل اليمن، توفي سنة: (١٨هـ). انظر: أسد الغابة، الجزري: ٤١٨/٤ وما بعدها، والأعلام الزركلي: ٢٥٨/٧.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الأذان، باب من شكا إمامه إذا طول: ١٤٢/١، رقم: ٧٠٥، ومسلم، كتاب الصلاة، باب القراءة في العشاء: ٣٣٩/١، رقم: ٤٦٥. واللفظ لمسلم.

(٣) شرح صحيح مسلم، النووي: ١٨٣/٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٣/٧، الفروق، القرافي: ١٨٠/٤، فرق ٢٤٦، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٧٨/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٤/٥.

(٥) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي المشهور بالقرافي، أصله من صعيد مصر، ونُسب إلى القرافة ولم يسكنها، وكان مالكيّاً إماماً في أصول الفقه وأصول الدين، عالماً بالتفسير، توفي سنة: (٦٨٤هـ)، ودفن بالقرافة، من مؤلفاته: "أنوار البروق في أنواء الفروق"، و"الذخيرة في فقه المالكية" و"شرح تنقيح الفصول في الأصول". انظر: الواقي بالوفيات، الصفدي: ١٤٧/٦-١٤٨، والأعلام، الزركلي: ٩٤-٩٥.

(٦) الفروق، القرافي: ١٨٠/٤، فرق ٢٤٦.

علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام، فإذا توافر هذا الوصف في فعل أو حالة استحق الجاني العقاب، وإذا تخلف الوصف فلا عقاب، والتعزير للمصلحة العامة يسمح باتخاذ أي إجراء لحماية أمن الجماعة، وصيانة نظامها من الأشخاص المشبوهين والخطرين، ومعتادي الإجرام^(١).

ويستدل على جواز التعزير للمصلحة العامة «بأنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا فِي ثُهْمَةٍ»^(٢).

وجه الاستدلال أنَّ الحبس عقوبة تعزيرية، والعقوبة لا تكون إلا عن جريمة وبعد ثبوتها، فإذا كان النبي ﷺ قد حبس الرجل لمجرد الاتهام؛ فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهام ولو لم يأت فعلاً محرماً، وهذا العقاب الذي فرضه الرسول ﷺ بعمله تبرره المصلحة العامة، ويبرره الحرص على النظام العام؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدي إلى هربه، وقد يؤدي إلى صدور حكم غير صحيح عليه، أو يؤدي إلى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام^(٣).

الترجيح:

يرى الباحث جواز اتخاذ تدابير تعزيرية للمصلحة العامة بشرط ألا تسمى هذه التدابير عقوبات، وإنما تدخل في باب الإجراءات الوقائية، ويشترط لاتخاذ هذه التدابير شرطان^(٤):

الأول: أن تكون المصلحة العامة هي التي تستوجب تلك التدابير.

الثاني: أنَّ الذي يأمر بها ويقدر المصلحة العامة هو القاضي المجتهد، لا الجهات الإدارية لأنها غالباً لا تتوخى مصلحة الجماعة، وإنما تستخدمها لصالح الفئة المسيطرة أو المتغلبة.

ومثل هذه الإجراءات يجب أن توضع لها أحكام وشروط ينص عليها صراحة في التقنين الشرعي مع تمييزها عن العقوبات، حتى لا يساء استعمالها أو تستعمل لغير أغراضها الشرعية.

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١٥٠/١-١٥٢.

(٢) تقدم تخرجه: ص ٢٧.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١٥١/١.

(٤) وهو رأي الدكتور توفيق الشاوي نقله الباحث من كتابه: الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي: ص ١٩٦.

المطلب الرابع: أنواع التعزير.

يقسّم الفقهاء التعزير إلى ما هو حق لله تعالى، وإلى ما هو حق للأفراد.

فالتعزير لحق الله تعالى يكون في أفعال تمخّضت معصية لله تعالى دون أن يكون فيها أذى لشخص معين، وذلك كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك، والتعزير لحق الفرد يكون بما فيه جناية على هذا الفرد كأن آذاه بالشتم أو الضرب أو القذف ونحو ذلك^(١).

والمراد بحق الله تعالى ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، والمراد بحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة لا تتعداه إلى غيره^(٢).

وفي الواقع فإن التقسيم السابق ليس على إطلاقه، فالقسمان السابقان يتداخلان فيما بينهما؛ حيث إن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة إنما تمس في النهاية مصلحة الأفراد، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة، فما من حق لآدمي إلا وفيه حق لله تعالى؛ إذ من حق الله تعالى على كل مكلف ترك آذاه للآخرين، وشرعه إنما وضع ليمثل ويتبع، وسمي حقاً للفرد؛ لأنه إنما ينظر فيه باعتبار حق الفرد، ولأن له حق إسقاطه^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٣/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٤٦/٥، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ١١٠/٨، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٩٨/٢، والحاوي الكبير، الماوردي: ٤٢٧/١٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٧٥/٩، والأحكام السلطانية، الفراء: ص ٢٨٢، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢٣/٦.

(٢) شرح التلويح على التوضيح، التفتازاني: ٣٠٠/٢.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ١١٠/٨، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١-١٢٥-٢٠٦.

المطلب الخامس: شروط وجوب التعزير.

اختلف الفقهاء في الشروط الواجب توافرها فيمن يقام عليه التعزير على قولين:

القول الأول: للحنفية الذين اشتروا لإقامة التعزير على الجاني أن يكون عاقلاً فقط؛ فيعزر عندهم كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدّر، سواء كان حرّاً أم عبداً، ذكراً أم أنثى، مسلماً أم كافراً، بالغاً أم صبيّاً، بعد أن يكون عاقلاً؛ لأنّ هؤلاء من أهل العقوبة، وخرج بهذا الشرط كل من المجنون والصبي الذي لم يبلغ سن التمييز^(١).

والصبي العاقل عند الحنفية يعزر تأديباً لا عقوبة؛ لأنه من أهل التأديب، وذلك لقوله ﷺ: «مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلَاةِ، إِذَا بَلَغُوا سَبْعًا وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا، إِذَا بَلَغُوا عَشْرًا، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ»^(٢).

وجه الاستدلال أنّ الضرب على ترك الصلاة للصبي العاقل هو من باب التأديب والتهذيب، لا من باب العقوبة؛ لأن العقوبة تكون على جناية، وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية^(٣).
ويترتب على اعتبار العقوبة تأديباً ألا يعد الصبي عائداً مهما تكرر تأديبه، وألا يقع عليه من عقوبات التعزير إلا ما يعد تأديباً كالتوبيخ والضرب^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٣/٧-٦٤، وحاشية ابن عابدين: ٧٨/٤.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده: ٢٨٤/١١، رقم: ٦٦٨٩، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الصلوات، باب متى يؤمر الصبي بالصلوات: ٣٠٤/١، رقم: ٣٤٨٢، وأخرجه بلفظ آخر: أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الصبي بالصلاة: ١٣٣/١، رقم: ٤٩٥، والدارقطني في سننه، كتاب الصلاة، باب والأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها وحد العورة التي يجب سترها: ٤٣٠/١، رقم: ٨٨٧، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب جماع أبواب لبس المصلي، باب عورة الرجل: ٢٢٣/٢، رقم: ٣٢٣٣، والحاكم في المستدرک، كتاب الصبيان: ٣١١/١، رقم: ٧٠٨. قال في نصب الراية: "ورواه العقيلي في ضعفائه، وليّن سوار بن داود. قال صاحب التنقيح: وسوار بن داود أبو حمزة البصري وثقه ابن معين، وابن حبان، وقال أحمد: شيخ بصري لا بأس به". نصب الراية لأحاديث الهداية، الزيلعي: ٢٩٦/١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٤/٧، وحاشية ابن عابدين: ٧٧/٤.

(٤) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦٠٢/١.

القول الثاني: لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية الذين لا يشترطون العقل لإقامة التعزير فعندهم يعزر المجنون والصبي الذي لا يعقل تأديباً له وزجراً عن الإقدام على المعصية^(١). يقول الإمام النووي (١٢٧٦هـ)^(٢): "والأب يؤدّب الصغير تعليماً وزجراً عن سيء الأخلاق"^(٣). وجاء في كشف القناع: "لا نزاع بين العلماء أن غير المكلف كالصبي المميز يعاقب على الفاحشة تعزيراً بليغاً، وكذا المجنون يضرب على ما فعل أي مما لا يجوز للعقل لينزجر لكن لا عقوبة بقتل أو قطع"^(٤).

المناقشة والترجيح:

لا بد لترجيح أحد القولين على الآخر من تفصيل الكلام في شروط تحمل الشخص للمسؤولية الجنائية والعوارض المؤثرة فيها.

ملحق بالمطلب: عوارض المسؤولية الجنائية:

إنَّ العقوبة لا يصح أن تقع إلا على من ارتكب الجريمة وهو مدرك مختار، أما من لم يكن مدركاً أو مختاراً فلا عقاب عليه؛ لأن المكلف بإتيان فعل أو تركه يجب أن يفهم الخطاب الموجه إليه؛ أي الأمر والنهي، وهو لا يستطيع أن يفهم ذلك إلا إذا كان عاقلاً، كما أنه لا يمكن القول بأن المكلف عصى أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم^(٥).

وتعليل ذلك أنَّ الفقهاء متفقون على أنَّ من شروط المكلف أنَّ يكون عاقلاً فاهماً للخطاب؛ لأنَّ خطاب من لا يعقل ولا يفهم محال، فالتكليف يتوقف على فهم أصل الخطاب، وعلى فهم تفاصيله، ولذلك لا يصح خطاب المجنون والصبي الذي لا يميز^(٦).

(١) انظر: الفروق، القرافي: ١٨٠/٤، فرق ٢٤٦، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢/٢١٠، وروضة الطالبين، النووي: ١٠/١٧٥،

ومغني المحتاج، الشربيني: ٥/٥٢٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١٠/٢٤١، والفروع، ابن مفلح: ١٠/١٠٧.

(٢) تقدمت ترجمته: ص ٤٠.

(٣) روضة الطالبين، النووي: ١٠/١٧٥.

(٤) كشف القناع على متن الإقناع، البهوتي: ٦/١٢٢.

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١/٣٨٥-٣٨٦-٣٨٧.

(٦) انظر: الإحكام، الآمدي: ١/١٥١، المستصفى، الغزالي: ١/٦٧.

ودليل ذلك حديث علي عليه السلام، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ »^(١).

ورفع القلم عن هؤلاء في الحديث كناية عن عدم التكليف^(٢)، ورفع التكليف هنا يستلزم رفع العقوبة، رغم أن وصف الجرم لا يرتفع عن الفعل، إلا أن من قام به ليس أهلاً للعقوبة الجنائية؛ فتسقط العقوبة ولا يسقط الضمان؛ لأنه غير مرتبط بالتكليف.

ويسمى الفقهاء هؤلاء بناقصي الأهلية، ويقسمون عوارض الأهلية إلى قسمين: عوارض سماوية وعوارض غير سماوية أي مكتسبة^(٣)، أما السماوية فهي الصغر والجنون والعتة والنسيان والنوم والإغماء والمرض والرق والحيض والنفاس والموت، وأما المكتسبة فهي نوعان؛ الأولى من الإنسان نفسه؛ وهي الجهل والسكر والهزل والسفه والخطأ والسفر، والثانية من غيره؛ وهي الإكراه بما فيه إلقاء وبما ليس فيه إلقاء^(٤).

وفيما يتعلق بالصبي فإنه يمر بثلاث مراحل أساسية لكل منها أحكامها الخاصة من حيث المسؤولية الجنائية؛ ذلك أن القدرة على فهم الخطاب مرتبطة بالعقل كما تقدم، والعقل أمر خفي، وظهوره في الإنسان على التدريج^(٥).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً: ١٤٠/٤، رقم: ٤٤٠٢، وأخرجه بألفاظ أخرى: أحمد في المسند: ٤٤٣/٢، رقم: ١٣٢٨، والترمذي في سننه، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد: ٣٢/٤، رقم: ١٤٢٣، وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم: ٦٥٩/١، رقم: ٢٠٤٢، والنسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج: ١٥٦/٦، رقم: ٣٤٣٢، وابن حبان، كتاب التكليف، باب ذكر الإخبار عن العلة التي من أجلها إذا عذمت رفعت الأقلام عن الناس في كتبة الشيء عليهم: ٣٥٥/١، رقم: ١٤٢، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإقرار باب من لا يجوز إقراره: ١٣٩/٦، رقم: ١١٤٥٣، والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع: ٦٧/٢، رقم: ٢٣٥٠، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. وهو حديث سنده جيد وطرقه كثيرة. انظر: نصب الراية، الزيلعي: ١٦٢/٤.

(٢) انظر: فيض القدير شرح الجامع الصغير، المناوي: ٣٥/٤.

(٣) الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٣٢٧.

(٤) انظر: أصول البزودي: ٢٦٢-٢٦٣/٤.

(٥) انظر: الإحكام، الأمدي: ١٥١/١، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦٠٠/١.

وهذه المراحل هي:

المرحلة الأولى: مرحلة انعدام الإدراك والتمييز، ويسمى الإنسان فيها بالصبي غير المميز، تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبي وتنتهي ببلوغه السابعة اتفاقاً، فإذا ارتكب الصغير أية جريمة قبل بلوغه سن السابعة فلا يعاقب عليها جنائياً ولا تأديبياً، مع بقاء مسؤوليته المدنية عن أفعاله^(١).

المرحلة الثانية: مرحلة الإدراك الضعيف (التمييز): تبدأ هذه المرحلة من سن السابعة من عمر الصبي وتنتهي بالبلوغ، حيث جعل الشارع البلوغ علامة على تكامل العقل عند الطفل ويسمى الطفل في هذه المرحلة بالصبي المميز^(٢).

والمراد بالتمييز عند الصبي أن يصبح له بُصْر عقلي يستطيع به أن يميز بين الحسن والقبيح، والخير والشر، والنفع والضرر، وإن كان هذا البصر غير تام^(٣).

في هذه المرحلة يتحمل الصبي المميز مسؤولية جنائية لكنها مسؤولية جزئية، فقد اتفق الفقهاء على أن الصبي المميز لا يعاقب بعقوبة حدية إن أقدم على ارتكاب إحدى جرائم الحدود^(٤)، وإنما يسأل مسؤولية تأديبية فيؤدب على ما يأتيه من جرائم، والتأديب وإن كان في ذاته عقوبة على الجريمة إلا أنه عقوبة تأديبية لا جنائية^(٥).

ومن أدلة جواز تعزيز الصبي المميز قول النبي ﷺ: «مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلَاةِ، إِذَا بَلَغُوا سَبْعًا وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا، إِذَا بَلَغُوا عَشْرًا، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ»^(٦).

وجه الاستدلال أن النبي ﷺ أجاز ضرب الصبي على ترك الصلاة وهو ابن عشر سنين لتعويده على الصلاة، مما يدل على جواز تأديبه بالضرب.

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦٠١/١.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦٠١/١.

(٣) المدخل الفقهي العام، أحمد الزرقا: ٨٠١/٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧-٣٩، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٢٨/٥، والشرح الكبير، الدردير: ٣١٣/٤، وروضة الطالبين، النووي: ٨٦/١٠، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢٤/١٣، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٦/٦.

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦٠٢/١.

(٦) تقدم تخريجه: ص ٤٤.

المرحلة الثالثة: مرحلة الإدراك التام: وتبدأ ببلوغ الصبي سن الرشد^(١)، وفي هذه المرحلة يكون الإنسان مسؤولاً جنائياً عن جرائمه أياً كان نوعها، فيحد إذا زنى أو سرق، ويقتص منه إذا قتل أو جرح، ويعزر بكل أنواع التعازير^(٢).

وبناء عليه فإن الباحث يرى ألا يعزر أو يؤدب إلا من كان له منهم بعض تمييز بحيث تؤدي فيه العقوبة الى الزجر والردع عن ارتكاب المعاصي التي هي الغاية الأساسية من العقوبة. والله أعلم.



(١) البلوغ إما أن يكون بالعلامات أو بالسن، أما العلامات فاثنتان منها مشتركة بين الغلام والجارية وهي خروج المني من القبل، أو انبات الشعر حول ذكر الرجل أو قبل المرأة، واثنتان تختصان بالجارية وهما الحيض أو الحمل، وأما البلوغ بالسن فيكون بتمام خمس عشرة سنة قمرية عند الشافعية والحنبلية وأبي يوسف ومحمد من الحنفية وهو المفتى به عند الحنفية، وبتمام ثمان عشرة سنة قمرية عند المالكية أو بالدخول فيها، وبتمام الثماني عشرة سنة قمرية للغلام وسبع عشرة قمرية للجارية عند أبي حنيفة. انظر: الاختيار لتعليل المختار، الموصلي: ٩٥/٢، والشرح الكبير، الدردير: ٢٩٣/٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٦٣/٥، والمغني، ابن قدامة: ٣٤٥-٣٤٦.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦٠٢/١.

المطلب السادس: الفرق بين التعزير والعقوبات المقدرة.

يتفق التعزير مع الحدود والقصاص في كونه تأديب استصلاح وزجر على بعض الذنوب والمعاصي، ولكنه يختلف عنهما من عدة أوجه أبين أهمها فيما يأتي:

أولاً: العقوبة في جرائم الحدود والقصاص محددة ومعينة ولا يجوز للقاضي أن يزيد فيها أو ينقص، وهي لا تختلف باختلاف جسامه الجريمة، أما التعزير فالعقوبة فيه غير مقدرة، وتقديرها يرجع إلى أولي الأمر والقضاة^(١) في كل جريمة وفق حال الجاني^(٢).

ثانياً: لا يجوز العفو عن الحد الواجب حقاً لله تعالى ولا الشفاعة فيه ولا إسقاطه إذا وصل للإمام، وأما قبل الوصول إلى الإمام والثبوت عنده فتجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليعفو عن الجاني^(٣)، أما التعزير فإنه إن كان حقاً لله تعالى فيجوز للإمام العفو عنه أو إسقاطه إذا كان في ذلك مصلحة، وتجوز الشفاعة فيه، وإن كان حقاً للعبد فيجوز لصاحب الحق العفو فيه، وتتوقف إقامته على دعوى صاحب الحق^(٤).

(١) المقصود بهم العلماء والفقهاء والقضاة المجتهدين، أما اليوم فلا بد من تقنين العقوبات التعزيرية من قبل المجتهدين المختصين ليلتزم بها القضاة في المحاكم؛ لأنهم لم يعودوا مجتهدين. انظر: الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، توفيق الشاوي: ٨٣/٢.

وقد هم عمر بن عبد العزيز أن يضع قانوناً يأخذه من فتاوى أهل المدينة من الصحابة والتابعين لا يخرج عنه قاض من القضاة، ولكنه مات قبل ذلك، وحاول ذلك من بعده أبو جعفر المنصور ثاني خلفاء بني العباس، وطلب من إمام دار الهجرة مالك بن أنس أن يجمع السنن لتكون قانوناً، وجمعها الإمام، لكن الإمام مالك نهي الخليفة أبا جعفر ومن جاء بعده من الحكام عن أن تتخذ قانوناً، لأن أهل كل إقليم قد سبقت إليهم سنن عن الصحابة والتابعين، وألفوا الخضوع لأحكامها. انظر: العقوبة، محمد أبو زهرة: ص ٦٩-٧٠.

(٢) انظر: سبل السلام، الصنعاني: ٤٥٣/٢، وحاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، والفروق، القرافي: ١٧٧/٤-١٧٩، فرق ٢٤٦، والأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣١٠، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٢/٥، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٨٢/١.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢١٢/٥، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٥٢/٥، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣٦٤/٤، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٣٦/٣.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣٢٠/٦، والفروق، القرافي: ١٨١/٤، فرق ٢٤٦، والأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣١٢، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٢/٥.

ثالثاً: ما يحدث من التلف في الحدود إذا أتي بها على الوجه المشروع فهو هدر باتفاق المذاهب الأربعة؛ وذلك أن الإمام يفعلها بأمر الله وأمر رسوله ﷺ، فلا يؤاخذ به؛ ولأنه نائب عن الله تعالى، فكان التلف منسوباً إلى الله تعالى^(١)، أما ما يحدث من تلف في التعزير فاختلف في ضمانه، فذهب الحنفية والحنبلية أن الإمام لا يضمن، وذهب المالكية إلى أن الإمام لا يضمن إذا لم يقصد الهلاك ابتداءً، بينما قال الشافعية بالضمان، والمسألة بحث بالتفصيل في فقرة الضمان في التعزير^(٢).

رابعاً: إثبات جرائم الحدود والقصاص عند جمهور الفقهاء يكون بالبينة أو الإقرار بشروط خاصة^(٣)، كما يشترط له إن كان بالشهادة عدداً معيناً من الشهود^(٤). أما التعزير فإنه يثبت بشهادة رجل واحد عند المالكية^(٥)، ونص الحنفية على أنه إن كان حقاً للعبد فإنه يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال على الصحيح عندهم، والشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي^(٦)، كما أنه يجبس المشهود عليه حتى يسأل عن الشهود في الحد لا في التعزير^(٧)، والرجوع عن الإقرار يعمل به في الحدود لأنه شبهة تدرأ الحد، بخلاف التعزير فلا يؤثر الرجوع عن الإقرار في العقوبة التعزيرية^(٨).

خامساً: الحدود تجب فقط في المعاصي، ولا تجب في غيرها، بخلاف التعزير فإنه قد يجب في أفعال ليست من المعاصي تحقيقاً للمصلحة^(٩).

(١) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٥٢/٥، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ١١٠/٨، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٩٣/٩، والمغني، ابن قدامة: ١٦٤/٩-١٦٥.

(٢) راجع مسألة الضمان في التعزير: ص ٣٨.

(٣) التعزير في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز عامر: ص ٥١.

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٨٢/١-٨٣.

(٥) شرح مختصر خليل، الخرشي: ٧٤/٨.

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٥/٧، والفتاوى الهندية: ١٦٧/٢.

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤.

(٨) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٥/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ١٩٧/٣، وحاشية ابن عابدين: ٦٠/٤.

(٩) انظر: الفروق، القرافي: ١٨٠/٤، فرق ٢٤٦.

سادساً: الحدود كلها تجب حقاً لله تعالى^(١)، إلا حد القذف فيجتمع فيه حق العبد وحق الله تعالى^(٢)، أما التعزير فمنه ما يجب حقاً لله تعالى، ومنه ما يجب حقاً للعبد^(٣).

سابعاً: الحدود تدرأ بالشبهات^(٤)، بينما التعزير يجب معها^(٥).

ثامناً: الحدود لا تسقط بالتوبة على الصحيح عند جمهور العلماء ما عدا الحنبلية، إلا الحراة؛ فإن حدها يسقط بالتوبة قبل القدرة عليهم؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة-٣٤]^(٦)، بينما التعزير قد يسقط بالتوبة^(٧).



(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٣٦/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٦٠/٥، والفروق، القرافي: ١٨٣/٤، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٣٥/٣.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د، وهبة الزحيلي: ٥٤٠٩/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٣/٧، والفروق، القرافي: ١٨٣/٤، فرق ٢٤٦، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٢/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢٣/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٩/٧، والتاج والإكليل، العبدري: ٨٩٨/٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ١١٧/٥، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٣٥/٣.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤.

(٦) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي: ٥٢٨٥/٧.

(٧) الفروق، القرافي: ١٨١/٤، الفرق: ٢٤٦، والتاج والإكليل، العبدري: ٤٣٦/٨.

الفصل الأول: موجبات التعزير في مقدمات الحدود والجناية على النفس.

يتوقف وجود الجريمة على ركن أساسي هو الركن المادي، هذا الركن هو الفعل الجرمي المكون للجريمة سواء كان عملاً أم امتناعاً، والذي يقوم به الجاني لإحداث النتيجة الجرمية، والذي يترتب عليه الضرر بآحاد الناس أو بجماعتهم، فركن الجريمة في الزنا هو الفعل المفسد للنسل، وركن الجريمة في الدماء هو الفعل الذي يعرض النفس أو العضو للتلف، وبعبارة أخرى الركن المادي هو ارتكاب ما قرر الشارع له عقاباً^(١).

وهذا الركن هو إحدى المراحل الأساسية في تنفيذ الجريمة، فقبل وجود هذا الركن يكون الجاني قد فكّر في الجريمة وحضّر الوسائل اللازمة لتنفيذها، وبناء على ذلك فإنّ الجريمة تمرّ بأربع مراحل أساسية وهي مرحلة التفكير في الجريمة، ومرحلة التحضير للجريمة، ومرحلة بدء تنفيذ الجريمة، ومرحلة تحقق النتيجة الإجرامية واكتمال الجريمة^(٢).

ولا شكّ أنّ كل مرحلة من هذه المراحل له حكمه من حيث العقوبة وعدمها، وستكون عقوبة الجاني في المراحل الثلاثة الأولى المكونة للجريمة هي موضوع مباحث هذا الفصل.

وقد جاءت دراسة هذا الفصل في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعزير للتفكير المعلن لجرائم الحدود والجناية على النفس.

المبحث الثاني: التعزير للتحضير لجرائم الحدود والجناية على النفس .

المبحث الثالث: التعزير للمشروع في جرائم الحدود والجناية على النفس.

(١) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ١٣٢ - ٢٧٣، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوّدة: ١١١/١.

(٢) انظر في هذه المراحل: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوّدة: ٣٤٧/١ وما بعدها، ونظريات في الفقه الجنائي

الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي: ص ٣٣ وما بعدها، والفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٠٦ وما بعدها.

المبحث الأول: التعزير في مرحلة التفكير المعلن في جرائم الحدود والجناية على النفس.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التفكير غير المعلن في الجريمة.

المطلب الثاني: التفكير المعلن في الجريمة.

المطلب الأول: التفكير غير المعلن في الجريمة.

مرحلة التفكير في الجريمة هي المرحلة التي انعقد فيها عزم المجرم ونيتته على تنفيذ الجريمة، فالجريمة في هذه المرحلة لم تولد، وإنما هي في طور تطور الجنين، ولم تأخذ بعد مظهرها مادياً إجرامياً^(١). وهي أولى مراحل تشكُّل الجريمة، وعند الحديث عن العقوبة في هذه المرحلة لابد أن نفرق بين حالتين أساسيتين هما: التفكير غير المعلن في الجريمة، والتفكير المعلن.

فإذا كان التفكير في الجريمة مجرد نية مضمرة وخواطر في ذهن الجاني لم يظهرها للعلن، فلا عقاب على هذا التفكير في الشريعة الإسلامية بتعزير أو غيره؛ لأنَّ القاعدة في الشريعة الإسلامية أنَّ الإنسان لا يؤخذ على نواياه أو على ما تحدّث به نفسه من قول أو عمل^(٢).

ويدل على ذلك قوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِأُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا، مَا لَمْ يَتَكَلَّمُوا، أَوْ يَعْمَلُوا بِهِ»^(٣).

وقوله ﷺ: «مَنْ هَمَّ بِحَسَنَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا، كُتِبَتْ لَهُ حَسَنَةٌ، وَمَنْ هَمَّ بِحَسَنَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا، كُتِبَتْ لَهُ عَشْرًا إِلَى سَبْعِ مِائَةٍ ضِعْفٍ، وَمَنْ هَمَّ بِسَيِّئَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا، لَمْ تُكْتَبْ، وَإِنْ عَمِلَهَا كُتِبَتْ»^(٤).

(١) انظر: نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فتحي بھنسي: ص ٣٣.

(٢) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوَّدة: ٣٤٧/١ - ٣٧٧، والجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٧٤، والفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٠٧، ونظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فتحي بھنسي: ص ٣٤ - ٣٩.

(٣) متفق عليه من طريق البخاري، كتاب الإيمان والنذور، باب إذا حنث ناسياً في الإيمان: ١٣٥/٨، رقم: ٦٦٦٤، ومسلم، كتاب الإيمان، باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب، إذا لم تستقر: ١١٦/١، رقم: ١٢٧. واللفظ لمسلم.

(٤) متفق عليه من طريق البخاري، كتاب الرقاق، باب من هم بحسنة أو سيئة: ١٠٣/٨، رقم: ٦٤٩١، ومسلم، كتاب الإيمان،

وهو دليل على العفو عن عمل القلب والهم بالسيئة^(١)، وأنَّ العقاب لا يكون إلا إذا أخرج التفكير من نطاق النفس إلى حيِّز الفعل والتنفيذ^(٢).

ولأنَّ النية ما دامت حبيسة النفس لم تخرج إلى العالم الخارجي فلا ضرر ولا خطر فيها، كما أنَّه من الصعب جداً ترتيب العقاب على النوايا المضمرة؛ لأنَّ ذلك من المستحيل إثباته إلا إن اعترف به الجاني^(٣).

وعدم العقاب على النوايا المضمرة يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية من حيث إنها لا تحاسب الناس قضاءً إلا على ما ظهر من أفعالهم، أمَّا ما كمن في صدورهم من أفكار أو نوايا، فالحساب عليه عند الله تعالى^(٤).

وقد شرح ذلك الإمام الشافعي (٢٠٤هـ) بقوله: "فإنه جل وعز ظاهر عليهم [أي على عباده] الحجج فيما جعل إليهم من الحكم في الدنيا بألا يحكموا إلا بما ظهر من المحكوم عليه، وألا يجاوزوا [في الحكم] أحسن ظاهره، ففرض على نبيه أن يقاتل أهل الأوثان حتى يسلموا وأن يحقن دماءهم إذا أظهروا الإسلام"^(٥).

ويقول أيضاً: "فقد أعلم رسول الله ﷺ الناس أنه إنما يقضي بينهم بما يظهر له وأن الله ولي ما غاب عنه وليستن به المسلمون فيحكموا على ما يظهر لهم"^(٦).

والإسلام تمسك بهذا المبدأ حتى مع المنافقين الذين يظهرون الإسلام ويبطنون الكفر؛ فقد عاملهم النبي ﷺ على أنهم مسلمون ولم يكشف عن بواطنهم مع أنه كان يعرفهم بأشخاصهم^(٧).

باب إذا هم العبد بحسنة كتبت، وإذا هم بسيئة لم تكتب: ١/١١٨، رقم: ١٣٠. واللفظ لمسلم.

(١) إحياء علوم الدين، الغزالي: ٤١/٣.

(٢) انظر: الزواجر عن اقتراف الكبائر، ابن حجر الهيتمي: ٣٧٤/٢.

(٣) انظر: جريمة الشروع في الجريمة (رسالة ماجستير)، عبد الإله بن علي: ص ٣٦.

(٤) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٠٧.

(٥) الأم، الإمام الشافعي: ٣١٠/٧.

(٦) الأم، الإمام الشافعي: ١١/٧.

(٧) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٧٤.

وهذا الأصل الشرعي في عدم العقاب على النوايا له سنده من منطق التشريع وسياسة العقاب؛ وذلك يتمثل في النقاط الآتية^(١):

- ١- إذا لم تعد الجريمة مرحلة التفكير الذهني الباطن الذي لم يخرج إلى حيز الوجود؛ لا ينال أمن المجتمع اضطراب، ولا يصيب الحقوق الجديرة بالحماية عدوان بما مؤداه انتفاء علة التجريم.
- ٢- إنَّ إقامة الجريمة على ماديّات يتفق مع الحاجة إلى إقامة الدليل قضاءً على ارتكاب الجريمة، ومعلوم أن إقامة الدليل على الماديّات ميسور، لكن إقامته على مجرد فكرةٍ حبيسةٍ في النفس أو تصميمٍ كامنٍ في الصدر أمر يكاد يكون مستحيلاً.
- ٣- إنَّ عدم إيقاع العقوبة على النية الإجرامية فيه تشجيع للمجرم على عدم الإقدام على فعل الجريمة، في حين أن إيقاع العقوبة عليه يدفعه إلى تنفيذ الجريمة ما دام أنه سيعاقب في الحاليتين.
- ٤- إنَّ محاسبة الشخص على نواياه وأفكاره يفترض وضع نظام لتجسس السلطات العامة على الأفراد لكشف خفايا ما تضره نفوسهم ولم تعبر عنها أفعالهم، أو استعمال الإكراه في التحقيق مع من يشبهه في سوء نواياه، وهذه النظم تأبأها روح التشريع الإسلامي ومبادئه الأساسية.



(١) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٣٦٢-٤٠٨.

المطلب الثاني: التفكير المعلن في الجريمة.

الحالة الثانية من حالات التفكير في الجريمة هي ما إذا أفصح المجرم عن نواياه الإجرامية، وأظهرها إلى العلن بأشكال تصبح دليلاً على وجود القصد الإجرامي لديه، بحيث تشكل بحد ذاتها خطراً على المجتمع أو الأفراد؛ وذلك يكون في حالات التهديد أو التحريض أو الاتفاق على الجريمة إذا وقف نشاط الجاني عند هذا الحد...

وفي هذه الحالة يكون الشخص مستحقاً للتعزير كنوع من أنواع التدابير الاحترازية المعروفة في السياسة الجنائية الحديثة؛ لأن مجرد الاتفاق على الجريمة أو التحريض عليها أو التهديد بها يعد جريمة بحد ذاته^(١)، والدليل على ذلك ما يأتي:

أولاً: قول النبي ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِأُمَّتِي مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا، مَا لَمْ يَتَكَلَّمُوا، أَوْ يَعْمَلُوا بِهِ»^(٢).

وجه الاستدلال بالحديث أن من هدد بجريمة أو اتفق مع آخر على تنفيذها أو حرض عليها يكون قد نوى الجريمة وأظهر نيته عن طريق التصريح بها بالكلام، والنبي ﷺ ينفي المؤاخدة على النوايا ما لم يتكلم بها، فإذا تكلم بها الشخص أصبح مستحقاً للعقاب.

ثانياً: إنَّ الشريعة الإسلامية تحرم الاتفاق على المنكر، والجرائم هي أشد المنكرات وأكبرها في الشريعة الإسلامية^(٣).

ومبدأ الشريعة في العقاب على الاتفاق والتهديد والتحريض باعتبارها جرائم مستقلة يتفق تمام الاتفاق مع مبدأها في عدم العقاب على النية ما لم يصحبها عمل أو قول، فالمتفق أو المهدد أو المحرض ينوي إتيان الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التهديد، فأصبح كل منهم أهلاً للعقاب على ما وسوست له نفسه بعد أن أظهره في عمله أو قوله^(٤).

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٧٧/١.

(٢) تقدم تخرجه: ص ٥٩.

(٣) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٧٧/١.

(٤) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٧٨/١.

المبحث الثاني: التعزير للتحضير للجرائم الحدود والجناية على النفس.

الأعمال التحضيرية للجريمة هي المظهر الخارجي للتصميم الجنائي والتفكير في الجريمة، ولكنها لا تدخل في حيز تنفيذ الجريمة، ولا يربطها بها إلا رابطة فكرية في ذهن الجاني^(١).

ويمكن تعريفها بأنها: "الأفعال التي يقدم عليها الجاني تمهيدا لارتكاب الجريمة. كشراء الوسائل والأدوات اللازمة لارتكاب الجريمة، أو وضع الجاني نفسه في المكان الذي يمكنه من ارتكاب الجريمة"^(٢).

والأعمال التحضيرية للجريمة على نوعين:

النوع الأول: أعمال تحضيرية هي أعمال محرمة بذاتها قبل أن تكون تحضيراً لجريمة معينة، فإذا اتخذت وسيلة إلى محرم آخر قوي تحريمها، فهذه تستوجب العقوبة التعزيرية بلا خلاف؛ كونها معاصي لا حد فيها ولا قصاص، ففيها التعزير، ومثال ذلك من يحوز المسكر أو المخدر بقصد السرقة أو القتل، أو كمن يدخل منزلاً بقصد سرقة؛ فإن شراء المسكر أو المخدر، ودخول منزل غير بدون إذنه يعد بذاته جريمة معاقب عليها بغض النظر عن كونها تحضيراً لجريمة أخرى^(٣).

جاء في المبسوط: "والرجل يوجد في بيته الخمر بالكوفة، وهو فاسق، أو يوجد القوم مجتمعين عليها، ولم يرههم أحد يشربونها غير أنهم جلسوا مجلس من يشربها هل يعزرون قال: نعم"^(٤). وفي هذا تقرير للعقوبة التعزيرية لمجرد حيازة الخمر والاستعداد لشربها على الرغم من عدم حصول جريمة شرب الخمر.

النوع الثاني: أعمال تحضيرية هي في أصلها مباحة، لكنها تتخذ وسيلةً وسبباً للوصول إلى جريمة أخرى، فهذه وقع الاختلاف بين الفقهاء في كونها جريمة تستحق العقوبة التعزيرية على قولين:

(١) انظر: نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي: ص ٣٤، والفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٠٨.

(٢) انظر: الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٠٨.

(٣) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٧٧، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوادة: ١/ ٣٤٧، والفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٠٩، ونظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي: ص ٤٢.

(٤) المبسوط، السرخسي: ٣٧/٢٤.

القول الأول: أنَّ العمل التحضيري إذا كان في نفسه مباحاً فلا تعزير عليه ولو قصد به التمهيد لجريمة معينة، وهو تخريج على رأي الحنفية والشافعية في عدم منعهم الذرائع المؤدية إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً^(١).

فالحنفية والشافعية لا ينظرون إلى البواعث في التصرفات؛ لأنها تتصل بالنيات، وما دام والأمر لم يكن في ذاته عملاً إجرامياً بل هو في دائرة المباح فلا يتجاوز أنه وسوسة نفسية وليس بعمل إجرامي^(٢).

والدليل على هذا القول ما يأتي:

١- إنَّ الأفعال التي تصدر من الجاني يجب أن تكون معصية حتى يعاقب عليها، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداءً على حق لله، أو على حق للأفراد، وليس في إعداد وسائل الجريمة في الغالب ما يعد اعتداءً ظاهراً على حق الجماعة أو حقوق الأفراد، وإذا أمكن اعتبار بعض هذه الأفعال اعتداءً؛ فإنه اعتداء قابل للتأويل؛ أي مشكوك فيه، والشرعية لا تأخذ الناس في الجرائم إلا باليقين الذي لا شك فيه^(٣).

٢- لا خطورة في هذه الأفعال ما دامت في طور التحضير^(٤).

٣- إنَّ قصد العمل الجرمي لا يظهر بجلاء في الأعمال التحضيرية المباحة التي لا تشكل جريمة في حد ذاتها، وحتى لو ثبت هذا القصد؛ فالمدى ما يزال متسعاً بينها وبين ارتكاب الجريمة، وقد يعدل الشخص عما قصد إليه^(٥).

(١) انظر: البحر المحيط، الزركشي: ٨/٨٩، إرشاد الفحول، الشوكاني: ٢/١٩٤. وانظر: الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٠٩، والجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٧٧.

(٢) الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٧٧.

(٣) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ١/٣٤٨.

(٤) نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فتحي بھنسي: ص ٣٤.

(٥) التعزير، عبد العزيز عامر: ص ١٢٦.

القول الثاني: أنَّ الأعمال التحضيرية للجريمة حتى ولو كانت مباحة في الأصل هي معصية معاقب عليها بعقوبة تعزيرية، وهو قول المالكية والحنبلية تخريجاً على قولهم بتحريم الذرائع المؤدية إلى الحرام كثيراً^(١).

يقول القرافي(٢٨٤هـ): "وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد؛ وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها"^(٢).

ويقول ابن قيّم الجوزية(٧٥١هـ)^(٣): "فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضاؤها إلى غاياتها وارتباطاتها بها..... فإذا حرّم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يجرمها ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حِمَاه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء"^(٤).

وأصحاب هذا القول يرون أنه إذا بدا من الأفعال ما يدل على المقصد وأنه متجه إليه، فإنها لا تكون مجرد نيات وخواطر مجردة بل تكون عملاً محرماً معاقب عليه، والاحتياط لحرمات الله تعالى يوجب الضرب على يد الآثم من وقت ابتداء السير في الطريق لكيلا يصل إلى غايته^(٥).

ويرجح الباحث ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لأنَّ فرض عقوبة تعزيرية على أعمال مباحة بحجة أنها تحضير لجريمة معينة يفتح الباب واسعاً لاتهام الناس على ما يفعلونه من أفعال مباحة دون أي دليل ملموس، وقد يُدفع الشخص للاعتراف بوسائل لا يرضاها الشرع الإسلامي، ولا بدّ من سد الذريعة لهذه المفسدة.

(١) انظر: انظر: البحر المحيط، الزركشي: ٨/٨٩، وإرشاد الفحول، الشوكاني: ٢/١٩٤.

(٢) الفروق، القرافي: ٢/٣٣، فرق: ٥٨.

(٣) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ابن حريز الرُّزعيّ الدمشقيّ الحنبلي، المعروف بابن قيّم الجوزية، ولد بدمشق، وقرأ الفقه على المجد الحارثي وابن تيمية، وغلب عليه حب ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله، وسجن معه في قلعة دمشق، توفي سنة: (٧٥١هـ)، من تصانيفه: "زاد المعاد في هدي خير العباد" و "إعلام الموقعين عن رب العالمين" وغيرها.

انظر: الدرر الكامنة، ابن حجر العسقلاني: ٥/١٣٧، والأعلام، الزركلي: ٦/٥٦.

(٤) إعلام الموقعين، ابن قيّم الجوزية: ٣/١٠٩.

(٥) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٧٧.

المبحث الثالث: التعزير للشروع في جرائم الحدود والجناية على النفس.

الجريمة إما أن تكون جريمة تامة أكمل فيها الفاعل نشاطه الإجرامي وحقق النتيجة الإجرامية، وإما أن تكون جريمة ناقصة شرع الجاني بها لكنه لم يكملها لسبب ما، ونكون بصدد جريمة شروع. ونستطيع أن نقسم جرائم الشروع -وبحسب السبب في عدم اكتمال الجريمة- إلى الجريمة الموقوفة والجريمة الخائبة والجريمة المعدول عنها والجريمة المستحيلة؛ وهي تسميات الفقه الوضعي، حيث لم يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية هذه التسميات على الحالات السابقة، وهذا لا يعني أن الشريعة الإسلامية لم تنص على أحكامها؛ فهي جرائم تعزيرية من منظور الفقه الإسلامي.

وقد جاء هذا المبحث في أربعة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس الموقوفة والخائبة.

المطلب الثاني: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس المعدول عنها.

المطلب الثالث: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس المستحيلة.

المطلب الرابع: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس الظنيّة (الوهمية).

المطلب الأول: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس الموقوفة والخائبة.

أولاً: مفهوم الجريمة الموقوفة والخائبة:

ليس في الفقه الإسلامي ما يشير إلى معنى كل من الجريمة الموقوفة والجريمة الخائبة فهما مصطلحان قانونيان.

والجريمة الموقوفة كما يعرفها فقهاء القانون: هي "الجريمة التي لا يتم فيها الفاعل الأعمال التنفيذية للجريمة، أو التي لا يستنفذ فيها استعمال الوسائل التي أعدها لارتكابها"^(١).

والجريمة الخائبة: هي "الجريمة التي يقوم فيها الفاعل بجميع الأفعال التنفيذية للجريمة، لكنها لا تحقق النتيجة المطلوبة"^(٢).^(٣)

ثانياً: عقوبة جريمة الحد أو الجناية على النفس الموقوفة والخائبة:

إذا أقدم الجاني على الأفعال المكونة لجريمة الحد أو الجناية على النفس وبدأ في تنفيذها، ولكنه لم يكمل الفعل المكون للجريمة، أو لم يحقق النتيجة الإجرامية، أو تحققت النتيجة لسبب آخر لا علاقة له بالفعل الذي أتى به الجاني، فإنَّ هذه الجريمة ينظر لها باعتبارين:

الاعتبار الأول: أنها جريمة حد ناقصة أو جناية ناقصة؛ لأنَّ الركن المادي لم يكتمل أو لأنَّ النتيجة لم تتحقق، ولهذا فإنَّ عقوبة الحد أو عقوبة القصاص المقررة لهذا النوع من الجرائم لا تطبق؛ حيث يشترط لتطبيقها أن تكتمل الجريمة.

الاعتبار الثاني: أنها جريمة تعزيرية تامة من حيث إن الجاني أقدم على معصية معاقب عليها في الشريعة الإسلامية؛ ولهذا دخلت هذه الجريمة ضمن القاعدة العامة في جرائم التعزير؛ حيث إن التعزير يجب في كل معصية لا حد فيها ولا قصاص^(٤).

(١) انظر: نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فهمي بهنسي: ٣٦.

(٢) انظر: نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فهمي بهنسي: ص ٣٦.

(٣) وتسمى الجريمة الموقوفة أيضاً بالشروع الناقص أو البسيط، وتسمى الجريمة الخائبة بالشروع التام. انظر: جريمة الشروع في الجريمة، رسالة ماجستير، عبد الإله بن علي، ص ٧٠.

(٤) انظر: الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٢٣، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٤٤/١ -

فمن بدأ في تنفيذ جريمة الحد أو الجناية على النفس فقد ارتكب جريمة توجب التعزير، وتتمثل في مقدمة الحد أو الجناية على النفس، حيث يجب عليه التعزير هنا كعقوبة بدلية عن العقوبة الأصلية التي هي الحد أو القصاص، والتي سقطت لعدم اكتمال الجريمة^(١).

ومثال الجريمة الموقوفة أو الخائبة في حدّ الزنى كل ما دون الوقاع من مقدمات الزنى كالمفاخدة والمباشرة دون الفرج والقبلة والعناق والخلوّة بالمرأة الأجنبية والنوم معها في فراش واحد؛ لأنها أفعال محرمة ليس فيها عقوبة مقدرة ففيها التعزير^(٢).

جاء في المبسوط: "وإذا أخذ الرجل مع المرأة، وقد أصاب منها كل محرم غير الجماع عزراً"^(٣).

وجاء في المذهب: "ومن حرمت مباشرته في الفرج بحكم الزنى أو اللواط حرمت مباشرته فيما دون الفرج بشهوة..... فإن فعل ذلك لم يجب عليه الحد.... ويعزر عليه لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فشرع فيها التعزير"^(٤).

ومثالها في حد السرقة من دخل حرزاً ليسرق ثم قبض عليه قبل أن يخرج؛ جاء في بدائع الصنائع: "حتى لو دخل الحرز، وأخذ متاعاً فحمله، أو لم يحمله حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرج فلا قطع عليه"^(٥).

ومثالها في الجناية على النفس من أراد قتل شخص ما فأطلق عليه النار فلم يصبه، أو أصابه لكن المجني عليه لم يمت لإدراكه بالعلاج.

٣٥٢، والشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية، منصور الحفناوي: ص ١٢٣.

(١) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٧٩، والتعزير، عبد العزيز عامر: ص ١٢٧.

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٩/٥، والشرح الكبير، الدردير: ٣١٣/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٤/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٣/٥، واللباب، الميداني: ١٩٠/٣، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٦/٦.

(٣) المبسوط، السرخسي: ٣٦/٢٤.

(٤) المذهب، الشيرازي: ٣٣٩/٣-٣٤٠.

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٥/٧.

ومما يدلُّ على تعزير من بدأ بجريمة ولم يكملها قول النبي ﷺ: «إِذَا التَّقَى الْمُسْلِمَانِ بِسَيْفَيْهِمَا فَالْقَاتِلُ وَالْمَقْتُولُ فِي النَّارِ»، فَقُلْتُ- أي راوي الحديث- يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول، قال: «إِنَّهُ كَانَ حَرِيصًا عَلَى قَتْلِ صَاحِبِهِ»^(١).

حيث دل على حرمة حمل السلاح بقصد قتل الآخرين، وأنه معصية تستوجب عقوبة صاحبها في الدنيا كما استوجبت في الآخرة^(٢).

وإذا كان البدء في تنفيذ جريمة الحد أو الجناية على النفس وعدم اكتمالها يشكل في ذاته جريمة تعزيرية تامة فإنه من المهم توضيح المعيار الذي يفرق بين مرحلتي التحضير للجريمة والبدء في تنفيذها...

وهذا المعيار مضمونه أن يكون فعل الجاني الذي أقدم عليه لتنفيذ الجريمة معصية، وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادي للجريمة، حتى ولو لم يكن هو جزء من هذا الركن؛ فإذا ظهرت العلاقة بين فعل الجاني وبين الجريمة المستهدفة، وكان هذا الفعل في ذاته معصية عدَّ بدءاً في تنفيذها، أما إذا لم يكن كذلك فهو ما يزال في مجال الأعمال التحضيرية^(٣).^(٤)

(١) أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا﴾ [المائدة: ٣٢]؛ ٤/٩، رقم: ٦٨٧٥، ومسلم، كتاب الفتن وأشراط الساعة، باب إذا تواجه المسلمان بسيفيهما: ٢٢١٣/٤، رقم: ٢٨٨٨. واللفظ للبخاري.

(٢) انظر: التعزير، عبد العزيز عامر: ص ١٢٦-١٢٧.

(٣) انظر: الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤١١، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٤٨/١.

(٤) في الفقه الوضعي مذهبين لتحديد معيار البدء في تنفيذ الجريمة، الأول هو المذهب الموضوعي (المادي): الذي يرى أن البدء بالتنفيذ يكون بالإقدام على الفعل المادي المكون للجريمة كما نص عليه القانون، ففي السرقة مثلاً يكون البدء بالتنفيذ بوضع الجاني يده على الشيء المراد سرقته؛ وبالتالي فدخل المنزل فقط ليس بدءاً في تنفيذ جريمة السرقة. والمذهب الثاني هو المذهب الشخصي: وأساسه النظر إلى شخص الجاني ونيته الإجرامية، حيث يعد المتهم شارعاً بالجريمة إذا كان الفعل المرتكب يؤدي حالاً ومباشرة إلى إتمام الجريمة، ولو لم يكن جزءاً من الأفعال المادية للجريمة؛ وبالتالي دخول المنزل للسرقة هو بدء في تنفيذ الجريمة ولو لم يباشر أخذ المال، وقد رُجِّح المذهب الشخصي في الفقه والقضاء بعد أن كان المذهب المادي هو الراجح، وأهم مزاياه أنه يوسع من دائرة البدء في التنفيذ، ويحمي بذلك مصلحة المجتمع.

ومعيار البدء في التنفيذ في الفقه الجنائي الإسلامي مزدوج التركيب، فهو موضوعي من حيث اشتراط كون الفعل المقدم عليه معصية معاقب عليها، وهو شخصي من حيث إن نية الجاني نحو الجريمة تعتبر عنصراً فيه، وهو يميل تجاه المذهب الشخصي أكثر من المذهب المادي؛ لأنه لا يشترط أن يكون الفعل جزءاً من الركن المادي حتى يعد بدءاً في تنفيذ الجريمة، وإقرار الفقه

ففي جريمة السرقة يعد النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع كل ذلك يعد بدءاً في تنفيذ السرقة ومعصية تستحق التعزير، ولو أن بين كل منها والفعل المادي المكون لجريمة السرقة - وهو أخذ المال من الحرز والخروج به - خطوات، وفي جريمة الزنى يعد الجاني بادئاً في الزنى ومرتكباً لمعصية يعزر عليها إذا دخل منزل المرأة التي يقصد الزنى بها، أو اجتمع بها في غرفة واحدة، أو قبلها أو ضمها، أو فعل غير ذلك من مقدمات الزنى، ولو أن بينه وبين الفعل المادي المكون لجريمة الزنى أكثر من خطوة^(١).

وإذا كان الفقه الجنائي الإسلامي قد نصَّ على حكم الجرائم غير المكتملة في إطار نصه على أحكام التعزير بشكل عام؛ فلا بد من الإشارة إلى أن الفقه الوضعي أدرج الجرائم غير المكتملة تحت مصطلح الشروع في الجريمة^(٢)؛ وهو مصطلح لم يوجد في الفقه الإسلامي سابقاً، ويعود السبب في عدم اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بوضع نظرية خاصة بالشروع في الجريمة إلى النقاط الآتية:

١- إنَّ الفقه الإسلامي يعد البدء في تنفيذ الجريمة - والذي يسمَّى شروعا في القانون اليوم - يعده جريمة تامة، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها، فإذا أطلقنا على الجرائم غير التامة اسم جرائم الشروع، فلن نأت بشيء جديد، وإنما هو إطلاق تسمية جديدة على بعض جرائم التعازير، دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية^(٣).

٢- إنَّ القواعد الخاصة بالعقاب على الجرائم التعزيرية منعت من وضع قواعد خاصة للشروع في الجرائم؛ لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع، والفقهاء لم يدخلوا في تفاصيل أركان الجريمة

الإسلامي للمذهب الشخصي ميزة كبير تحسب له، إذ يكشف عن طابعه الذي استوعب المستقبل، واتسع لتطور الفكر التشريعي، حيث إن المذهب الشخصي لم يرجح إلا في الزمن الحديث، بل إنه لم يكتشف إلا في هذا الزمن. انظر: نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي: ص ٣٥ وما بعدها، الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤١ وما بعدها.

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٤٨/١.

(٢) نصَّت المادة: (١٩٩) من قانون العقوبات السوري على حكم الشروع في الجريمة ونصها: "كل محاولة لارتكاب جناية بدأت بأفعال ترمي مباشرة إلى اقترافها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم يحل دون إتمامها سوى ظروف خارجة عن إرادة الفاعل".

(٣) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ١/ ٣٤٤-٣٤٥، ونظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي: ص ٣٨.

التعزيرية وشروطها، بل وضعوا لجرائم التعزير قاعدة عامة؛ فكل معصية هي جريمة معاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقباً عليها بحد أو كفارة، ولما كانت عقوبة الحد أو القصاص أو الكفارة لا تطبق إلا إذا كانت الجرائم تامة، فإن كل شروع في فعل محرّم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير^(١).

ومما مضى يتبين أنّ الفقه الجنائي الإسلامي لم يستخدم لفظ الشروع، إلا أنه عرّفه حق المعرفة، حيث عالج بطريقته الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية، وكان سباقاً في العقاب على هذه الجرائم، دون أن يخصص الفقهاء باباً خاصاً لهذه النظرية.

ولا بد من الإشارة أيضاً إلى أن طريقة الشريعة الإسلامية في العقاب على الشروع في الجريمة أوسع من نظرية الفقه الوضعي في العقاب على الشروع، حيث إن الشريعة الإسلامية لا تشترط للعقاب على الشروع أن يكون عدم اكتمال الجريمة لسبب خارج عن إرادة الجاني، بل تعاقب الشريعة الإسلامية على الجريمة التي لم تكتمل حتّى وإن كان سبب عدم اكتمالها عدول الجاني عن إكمالها، مع خلاف بين الفقهاء فيما لو كان العدول بسبب التوبة، وسأفصل الحديث عن الجريمة المعدول عنها في المطلب القادم.

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوّدة: ١ / ٣٤٣-٣٤٤، وجريمة الشروع في الجريمة، رسالة ماجستير، عبد الإله بن علي: ص ٢٨-٢٩.

المطلب الثاني: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس المعدول عنها.

عدول الجاني عن إتمام الجريمة إما أن يكون عدولاً اضطرارياً؛ وهذا يعني أن إرادة الجاني لم تكن حرة في عدولها، بل كان ثمة إكراه مادي أو معنوي يرسم لها اتجاهها، وذلك كما إذا أحس الجاني بقدوم أحد أثناء السرقة، أو رأى أنه ينقصه بعض الأدوات فتوقف عنها، أو خشي أن يراه أحد. وإما أن يكون عدولاً اختيارياً محضاً، وهو أيضاً يقسم إلى عدولٍ اختياري سببه توبة الجاني، وعدول اختياري سببه غير التوبة، كأن يعدل الجاني عن اكمال الجريمة خوفاً من العقاب^(١).

أولاً: التعزير في الجريمة المعدول عنها لسبب غير التوبة:

إذا بدأ الجاني بتنفيذ الجريمة ثم عدل عنها عدولاً اضطرارياً، أو عدولاً اختيارياً لسبب غير التوبة فإن ذلك لا يؤثر على مسؤولية الجاني في شيء باعتبار أن الفعل الذي أتاها يعد معصية، حيث تأخذ الجريمة هنا حكم الجريمة الموقوفة من حيث العقوبة؛ ويستحق الجاني التعزير لارتكابه معصية لا حد فيها ولا كفارة^(٢).

والسبب في اعتبار الجاني عاصياً ومستحقاً للتعزير في هذه الحالة أن الجاني لا يسمّى تاركاً للفعل إلا مع القدرة على الترك، فإذا حال بينه وبين حرصه على المعصية مانع فلا يسمى تاركاً، وذلك كمن يمشي إلى امرأة ليزني بها مثلاً فيجد الباب مغلقاً ويتعسر فتحه، ومثله من تمكن من الزنى فلم ينتشر، أو طرده ما يخاف من أذاه عاجلاً؛ كأن أحس بقدوم أحد يخافه^(٣)، ومثاله أيضاً من قصد سرقة منزل فنقبه أو كسر بابه، ثم خرج دون أن يسرق شيئاً لأنه عجز عن فتح خزانة النقود، أو عدل عن الجريمة خوفاً من العقاب، وكذلك من أراد قتل آخر وحمل عليه السلاح لكنّه عدل عن ارتكاب القتل مختاراً.

(١) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٨١، والفقهاء الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٢١ وما بعدها، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوّدة: ٣٥٢/١.

(٢) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٨١، والتعزير، عبد العزيز عامر: ص ١٢٧، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوّدة: ٣٥٢/١، والفقهاء الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤٢٣.

(٣) انظر: فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٣٢٦/١١.

فالجاني يعزر في كل هذه الحالات على الرغم من عدوله؛ لأنَّ ما أتى به من فعل يعد معصية، فالنقب وكسر باب الآخرين معصية، ودخول منزل غيره دون إذنه معصية، وحمل السلاح على الآخرين معصية؛ لأن فيه إخافة لغيره^(١).^(٢)

جاء في المبسوط: "والرجل يَحْتَزُّ^(٣) السَّيفَ على الرجل، ويريد أن يضربه، ولم يفعل، أو شد عليه بسكين، أو عصا، ثم لم يضربه بشيء من ذلك هل يعزر قال: نعم؛ لأنه ارتكب ما لا يحل من تخويف المسلم، والقصد إلى قتله"^(٤).

ثانياً: التعزير في الجريمة المعدول عنها للتوبة:

التوبة لغة: الرَّجُوعُ مِنَ الذَّنْبِ^(٥).

واصطلاحاً: هي "الندم على ما مضى من الذنب والإقلاع في الحال والعزم على ترك العود في المستقبل تعظيماً لله"^(٦).

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عَوْدَة: ٣٥٢/١، والجريمة، محمد أبو زُهرة: ص ٢٨١، والتعزير، عبد العزيز عامر: ص ١٢٧.

(٢) في التشريعات الوضعية إذا عدل الجاني مختاراً عن الجريمة فإن فعله لا يعد شروعا ولا يعاقب عليه، وقد قُدر هذا الحكم لكي يكون أمام الجاني فرصة للعدول عما تورط فيه والتخلص من العقاب، وقد يكون هذا الحكم له ما يبرره في التشريعات الوضعية؛ لأنها تعاقب على الشروع بالعقاب نفسه المقرر للجريمة التامة، أما في الشريعة الإسلامية فلا داعي لهذا التبرير؛ لأن الشريعة الإسلامية تعاقب على الشروع بالتعزير؛ والعقاب يختلف باختلاف الأحوال واختلاف الجريمة والمجرم، ومن يعدل عن اتمام الجريمة مختاراً فإنه سيعاقب عقاباً يتفق مع ما قام به من فعل جرمي، وهو على كل الأحوال أقل من عقاب الجريمة التامة، وبذلك يوجد الدافع للعدول عن الجريمة إذا أراد الجاني التخلص من العقوبة أو تخفيفها، كما أن مسلك التشريعات الوضعية في عدم العقاب على الشروع إذا عدل الجاني مختاراً عن الجريمة يؤدي غالباً إلى أن يفلت الجاني من العقاب على ما ارتكب من جرم. انظر: التعزير، عبد العزيز عامر: ص ١٢٧-١٢٨.

(٣) اخْتَزَطَ السيف: سَلَّه مِنْ غَمْدِهِ. لسان العرب، ابن منظور: ٢٨٥/٧، مادة خرط.

(٤) المبسوط، السرخسي: ٣٧/٢٤.

(٥) لسان العرب، ابن منظور: ٢٣٣/١، مادة توب.

(٦) كشف القناع، البهوتي: ٤١٨/١.

ويشترط لصحة التوبة الإقلاع عن المعصية حالاً، والندم على فعلها في الماضي، والعزم عزمًا جازماً ألا يعود إلى مثلها أبداً، وإن كانت المعصية تتعلق بحق آدمي، فيشترط فيها رد المظالم إلى أهلها أو تحصيل البراءة منهم^(١).

فإذا أقدم الجاني عن الجريمة ثم عدل عن إتمامها دون أن يتم الجريمة ويحقق النتيجة الإجرامية لشعوره بالندم والتوبة إلى الله، فقد وقع اختلاف بين الفقهاء في أثر هذه التوبة في سقوط العقوبة التعزيرية عن الجاني في هذه الحالة، واختلافهم في سقوط العقوبة التعزيرية مبني في الأصل على اختلافهم في كون التوبة تسقط الحدود أم لا، ولكن قبل أن أفصل اختلاف الفقهاء في المسألة، لابد من ذكر ما اتفقوا عليه من أحكام فيما يتعلق بأثر التوبة في العقوبة؛ حيث إنهم اتفقوا على ما يأتي:

١- التوبة لا تسقط حقوق الآدميين؛ فما كان من العقوبات حقاً للعباد كحد القذف والقصاص لا تسقطه التوبة، وفي حد السرقة لابد من رد الأموال المسروقة إلى أصحابها ولا تسقط التوبة هذا الحق في حال من الأحوال^(٢).

٢- حد الردة يسقط عن المرتد إذا تاب ورجع إلى الإسلام^(٣).

٣- الجاني لا يعاقب على ما أتى من معصية، إذا كانت الجريمة المعدول عنها للتوبة هي جريمة الحراة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤]. وذلك بعد ذكر حد الحراة.

فدلَّت هذه الآية على سقوط حد الحراة عن المحارب إذا تاب قبل القدرة عليه، ما عدا العقوبات التي تتعلق بحقوق الآدميين^(١) - كما سبقت الإشارة إليه آنفاً -، وإذا كان هذا هو حكم من تاب بعد أن أتى الجريمة التامة، فأولى به أن يكون حكم من تاب ولم يتمها^(٢).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٦/٧، والفواكه الدواني، النفراوي: ٧٥/١، وحاشية قليوبي: ٢٠٢/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٨١/١٠.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤/٤، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٨/٥، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣١٧/٦، والفواكه الدواني، النفراوي: ٧٦/١، والمهذب، الشيرازي: ٣٦٨/٣، وروضة الطالبين، النووي: ٢٤٦/١١، والمغني، ابن قدامة: ١٨١/١٠ - ١٥٢/٩.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩٨/١٠، ومنح الجليل، عlish: ٢١٢/٩، والأم، الشافعي: ١٧٦/٦، والمغني، ابن قدامة: ٤/٩.

أما إذا ارتكب الجاني جرائم غير جريمة الحراة والجرائم المتعلقة بحقوق الآدميين ثم تاب، فقد اختلف الفقهاء في سقوط العقوبة عنه بالتوبة على قولين:

القول الأول: للحنيفة والمالكية وقول عند الشافعية وقول عند الحنبلية، حيث ذهبوا إلى أن سائر الحدود التي هي حق لله تعالى عدا حد الحراة لا تسقط بالتوبة سواء كان قبل الرفع إلى الإمام أم بعده^(٣).

ومحل عدم سقوط الحدود فيما ذكر في أخذه بالعقوبة في الظاهر، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيسقط الحد قطعاً؛ لأن التوبة تسقط أثر المعصية^(٤). ويترتب على الأخذ بهذا القول أن عدول الجاني عن إتمام جريمته تائباً راجعاً إلى الله لا يمنع عنه العقوبة كلما اعتبر فعله معصية^(٥).

واستدلوا بما يأتي:

١ - عموم أدلة العقوبة من غير تفصيل بين تائب وغيره؛ فقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنْ اللَّهِ﴾ [المائدة: ٣٨] فكل منها عام في التائبين وغيرهم^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٦/٧، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣١٧/٦، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي: ٨/٨، والمهذب الشيرازي: ٣٦٨/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٥١/٩ - ١٥٢.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٥٢-٣٥٣، والجريمة، أبو زهرة: ص ٢٨٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٦/٧، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٤١/٤، ونهاية المحتاج، الرملي: ٨/٨، والمغني، ابن قدامة: ١٥٢/٩.

واستثنى الكاساني (٥٨٧هـ) في البدائع حد السرقة الصغرى وقال إنه يسقط بتوبة السارق قبل أن يظفر به الحاكم بشرط رد المال لصاحبه، وقال: "والفرق [بين السرقة وغيرها] أن الخصومة شرط في السرقة الصغرى والكبرى؛ لأن محل الجنابة خالص حق العباد، والخصومة تنتهي بالتوبة، والتوبة تمامها برد المال إلى صاحبه، فإذا وصل المال إلى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق، بخلاف سائر الحدود فإن الخصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من إقامة الحدود، وفي حد القذف إن كانت شرطاً لكنها لا تبطل بالتوبة؛ لأن بطلانها برد المال إلى صاحبه، ولم يوجد". بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٦/٧.

(٤) نهاية المحتاج، الرملي: ٨/٨، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٦/٤.

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٥٥/١.

(٦) انظر: أسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٦/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٥٢/٩.

٢- أن النبي ﷺ حَدَّ من ظهرت توبته^(١)، فقد رجم ماعزاً والغامدية^(٢)؛ وقد جاء تائبين يطلبون التطهير بإقامة الحد، وقال في حق الغامدية: «لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ قُسِمَتْ بَيْنَ سَبْعِينَ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ لَوَسِعَتْهُمْ، وَهَلْ وَجَدْتَ تَوْبَةً أَفْضَلَ مِنْ أَنْ جَادَتْ بِنَفْسِهَا لِلَّهِ تَعَالَى»^(٣)، وجاء عمرو بن سمرة^(٤) إلى النبي ﷺ فقال: يا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي سَرَقْتُ جَمَلًا لِبَنِي فُلَانٍ، فَطَهَّرْنِي، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِمُ النَّبِيُّ ﷺ فَقَالُوا: إِنَّا افْتَقَدْنَا جَمَلًا لَنَا، «فَأَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ فَقُطِعَتْ يَدُهُ»^(٥) فالنبي ﷺ أمر بقطع يد عمرو مع أنه جاء تائباً^(٦).

٣- إن مرتكب الحد بعد الرفع إلى الإمام مقدور عليه، فلم يسقط عنه الحد بالتوبة، كالمحارب بعد القدرة عليه^(٧).

٤- أنه حد لا يختص بالمحاربة فلم يسقط بالتوبة كحد القذف^(٨)، فالمحارب شخص لا يقدر عليه فجعلت التوبة مسقطة لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه بتشجيعه على التوبة والامتناع عن

(١) نهاية المحتاج، الرَّمْلِي: ٨/٨.

(٢) هو الصحابي ماعز بن مالك الأسلمي، معدود في المدنيين، ويقال: إن اسمه غريب، وماعز لقب، وهو الذي أتى النبي ﷺ فاعترف بالزنا فرجحه. انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٢٣٢/٤، والإصابة، ابن حجر العسقلاني: ٥٢١/٥-٥٢٢. والغامدية

قيل: اسمها سبيعة، وقيل: أبية، وهي التي أقرت على نفسها بالزنى. تهذيب الأسماء واللغات، التَّوَوِي: ٣٦٧/٢.

(٣) رواه مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى: ١٣٢٣/٣، رقم: ١٦٩٥.

(٤) رواه مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى: ١٣٢٤/٣، رقم: ١٦٩٦.

(٥) هو الصحابي عمرو بن سمرة بن حبيب بن عبد شمس القرشي العبشمي، وهو أخو عبد الرحمن بن سمرة، وقد قطعت يده في السرقة. انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٧٣٣/٣-٧٣٤.

(٦) أخرجه ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالسرقة: ٣٦٨/٢، رقم: ٢٥٨٨، والطحاوي في شرح معاني

الآثار، كتاب الحدود، باب الإقرار بالسرقة التي توجب القطع: ١٦٨/٣، رقم: ٤٩٧٨، والطبراني في المعجم

الكبير: ٨٦/٢، رقم: ١٣٨٥، وفي إسناده عبد الله بن لهيعة وهو ضعيف. انظر: مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه،

البوصيري: ١١٢/٣.

(٧) المغني، ابن قدامة: ١٥٢/٩.

(٨) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٥٢/٩.

(٩) المهذب، الشيرازي: ٣٦٨/٣.

الفساد في الأرض، أما الجاني في باقي الجرائم فهو شخص مقدور عليه دائماً فليس ثمة ما يدعو لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة، بل إنَّ العقوبة هي التي تزجره عن الجريمة^(١).

٥- القول بأن التوبة تسقط العقوبة يؤدي إلى تعطيل العقوبات؛ لأن كل مجرم لا يعجز عن ادعاء التوبة، وقد تكون توبته صادقة لكن مبعثها الخوف من العقاب المسلط على رقبته^(٢).

القول الثاني: وهو القول الأصح عند الشافعية ورواية عند الحنبلية^(٣) ورأي ابن عابدين^(٤) (١٢٥٢هـ) من الحنفية^(٥)، حيث ذهبوا إلى أن التوبة قبل ثبوت الحد عند الحاكم تسقط الحدود^(٦).

ومن قال بهذا القول ابن تيمية^(٧) (٧٢٨هـ) وتلميذه ابن قيّم الجوزية^(٨) (٧٥١هـ) من متأخري الحنبلية واشترط ابن تيمية ألا تكون التوبة بعد أن يثبت الحد بالبينة؛ فإذا أظهر الجاني التوبة في هذه الحالة

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوّدة: ٣٥٤/١.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوّدة: ٣٥٤-٣٥٥، والجريمة، أبو زهرة: ص ٢٨٤.

(٣) انظر: نهاية المحتاج، الرملي: ٨/٨، والحاوي الكبير، الماوردي: ٣٧٠/١٣، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني: ٥١١/١٢، والمغني، ابن قدامة: ١٥٢/٩.

(٤) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقيّ، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، ولد في دمشق وتوفي فيها سنة: (١٢٥٢هـ)، من مصنفاته: "رد المختار على الدر المختار" ويعرف بحاشية ابن عابدين، و"العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية" وغيرها. الأعلام، الزركلي: ٤٢/٦.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤/٤.

(٦) وقد اختلف من قال بهذا الرأي هل تسقط الحدود بمجرد التوبة، أو لا بد من إصلاح العمل مع التوبة على قولين: أحدهما: وهو قول الشافعية ورواية عند الحنبلية لا بد من إصلاح العمل؛ لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ تَابَ وَأَصْلَحَ فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا﴾ [النساء: ١٦]. وقال: ﴿فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٣٩]، فعلى هذا القول، يعد مضي مدة يعلم بها صدق توبته، وإصلاح نيته، وليست مقدرة بمدة معلومة. والثاني: يسقط بمجردهما، وهو رواية عند الحنبلية؛ لأنها توبة مسقط للحد، فأشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه. المهذب، الشيرازي: ٣٦٩/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٥٢/٩-١٥٣.

(٧) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقيّ، تقي الدين ابن تيمية، فقيه حنبلي مجتهد، ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر، مات معتقلاً بقلعة دمشق سنة: (٧٢٨هـ)، من مصنفاته: "الجوامع في السياسة الإلهية والآيات النبوية"، ويسمى السياسة الشرعية و"الفتاوى"، وغيرها. انظر: البدر الطالع بحاسن من بعد القرن السابع، الشوكاني: ١/٦٣، وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ١/١٤٤.

فإنه لا يوثق بها، وقال بأن الجاني إذا جاء بنفسه تائباً معترفاً فلا يقام عليه الحد إلا إذا أراد ذلك تطهيراً لنفسه^(١)، بل الإمام في هذه الحالة مخير بين أن يتركه أو يقيم عليه الحد^(٢).

ويترتب على الأخذ بهذا القول أن تسقط العقوبة عمن يعدل عن إتمام جريمته تائباً كلما كانت الجريمة مما يمس حقوق الجماعة، أما الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا يؤدي العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كان سبب العدول هو التوبة، وإنما يسقط العقاب فيها عفو المجني عليه^(٣).

وهذا الرأي يتجه بالعقوبة إلى الناحية الفردية من حيث إنها إصلاح للجاني، ولا يتجه بها اتجاهها اجتماعياً من حيث إنها للزجر العام^(٤).

واستدلوا بما يأتي:

١ - قول الله تعالى: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ فَأَذُوهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا﴾ [النساء: ١٦]، وجه الدلالة أن الله تعالى رتب على التوبة رفع عقوبة الزنا التي فرضت أولاً.

وبقول الله تعالى بعد ذكر حد السارق: ﴿فَمَن تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٩]. وجه الدلالة أن قوله تعالى (فمن تاب) هو استثناء من وجوب الحد، وهو بمثابة الاستثناء المذكور في آية المحاربة في قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤]^(٥).

٢ - حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: كُنْتُ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ فَجَاءَهُ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ حَدًّا فَأَقِمُّهُ عَلَيَّ، قَالَ: وَلَمْ يَسْأَلْهُ عَنْهُ، قَالَ: وَحَضَرَتِ الصَّلَاةُ، فَصَلَّى مَعَ النَّبِيِّ ﷺ، فَلَمَّا

(١) انظر: الفتاوى الكبرى، ابن تيمية: ٥/٥٢٨، وإعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٦٠/٢.

(٢) انظر: إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٦١/٢.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ١/٣٥٤، وفي أصول النظام الجنائي الإسلامي، محمد سليم العوا: ص ١٤٢.

(٤) الجريمة، أبو زهرة: ص ٢٨٤.

(٥) انظر: تفسير القرطبي: ٦/٧٤.

قَضَى النَّبِيُّ ﷺ الصَّلَاةَ، قَامَ إِلَيْهِ الرَّجُلُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ حَدًّا، فَأَقِمْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: «أَلَيْسَ قَدْ صَلَّيْتَ مَعَنَا» قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ غَفَرَ لَكَ ذَنْبَكَ، أَوْ قَالَ: حَدَّكَ»^(١).

وجه الاستدلال من الحديث أن توبة الرجل وصلاحه عمله أسقط عنه الحد، والظاهر أنه حد خالص لله تعالى^(٢).

٣- قول النبي ﷺ: «التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ، كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ»^(٣) وجه الاستدلال من الحديث أن التوبة تجب ما قبلها من الذنوب، وأن الله تعالى جعل الحدود عقوبة لأرباب الجرائم، ورفع العقوبة عن التائب شرعا وقدرًا؛ فليس في شرع الله عقوبة لتائب^(٤).

وبقول النبي ﷺ في ما عَزَمَ لما أخبر به: «هَلَّا تَرَكْتُمُوهُ لَعَلَّه أَنْ يَتُوبَ، فَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ»^(٥).

٤- قاسوا بقية الحدود التي هي خالص حق لله تعالى على حد الحُرابة من حيث سقوطه بالتوبة^(٦)؛ فليس في نصوص الشرع تفريق بين المحارب وغيره، والشارع نصَّ على اعتبار توبة المحارب قبل القدرة عليه من باب التنبيه على اعتبار توبة غيره بطريق الأولى؛ فإنه إذا دفعت توبته عنه حد

(١) متفق عليه من طريق البخاري، كتاب الحدود، باب إذا أقر بالحد ولم يبين هل للإمام أن يستتر عليه: ٨، ١٦٦، رقم: ٦٨٢٣، ومسلم، كتاب التوبة، باب قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ أَلْسِفَاتِ﴾: ٤/٢١١٧، رقم: ٢٧٦٤. واللفظ للبخاري.

(٢) انظر: البيان، العمراني: ٥١٢/١٢.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الزهد، باب ذكر التوبة: ١٤١٩/٢، رقم: ٤٢٥٠، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب شهادة القاذف: ٢٥٩/١٠، رقم: ٢٠٥٦١، والطبراني في المعجم الكبير: ١٠/١٥٠. قال العجلوني في كشف الخفاء: "قال في الأصل: "ورجاله ثقات، بل حسنه شيخنا، يعني لشواهده". كشف الخفاء، العجلوني: ٣٣٩/١.

(٤) المغني، ابن قدامة: ١٥٢/٩، وإعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٦٠/٢.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك: ١٤٥/٤، رقم: ٤٤١٩، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الرجم، باب إلى أين يحفر للرجل: ٤٣٦/٦، رقم: ٧١٦٧، وأحمد في مسنده: ٣٦/٢١٤، رقم: ٢١٨٩٠، وأخرجه مقتصرًا على لفظ: «هَلَّا تَرَكْتُمُوهُ» الترمذي في سننه، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع: ٣٦/٤، رقم: ١٤٢٨، وقال هذا حديث حسن، والحاكم في المستدرک، كتاب الحدود: ٤/٤٠٤، رقم: ٨٠٨١، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٦) انظر: نهاية المحتاج، الرملي: ٨/٨، والبيان، العمراني: ٥١٢/١٢، والمغني، ابن قدامة: ١٥٢/٩.

حرا به مع شدة ضررها وتعديه فلأن تدفع التوبة ما دون حد الحرا به بطريق الأولى؛ ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]^(١).

واستدل ابن تيمية (٧٢٨هـ) وابن القيم (٧٥١هـ) على أن الإمام مخير في حالة ما إذا جاء مرتكب الحد تائباً معترفاً بين إقامة الحد أو تركه بأن النبي ﷺ لم يرجم من أقر على نفسه بالزنى؛ وقال عنه: «لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا أَهْلُ الْمَدِينَةِ لَقُبِلَ مِنْهُمْ»^(٢)، بينما رجم ماعزاً والغامدية لما اختارا إقامة وأبيا إلا التطهير به، ولذلك ردهما النبي ﷺ مراراً وهما يأبيان إلا إقامة عليهما^(٣).

المناقشة والترحيح:

رُذ على الاستدلال بأن ماعزاً والغامدية قد جاءا تائبين وحدهما النبي ﷺ بأن الحد مطهر، وأن التوبة مطهرة، وهما اختارا التطهير بالحد على التطهير بمجرد التوبة، وأبيا إلا أن يطهرا بالحد، فأجابهما النبي ﷺ إلى ذلك وأرشد إلى اختيار التطهير بالتوبة على التطهير بالحد؛ فقال في حق ماعز: «هَلَّا تَرَكْتُمُوهُ لَعَلَّهُ أَنْ يَتُوبَ، فَيُتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ»، ولو تعين الحد بعد التوبة لما جاز تركه^(٤).

أما حديث عمرو بن سمرة فهو حديث ضعيف.

والذي أراه راجحاً في المسألة هو التفريق بين سقوط الحدود بالتوبة وسقوط العقوبة التعزيرية بالتوبة...

أما فيما يتعلق بسقوط الحد بالتوبة فيرجح الباحث قول الجمهور بأن الحدود لا تسقط بالتوبة لما يأتي:

١- إن إسقاط الحدود بالتوبة يؤدي إلى تعطيل الحدود؛ حيث لا يعجز الناس عن إتيان الحدود ثم التظاهر بالتوبة للتخلص من العقاب. فلو كان إظهار التوبة والإقرار درءاً للحد لم يعجز كل زان أن

(١) إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٦٠/٢.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده: ٢١٣/٤٥، رقم: ٢٧٢٤٠، وأبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في صاحب الحد يجيء فيقر: ١٣١/٤، رقم: ٤٣٧٩، والترمذي في سننه، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء في المرأة التي استكرهت على الزنى: ٥٦/٤، رقم: ١٤٥٤، وقال: هذا حديث حسن غريب صحيح.

(٣) انظر: إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٦١/٢.

(٤) انظر: إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٦٠/٢-٦١.

يحتال إذا استشعر بمؤاخذه الإمام بأن يعترف، فيدرئ عنه الحد، وذلك مناقضة للمصلحة، ومنها أن التوبة لا تتم إلا أن يعتضد بفعل شاق عظيم لا يتأتى إلا من مخلص^(١).

٢- إن جنايات الحدود تكرر غالباً، فلو أسقطت بالتوبة لتجرأ الناس عليها واتبعوا أهواءهم أكثر، وأما حد الحاربة فلا يسقط إلا إذا لم تتحقق المفسدة بالقتل أو أخذ المال، فإذا قُتل قُتل إلا أن يعفو الأولياء عن الدم، وإذا أخذ المال وجب الغرم وسقط الحد؛ لأن الحاربة حد فيه تخيير بخلاف غيره فإنه محتم والمحتم أكد من المخير فيه^(٢). وما جاء في كتاب الفروق فيه رد على قياس الفريق الثاني باقي الحدود على حد الحاربة...

٣- إن استدلالهم بأن النبي ﷺ أسقط الحد عن صلي جماعة مع النبي ﷺ، فمردود بأن العقوبة التي أسقطها النبي ﷺ عنه في هذا الحديث هي التعزير وليس الحد، كما سأوضح فيما يأتي.

أما فيما يخص سقوط التعزير بالتوبة فالراجح ما ذهب إليه الفريق الثاني من سقوط التعزير بالتوبة وإن لم تسقط الحدود بالتوبة، و يدل على ذلك حديث الرجل الذي قال للنبي ﷺ: «إِنِّي أَصَبْتُ حَدًّا فَأَقِمُّهُ عَلَيَّ»... الذي استدل به الفريق الثاني على سقوط الحدود بالتوبة، فقد رجَّح الإمام النووي (هـ٦٧٦) أن يكون المقصود بالحد في هذا الحديث معصية موجبة للتعزير، وليس الحد المعروف؛ فيقول في شرحه لصحيح مسلم تعليقاً على هذا الحديث: "هذا الحد معناه معصية من المعاصي الموجبة للتعزير وهي هنا من الصغائر لأنها كفرتها الصلاة، ولو كانت كبيرة موجبة لحد أو غير موجبة له لم تسقط بالصلاة، فقد أجمع العلماء على أن المعاصي الموجبة للحدود لا تسقط حدودها بالصلاة هذا هو الصحيح في تفسير هذا الحديث"^(٣).

وقد جعل البخاري (هـ٢٥٦)^(٤) في صحيحه باباً خاصاً أسماه: "من أصاب ذنباً دون الحد فأخبر الإمام فلا عقوبة عليه بعد التوبة"، واستشهد بهذا الحديث، حيث جاء فيه: "لم يعاقبه النبي ﷺ"^(١).

(١) انظر: حجة الله البالغة، الدهلوي: ٢٤٩/٢.

(٢) انظر: الفروق، القرافي: ٤/١٨١-١٨٢، فرق ٢٤٦.

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم: ٨١/١٧.

(٤) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخاري، أبو عبد الله، حبر الإسلام، والحافظ لحديث رسول الله ﷺ، ولد في بخارى سنة ١٩٤ هـ ونشأ يتيماً، سمع من نحو ألف شيخ، من تصانيفه الكثيرة: "الجامع الصحيح" المعروف بصحيح

وجاء في فتح الباري تعليقاً على ذلك: "لم يعاقبه النبي ﷺ؛ أي الذي أخبر أنه وقع في معصية بلا مهلة حتى صلى معه فأخبره بأن صلاته كفرت ذنبه"^(٢). ففي هذا الحديث الصحيح دليل على سقوط العقوبة التعزيرية بالتوبة.

ولا بد من الإشارة إلى أن التوبة من حيث هي سبب للإعفاء من العقاب ينصرف أثرها إلى العقوبة فقط دون أن تمنع أوجه المسائلة الأخر عن الجاني، وبخاصة المسائلة المدنية المتمثلة في تعويض من أصابه الضرر من الجريمة أو في رد ملكه إليه.

وإن التوبة توجب الإعفاء من العقوبة إذا كان الجاني يحاكم لأول مرة، أما من تكرر وقوع الجريمة منه فإن التوبة لا تعد عذراً في حقه إلا إذا قدر القاضي غير ذلك؛ أي أن الإعفاء من العقوبة بسبب التوبة هو إعفاء وجوبي في المرة الأولى، وجوازي بعد ذلك^(٣).

البخاري و"التاريخ الكبير" و"وخلق أفعال العباد" وغيرها. توفي عام (٢٥٦هـ). انظر: تذكرة الحفاظ، الذهبي: ١٠٤/٢ -

١٠٥، والأعلام، الزركلي: ٦/ ٣٤ - ٣٥.

(١) صحيح البخاري: ١٦٥/٨ - ١٦٦.

(٢) فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ١٢/ ١٣٢.

(٣) في أصول النظام الجنائي الإسلامي، محمد سليم العوا: ص ١٤٢.

المطلب الثالث: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس المستحيلة.

أولاً: مفهوم الجريمة المستحيلة:

يراد بالجريمة المستحيلة "حالة إذا لم يكن في وسع الجاني - في الظروف التي أتى بها فعله - أو بوسع شخص آخر مكانه في ذات الظروف أن يحقق النتيجة الإجرامية"^(١). وعرفها شراح القوانين الوضعية بأنها "التي يستحيل وقوعها؛ إما لعدم صلاحية وسائلها، وإما لانعدام موضوعها"^(٢).

ومثالها في عدم صلاحية الوسيلة من يطلق النار على آخر بقصد قتله ببندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة، أو من يحاول قتل شخص بمادة غير سامة وهو يعتقد أنها سامة، ومثالها في انعدام موضوع الجريمة من يطعن شخصاً بقصد قتله وهو غير عالم بموته، أو كمن يفتح خزانة لسرقتها فإذا هي خاوية^(٣).

والفرق بينها وبين الجريمة الموقوفة والخائبة؛ أن النتيجة في الجريمة المستحيلة مستحيلة التحقق والوقوع، بخلافها في الجريمة الموقوفة والخائبة فالنتيجة فيهما ممكنة التحقق^(٤).

ثانياً: عقوبة الجريمة المستحيلة:

صحيح أن الفقه الإسلامي لم يتناول الجريمة المستحيلة بالدراسة ويحدد عقوبتها، لكن ليس من العسير استخلاص رأي في الجريمة المستحيلة انطلاقاً من الاتجاه العام للفقه الإسلامي في تحديد مدلول

(١) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤١٤.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٥٦/١.

(٣) انظر: الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤١٤، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عؤدة: ٣٥٦/١.

(٤) اختلف فقهاء القانون الوضعي في ماهية الجريمة المستحيلة، فمنهم من عدّها شروعاً وصنّفها تحت نوع الجريمة الخائبة، ففاعلها إذا يستحق العقاب، وهؤلاء هم أصحاب النظرية الشخصية، ومنهم من قال أنها تختلف عن الشروع؛ لأنّ نتيجتها غير ممكنة التحقيق، وإمكانية الحصول على النتيجة الجرمية شرط لاعتبار البدء في التنفيذ شروعاً، لذا فلا عقاب على الجريمة المستحيلة، وهؤلاء هم أصحاب النظرية المادية. انظر: قانون العقوبات السوري، القسم العام، عبود السراج: ص ٢١١.

البدء في التنفيذ، وهو أن الفقه الإسلامي يعد الفعل بدءاً في تنفيذ الجريمة إذا كان معصية في اتجاه الجريمة دون اشتراط اتصال هذا الفعل بالركن المادي للجريمة^(١).

ولا شك أن محاولة الجاني الاعتداء على المجني عليه هي في ذاتها معصية بغض النظر عما إذا كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الوقوع؛ لأن المحاولة في كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة، وما دامت النية الجنائية قد ظهرت وتجسّمت في أفعال خارجية أتى بها الجاني بقصد تنفيذ جرمته فهو جانٍ يستحق العقاب كلما تكوّن من أفعاله معصية، وإذا كان الفعل لم يلحق أذى فعلاً بالمجني عليه، أو كانت الجريمة قد استحالت تنفيذها، فإنّ ذلك أمر يترك تقديره للقاضي، فيعاقب الجاني بالعقوبة التعزيرية التي تتلاءم مع قصده وخطورته والظروف التي أحاطت بتنفيذ جرمته، ويستوي في الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة لوسائلها أو موضوعها والغاية منها، فإن ذلك كله لا ينفي مسؤولية الجاني إن كان ما فعله معصية^(٢).^(٣)

جاء في مغني المحتاج: "ثم إن جنى شخص آخر عليه [أي على الشخص المجني عليه أولاً] بعد الانتهاء لحركة مذبح فالأول منهما قاتل؛ لأنه صيّره إلى حالة الموت، ويعزر الثاني منهما لهتكه حرمة الميت"^(٤).

وهذا نص يمكن تحريج حكم هذه المسألة عليه، وفيه أن من اعتدى على شخص بنية القتل، إلا أن المعتدى عليه قد فارق الحياة فإنه يعزر، وقد برر ذلك الشريبي بأنه هتك حرمة الميت.

وهنا نقول بالإضافة إلى هتك حرمة الميت، فإن الجاني وجدت عنده نية القتل، مع فعل خارجي نفّذ لتحقيق هذه النية فاستحق التعزير على ذلك، حتى وإن كانت النتيجة الإجرامية مستحيلة الوقوع.

(١) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤١٨.

(٢) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عوّدة: ٣٥٦/١، والفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤١٨.

(٣) نصت المادة (٢٠٢) من قانون العقوبات السوري على عقوبة الجريمة المستحيلة، وجاء في الفقرة الأولى منها: "يعاقب على الشروع وإن لم يكن في الإمكان بلوغ الهدف بسبب ظرف مادي يجهله الفاعل".

(٤) مغني المحتاج، الشريبي: ٢٢٦/٥.

المطلب الرابع: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس الظنيّة (الوهمية).

يقصد بالجريمة الظنيّة أن يقدم الجاني على عمل هو في ظنّه معصية وجريمة، لكنه في واقع الأمر ليس كذلك؛ فالجريمة الوهمية لا وجود لها إلا في وهم مرتكبها وتصوره.

ومثالها من قتل شخصاً فإذا بالشخص المقتول مشرّك محارب، أو كمن يسرق مالا ثم يتبين أنه له، أو كمن يزني بامرأة ثم يتبين أنها زوجته^(١).

ففي كل هذه الصور وجد معنى الجريمة من حيث القصد والفعل، لكن من حيث الموضوع تبين أنه لا اعتداء على حق أحد وإن كان فيه النية في الاعتداء^(٢).

ومثل هذه الجرائم الظنية نصّ الفقهاء على أنه لا عقوبة دنيوية على مرتكبها؛ لأنه لا يعد مجرماً في واقع الأمر، وإنما يكون مستسهلاً للإجرام مستهيناً بالفرائض والفضائل، وعليه إثم مريد الجريمة التي أقدم عليها بظنه، وهو محاسب على قصده الجريمة في الآخرة.

جاء في التاج والإكيل: "ولا حد أيضاً على من شرب مباحاً ظاناً أنه خمر لكن تسقط عدالته"^(٣).

وفي الشرح الكبير: "فإذا شرب شيئاً يعتقد أنه خمر فتبين أنه غير خمر فلا يحد وعليه إثم الجراءة"^(٤).

وجاء في تحفة المحتاج: "وطء حليلته يظنُّ أنّها أجنبية فهو وإن أثم إثم الزنى باعتبار ظنّه... لا يحد"^(٥).

وجاء في الإحكام: "رجل لقي رجلاً فقتله على نيّة الحراة فإذا بذلك المقتول هو قاتل والد الذي قتله أو وجده مشرّكاً محارباً؛ فهذا ليس عليه إثم قاتل مؤمن عمداً، ولا قود عليه ولا دية؛ لأنه لم يقتل

(١) انظر: الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم: ١١٧/٤، الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٨٠.

(٢) انظر: الجريمة، محمد أبو زهرة: ص ٢٨٠. وقد عدّ الشيخ محمد أبو زهرة هذه الصور من أنواع الجريمة الخائبة، والأصح أنها من أنواع الجريمة الظنية أو الوهمية. الباحث.

(٣) التاج والإكيل، العبدري: ٤٣٣/٨.

(٤) الشرح الكبير، الدردير: ٣٥٢/٤.

(٥) تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٤/٩، وانظر: مغني المحتاج، الشريبي: ٤٤٢/٥.

مؤمناً حرم الدم عليه؛ وإنما عليه إثم مريد قتل المؤمن عمداً ولم ينقذ ما أراد، وبين الإثمين بون كبير؛ لأن أحدهما هائمٌ، والآخر فاعلٌ، وكإنسان لقي امرأةً فظنها أجنبية فوطئها فإذا بها زوجته فهذا ليس عليه إثم الزنا ومن قذفه حُدَّ حَدَّ القذف، لكن عليه إثم مريد الزنا ولا حد عليه، ولا يقع عليه اسم فاسق بذلك" (١).

وقد عدَّ بعض الفقهاء الجريمة الظنية من الذنوب التي يستحق فاعلها إثم الذنوب الكبائر؛ وذلك أن الإقدام عليها يدل على تهاون الفاعل في دينه.

جاء في كتاب الفروق: "[قال] شيخ الإسلام البارزي (٦٦٩هـ) (٢) والتحقيق أن الكبيرة كل ذنب قرن به وعيدٌ أو حدٌ أو لعنٌ بنصِّ كتابٍ أو سنة، أو عُلم أن مفسدته كمفسدة ما قرن به وعيدٌ أو حدٌ أو لعنٌ، أو أكثر من مفسدته، أو أشعرٌ بتهاون مرتكبه في دينه إشعار أصغر الكبائر المنصوص عليها بذلك؛ كما لو قتل من يعتقد معصوماً فظهر أنه مستحق لدمه، أو وطئ امرأةً ظاناً أنه زان بها فإذا هي زوجته أو أمته" (٣).

ويرى الباحث أنه حتى وإن لم يترتب على الجريمة الظنية ضرر بمصلحة الفرد أو المجتمع، فإنه لولي الأمر أن يفرض عقوبة تعزيرية على مرتكب الجريمة الظنية ليس مقابل ما ارتكب من ضرر، وإنما من باب التدابير الأمنية المعروفة في التشريعات الحديثة، حيث إنَّ إقدام الجاني على عمل هو في ظنه جريمة قد كشف عن خطورة هذا الشخص واستعداده للوقوع في العمل الجرمي، فلا بدَّ من ردعه بعقوبة تعزيرية حتى لا يقدم على جرائم أخرى في المستقبل - والله أعلم -.

(١) الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم: ١١٧/٤.

(٢) هو إبراهيم بن المسلم بن هبة الله الحموي البارزي الشافعي شمس الدين، قاضي حماة، تفقه بدمشق بالفخر بن عساكر، وأعاد له، ودرّس بالرواحية، وولي تدريس معرة النعمان، ثم تحوّل إلى حماة ودرّس بها، وأفتى، وولي قضاءها فحمدت سيرته، وكان ذا علم ودين، توفي سنة: (٦٦٩هـ). انظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ابن العماد: ٥٧٢/٧، ومعجم المؤلفين، عمر كحالة: ١١٢/١.

(٣) تهذيب الفروق، محمد بن علي بن الحسين، مطبوع مع الفروق: ١٣٥/١.

ملحق بالفصل: الركن المعنوي في الشروع في الجريمة:

إذا كانت عقوبة جرائم الحدود والجناية على النفس التي لم تكتمل هي التعزير، فلا بد لتقرير هذه العقوبة من وجود صفة العمد (القصد الجنائي) في هذه الجرائم؛ وذلك يعني أن الإرادة عند البدء في تنفيذ جريمة الحد أو الجناية على النفس يجب أن تكون متجهة نحو إحداث النتيجة الإجرامية، ثم العجز عن إحداثها^(١).

والقصد الجنائي الذي يتعين توافره في الجرائم الناقصة هو عين القصد الجنائي الذي يجب توافره إذا كانت الجريمة تامة، فإذا كان القصد الجنائي في جريمة القتل يتطلب نية إزهاق الروح، فهو يتطلب النية نفسها فيما يخص البدء في تنفيذها.

ويترتب على اعتبار القصد الجنائي ركنًا للعقاب على البدء في تنفيذ الجرائم؛ عدم العقاب على البدء في تنفيذ الجرائم غير العمدية والجرائم الشبه عمدية^(٢).

(١) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤١٩.

(٢) الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٤١٩-٤٢٠.

الفصل الثاني: موجبات التعزير في جرائم الحدود.

مدخل إلى دراسة التعزير في جرائم الحدود، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أنواع العقوبة من حيث ذاتيتها.

المطلب الثاني: أنواع الحدود وعقوباتها الأصلية.

المطلب الثالث: تعريف الشبهة وأقسامها وأثرها في الحدود والقصاص.

المطلب الأول: أقسام العقوبة من حيث ذاتيتها:

إنَّ سقوط الحد لسبب من الأسباب معناه سقوط عقوبته الخاصة لا سقوط الحق العام في أصل العقاب، فسقوط الحد لا ينفي معاقبة الفاعل بعقوبة أخرى أخف من الحد على سبيل التعزير إذا كان سقوط الحد لسبب بحيث يبقى الفاعل مستحقاً للعقوبة بعد سقوطه.

فالحدود في فيها حقان: الأول: حق الجماعة العام في أصل العقاب للتأديب والزجر عما يتضرر به العباد من أنواع الفساد.

والثاني: حق الله؛ أي حق الجماعة في نوع العقوبة المقدرة.

فسقوط نوع العقوبة لا يستدعي سقوط أصلها الذي يتعلق به حق عام لمصلحة الجماعة^(١).

ومعنى ذلك أنَّ سقوط العقوبة المنصوص عليها للجريمة لسبب من الأسباب يعني الانتقال إلى عقوبة أخرى غير مقدرة تكون كعقوبة بديلة عن العقوبة الأصلية، فالعقوبة من حيث ذاتيتها تقسم إلى:

أولاً: العقوبة الأصلية: وهي العقوبة المقررة للجريمة بصفة أصلية، وذلك كالقصاص للقتل، والرجم للزنا، والقطع للسرقة.

ثانياً: العقوبة البدليّة: وهي العقوبة التي تحل محل العقوبة الأصلية إذا امتنع تطبيقها لسبب شرعي، ومثالها: الدية إذا درئ القصاص، والتعزير إذا درئ الحد أو القصاص.

(١) المدخل الفقهي، مصطفى الزرقا: ٦٧٨/٢.

والعقوبات البدليّة هي في الأصل عقوبات أصلية لجرائم معينة، وإنما تعتبر عقوبات بدلية في جرائم أخرى يترتب عليها عقوبات أشد إذا امتنع تطبيق هذه العقوبة الأصلية الشديدة، فالدية عقوبة أصلية في القتل شبه العمد، ولكنها تعتبر عقوبة بديلة عن القصاص في القتل العمد، والتعزير عقوبة أصلية في جرائم التعازير، ولكنه عقوبة بدلية في جرائم الحدود والقصاص إذا امتنع تطبيق الحد أو القصاص لسبب شرعي.

ثالثاً: العقوبة التبعيّة: وهي العقوبة التي تلحق المحكوم عليه تبعاً، وبناء على الحكم بالعقوبة الأصلية، ودون حاجة للحكم بالعقوبة التبعية. ومثالها: حرمان القاتل من الميراث، فالحرمان يترتب على الحكم على القاتل بعقوبة القتل ولا يشترط فيه صدور حكم بالحرمان، ومثالها أيضاً عدم أهلية القاذف للشهادة، فعدم الأهلية لا يشترط أن يصدر به حكم وإنما يكفي لانعدام الأهلية صدور الحكم بعقوبة القذف.

رابعاً: العقوبة التكميلية: وهي العقوبة التي تصيب الجاني بناءً على الحكم بالعقوبة الأصلية بشرط أن يحكم بها القاضي، كالتغريب في جريمة الزنى.

والعقوبات التكميلية تتفق مع العقوبات التبعية في أن كليهما مترتبة على حكم أصلي، ولكنهما يختلفان في أن العقوبة التبعية تقع دون حاجة لإصدار حكم خاص بها، أما العقوبات التكميلية فتستوجب صدور حكم بها^(١).

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦٣٢-٦٣٣، والعقوبة في الفقه الإسلامي، أحمد فهمي بهنسي:

المطلب الثاني: أنواع الحدود وعقوباتها الأصلية:

أولاً: أنواع الحدود.

جرائم الحدود محددة العدد، ويسمى الفقهاء "الحدود" دون إضافة لفظ الجرائم إليها، وعقوباتها تسمى الحدود أيضاً، ولكنها تميّز بالجريمة التي فرضت عليها؛ فيقال: حد السرقة، حد الشرب؛ ويقصد من ذلك عقوبة السرقة وعقوبة الشرب^(١).

وقد اتفق الفقهاء على أن ما يطبق على جريمة كل من الزنى والقذف والسكر والسرقة وقطع الطريق يعد حداً^(٢)، واختلفوا فيما وراء ذلك على التفصيل التالي:

فذهب الحنفية إلى أن الحدود خمسة وهي: حد السرقة، وحد الزنا، وحد الشرب، وحد السكر، وحد القذف^(٣)، حيث أدخلوا حد الحراة أو قطع الطريق في حد السرقة، وفرقوا بين حد الخمر (ماء العنب النيء المتخمر) وحد السكر للأشربة المسكرة المتخذة من غير العنب كالشعير والذرة والعسل ونحوها، ولم يعدوا عقوبة الردة حداً^(٤).

وذهب المالكية إلى أنها سبعة وهي: حد البغي، وحد الردة، وحد الزنى، وحد القذف، وحد السرقة، وحد الحراة، وحد الشرب، ولم يفرقوا بين حد الشرب وحد السكر^(٥).

وذهب الشافعية إلى أنها ثمانية، فأضافوا القصاص إلى ما ذكره المالكية؛ والحدود عندهم هي: حد الزنى وحد القذف وحد الشرب وحد السرقة وحد الردة، وحد قطع الطريق، وحد ترك الصلاة، بالإضافة إلى القصاص^(٦).

وذهب الحنبلية إلى أنها سبعة وهي: حد الزنى، وحد القذف، وحد السكر، وحد السرقة، وحد الحراة، وحد البغي، وحد الردة^(٧).

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٧٩/١.

(٢) انظر: فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٥٨/١٢، العقوبة، محمد أبو زهرة: ص ٧٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٣/٧.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي: ٥٢٧٥/٧.

(٥) انظر: التاج والإكليل، العبدري: ٣٦٥/٨، الشرح الكبير، الدردير: ٢٩٨/٤.

(٦) انظر: اللباب، ابن المحاملي: ٣٨٣/١، المنشور في القواعد الفقهية، الزركشي: ٣٨/٢.

(٧) انظر: كشف القناع، البهوتي: ٨٩/٦ وما بعدها، المبدع، ابن مفلح: ٣٨٠/٧، وما بعدها.

وسأعتمد في بحثي هذا على التقسيم السداسي للحدود مستثنياً حد البغي وغيره مما اعتبره بعض الفقهاء حداً كترك الصلاة والقصاص.

ثانياً: العقوبات الأصلية للحدود.

أ- تعريف الزنى وعقوبته الأصلية:

الزَّنى في اللُّغة هو الفُجور^(١).

واصطلاحاً هو: "وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته"^(٢).

وحد الزنى الواجب بالنص هو جلد مائة للزاني غير المحصن؛ لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، ولقول النبي ﷺ: «خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهْنً سَبِيلاً، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَنَفْيُ سَنَةٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ، وَالرَّجْمُ^(٣)».

وحد الزاني المحصن الرجم حتى الموت رجلاً كان أو امرأة^(٤).

ب- تعريف القذف وعقوبته الأصلية:

القَذْفُ لغة: الرَّمي مطلقاً؛ فالقَذْفُ بالحجارة: الرَّميُّ بِهَا، والقذف بالسَّهم: الرَّميُّ بِهِ^(٥)، ويأتي أيضاً بمعنى السَّبِّ^(٦).

واصطلاحاً هو: "الرَّميُّ بالزَّنى صريحاً"^(٧).

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٣٥٩/١٤، مادة زنا، وتاج العروس، الزبيدي: ٢٢٥/٣٨، مادة زني، والقاموس المحيط، الفيروز آبادي: ١٢٩٢/١.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤/٤.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى: ١٣/١٣١٦، رقم: ١٦٩٠.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي: ٥٣٦٤/٧.

(٥) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٢٧٧/٩، مادة قذف، وتاج العروس، الزبيدي: ٢٤١/٢٤، مادة قذف.

(٦) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٢٧٧/٩، مادة قذف.

(٧) تبيين الحقائق، الزَّيلعي: ١٩٩/٣، والمغني، ابن قدامة: ٨٣/٩.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن المكلف الحر إذا قذف محصناً أو محصنة، فحده ثمانون جلدة.

لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]^(١).

ج- تعريف السرقة وعقوبتها الأصلية:

السرقة لغة: هي أخذُ المال خُفِيَةً^(٢). يقال: سَرَقَ الشَّيْءَ يسْرِقه سَرَقاً وسَرِقاً واستَرَقَه. وَالِاسْمُ السَّرَقُ والسَّرِقَةُ. واستَرَقَ الالحنبلية سَمِعَ؛ أي استمعه مُسْتَحْفِيًا^(٣).

واصطلاحاً هي "أخذ العاقل البالغ نصاباً محرراً، أو ما قيمته نصاباً ملكاً للغير لا شبهة له فيه على وجه الخفية"^(٤).

والعقوبة الأصلية للسرقة هي قطع اليد اليمنى في الجناية الأولى لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨]^(٥).

د- تعريف الحراة وعقوبتها الأصلية:

الحراة في اللغة مصدر الفعل حَارَبَ، وهي مأخوذة من الحَرْبِ، والحَرْبُ: نَقِيضُ السَّلَامِ^(٦).

ومن معاني الحراة في اللغة السَّلْب، والحَرْبُ: أَنْ يُسَلَبَ الرَّجُلُ مَالُهُ. يقال: حَرَبَهُ يَحْرِبُهُ إِذَا أَخَذَ مَالَهُ^(٧). وتسمى الحراة قطع الطريق، فهما بمعنى واحد عند الإطلاق، وأطلق عليها الحنفية اسم السرقة الكبرى^(٨).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي: ٥٣٩٧/٧.

(٢) انظر: المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية: ٤٢٧/١، مادة سرق.

(٣) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٥٥/١٠، مادة سرق، المصباح المنير، الفيومي: ٢٧٤/١، مادة سرق.

(٤) الاختيار لتعليل المختار، الموصلي: ١٠٢/٤.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٣٣/٩، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣٢/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٦٥/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٠٣/٩.

(٦) لسان العرب، ابن منظور: ٣٠٣-٣٠٢/١، مادة حرب.

(٧) لسان العرب، ابن منظور: ٣٠٣/١، مادة حرب، والقاموس المحيط، الفيروز آبادي: ص ٧٣، مادة: الحرب.

(٨) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٢/٥، وحاشية ابن عابدين: ١١٣/٤.

والحرابة اصطلاحاً: هي "البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث"^(١).

وقد اتفق الفقهاء على أنَّ عقوبة المحارب حدٌّ من حدود الله لا تقبل الإسقاط ولا العفو ما لم يتوبوا قبل القدرة عليهم.

والأصل في عقوبة المحارب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣].

وجمهور الفقهاء الحنفية للشافعية والحنابلة، على أنَّ أنواع العقوبة الواردة آية الحرابة مرتبة على وفق ما يقع من المحارب من أفعال الحرابة، وليست على اختيار الإمام يوقع ما يراه.

وعقوبة النفي عند الحنفية والشافعية ورواية عند الحنبلية هي عقوبة تعزيرية تكون بالضرب والحبس أو التغريب حتى تظهر توبة المحارب^(٢). والقول الثاني عند الحنبلية أن النفي يكون بتشريدهم عن الأمصار، لكن ابن قدامة^(٣) رجح القول الأول؛ لأنَّ تشريدهم إخراج لهم إلى مكان يقطعون فيه الطريق، ويؤذون به الناس، فكان حبسهم أولى^(٤).

بينما ذهب المالكية إلى أنَّ العقوبات الواردة في آية الحرابة تدل على التخيير بين الجزاءات الأربعة^(٥)، على التفصيل الآتي:

(١) مغني المحتاج، الشريبي: ٤٩٨/٥.

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٣/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٥١/٩.

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ثم الدمشقي، الحنبلي، شيخ الإسلام، وأحد الأعلام، ولد بجماعيل من قرى نابلس بفلسطين، وقدم دمشق مع أهله وله عشر سنين، رحل في طلب العلم إلى بغداد أربع سنين ثم عاد إلى دمشق، توفي سنة: (٦٢٠هـ)، من تصانيفه "المغني في الفقه شرح مختصر الخرقي" و"الكافي"، و"المقنع" و"العمدة" وله في الأصول "روضة الناظر". انظر: ذيل طبقات الحنابلة، ابن رجب: ٢٨١/٣ وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٦٧-٦٨.

(٤) المغني ابن قدامة: ١٥١/٩.

(٥) انظر: المدونة، الإمام مالك: ٥٥٢-٥٥٣، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٩/٤، والشرح الكبير، الدردير: ٣٤٩/٤.

أولاً: إنَّ قتل المحارب فلا بد من قتله، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه، وإنما التخيير في قتله أو صلبه.

ثانياً: إن أخذ المال، ولم يقتل؛ فلا تخيير في نفيه، وإنما التخيير في قتله، أو صلبه، أو قطعه من خلاف.

ثالثاً: إن أخاف السبيل فقط فالإمام مخير في قتله، أو صلبه، أو قطعه، أو نفيه.

ومعنى التخيير عند الإمام مالك أنَّ الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام؛ فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه؛ لأن القطع لا يرفع ضرره. وإن كان لا رأي له، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف، وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه، وهو الضرب والنفي^(١).

والنفي عند المالكية يكون للذكر الحر البالغ العاقل ويكون بعد الضرب باجتهاد الحاكم ويسجن في البلد الذي نفي إليه حتى تظهر توبته أو يموت. **والمرأة المحاربة عندهم لا تصلب ولا تنفى وإنما حدها القتل أو القطع من خلاف^(٢).**

هـ - تعريف الردة وعقوبتها الأصلية:

- **الردّة لغة:** هي الاسم من الفعل ردّ؛ والردّة عن الشيء تعني الرجوع عنه، يقال: ردّدت الشيء ردّاً؛ صرّفته ورجعته، وردّه عن وجهه يرّده ردّاً ومردّاً وترداداً: صرّفه^(٣).
واصطلاحاً: هي "قطع الإسلام بنية، أو قول كفر، أو فعل، سواء قاله استهزاءً أو عناداً أو اعتقاداً"^(٤).

(١) بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٩/٤، وانظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ١٠٥/٨.

(٢) انظر: الشرح الكبير، الدردير: ٣٥٠-٣٤٩/٤.

(٣) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٧٣/٣، مادة ردد، ومختار الصحاح، الرازي: ص ١٠١، مادة ردد، الصحاح، الفارابي: ٤٧٣/٢، مادة ردد.

(٤) المنهاج، النووي (مع مغني المحتاج): ٤٢٧/٥.

وقد اتفق الفقهاء على أنَّ المرتد إذا كان رجلاً بالغاً عاقلاً مختاراً يقتل إذا لم يسلم بعد أن يستتاب ثلاثة أيام^(١). جاء في المغني: "وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد"^(٢).

واستدلوا بسقوط عصمة المرتد بالردة؛ لقول النبي ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»^(٣). ولقول النبي ﷺ: « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولُ اللَّهِ، إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمَقَارِقُ لِلْحَمَاعَةِ»^(٤)، وإجماع الصحابة على قتل المرتدين بعد وفاة النبي ﷺ^(٥).

ويمهل المرتد مدة قبل القتل يعرض عليه فيها التوبة والعودة إلى الإسلام؛ لأن ارتداده قد يكون عن شبهة عرضت له. وهذه الاستتابة مستحبة عند الحنفية في القول الظاهر والشافعية في قول، ورواية عند الحنبلية؛ لأن الدعوة قد بلغت^(٦). وذهب المالكية والمعتمد عند كل من الشافعية والحنبلية إلى وجوب استتابة المرتد إلى وجوب^(٧).

أما مدة الاستتابة فقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنبلية إلى أنها ثلاثة أيام بلياليها، تبدأ من يوم الثبوت لا من يوم الكفر^(٨). وذهب الشافعية في الأظهر إلى أنَّ الاستتابة تكون في الحال، فإن تاب وإلا قتل؛ لأن قتله المرتب على الردة حد، فلا يؤخر كسائر الحدود^(٩).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩٨/١٠، والشرح الكبير، الدردير: ٣٠٤/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩٦/٩، والمغني، ابن قدامة: ٦/٩.

(٢) المغني، ابن قدامة: ٣/٩.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم: ١٥/٩، رقم: ٦٩٢٢.

(٤) تقدم تخريجه: ص ٣٢٣.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩٨/١٠، وبدائع الصنائع، الكاساني: ١٣٤/٧.

(٦) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩٩/١٠، وحاشية ابن عابدين: ٢٢٥/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩٦/٩، حاشية قليوبي وعميرة: ١٧٨/٤، والمغني، ابن قدامة: ٩٦/٩، والفروع، ابن مفلح: ١٠ / ١٩٢.

(٧) انظر: الشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٣٠٤/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩٦/٩، وحاشية قليوبي وعميرة: ١٧٨/٤، والمغني ابن قدامة: ٥/٩.

(٨) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١٣٤/٧، والشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٣٠٤/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩٦/٩، والمغني، ابن قدامة: ٥/٩.

(٩) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩٦/٩، ومغني المحتاج، الشيريني: ٤٣٦/٥. وقال الزهري: يدعى إلى الإسلام ثلاث

و- تعريف حد الشرب وعقوبته الأصلية:

الشُّرْبُ لغة : "إيصال الشيء إلى جوفه بعينه، مما لا يتأتى فيه المضغ"^(١).

واصطلاحاً: يستعمل الشُّرْب للدلالة على شرب ما يسكر^(٢).

والعقوبة الأصلية لشرب الخمر والسكر عند جمهور الفقهاء هي ثمانون جلدة^(٣).



مرات، فإن أبى قتل، وعن علي عليه السلام أنه يستتاب شهرين. وقال النخعي والثوري: يستتاب أبداً، وهذا يفضي إلى ألا يقتل أبداً، وهو مخالف للسنة والإجماع. مغني المحتاج، الشربيني: ٤٣٦/٥، والمغني، ابن قدامة: ٦/٩.

(١) التعريفات، الجرجاني: ص ١٢٧.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤٤٨/٦.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي: ٥٤٨٨/٧.

المطلب الثالث: تعريف الشُّبهة وأقسامها وأثرها في الحدود والقصاص.

أولاً: تعريف الشبهة.

الشُّبهة في اللغة: الالتباس^(١). وَلَيْسَ عَلَيْهِ الْأَمْرُ خَلَطًا^(٢). والمِشْتَبَهَاتُ مِنَ الْأُمُور: المِشْكِلَاتُ، وَأُمُورٌ مُشْتَبِهَةٌ وَمُشَبَّهَةٌ: مُشْكِلَةٌ يُشَبِّهُ بِعَظْمٍ بَعْضًا^(٣).

واصطلاحاً عَرَّفَهَا الحنفية بأنها: "ما يشبه الثابت وليس بثابت"^(٤).

وعَرَّفَهَا الشافعية بأنها: "الشَّيْءُ الْمَجْهُولُ تَحْلِيلُهُ عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَتَحْرِيمُهُ عَلَى الْحَقِيقَةِ"^(٥).

وهذه التعاريف هي تعاريف للشُّبهة بشكل عام، ويمكن وضع تعريف للشبهة في باب الجنایات بأنها: "الْتِبَاسُ فِي أَرْكَانِ الْجُرْمَةِ أَوْ فِي وَسَائِلِ إِثْبَاتِهَا يَغْيِرُ مَقْدَارَ الْعُقُوبَةِ فِيهَا أَوْ يَلْغِيهَا بِالْكُلِّيَّةِ".

ثانياً: أقسام الشُّبهة:

قَسَمَ الْفُقَهَاءُ الْمُتَقَدِّمُونَ الشُّبْهَةَ عِدَّةَ أَقْسَامٍ، وَتَطَرَّقُوا فَقَطْ لِلشُّبْهَاتِ الَّتِي تَكُونُ فِي نَفْسِ الْجُرْمَةِ، وَلَمْ يَتَطَرَّقُوا إِلَى الشُّبْهَاتِ الَّتِي تَعْتَرِي إِثْبَاتِ الْجُرْمَةِ، فَقَدْ قَسَمُوا الشُّبْهَةَ إِلَى:

القسم الأول: شبهة الفعل أو شبهة الفاعل:

وَقَالَ بِهَا الْحَنَفِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ، وَذَكَرَ الْحَنْبَلِيَّةُ أَمْثَلَةً لَهَا، وَتَسْمَى أَيْضاً شُبْهَةً اشْتِبَاهَ، وَتَتَحَقَّقُ هَذِهِ الشُّبْهَةُ فِي حَقِّ مَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ الْحُلُّ وَالْحَرَمَةُ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ شَرْعِيٍّ يَفِيدُ الْحُلَّ؛ وَلَا بَدَّ مِنْ وَجُودِ هَذَا الظَّنِّ مِنَ الْفَاعِلِ، وَإِلَّا فَلَا تَتَحَقَّقُ الشُّبْهَةُ أَصْلًا^(٦).

(١) مختار الصحاح، الرازي: ص ١٦١، مادة: شبه، ولسان العرب، ابن منظور: ٥٠٤/١٣، مادة شبه، وتاج العروس من جواهر القاموس، الزبيدي: ٤١١/٣٦، مادة: شبه.

(٢) مختار الصحاح، الرازي: ص ٢٧٨، مادة: لبس.

(٣) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٥٠٣/١٣، مادة شبه.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني: ٣٦/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٢/٥، والأشباه والنظائر، ابن نجيم: ١٠٨/١.

(٥) المنثور في القواعد الفقهية، الزركشي: ٢٢٨/٢.

(٦) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي، المرغيناني: ٣٤٤/٢، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٥٠/٥، وروضة الطالبين، النووي: ٩٢/١-٩٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٣/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٦/٦، مطالب أولي النهى،

القسم الثاني: شبهة المحل أو شبهة الملك:

وقال بها الحنفية والشافعية، وذكر الحنبلية أمثلة لها، وتسمى أيضاً شبهة حكمية. وسميت شبهة محل؛ لأنها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل، وسميت حكمية لأنَّ حلَّ المحلِّ ثبت بحكم الشرع. وتحقق بسبب وجود دليل نافٍ للحرمة في ذاته، فتصبح الحرمة القائمة فيها بها شبهة أنها ليست ثابتة؛ نظراً إلى دليل الحل، ولا تتوقف هذه الشبهة على ظنِّ الفاعل واعتقاده؛ لأنَّ سبب الشبهة وجود الدليل المبيح، علمه أحد أو لم يعلمه^(١).

القسم الثالث: شبهة العقد:

وانفرد بها الحنفية، وهذه الشبهة تعني أنَّ وجود صورة عقد النكاح مع انعدام حكمه وحقيقته؛ تكفي بذاتها لإيجاب الشبهة؛ فإذا حصل الإيجاب والقبول في عقد نكاح مجمع على تحريمه، فإنَّ هذا العقد كافٍ لإيجاد شبهة يدرأ بها الحد عن العاقد إذا حصل الوطاء بناءً على هذا العقد. وهذه الشبهة تثبت عند أبي حنيفة إن كان العاقد عالماً بجرمة العقد، خلافاً لأبي يوسف^(٢) (١٨٢هـ) ومحمد حيث قالوا بعدم ثبوتها إن كان العاقد عالماً بالتحريم، وعليه الفتوى عند الحنفية^(٣).

القسم الرابع: شبهة الطريق أو شبهة الجهة:

وقال بها المالكية والشافعية وذكر الحنبلية أمثلة لها، وتسمى هذه الشبهة أيضاً شبهة اختلاف الفقهاء؛ وهي الشبهة الناشئة عن اختلاف الفقهاء، فكل ما كان حلالاً عند بعض الفقهاء

السيوطي الرحيباني: ١٨٣/٦.

(١) انظر: الهداية، المرغيناني: ٣٤٤/٢، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٥٠/٥، وروضة الطالبين، النووي: ٩٢/١٠-٩٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٣/٩، ٥٢١/٢، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٦/٦، ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ١٨٣/٦.

(٢) هو يعقوب بن إبراهيم القاضي الأنصاري أبو يوسف، صاحب أبي حنيفة، أخذ الفقه عنه، وهو المقدم من أصحابه، ولي القضاء لثلاثة خلفاء، وتوفي ببغداد سنة: (١٨٢هـ)، من تصانيفه: "الخراج" و "الآثار" و "النوادر" و "اختلاف والأمصار" وغيرها. انظر: وفيات الأعيان، ابن خلكان: ٦/٣٧٨ وما بعدها، والجواهر المضنية، عبد القادر محي الدين الحنفي: ٢/٢٢٠ - ٢٢١، والأعلام الزركلي: ١٩٣/٨.

(٣) انظر: الهداية، المرغيناني: ٣٤٥/٢، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٥٣/٥، وحاشية ابن عابدين: ٢٣/٤.

وحراماً عند آخرين فهو شبهة تدرأ الحد؛ لأنَّ قول المحرَّم يقتضي الحد، وقول المبيح يقتضي عدم الحد
فحصل الاشتباه^(١).

القسم الخامس والسادس: الشُّبهة في الوطاء، والشُّبهة في الموطوءة:

وقال بهما المالكية، ومثال الأولى فيمن وطئ أجنبيةً اعتقد أنها امرأته ومملوكته أو نحو ذلك،
فالجهل الحاصل من الوطاء يقتضي عدم الحد من حيث إنه معتقد الإباحة، وعدم مطابقة ظنه
للحقيقة يقتضي الحد، فحصلت الشُّبهة من الشُّبهين.

وهذا المثال الذي أورده المالكية أدرجه الشافعية في شبهة الفاعل، وقال به الحنبلية وإن لم يسمُّوا
الشُّبهة في هذا المثال^(٢).

وكما ذكرت؛ فقد أغفل التقسيم السابق الشُّبه التي تعترى وسائل الإثبات، وقد استدرك ذلك
بعض الفقهاء المعاصرين كالشيخ محمد أبو زهرة؛ حيث حصر الشبهات في أربعة أنواع أساسية وهي:

١ - ما يتعلق بركن الجريمة؛ وتشمل شبهة الدليل، وشبهة الملك، وشبهة الحق، وشبهة الصورة.

٢ - ما يتعلق بالقصد النافي للقصد الجنائي في الارتكاب، وتشمل شبهة الجهل بالأحكام.

٣ - ما يتعلق بالإثبات، وتشمل الشبه المتعلقة بطرق إثبات الجريمة لدى القضاء.

٤ - ما يتعلق بتطبيق النصوص على الجزئيات، والخفاء في التطبيق في بعضها^(٣).

وتقسيم الشيخ أبو زهرة أشمل من التقسيم السابق؛ حيث استدرك ما نقص من أنواع الشبه التي
تعترى الجريمة في أركانها، أو في وسائل إثباتها.

(١) انظر: الفروق، القراني: ١٧٢/٤، الفرق: ٢٤٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٤٤/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٧/٦،
ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ١٨٤/٦.

(٢) انظر: روضة الطالبين، النووي: ٩٣/١٠، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٧/٦.

(٣) انظر: العقوبة، محمد أبو زهرة: ص ١٨٠ وما بعدها.

ثالثاً: أثر الشبهة في الحدود والقصاص:

ذهب جمهور الفقهاء^(١) إلى وجوب العمل بقاعدة "الحدود تدرأ بالشبهات"^(٢)، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية^(٣). قال ابن المنذر (٣١٨هـ)^(٤): "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن الحدود تدرأ بالشبه"^(٥).

ومستند هذه القاعدة^(٦) حديث النبي ﷺ: «ادْرءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ»^(٧)، وفي رواية أخرى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ادْفَعُوا الْحُدُودَ مَا وَجَدْتُمْ لَهُ مَدْفَعًا»^(٨).

وقد ورد هذا الحديث بروايات كثيرة بعضها موقوف، وكلها لا تخلو من ضعف أو مقال، إلا أن كثرة طرقه يقوي بعضها بعضاً، وقد تلقتة الأمة بالقبول وعمل الفقهاء بمقتضاه، يقول

(١) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٤٩/٥، وشرح مختصر خليل، الخرشبي: ١٠١/٨، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥١٧/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٧٨/٦.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص، والأشباه والنظائر، السيوطي: ص ١٢٢.

(٣) ابن حزم الظاهري وإن أنكر القاعدة بالصياغة التي قال بها الفقهاء، فإنه لا يخالف مؤداها وهو عدم جواز إقامة الحد إذا لم تثبت الجريمة، ووجوب إقامة الحد حيث ثبتت الجريمة؛ فهو يقول: "أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة، ولا أن تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد". انظر: المحلى، ابن حزم: ٥٧/١٢، وانظر: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، محمد سليم العوا: ص ١١٩.

(٤) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر الإمام أبو بكر النيسابوري، فقيه مجتهد، من الحفاظ، كان شيخ الحرم بمكة، توفي سنة: (٣١٨هـ)، من مصنفاته: كتاب "الأشراف" وهو كتاب كبير في اختلاف العلماء، و"المبسوط" وهو أكبر منه في اختلاف العلماء، و"الإجماع". انظر: الوافي بالوفيات، الصفدي: ٢٥١/١-٢٥٢، والأعلام، الزركلي: ٢٩٤/٥.

(٥) المغني، ابن قدامة: ٥٧/٩.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١٠٨، والأشباه والنظائر، السيوطي: ص ١٢٢.

(٧) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء في درء الحد: ٣٣/٤، رقم: ١٤٢٤، وأخرجه بألفاظ قريبة منه: الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره: ٦٢/٤، رقم: ٣٠٩٧، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات: ٤١٣/٨، رقم: ١٧٠٥٧. وهو حديث ضعيف. انظر: بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ابن حجر العسقلاني: ٣٧٥/١.

(٨) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات: ٨٥٠/٢، رقم: ٢٥٤٥. واسناده ضعيف؛ لأنه من طريق إبراهيم بن الفضل وهو ضعيف. نيل الأوطار، الشوكاني: ١٢٥/٧.

الشوكاني(١٢٥٠هـ)^(١) في هذا: "وما في الباب وإن كان فيه المقال المعروف فقد شد من عضده ما ذكرناه[أي كثرة طرقه] فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهة"^(٢).

ومعنى هذه القاعدة هو أنه حيث قامت لدى القاضي شبهة في جرائم الحدود والقصاص وجب عليه ألا يحكم على المتهم بعقوبة الحد أو القصاص، وبذلك إما أن يبرأ المتهم من الجريمة المنسوبة إليه وتسقط عنه العقوبة بالكلية، وإما أن تسقط العقوبة الحدية وتحل محلها العقوبة التعزيرية؛ وذلك إذا كانت الشبهة التي ثارت لا تزيل عن الفعل المرتكب وصف الجريمة^(٣). بمعنى آخر فإن الشبهة إما أن تسقط جنس العقوبة، وإما أن تسقط نوع العقوبة.

ويبرأ المتهم من الجناية المنسوبة إليه حينما تكون الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة؛ بحيث تحو وصف الجرم عن الفعل؛ كمن سرق مالاً هو في الأصل له، وحينما تكون قائمة في انطباق النص المحرّم على الفعل المنسوب للمتهم، كمن تزوج بلا شهود أو بلا ولي، وحينما تكون قائمة في ثبوت الجريمة، بحيث تسقط أدلة الإثبات، كعدول الشاهد عن شهادته^(٤).

وقاعدة درء الحدود بالشبهات تتصل أوثق اتصال بقاعدة افتراض البراءة التي قررتها الشريعة الإسلامية في الناحيتين المدنية والجنائية، وتتصل أيضاً بقاعدة وجوب تفسير الشك لصالح المتهم، وكلتا القاعدتين أخذت بهما النظم الجنائية الحديثة بوجه عام^(٥).

(١) هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فقيه مجتهد، ولد بحجرة شوكان (باليمن) ونشأ بصنعاء، وولي قضاءها سنة (١٢٢٩هـ)، ومات حاكماً بها سنة: (١٢٥٠هـ)، له ١١٤ مؤلفاً منها: "السييل الجرار في شرح الأزهار" في الفقه، و "إرشاد الفحول" في الأصول. انظر: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، الشوكاني: ٢ / ٢١٤ وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٦ / ٢٩٨.

(٢) نيل الأوطار، الشوكاني: ١٢٥/٧.

(٣) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١ / ٢١٤، وفي أصول النظام الجنائي الإسلامي، محمد سليم العوا: ص ١١٧، والتعزير، عبد العزيز عامر: ص ٣٠-٣١.

(٤) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١ / ٢١٤-٢١٥.

(٥) انظر: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، محمد سليم العوا: ص ١١٧.

وبناءً على ذلك فإن عقوبة التعزير تجب عند سقوط الحد أو القصاص أو معه كعقوبة بدلية أو تكميلية عن العقوبة الأصلية التي لم تطبق لسبب من الأسباب.

وموضوع مباحث هذا الفصل هو الحالات التي يجب فيها التعزير كعقوبة بدلية عن العقوبة الأصلية المنصوص عليها في جرائم الحدود حينما تسقط هذه العقوبة لسبب من الأسباب، أو كعقوبة تكميلية مع العقوبة الأصلية. وقد جاء هذا الفصل في سبعة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: أثر العوارض في جرائم الحدود.

المبحث الثاني: التعزير لتخلف شرط من شروط حد الزنى أو للشبهة فيه.

المبحث الثالث: التعزير لتخلف شرط من شروط حد القذف أو للشبهة فيه.

المبحث الرابع: التعزير لتخلف شرط من شروط حد السرقة أو للشبهة فيه.

المبحث الخامس: التعزير لتخلف شرط من شروط حد الحراة أو للشبهة فيه.

المبحث السادس: التعزير لتخلف شرط من شروط حد الشرب أو للشبهة فيه.

المبحث السابع: اجتماع التعزير مع الحدود.

المبحث الأول: أثر العوارض في جرائم الحدود.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: أثر الصغر والجنون في جرائم الحدود.

المطلب الثاني: أثر اشتراك الصغير والجنون في جرائم الحدود.

المطلب الثالث: أثر السكر في جرائم الحدود.

المطلب الرابع: أثر الكفر في جرائم الحدود.

المطلب الخامس: أثر الإعاقة الجسدية في جرائم الحدود.

المطلب السادس: أثر الجهالة في جرائم الحدود.

المطلب السابع: أثر الأنوثة في جرائم الحدود.

المطلب الأول: أثر الصغر والجنون في جرائم الحدود.

أولاً: أثر صغر الجاني وجنونه في جرائم الحدود:

الصَّغَرُ فِي اللُّغَةِ: ضِدُّ الْكِبَرِ، وَالصَّغِيرُ: خِلَافُ الْكَبِيرِ^(١).

والمقصود به هنا: "المرحلة العمرية التي يمر بها الإنسان قبل البلوغ".

والجنون في اللغة: مصدرٌ جُنَّ الرَّجُلُ؛ أَي زَالَ عَقْلُهُ، وَجَنَّ الشَّيْءَ يَجُنُّهُ جُنًّا: سَتَرَهُ، وَبِهِ سُمِّيَ الْجُنُّ لَاسْتِتَارِهِمْ وَاخْتِفَائِهِمْ عَنِ الْأَبْصَارِ^(٢).

واصطلاحاً هو: "اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً"^(٣).

في مرحلة ما قبل البلوغ يمر الإنسان بثلاث مراحل من حيث تحميله للمسؤولية الجنائية، وفي مرحلة عدم التمييز لا يكون مسؤولاً عن تصرفاته الجنائية، فلا يحد ولا يعزر، وكذلك المجنون الذي ليس له أدنى تمييز، فهؤلاء لا تطبق بحقهم أي عقوبة جنائية.

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٤/٤٥٨، مادة: صغر، ومعجم مقاييس اللغة، الرازي: ٣/٢٩٠، مادة: صَغَر.

(٢) لسان العرب، ابن منظور: ١٣/٩٢، مادة: جنن، والمعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية: ص ١٤٠، مادة: جَنَّ.

(٣) التعريفات، الجرجاني: ص ٧٩.

أما إذا دخل الصبي مرحلة التمييز فإنه يتحمل مسؤولية جنائية، لكنها ناقصة؛ حيث يعاقب على ما ارتكب من جرائم تأديباً له، وزجراً عن معاودة ارتكابها في المستقبل^(١).

فإذا ارتكب الصبي المميز أو المجنون الذي له بعض تمييز جريمة من جرائم الحدود فلا حد عليه باتفاق الفقهاء، حيث إن الفقهاء متفقون على أن من الشروط الموجبة للحدود أن يكون الزاني مكلفاً^(٢)؛ لقول النبي ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ، عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَعْتُوهِ حَتَّى يَبْرَأَ»^(٣).

حيث أخبر النبي ﷺ أن القلم مرفوع عن الصغير والمجنون، وفي إيجاب القطع إجراء القلم عليهما، وهذا خلاف النص؛ ولأن القطع عقوبة فيستدعي جنائية، وفعلهما لا يوصف بالجنايات؛ ولهذا لم يجب عليهما سائر الحدود ومنها القطع^(٤).

ويؤدب الصبي المميز والمجنون الذي له بعض تمييز زجراً لهما عن تكرار الجريمة.

وفي السرقة والحراقة يضمن السارق والمحارب الصبي أو المجنون المال المسروق؛ لأن الجنائية ليست بشرط لوجوب ضمان المال^(٥).

جاء في بدائع الصنائع: "وأما شرائط وجوبها [أي الحدود] فمنها العقل، ومنها البلوغ، فلا حد على المجنون والصبي الذي لا يعقل... لأن الحد عقوبة محضة فتستدعي جنائية محضة، وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بالجناية"^(٦).

(١) بحث ذلك بالتفصيل في مسألة عوارض المسؤولية الجنائية من هذا البحث.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٠/٧، والشرح الكبير، الدردير: ٣٢٥/٤-٣٤٤، ومغني المحتاج، الشرييني: ٥٢٤/٥-٤٤٦-٤٦٠-٤٦١، وكشاف القناع، البهوتي: ١٠٧/٦-١٢٢-١٢٩.

(٣) تقدم تخريجه: ص ٤٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧.

(٥) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٤/٩.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٩/٧.

وإن كان المجنون يفيق في وقت ويجن في وقت، فأقر وهو عاقل أنه ارتكب الحد في حال إفاقته، فعليه الحد، لكن لو أقرّ في إفاقته أنه ارتكب الحد ولم يصفه إلى حال، أو شهدت عليه بينة به، ولم تصفه إلى حال إفاقته، فلا حد لاحتمال كونه ارتكب الجناية وهو مجنون^(١).

ويُلحق بالمجنون من كان فاقداً للعقل حال جنائته؛ فلا يقام الحد على المعتوه؛ لأن العته نوع من الجنون، والفرق بينهما أن المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير، لكن لا يضرب ولا يشتم، بخلاف المجنون^(٢).

وفيما يخص حد الردة فإن ردة المجنون والمعتوه والصبي الذي لا يعقل ومن زال عقله بإغماء أو مرض أو نوم أو شرب دواء مباح أو في حال السهو والغفلة باطلة ولا يترتب عليها أي حكم؛ لأنه غير مكلف، فلم يؤخذ بكلامه، كما لم يؤخذ به في إقراره، ولا طلاقه، ولا إعتاقه؛ ولأن العقل من شرائط الأهلية خصوصاً في الاعتقادات^(٣).

قال ابن المنذر (٣١٨هـ)^(٤): "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن المجنون إذا ارتد في حال جنونه، أنه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك"^(٥).

وإن وقعت من صبي مميز فقد اختلف الفقهاء في صحتها، فالشافعية و هي رواية عن أبي حنيفة بمقتضى القياس، وقول أبو يوسف من الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد قالوا بعدم وقوع الردة من الصبي المميز^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧، وحاشية ابن عابدين: ٨٣/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ١٠١/٨ والمبدع، ابن مفلح: ٣٦٥/٧.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٢٤٣/٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١٣٤/٧، والمهذب، الشيرازي: ٢٥٥/٣، والمغني، ابن قدامة: ٤/٩.

(٤) تقدمت ترجمته: ص ٩٤.

(٥) المغني، ابن قدامة: ٤/٩.

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١٣٤/٧، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩٣/٩، والمغني، ابن قدامة: ١٦/٩.

بينما ذهب أبو حنيفة ومحمد بمقتضى الاستحسان، والمالكية والحنبلية في القول المشهور إلى صحة الردة من الصبي المميز، إلا أنهم قالوا أنه لا يقتل قبل البلوغ^(١)؛ وذهب الحنفية إلى أنه يجبر على الإسلام بالحبس؛ لأن الحبس يكفيه وسيلة إلى الإسلام^(٢).

ثانياً: أثر صغر المجني عليه وجنونه في حد القذف:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على تعزيز من قذف مجنوناً حال جنونه^(٣)، واشترط المالكية أن يكون جنونه من حين بلوغه إلى حين قذفه ولا يتخلله إفاقة^(٤).

واختلفوا في عقوبة قذف الصغير على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية والشافعية والحنبلية في رواية، وذهبوا إلى أنه لا حدّ على من قذف صغيراً دون البلوغ سواء كان ذكراً أم أنثى، وعلى القاذف التعزير^(٥)، وهو قول المالكية فيمن قذف الصغير الذكر دون الأنثى^(٦).

واستدلوا^(٧) بأنّ من شروط الإحصان كمال العقل، وذلك ينعدم بالصغر والجنون، كما أن الحد لا يجب عليهما بالزنى، ولا يعيران بذلك والشين بقذف الصبي والمجنون يلحق القاذف دون المقدوف. فكان قذفهما بالزنا كذباً محضاً، فوجب بقذفهما التعزير لا الحد.

القول الثاني: للحنابلة في رواية، حيث ذهبوا إلى أنّه لا حد على من قذف صغيراً دون العشر من الذكور وصغيرة دون التسع من الإناث، وعلى القاذف التعزير؛ لأن من دون ذلك في السن لا

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١٣٤/٧-١٣٥، ومنح الجليل، عlish: ٥٢٢/١، والمغني، ابن قدامة: ١٥/٩-١٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١٣٥/٧، الهداية، المرغيناني: ٤١١/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٠/٧، ومواهب الجليل، الخطاب: ٢٩٨/٦، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٥٥/١٣، والمغني، ابن قدامة: ٨٤/٩.

(٤) الذخيرة، القرافي: ٩٢/١٢، ومواهب الجليل، الخطاب: ٢٩٨/٦.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ١١٨/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٤٠/٧، واللباب الميداني: ١٩٨/٣، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٥٥/١٣، والمغني، ابن قدامة: ٨٤/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٠٥/٦.

(٦) الشرح الكبير، الدردير: ٣٢٤/٤-٣٢٥.

(٧)، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٤٠/٧، وكشاف القناع، البهوتي: ١٠٥/٦.

يعيّر بالقذف لتحقق كذب القاذف، ويحد عندهم من قذف صبيّاً أو صبية فوق ذلك^(١)، وهو قول المالكية في الجارية فقط^(٢).

القول الثالث: للظاهرية؛ وذهبوا إلى وجوب الحد على قاذف الصغير وكذلك المجنون^(٣).

واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤]؛ حيث إن الآية أوجبت الحد على قاذف المحصن، ولم تفرق بين مجنون وصغير وغيره^(٤).

ويرجح الباحث رأي الجمهور في درء الحد عمن قذف صغيراً أو مجنوناً؛ لأن كلاهما لا يعيّر بالزنى، وإن لحقه أذى من القذف فهو دون الأذى الذي يلحق العاقل البالغ، وهذا شبهة تدرأ الحد. والله أعلم.

(١) المغني، ابن قدامة: ٨٤/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٠٥/٦-١٠٦، والإنصاف، المرداوي: ٢٠٥/١٠.

(٢) الشرح الكبير، الدردير: ٣٢٥/٤.

(٣) المحلى، ابن حزم: ٢٣٤/١٢.

(٤) المحلى، ابن حزم: ٢٣٤/١٢.

المطلب الثاني: أثر اشتراك الصغير والمجنون في جرائم الحدود.

أولاً: أثر اشتراك الصغير والمجنون في جريمة الزنى.

أ- حكم زنى البالغ في الصغيرة:

لو زنى البالغ بمجنونة أو بصغيرة يجامع مثلها فيجب عليه الحد دونها عند جمهور الفقهاء^(١).

واستدلوا بأنَّ فعل الرجل هو الأصل وهو زنى حقيقة، وعدمه في التبع لا يدل على العدم في الأصل^(٢)، ولم يجب الحد على المجنونة والصبية لعدم الأهلية، والأهلية ثابتة في جانب البالغ فيجب عليه الحد^(٣).

وذهب القاضي أبو يعلى^(٤) (٤٥٨هـ) من الحنبلية إلى أنَّه لا حدَّ على من وطئ صغيرة لم تبلغ تسعاً؛ لأنَّها لا يشتهى مثلها، فأشبهه ما لو أدخل إصبعه في فرجها، فبقي معصية لا حد فيها ففيها التعزير.

لكنَّ الصحيح من مذهب الحنبلية أنَّ الحدَّ يجب على المكلف منهما، ولا يجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر؛ لأنَّ التحديد إنما يكون بالتوقيف، ولا توقيف في هذا، وكون التسع وقتاً لإمكان الاستمتاع غالباً، لا يمنع وجوده قبله، كما أنَّ البلوغ يوجد في خمسة عشر عاماً غالباً، ولم يمنع من وجوده قبله^(٥).

(١) تبين الحقائق، الزيلعي: ١٦٤/٣-١٨٣، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٧١/٥، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٧٦/٨، وتبصرة الحكماء، ابن فرحون: ٢٥٢/٢، وروضة الطالبين، النووي: ٩٤/١٠، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٢/٩، والمغني، ابن قدامة: ٥٥/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٨٧/١٠.

(٢) تبين الحقائق، الزيلعي: ١٨٤/٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧.

(٤) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، القاضي أبو يعلى الحنبلي، من أهل بغداد، كان عالم زمانه وفريد عصره في الأصول والفروع وأنواع الفنون، ولَّاه القائم العباسي قضاء دار الخلافة والحريم وحران وحلوان، توفي سنة: (٤٥٨هـ)، من تصانيفه: "أحكام القرآن" و"الأحكام السلطانية"، و"العدة" في أصول الفقه و"المجرد" في الفقه الحنبلي، وغيرها. انظر: الوافي بالوفيات، الصفدي: ٨/٣، والأعلام للزركلي ٦ / ٩٩-١٠٠.

(٥) المغني، ابن قدامة: ٥٥/٩، والإنصاف، المرداوي: ١٨٧/١٠.

ب- حكم زنى الصبي والمجنون في البالغة:

اختلف الفقهاء في عقوبة المرأة البالغة إذا مكنت منها صبيًا أو مجنوناً هل هي الحد أم التعزير على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية الذين ذهبوا إلى أنه لا حدّ على المرأة إذا طاعت الصبي والمجنون فبقيت معصية ليس فيها حدّ، ففيها التعزير^(١). واستدلوا بأنها مكنت نفسها من فاعل لا يأثم، فلا يجب عليها الحد^(٢).

القول الثاني: للمالكية الذين فرقوا بين المرأة التي تزني بصبي والمرأة التي تزني بمجنون، فذهبوا إلى أن المرأة التي تزني بصبي ليس عليها الحد، فبقيت معصية ليس فيها الحد ففيها التعزير، بينما تحد المرأة إذا زنت بمجنون^(٣).

جاء في المدونة: "قلت: رأيت امرأة زنت بصبي مثله يجمع إلا أنه لم يحتلم؟ قال: قال مالك: ليس هو زناً. قلت: رأيت المرأة تزني بالمجنون، أيقام عليها الحد في قول مالك؟، قال: نعم في رأيي"^(٤).

القول الثالث: للشافعية والقول الصحيح عند الحنبلية ورأي الظاهرية وزفر^(٥) من الحنفية الذين ذهبوا إلى أنه يحد من كان من أهل الحد زانياً كان أو زانيةً، ويسقط الحد عمن ليس من أهله، زانياً كان أم زانية، ولا يكون سقوطه عن أحدهما موجباً لسقوطه عن الآخر^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ١٨٣/٣.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ١٨٣/٣-١٨٤.

(٣) التاج والإكليل، العبدري: ٣٩٢/٨، ومنح الجليل: عlish: ٢٥٠/٩.

(٤) المدونة، الإمام مالك: ٥٠٨/٤.

(٥) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري؛ صاحب الإمام أبي حنيفة، كان يفضلّه ويقول هو أقيس أصحابي، وكان يقول ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقول به، أقام بالبصرة وولي قضاءها وتوفي فيها سنة: (١٥٨هـ). انظر: الجواهر المضية، محي الدين الحنفي: ١/٢٤٣ - ٢٤٤، والأعلام، الزركلي: ٤٥/٣.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ١٨٣/٣، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٠٠/١٣، والمغني، ابن قدامة: ٥٥/٩، وانظر: المحلى، ابن حزم: ٦٢/١٢.

واستدلوا بما يأتي^(١):

١- إنَّ كل ما وجب عليها بوطئها إذا مكنت عاقلاً وجب عليها بوطئها إذا مكنت مجنوناً كالقضاء والكفارة في وطء رمضان.

٢- إنَّ سقوط الحد عن الواطئ لمعنى يخصُّه لا يوجب سقوطه عن الموطوءة، كالمستأمن الحربي إذا زنا بمسلمة يجب عليها الحد دونه.

٣- إنَّ حكم الموطوءة بالواطئ لا يعد في الحد إذا زنت الحرة بعبد والثيب ببيكر، فكل واحد منهما يجب عليه الحد المنصوص عليه، فيقاس عليه ما إذا زنت العاقلة بمجنون؛ فلا يعد في وجوب الحد سقوطه عن طرف فيبقى الحد على الطرف الآخر.

واستدل زفر (١٥٨هـ) على قوله بما يأتي:

١- إنَّ المانع من وقوع الفعل زناً خصَّ أحد الجانبين فيختصُّ به المانع، كالعاقل البالغ إذا زنى بصبيبة أو مجنونة أنه يجب عليه الحد، وإن كان لا يجب عليها^(٢).

٢- إنَّ المرأة في هذه الحالة زانية؛ لأنَّ الزَّنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالي من الملك وشبهته، وقد وجد ذلك فكان زناً، والزنا منها متصور، والله تعالى سماها زانية بقوله: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، ولهذا من قذفها به يحد، ولو لم يتصور الزنا منها لما حُدَّ قاذفها كقاذف الصبي والمجنون^(٣).

المناقشة وال ترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من وجوب الحد على من مكنت من نفسها مجنوناً أو صبيّاً يُجامع مثله؛ حيث إن كل صفات الزنى تنطبق على هذا الفعل ويحصل منه قضاء الشهوة.

(١) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٠٠/١٣.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧.

(٣) تبين الحقائق، الزيلعي: ١٨٣/٣.

وما استدل به من أسقط الحد عنها يرد عليه بما يأتي:

١ - المرأة تسمى زانية؛ وقد سميت زانية في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، وصرف هذه التسمية من الحقيقة إلى المجاز تكلف لا دليل عليه.

٢ - إن فعل الصبي والمجنون هو في الأصل زنى يوجب الحد، وإنما سقط الحد عنهما لكونهما غير مكلفين، لا لكون الفعل في نفسه لا يسمى زنى.

٣ - إن تفريق الملكية بين الصبي والمجنون ربما كان لكون المجنون قد يكون بالغاً، وفعله يؤدي لاختلاط الأنساب، بخلاف الصبي، وهو نظر لا بأس به، ولكن ذلك لا يمنع أيضاً أن فعل الصبي مشابه للزنى من حيث قضائه للشهوة، فوجب به الحد على المرأة كفعل البالغين.

ثانياً: أثر اشتراك الصغير والمجنون في حدي السرقة والحراقة:

إذا اشترك الصبيان والمجانين في جرمي السرقة أو الحراقة فهل يقام الحد على المكلفين منهم، أم يدرأ الحد عن الجميع، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لأبي حنيفة وزفر (١٥٨هـ)، وقالوا لا حد على الجميع، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير، واستدلوا بأن الجناية واحدة، وقد حصلت ممن يجب عليه الحد، وممن لا يجب عليه، فلا يجب الحد على أحد؛ كالعائد مع الخاطيء إذا اشتركا في القطع، أو في القتل^(١).

وقيد أبو يوسف من الحنفية سقوط الحد عن الجميع بأن يكون الصبي والمجنون هو الذي تولى إخراج المتاع في السرقة، أو باشر الحراقة، أما إن تولى إخراج المتاع غيرهما؛ حدوا جميعاً إلا الصبي والمجنون.

واستدلَّ بأنَّ الإخراج من الحرز هو الأصل في السرقة، وأن المباشر هو الأصل في الحراقة، والإعانة كالتابع؛ فإذا وليه الصبي أو المجنون، فقد أتى بالأصل، فإذا لم يجب الحد بالأصل فلا يجب

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧-٩١، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢١٤/٣-٢٣٩، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٩/٥.

بالتابع، وإذا وليه بالغ عاقل فقد حصل الأصل منه، وسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه عن الأصل^(١).

وردّ أبي حنيفة على قول أبي يوسف بأن الإخراج أصل في السرقة؛ بأن ذلك مسلّم، لكنّ الإخراج حصل من الكل معنًى؛ لاتحاد الكل في معنى التعاون، فكان إخراج غير الصبي والمجنون كإخراج الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد^(٢).

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية، وذهبوا إلى أنّه يقطع المكلف فقط، ويدراً الحد عن الصبي والمجنون^(٣).

واستدلوا بأنه لا يلزم من سقوط القطع عن الشريك لمعنى غير موجود في غيره سقوط القطع عن الآخرين^(٤).

المناقشة والترحيع: يرجح الباحث قول الجمهور في وجوب الحد على المكلفين لما يأتي:

١ - اقتصار علة سقوط الحد على الصبي والمجنون، فتسقط العقوبة المقدرة عنهم لهذه العلة دون غيرهم.

٢ - القول بسقوط الحد يؤدي إلى اتخاذ ذلك ذريعةً للتخلص من الحد بإشراك غير المكلفين في جرائم الحدود.

٣ - ما استدل به الحنفية من قياس هذه المسألة على مسألة اشتراك العامد والمخطئ في القتل لا يصح؛ لأن الافتراض في هذه المسألة أن الجميع متعمدين للسرقة، بخلاف المسألة المقاس عليها.

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢١٤/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧.

(٣) انظر: الذخيرة، القرافي: ١٤١/١٢، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٩٥/٨، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٨/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٦٨/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٥٣/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣٣/٦-١٥١.

(٤) كشاف القناع، البهوتي: ١٣٣/٦.

المطلب الثالث: أثر السكر في جرائم الحدود:

السكر هو: "حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبیحة"^(١).

والسكر محرم بالإجماع، إلا أنه قد يكون بطريق يعذر فيه الإنسان؛ كمن شرب الخمر لمن اضطر إليها خوف الهلاك، أو من شربها للتداوي^(٢).

وقد اختلف الفقهاء في إقامة الحدود على من ارتكب الجريمة في حال السكر على قولين:

القول الأول: للحنفية والمالكية والصحيح عند الشافعية والأصح عند الحنبلية، وفرّقوا بين السكران المتعدي بسكره وغير المتعدي بسكره؛ وقالوا بإقامة الحدود على من تعدى بسكره^(٣).

واستدلوا بأنّ الصحابة رضي الله عنهم، أوجبوا عليه حد الفرية؛ لكون السكر مظنة لها، ولأنّّه تسبب إلى هذه المحرمات بسبب لا يعذر فيه، فأشبهه من لا عذر له، ولأنّ درء الحد عنه يفضي إلى أن من أراد فعل المحرمات شرب الخمر، وفعلها دون عقوبة، ولأنّ السكر مظنة لفعل المحارم وسبب إليه، وقد تسبب إلى فعلها حال صحوه؛ فيعاقب عليها^(٤).

أما إذا لم يكن متعدياً بسكره؛ كمن شرب خمرًا يحسبه ماءً، أو من شرب دواء للتداوي فزال عقله، أو من أكره على شرب الخمر حتى سكر، فيدراً عنه الحد؛ لأنّّه فقد عقله بسبب يعذر فيه، كالنائم والمجنون^(٥).

(١) شرح التلويح على التوضيح، التفتازاني: ٣٦٩/٢.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: ٩/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ١٠١/٨، وحاشية الدسوقي: ٣١٣/٤، والمهذب، الشيرازي: ٣/٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٦/٥، والمغني، ابن قدامة: ٦٦/٩-٦٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٦/٦.

(٤) المغني، ابن قدامة: ٦٦/٩-٦٧.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤٥/٤، والمهذب، الشيرازي: ٣/٣، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ١٠١/٨، وكشاف القناع، البهوتي: ١٠٧/٦.

القول الثاني: وهو قول عند الشافعية وقول عند الحنبلية وقول الظاهرية حيث ذهبوا إلى أنَّ السَّكران ألا يؤخذ بشيء مطلقاً إلا حد السكر، سواء أكان متعدياً بسكره أم كان غير متعد به؛ لأنَّه غير عاقل ولا يدري ما يقول، وإذ لم يدر ما يقول فلا شيء عليه، فيكون ذلك شبهة في درء ما يندرى بالشُّبهات^(١).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من إقامة الحدود على السَّكران المتعدي بسكره بخلاف غير المتعدي بسكره لما يأتي:

١ - إن إسقاط الحدود عن السكران مطلقاً يفتح باباً للفساد، حيث لا يعجز الفجار عن شرب الخمر والسكر وارتكاب الجرائم للتخلص من الحدود، بل إن من يرتكب الجرائم وهو في حالة سكر يستحق تغليظ العقوبة لا تخفيفها، فمعروف أن الخمر أم الخبائث لما تسببه من ارتكاب شاربها للمحرمات والفجور، فينبغي تشديد العقوبة على من سكر وارتكب المحرمات لا تخفيفها زجراً له ولأمثاله عن الجرائم، وصيانة للمجتمع.

٢ - إنَّ القول بأن فقدان العقل في السكر شبهة تدراً الحد يرد عليه بأن ذلك يكون فيمن فقد عقله في سبب يعذر فيه، دون غيره، ولذلك أسقطت الحدود عن غير المتعدي بالسكر. والله أعلم.

وفيما يخص ردة السكران فقد اختلف الفقهاء في وقوعها على قولين:

القول الأول: لا تصح ردة السكران، وهو قول الحنفية بمقتضى الاستحسان وقول عند الشافعية ورواية عن الإمام أحمد^(٢).

(١) انظر: المهذب، الشيرازي: ٣/٣٥٤، والمغني، ابن قدامة: ٩/٦٦، والمحلى، ابن حزم: ١٢/٢٦٢.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٠/١٢٣، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧/١٣٤، ونهاية المحتاج، الرملي: ٧/٤١٧، والبيان، العمراني: ١٢/٣٩، والمغني، ابن قدامة: ٩/٣١، والإنصاف، المرداوي: ١٠/٣٣١.

القول الثاني: وهو قول الشافعية في الأصح عندهم وهي أظهر الروايتين عن أحمد، وذهبوا إلى أن ردة السكران المتعدي بسكره واقعة وصحيحة؛ أما غير المتعدي بسكره كأن أكره على شربها فردته غير واقعة^(١).

ويرى الباحث أن أقوال الفقهاء في ردة السكران تؤول إلى نتيجة واحدة من حيث عقوبته؛ لأن الذين قالوا بصحة ردة السكران قالوا بأن استتابته تؤخر إلى حين صحوه، ليكمل عقله، ويفهم ما يقال له، وتزال شبهته إن كان قد قال الكفر معتقداً له^(٢)، وقولهم هذا إقرار بأن في ردة السكران شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن إصرار السكران على ما فعل حال سكره من فعل أو قول أدى إلى رده يعد ردة جديدة في حال صحوه؛ فيقام عليه الحد، وإن كانت له شبهة ولم يصر سقط الحد، ويعزر على ما فعل بالإضافة إلى حد السكر. والله أعلم.



(١) انظر: روضة الطالبين، النووي: ٧١/١٠، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٣٣/٥، والمغني، ابن قدامة ٢٥/٩، والإنصاف، المرداوي: ٣٣١/١٠.

(٢) روضة الطالبين، النووي: ٧٢/١٠، والمغني، ابن قدامة: ٢٦/٩.

المطلب الرابع: أثر الكفر في جرائم الحدود.

أولاً: أثر عقد الذمة في جرائم الحدود.

أ- أثر عقد الذمة في حد الزنى.

اختلف الفقهاء في إقامة حد الزنى على الذمي على قولين:

القول الأول: لأبي حنيفة وأبي يوسف والمشهور عند الشافعية وقول الحنبلية، وذهبوا إلى أن الذمي يحد للزنى سواء كان رجلاً أو امرأة^(١)، **واستدلوا** بأنَّ النَّبِيَّ ﷺ رجم رجلاً وامرأةً من اليهود زنياً، وكانا قد أحصنا^(٢).

القول الثاني: للمالكية ومحمد من الحنفية (١٨٩هـ)^(٣)، وعندهم لا يقام حد الزنى على الذمي، ويعزر إذا أظهره عند المالكية^(٤).

ويرجح الباحث إقامة حد الزنى على أهل الذمة للحديث السابق فهو نص في المسألة.

ب- أثر عقد الذمة في حد القذف:

اتفق الفقهاء على إقامة حد القذف على الذمي والمرتد إذا صدر القذف منهما^(٥).

(١) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٨/٥-٢٦٩، وحاشية ابن عابدين: ٢٥/٤، والأُم، الإمام الشافعي: ٣٧٨/٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٧/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٢٧/٤، والمغني، ابن قدامة: ٨٢/٩.

(٢) متفق عليه من طريق البخاري، كتاب الحدود، باب أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا ورفعوا إلى الإمام: ١٧٢/٨، رقم: ٦٨٤١، ومسلم، كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى: ١٣٢٦/٣، رقم: ١٦٩٩.

(٣) هو محمد بن الحسن بن فرقد بن أبو عبد الله الشيباني، أصله من قرية حرسته، في غوطة دمشق، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه ثم عن أبي يوسف، صنف الكتب ونشر علم أبي حنيفة، ودون الموطأ وحدث به عن مالك، توفي سنة: (١٨٩هـ). من تصانيفه: "الجامع الكبير" و "الجامع الصغير"، و "المبسوط"، و "الزيادات" وغيرها. انظر الجواهر المضية، عبد القادر محي الدين الحنفي: ٤٢ / ٢ - ٤٣، والأعلام، الزركلي: ٨٠ / ٦.

(٤) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٨/٥-٢٦٩، وحاشية ابن عابدين: ٢٥/٤، والقوانين الفقهية، القراني: ص ٢٣٢، والتاج والإكليل، العبدري: ٣٩٥/٨، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢٠٨/٢.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤٥/٤، والذخيرة القراني: ١١١٢/١٢، ونهاية المحتاج، الرملي: ٤٢٦/٧، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٣٥/٣.

واتفقوا أيضاً على أنه لا حدّ على من قذف غير مسلم بالزنى؛ لأنّ الإسلام من شرائط الإحصان^(١)، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير.

جاء في المبسوط: "وإذا شتم المسلم امرأة ذميّة، أو قذفها بالزنا عزر؛ لأنّ الذميّة غير محصنة، فلا يجب الحد على قاذفها، ولكن قاذفها مرتكب ما هو محرم، فيعزر"^(٢).

وجاء في المدونة: "قلت: أرايت من قذف ذمياً أو عبداً بالزنى؟ قال: قال مالك: من قذف عبداً بالزنى أدب، أو قذف نصرانيّة ولها بنون مسلمون أو زوج مسلم نكّل بإذاية المسلمين، لأنّ أولادها وزوجها مسلمون. والذي قذف النصراني الذي ذكرت أرى أن يزجر عن أذى الناس كلهم"^(٣).

واستدلوا بما يأتي:

- ١ - قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَحْصَنَ فَإِنْ أَتَيْتَ بِمَحْشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، قال ابن مسعود^(٤) رضي الله عنه: إحصانها إسلامها^(٥).
- ٢ - قوله ﷺ: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ، فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ»^(٦).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١١٨/٩ - ٣٦/٢٤، والمدونة، الإمام مالك: ٤/٩٢٢، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٨/٨٦، والحاوي الكبير، الماوردي: ٩/٢٢٧، والمهذب، الشيرازي: ٣/٣٤٦، والمغني، ابن قدامة: ٩/٨٣. وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى وهي رواية عند الحنابلة يحد قاذف ذمية لها ولد مسلم. (البنية، العيني: ٦/٣٩١، والمغني، ابن قدامة: ٩/٨٣، والإنصاف، المرداوي: ١٠/٢٠٢). وقول الجمهور أولى؛ لأن من لا يحد قاذفه إذا لم يكن له ولد، لا يحد وله ولد. المغني، ابن قدامة: ٩/٨٤.

(٢) المبسوط، السرخسي: ٣٦/٢٤.

(٣) المدونة، الإمام مالك: ٤/٩٢٢.

(٤) تقدمت ترجمته: ص ٢٨.

(٥) البنية، العيني: ٦/٣٦٤، وفتح القدير، ابن الهمام: ٥/٣١٩.

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود: ٤/١٧٨، رقم: ٣٢٩٥، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب من قال من أشرك بالله فليس بمحصن: ٨/٣٧٥، رقم: ١٦٩٣٧. والصحيح أن هذا الحديث موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما. انظر: نصب الراية، الزيلعي: ٣/٣٢٧. تقدم تخريجه: ص ١٨١.

وذهب الظاهرية إلى وجب الحد على من قذف كافرة، واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، حيث تدخل الكافرة والمؤمنة في عموم هذه الآية^(١).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط الإسلام في إحصان القذف لخبر: "من أشرك بالله فليس بمحصن" و هو وإن كان موقوفاً على ابن عمر رضي الله عنهما في الصحيح، إلا أنه روي موصولاً بسند لا بأس به^(٢).

وما استدل به الظاهرية من قذف الكافرة البريئة قول زور وهو من الكبائر يجاب عنه بأن قذف الكافرة معصية تجب بها العقوبة التعزيرية، أما الحد فلا بد فيه من إحصان المقذوف والكافر غير محصن. والله أعلم.

ج- أثر عقد الذمة في حد الحراة

اختلف الفقهاء في إقامة حد الحراة على الذمي المحارب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه كالمسلم يقام عليه حد الحراة إذا حارب، وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية في المعتمد ورواية عند الحنبلية^(٣).

جاء في المدونة: "أرأيت لو أن قوماً من أهل الذمة حاربوا وقطعوا الطريق وأخافوا السبيل.... قال: أما إذا خرجوا حراباً محاربين يتلصصون، فإنه يحكم عليهم بحكم أهل الإسلام إذا حاربوا"^(٤).

(١) الخلى، ابن حزم: ٢٢٤/١٢-٢٢٥.

(٢) انظر: نصب الراية، الزيلعي: ٣٢٧/٣.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٩٥/٩، وحاشية ابن عابدين: ١١٣/٤، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٩/٤، ومواهب الجليل، الخطاب: ١١٣/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٥٧/٩، أسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٥٤/٩، والشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن ابن قدامة: ٣١٠/١٠.

(٤) المدونة، الإمام مالك: ٥٠٩/١.

القول الثاني: أنَّ الذمِّي لا يقام عليه حد الحراة، وهو قول عند الشافعية، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(١).

ودليل هذا القول هو أن آية الحراة نزلت في قوم كانوا مسلمين فارتدوا وحاربوا، وهي لا تشمل غير المسلمين.

القول الثالث: وهو رواية عند الحنبلية، أن أهل الذمة إذا قطعوا الطريق انتقض عهدهم وحلت دماؤهم وأموالهم؛ لأن إطلاق الأمان يقتضي امتناعهم عن حرب المسلمين، فإذا حاربوا نقضوا الأمان؛ لأنهم إذا قاتلونا، لزمنا قتالهم، وذلك ضد الأمان.

وخير الإمام فيهم بين أربعة أشياء؛ القتل، والاسترقاق، والفداء، والمن، كالأسير الحربي؛ لأنهم كفار قدرنا عليهم في دارنا بغير عهد ولا عقد، ولا شبهة ذلك، فأشبهوا اللص الحربي^(٢).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من إقامة الحد على الذمي إذا حارب لما يأتي:

١ - قياس حد الحراة على باقي الحدود في إقامتها على الذمي.

٢ - ما استدل به أصحاب القول الثاني من أن آية الحراة نزلت في قوم مسلمين يرد عليه بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

٣ - ما ذهب إليه الحنبلية في رواية من أن الذمي المحارب يُنتقض عهده يرد عليه بأن من المسلم أن عقد الذمة يُنتقض بمحاربة المسلمين، إلا أن قطع الطريق أقرب إلى السرقة باستخدام القوة منه إلى حرب المسلمين التي ينتقض بها العهد، وقد أطلق عليه الحنفية اسم السرقة الكبرى، فحرب المسلمين التي ينتقض بها عقد الذمة تختلف عن قطع الطريق من حيث المعنى. والله أعلم.

(١) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٥٧/٩، ونهاية المحتاج، الرملي: ٣/٨.

(٢) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٥٤/٩-٣٥٤، والشرح الكبير، عبد الرحمن ابن قدامة: ٣١٠/١٠.

د- أثر عقد الذمة في حد الشرب:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا حد على أهل الذمة بشرب الخمر سواء سكر منها أم يسكر؛ لأننا نهيينا عن التعرض لهم وما يدينون، وفي إقامة الحد عليهم تعرض لهم؛ لأنها تمنعهم من الشرب؛ ولعدم التزامهم أحكام الإسلام، والذمي لا يلتزم بالذمة ما لا يعتقد، إلا الأحكام المتعلقة بالعباد^(١).

وذهب الحسن بن زياد^(٢) (٢٠٤هـ) من الحنفية وابن تيمية^(٣) (٧٢٨هـ) من الحنبلية إلى أنهم إذا شربوا وسكروا يحدون لأجل السكر لا لأجل الشرب؛ لأن السكر حرام في الأديان كلها^(٤).

وذهب المالكية إلى أنَّ الذمي إن أظهر شرب المسكر أدب للزجر^(٥).

المناقشة والترحيع:

يرجح الباحث ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن غير المسلم لا يحد على شرب الخمر أو السكر بها؛ لأنها مباحة في دينهم، وهذا يورث شبهة تدرأ الحد.

ويرجح الباحث رأي المالكية في فرض عقوبة تعزيرية على غير المسلمين إن هم أظهروا شرب الخمر بين المسلمين؛ لأن ذلك يؤدي إلى إشاعة الفساد، ويشجع أهل الفسق على شربها. والله أعلم.

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٠/٧، والشرح الكبير، الدردير: ٣٥٢/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥١٧/٥، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٦٢/٣.

(٢) هو الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي، صاحب الإمام أبي حنيفة، أخذ عنه وسمع منه، وكان عالماً بمذهبه بالرأي، قال يحيى بن آدم ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد، ولي القضاء بالكوفة ثم استعفى عنه، كان محباً للسنة وأتباعها، وكان يختلف إلى زفر وأبي يوسف في الفقه، توفي سنة: (٢٠٤هـ)، من كتبه "أدب القاضي" و"معاني الإيمان" و"النفقات" و"الخراج" و"الفرائض" وغيرها. انظر: الجواهر المضية، محي الدين الحنفي: ١٩٣/١، والأعلام الزركلي: ١٩١/٢.

(٣) تقدم ترجمته: ص ٧١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٠/٧، وحاشية ابن عابدين: ٣٤/٧، المحرر ابن تيمية: ١٦٣/٢، قال الكاساني (٥٧٨هـ) "وما قاله الحسن حسن".

(٥) الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي: ٣٥٢/٤، ومنح الجليل، عlish: ٣٤٨/٩.

ثانياً: أثر عقد الأمان في جرائم الحدود:

أ- أثر عقد الأمان في حد الزنى:

اختلف الفقهاء في إقامة حد الزنى على المستأمن على قولين:

القول الأول: لا يحد المستأمن إذا ارتكب جريمة الزنى، فعليه التعزير، وهو قول أبو حنيفة ومحمد و المالكية والمشهور عند الشافعية، **واستدلوا** بأنَّ حد الزنى حق خالص لله سبحانه، والمستأمن لم يلتزمه بعقد الأمان^(١).

ووافق الحنبلية الجمهور في عدم إقامة الحد على المستأمن إن زنى بغير المسلمة ويعزر عندهم، وإن زنى بمسلمة قتل عندهم لنقضه العهد^(٢)، وكذلك قال المالكية بقتله إن كان الزنى بالمسلمة اغتصاباً^(٣).

القول الثاني: لأبي يوسف من الحنفية، وعنده يحد المستأمن للزنى؛ لأن المستأمن التزم أحكام الإسلام مدة مقامه في دارنا في المعاملات، كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصاً^(٤).

ب- أثر عقد الأمان في حد القذف:

اختلف الفقهاء في إقامة حد القذف على المستأمن على قولين:

القول الأول: للحنفية والمالكية والظاهرية الذين ذهبوا إلى أن المستأمن يحد للقذف إذا صدر منه القذف في دار الإسلام، فإن صدر منه في دار الحرب فلا حد عليه^(٥).

(١) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٨/٥-٢٦٩، وحاشية ابن عابدين: ٢٥/٤، والقوانين الفقهية، القراني: ص ٢٣٢، والتاج والإكليل، العبدري: ٣٩٥/٨، والأم، الإمام الشافعي: ٣٧٨/٧، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٤٧/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٢٧/٤، والمغني، ابن قدامة: ٨٢/٩.

(٢) انظر: كشاف القناع، البهوتي: ٩١/٦-٩٢.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٨/٥-٢٦٩، وحاشية ابن عابدين: ٢٥/٤، والقوانين الفقهية، القراني: ص ٢٣٢، والتاج والإكليل، العبدري: ٣٩٥/٨، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢٠٨/٢.

(٤) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٨/٥-٢٦٩، وحاشية ابن عابدين: ٢٥/٤.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ١١٩/٩، وحاشية ابن عابدين: ٤٥/٤، والذخيرة، القراني: ١١٢/١٢، وحاشية الدسوقي:

٣٠٥/٤، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢١٠/٢، والمحلى، ابن حزم: ٢٣٥/١٢.

جاء في المدونة: " قلت: أرأيت لو أنَّ حربياً دخل بأمان فقذف رجلاً من المسلمين، أتحدّه أم لا في قول مالك. قال: ما سمعت من مالك فيه شيئاً، وما أعطيناهم الأمان على أن يسرقونا ولا على أن يشتمونا وأرى أن عليهم الحد" (١).

واستدلوا بما يأتي:

- ١- إنّ في هذا الحد معنى حق العبد، والحربي ملتزم حقوق العباد.
 - ٢- إنّ الحربي بقذف المسلم يستخف به، وما أعطي الأمان على أن يستخف بالمسلمين، ولهذا يجبر على بيع العبد المسلم، فكذلك يحذ بقذف المسلم (٢).
 - ٣- قياس المستأمن على الذمي بجامع أن كلاهما له عقد (٣).
- القول الثاني:** للشافعية والحنبلية الذين ذهبوا إلى أنه لا يقام حد القذف على المستأمن لعدم التزامه أحكام الإسلام، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير (٤).

ج- أثر عقد الأمان في حد السرقة:

إن سرق المستأمن من مستأمن آخر لا يقام عليه الحد باتفاق الفقهاء لعدم التزام أي منهما أحكام الإسلام.

وإن سرق المستأمن من مسلم أو ذمي ففي إقامة الحد عليه ثلاثة أقوال عند الفقهاء:

القول الأول: لأبي حنيفة ومحمد والأظهر عند الشافعية وقول أشهب (٢٠٤هـ) (٥) من المالكية وابن حامد (٤٠٣هـ) من الحنبلية، وذهبوا إلى عدم إقامة الحد على الحربي المستأمن إن سرق من مسلم أو

(١) المدونة، الإمام مالك: ٤٩٣/٤.

(٢) المبسوط، السرخسي: ١١٩/٩.

(٣) الذخيرة، القرافي: ١١١٢/١٢.

(٤) انظر: نهاية المحتاج، الرملي: ٤٢٦/٧، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الشربيني: ٥٢٨/٢، وشرح منتهى الإرادات البهوتي:

٣/٣٣٥، مطالب أولي النهى، السيوطي الرحبياني: ١٥٩/٦.

(٥) تقدمت ترجمته ص: ١٦٧.

ذمي، فعليه التعزير؛ لأنه أخذه على اعتقاد الإباحة، فهو غير ملتزم لأحكام الإسلام^(١)، ولضعف عقد المستأمن عن عقد الذمة^(٢).

واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ ابْلِغْهُ مَا مَنَّهُ. ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [التوبة: ٦].

وجه الاستدلال أنَّ المقلب في حدَّ السرقة هو حقُّ الله تعالى، وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند إعطاء أمانه^(٣).

القول الثاني: للمالكية والحنبلية وقول عند الشافعية وقول أبو يوسف من الحنفية، وذهبوا إلى وجوب إقامة حد السرقة على المستأمن^(٤).

واستدلوا بما يأتي:

١ - قياس المستأمن على الذمي في إقامة حد السرقة عليه؛ لأن المستأمن التزم أحكام المسلمين مدة مقامه في دار الإسلام في المعاملات والسياسات، كما أن الذمي التزمها مدة عمره^(٥).

٢ - أنَّ المستأمن مطالب بحد السرقة، كحد القذف؛ لأن القطع وجب صيانة للأموال، وحد القذف يجب صيانة للأعراض، فإذا وجب في حقه أحدهما وجب الآخر^(٦).

٣ - إذا قطع المسلم بسرقة مال المستأمن، فيجب قطع المستأمن بسرقة مال المسلم بطريق الأولى^(٧).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧١/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٧٠/٥، وحاشية ابن عابدين: ٨٣/٤، والذخيرة،

القراقي: ٤٤٧/٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٠/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٢٨/٩.

(٢) الذخيرة، القراقي: ٤٤٧/٣.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٧٠/٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧١/٧، والشرح الكبير، الدردير: ١٨٨/٢، والتاج والإكليل، العبدري: ٣٩٥/٨، ومغني

المحتاج، الشربيني: ٤٩٠/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٢٨/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٤٨/٧.

(٥) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٩/٥.

(٦) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٢٨/٩.

(٧) انظر: المبدع، ابن مفلح: ٤٤٨/٧.

القول الثالث: وهو قول عند الشافعية، وهو التفصيل بحيث إن شرط على المستأمن في عقد الأمان إقامة الحدود عليه وجب القطع لالتزامه الأحكام، وإلا فلا حد ولا قطع^(١).

الراجح في مسألة إقامة الحدود على المستأمن:

إن محور الخلاف بين الذين أسقطوا الحدود عن المستأمن، وبين الذين أوجبوها هو خلافهم في كون المستأمن التزم أحكام الإسلام مدة إقامته في دار الإسلام أم لا.

ويرى الباحث أن المستأمن إن شرط عليه في عقد أمانه إقامة الحدود عليه فتطبق في حقه الحدود، وإلا فلا، لعدم التزامه أحكام الإسلام، وهو ما ذهب إليه الشافعية في قول في حكم إقامة حد السرقة على المستأمن، وهو رأي توفيق بين القائلين بإقامة الحدود على المستأمنين، وبين المانعين، وهو ما يرححه الباحث في مسألة إقامة الحدود على المستأمن. والله أعلم.

أما سرقة مال المستأمن فقد اختلف الفقهاء في عقوبتها على قولين:

القول الأول: للحنفية والشافعية، وذهبوا إلى عدم إقامة الحد على المسلم إذا سرق مال المستأمن^(٢). واستدلوا بما يأتي:

١- أن مال المستأمن فيه شبهة الإباحة؛ لأن الحربي المستأمن من أهل دار الحرب؛ وهذا يورث شبهة الإباحة في ماله^(٣).

٢- أن عصمة المال تكون بالإحراز بالدار، وإحراز المستأمن لا يتم؛ لأن إحراز نفسه بدار الإسلام لا يتم، فكذا لا يتم إحراز ماله، فيصير ذلك شبهة في إسقاط القطع عن السارق^(٤).

القول الثاني: للمالكية والحنبلية وزفر^(٥٨١هـ) من الحنفية، وقالوا بوجوب القطع على من سرق مال المستأمن، واستدلوا بأن السارق أخذ مالاً معصوماً من حرز مثله فيجب قطعه، كسارق مال الذمي؛ حيث إن الحربي استفاد العصمة بالأمان؛ ولهذا كان ماله مضموناً بالإتلاف كمال الذمي^(١).

(١) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٥٠/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٠/٥.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨١/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧١/٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٠/٥.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧١/٧.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨١/٩.

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث القول وجوب القطع في سرقة مال المستأمن لما يأتي:

١- إن مال المستأمن معصوم بالأمان المؤقت في دار الإسلام، وهو وإن كان من أهل دار الحرب، إلا أن عقد الأمان قد عصم نفسه وماله، فأشبهه الذمي من هذه الناحية مشابهاً كاملة، وبذلك يسقط ما استدل به القائلون بسقوط القطع من أن مال المستأمن فيه شبهة الإباحة.

٢- ما استدل به الحنفية والشافعية من أن إحراز المستأمن لماله في دار الإسلام لا يتم مردود؛ لأن المستأمن يعطى الأمان التام على نفسه وماله في دار الإسلام، ومعرفة الأحراز تعرف بالرجوع إلى العرف، والمستأمن حرزه معتبر عرفاً وعادة عند الناس في كل العصور. والله أعلم.

د- أثر عقد الأمان في حد الحرابة:

ولهذه المسألة حالتان؛ فإما أن يكون المستأمن محارباً، أو أن تقع الحرابة على المستأمن:

أما الحالة الأولى، فقد اختلف الفقهاء في عقوبة المستأمن المحارب على قولين:

القول الأول: لأبي حنيفة ومحمد والشافعية والحنبلية، وقالوا إن المستأمن المحارب لا يقام عليه حد الحرابة؛ لأنه غير ملتزم لأحكامنا، ولكنه يعاقب على ما وقع منه من جرائم القتل والجرح معاقبة المجرم العادي، و يعزر إذا وقع منه مجرد إخافة الطريق^(١).

وينذر المستأمن عند الشافعية بأنه إن لم يترك هذه الجرائم فإنه يُخرج من بلاد الإسلام وينهى أمانه؛ لأنه لم يستأمن على ذلك^(٢).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨١/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧١/٧، والمدونة، الإمام مالك: ٥٤٦/٤، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣٦/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٢٨/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٤٧/٧.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ١١٣/٤، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٩/٤، والأم، الإمام الشافعي: ٣٨٧/٧، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٥٧/٩، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٤/٤، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤٩/٦.

(٣) انظر: الأم، الإمام الشافعي: ٣٨٧/٧.

جاء في رد المحتار: "فلو قطع الطريق مستأمن لا يحد، لأنه لا يخاطب بالشرائع. ولكن يلزمه التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفاره ذمة المسلمين، ويضمن المال لثبوت عصمة مال المستأمن حالاً وإن لم يكن على التأييد"^(١).

واستدل أبو حنيفة ومحمد بأن المستأمن لم يدخل دار الإسلام للقرار فيها بل الحاجة يقضيها ثم يرجع لبلاده، فلم يكن بالاستئمان ملتزماً لأحكامنا المتعلقة بحقوق الله تعالى، وإنما التزم الأحكام المتعلقة بحقوق العباد، وحد الحراة المقلب فيه حق الله تعالى^(٢).

القول الثاني: للمالكية وأبو يوسف من الحنفية وذهبوا إلى أن المحاربة تقع من المستأمن ويقام عليه الحد. واستدل أبو يوسف بأن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات، كما أن الذمي التزمها مدة عمره^(٣).

وأما إن وقعت الحراة على المستأمن، فقد تقدم عند الكلام عن التعزير في جريمة السرقة أن الفقهاء مختلفون في إقامة حد السرقة على السارق إذا سرق مال المستأمن، وأن الحنفية والشافعية يرون عدم إقامة الحد في هذه الحالة بخلاف المالكية والحنبلية الذين أوجبوا الحد على سارق مال المستأمن^(٤).

وهذا الخلاف ينطبق على جريمة الحراة إذا وقعت على مال المستأمن فلا حد فيها على عند الحنفية والشافعية، وعلى المحاربين التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق^(٥).

جاء في المبسوط: "وإذا قطعوا الطريق على قوم من أهل الحرب مستأمنين في دار الإسلام لم يلزمهم الحد لما بينا أن السبب المبيح في مال المستأمن قائم، وهو كون مالكه حربياً، وإن تأخر ذلك إلى رجوعه إلى دار الحرب، ولكنهم يضمنون المال ودية القتلى لبقاء الشبهة في دم المستأمن بكونه متمكناً من الرجوع إلى دار الحرب، وهذا مسقط للعقوبة، ولكنه غير مانع من وجوب الضمان الذي

(١) رد المحتار، ابن عابدين: ١١٣/٤.

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٥٤/٩.

(٣) انظر: مواهب الجليل، الخطاب: ٣١٤/٦، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٩/٥، وحاشية ابن عابدين: ٢٥/٤.

(٤) راجع تفصيل المسألة في فقرة سرقة مال المستأمن: ص: ١١٨.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩١/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٣/٥.

يثبت مع الشبهة لقيام العصمة في الحال، ولكن يوجعون عقوبة لتخويفهم الناس بقطع الطريق، كما إذا لم يصيبوا مالا، ولا نفساً" (١).

والراجع في نظر الباحث ما ذهب إليه المالكية والحنبلية من وجوب إقامة حد الحراة إذا وقعت الجريمة على المستأمنين؛ لأن المستأمن استفاد عصمة ماله ونفسه من عقد الأمان الذي أعطي له من قبل الإمام، فأشبهه الذمي من هذه الناحية، ولو كان السبب المبيح قائماً كما قال الحنفية لسقطت العقوبة والضمان بالكلية.

وقواعد الإسلام تقضي بالتزام المسلمين بشروطهم فيما بينهم، وفيما بينهم وبين غير المسلمين، والمستأمن سمي بذلك من الأمان الذي منح له، فينبغي أن يكون أماناً كاملاً لا شبهة فيه. والله أعلم.

(١) المبسوط، السرخسي: ٢٠٤/٩-٢٠٥.

المطلب الخامس: أثر الإعاقة الجسدية في جرائم الحدود.

أولاً: أثر الخرس في جرائم الحدود:

اختلف الفقهاء في أثر الخرس في إقامة الحدود على الجاني على قولين:

القول الأول: للحنفية، وقالوا أنَّ الأخرس لا يؤاخذ بشيء من الحدود، وإن أقر به بإشارة أو كتابة أو شهدت به عليه شهود، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(١).

وذهب الخراقي^(٢) (٣٣٤هـ) من الحنبلية إلى أن الحد لا يجب بإقرار الأخرس؛ لأن إقرار الأخرس فيه شبهة، وإن ثبت الحد بالبينة يقام عليه الحد؛ لأن إشارته مع البينة غير معتبرة^(٣).

وذهب الحنفية أيضاً إلى سقوط الحد عمن قذف أخرساً؛ لأن طلبه يكون بالإشارة، ولأنه لو كان ينطق ربما يقر بما يكون فيه من تصديق القاذف، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(٤).

واستدل الحنفية بما يأتي:

١ - إذا أقرَّ الأخرس بالحد بالإشارة فهي بدل عن العبارة؛ والحد لا يقام بالبدل؛ ولأنَّه لا بد من التصريح بالإقرار؛ ففي الزنى لا بد من التصريح بلفظة الزنى، وفي القذف لا بد من التصريح بلفظ الزنى ليكون قذفاً موجباً للحد، وذلك لا يوجد في إشارة الأخرس، وكذلك إن كتب به؛ لأنَّ الكتابة تتردد، والكتابة قائمة مقام العبارة والحد لا يقام بمثل هذا الإقرار^(٥).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩٨/٩، والهداية، المرغيناني: ٥٤٩/٤، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢١٨/٥، وحاشية ابن عابدين: ٩/٤.

(٢) هو عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد أبو القاسم الخراقي (نسبة إلى بيع الخرق)، فقيه حنبلي من أهل بغداد، خرج منها لما ظهر فيها سب الصحابة، توفي بدمشق سنة: (٣٣٤هـ)، له تصانيف احترقت، وبقي منها "المختصر" في الفقه، يعرف بمختصر الخراقي. انظر: طبقات الحنابلة، ابن أبي يعلى: ٧٥/٢، والأعلام، الزركلي: ٤٤/٥.

(٣) انظر: المغني، ابن قدامة: ٦٧/٩.

(٤) المبسوط، السرخسي: ١١٨/٩، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٠٠/٣، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣٤/٥.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩٨/٩.

٢- إذا شهد الشهود على الأخرس بالحد لا يقام عليه الحد؛ لأنه لو كان ناطقاً ربما يدعي شبهة تدرأ الحد، وليس كل ما يكون في نفسه يقدر على إظهاره بالإشارة، فلو أقمنا عليه كان إقامة الحد مع تمكن الشبهة^(١).

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية، وذهبوا إلى أن الأخرس يؤخذ بإقراره بما يوجب الحد^(٢)؛ لأن من صح إقراره بغير ما يوجب الحد صح إقراره بما يوجب كالناطق، ولقيام اشارته مقام نطقه في الدلالة على ما في نفسه.

واستدلوا بما يأتي^(٣):

١- إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه في ما اختص به من الحقوق كالعقود وغيرها، فكذاك إشارته تقوم مقام نطقه بالقذف.

٢- قياس قذف الأخرس على طلاقه وظهاره ونكاحه، فلما صحت تلك التصرفات منه فأولى أن يصح منه ما هو أخف منه من القذف واللعان.

٣- الخرّس لا يمنع من اليمين، فوجب ألا يمنع من اللعان والقذف، كالطّرش.

المناقشة وال ترجيح:

يرجح الباحث رأي الحنفية في عدم إقامة الحدود على الأخرس، لأن إقراره يبقى أدنى رتبة من إقرار الناطق، وأما قياس إشارته في الحدود على إشارته في باقي التصرفات فقياس مع الفارق؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، بخلاف باقي التصرفات. والله أعلم.

أما إذا كانت إشارته غير واضحة فلا يؤخذ بها، وهذا متفق عليه عند الفقهاء جميعهم.

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٤٢/٧، ٩٨/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٤٨/٧.

(٢) انظر: القوانين الفقهية، ابن جزى: ١٦١/١، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٨٦/٢، وروضة الطالبين، النووي: ٩٤/١٠، المحتاج، الرملي: ١١٦/٧، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١١٢/٩، والمغني، ابن قدامة: ٦٧/٩، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ١٨٠/٣.

(٣) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٣/١١-٢٤.

ثانياً: أثر عدم امتلاك آلة الزنى في جريمة القذف:

اختلف الفقهاء في قاذف من لا يملك آلة الزنى أو لا يستطيعه هل يجب عليه الحد أم يسقط الحد ليحل محله التعزير على قولين:

القول الأول: للحنفية والمالكية والشافعية الذين ذهبوا إلى أنه لا حد على قاذف المحبوب^(١) أو مقطوع الذكر، أو الحصور^(٢) بالزنى أو الرتقاء^(٣)، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير؛ وذلك أن الزنى من هؤلاء غير متصور، فلم يلحقهم عار بالقذف لظهور كذب القاذف، وهذا بخلاف ما لو قذف خصياً^(٤) أو عنيئاً^(٥)، فيجب عليه الحد؛ لأن الزنى منهما متصور^(٦).

القول الثاني: للحنابلة والظاهرية الذين قالوا بوجوب الحد على قاذف المحبوب والخصي، والمريض المدنف^(٧)، والرتقاء، والقرناء^(٨)، واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، والرتقاء داخلة في عموم هذا؛ ولأنه قاذف لمحصن، فيلزمه الحد، كقاذف القادر على الوطء؛ ولأن إمكان الوطء أمر خفي، لا يعلمه كثير من الناس، فلا ينتفي العار عند من لم يعلمه بدون الحد، فيجب، كقذف المريض^(٩).

(١) المحبوب: هو الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه. لسان العرب، ابن منظور: ٢٤٩/١.

(٢) الرجل الحصور: قيل هو الذي لا يشتهي النساء ولا يفرهن، وقيل هو الذي حصر عن النساء فلا يستطيعهن. انظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٩٤/٤، مادة: حصر.

(٣) المرأة الرتقاء: هي التي التصق ختاها فلا يستطيع جماعها؛ لإرتاق ذلك الموضع منها. انظر: لسان العرب، ابن منظور: ١١٤/١٠، مادة رتق.

(٤) الرجل الخصي، هو من قطعت خصيتاه دون ذكره. انظر: المصباح المنير، الفيومي: ١٧١/١، مادة خصي.

(٥) الرجل العنيئ: هو الذي لا يقدر على إثبات النساء، أو لا يشتهي النساء، وامرأة عنيئة لا تشتهي الرجال. المصباح المنير، الفيومي: ٤٣٢/٢.

(٦) انظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٣٤/٥، وحاشية ابن عابدين: ٤٦/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٨٧/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٢٦/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٢٢٦/٨، ومغني المحتاج، الشريبي: ٧٤/٥.

ونسب ابن قدامة هذا الرأي للشافعية. انظر: المغني، ابن قدامة: ٨٤/٩.

(٧) الدنف: هو الممرض الملازم، ورجل مدنف؛ أي أثقله المرض، انظر: مختار الصحاح، الرازي: ص ١٠٧.

(٨) القرناء من النساء: هي التي في فرجها مانع يمنع من سلوك الذكر فيه. لسان العرب، ابن منظور: ٣٣٥/١٣، مادة قرن.

(٩) المغني، ابن قدامة: ٨٤/٩، والإنصاف المرداوي: ٢٠٣/١٠، والمحلى، ابن حزم: ٢٣٤/١٢.

المناقشة والترحيع:

يرجح الباحث ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من سقوط الحد؛ لأن الزنى غير متصور من المذوف، فيكون قذفه كذباً محضاً، وما استدل به الحنبلية من إمكان الوطء وعدمه أمر خفي يسقط بالعلم بذلك من التحقيق في القضية. والله أعلم.



المطلب السادس: أثر الجهالة في جرائم الحدود:

أولاً: قذف مجهول النسب (اللقيط):

اللقيط هو: صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه^(١).

إذا قذف شخص اللقيط بقوله يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية؛ فذلك قذف بزني أبوي اللقيط، وقد نصَّ المالكية على أنه لا حد على القاذف في هذه الحالة، وعَلَّله ابن رشد(٥٩٥هـ)^(٢) بجهل أبويه^(٣)، فبقي قذفه معصية لا حد فيها ففيها التعزير. وهو يتفق مع قواعد المذاهب الثلاثة الحنفي والشافعي والحنبلي لأنهم يشترطون أن يكون المقذوف معلوماً ليجب حد القذف على القاذف^(٤).

أما إذا قذفه بقوله يا ابن الزنى، فللمالكية قولان في عقوبته^(٥):

الأول: أنَّ عليه الحد؛ لأنه لا يلزم من كونه لقيطاً أن يكون ابن زنى، لاحتمال أن يكون نبذ مع كونه من نكاح صحيح، وهو قول ابن رشد(٥٩٥هـ) وهو الراجح.

الثاني: لا يحد؛ لأنَّ الغالب في اللقيط أن يكون ابن زنى، وهو قول اللَّخْمِيِّ(٥٩٥هـ)^(٦)، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير.

(١) الشرح الكبير، الدردير: ١٢٤/٤.

(٢) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي، وهو جدّ ابن رُشد الفيلسوف، أصله من قرطبة، كان زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، بصير بالأصول والفروع والفرائض والتفنن في العلوم، توفي سنة: (٥٩٥هـ)، من مصنفاته: "البيان والتحصيل" في الفقه، و"مختصر شرح معاني الآثار للطحاوي"، وغيرها انظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ص ٢٧٨-٢٧٩، والأعلام الزركلي: ٣١٦/٥-٣١٧.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٢٥/٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٢/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣٣/٥، والمهذب، الشيرازي: ٣٥٢/٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٢/٩، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٥٨/٣، ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحبياني: ٢٠٢/٦.

(٥) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٨٦/٨، وحاشية الدسوقي: ٣٢٥/٤.

(٦) هو طليب بن كامل اللَّخْمِيِّ (وهو أيضاً عبد الله له اسمان)، كان من كبار أصحاب مالك وجلسائه، وأصله أندلسي سكن بالإسكندرية لم يطلَّ عمره وتُوفي سنة: (١٧٣هـ). انظر: الوافي بالوفيات، الصفدي: ٢٨٣/١٦، والديباج المذهب، ابن فرحون: ص ١٣٠.

ويرجح الباحث وجوب الحد في قذف اللقيط بابن الزنى؛ لأن جهل النسب لا يعني أن الإنسان ابن زنى. والله أعلم.

ثانياً: قذف الشخص المجهول:

ينبغي في المقدوف أن يكون معلوماً، فإن كان مجهولاً لم يجب الحد على القاذف باتفاق المذاهب الأربعة لعدم تعيين المعرة، إذ لا يعرف من أراد والحد إنما هو للمعرة^(١) ^(٢)، فبقيت معصية ليس فيها حد، ففيها التعزير.

فلو قال لجماعة: ليس فيكم زان إلا واحداً، أو قال لرجلين: أحكما زان، فلا حد عليه؛ لجهالة المقدوف^(٣).

ولو قال لرجل: جدك زان، لا حد عليه؛ لأن اسم الجد يطلق على الجد الأسفل وعلى الجد الأعلى، فكان المقدوف مجهولاً. ولو قال لرجل أخوك زان، فإن كان له إخوة، أو أخوان سواء لا حد على القاذف؛ لأن المقدوف مجهول^(٤).

ولو سمع الإمام رجلاً يقول: زنيت يا رجل، لم يقم عليه الحد؛ لأن المستحق مجهول، ولا يطالبه بتعيينه لقوله عز وجل: ﴿لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ بُدَّ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ﴾ [المائدة: ١٠١]؛ ولأن الحد يدرأ بالشبهة^(٥).

وإن قال: سمعت رجلاً يقول إن فلاناً زنى، لا يحد؛ لأنه ليس بقاذف وإنما هو حاك للقذف^(٦).

(١) المعرة: الأذى. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية: ٢/٢٩٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٢/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣٣/٥، والذخيرة، القرافي: ١٢/١٠٣-١٠٨، والتاج والإكليل، العبدري: ٤٠٤/٨، والمهذب، الشيرازي: ٣٥٢/٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩/١٢٢، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٥٨/٣، مظال أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ٦/٢٠٢.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٢/٧، وانظر: الشرح الكبير، الدردير: ٤/٣٣٠، والتاج والإكليل، العبدري: ٨/٤٠٤.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٢/٧.

(٥) المهذب، الشيرازي: ٣٥٢/٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩/١٢٢.

(٦) المهذب الشيرازي: ٣٥٢/٣.

ولو قال لجماعة: كلكم زان إلا واحداً؛ لا حد عليه في قول عند الحنفية؛ لأن المقدوف مجهول^(١).

وفي قول آخر يجب عليه الحد؛ لأن القذف فيه موجب للحد، فكان لكل واحد أن يدعي القذف، ما لم يعيّن القاذف المستثنى من قذفه^(٢).

ولو اختلف اثنان في شيء، فقال أحدهما: الكاذب ابن الزانية، أو قال شخص: من رماني بالزنا فهو ابن الزانية؛ فلا حد عليه في الحالتين، ويعزر؛ لعدم تعيين المقدوف^(٣).

ففي كل هذه الحالات يجب التعزير على القاذف كعقوبة بدلية عن العقوبة الأصلية والتي سقطت بسبب جهل المقدوف بالزنى.

ثالثاً: أثر جهالة المسروق منه وغيبته.

لو أقرّ السارق أنه سرق مال فلان الغائب، فقد اختلف الفقهاء في قطعه أم لا على قولين:

القول الأول: للحنفية والشافعية والحنبلية، وذهبوا إلى أنّ السّارق المقر على نفسه بالسرقة لا يقطع إلى أن يأتي المسروق منه ويخاصم السارق، حتى وإن كان المسروق منه معروفاً^(٤).

واستدلوا بما يأتي:

١- إن كون المسروق ملكاً لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة، ولا يظهر ذلك إلا بالخصوصية.

٢- إن القطع متوقف على دعوى المسروق منه؛ لأنه شرع حفظاً لماله، ولأن المسروق ربما يقرّ بأنه أباح له المال، أو يقر له بالملك فيسقط الحد.

(١) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٢/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣٣/٥

(٢) فتح القدير، ابن الممام: ٣٤٤/٥، والفتاوى الهندية: ١٦٦/٢.

(٣) شرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٥٨/٣، ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ٢٠٢/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨١/٧-٨٢، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٦٨/٥، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٢/٥، وأسنى

المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥١/٤، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٧٨/٣.

وذهب محمد من الحنفية إلى أنه لا يقطع السارق أيضاً إذا لم يعرف المسروق منه، بأن أقر السارق بالسرقة، ولم يعرف صاحب المال؛ واستدل بأنه إذا لم يقطع بغيبة المسروق منه، ففي الجهالة أولى؛ لأنَّ جهالة المسروق منه أقوى من غيبته؛ ولأنَّ الخصومة شرط لإقامة حد السرقة^(١).

وقواعد المذاهب التي اشترطت خصومة المسروق منه تتفق مع هذا القول؛ لأن كلا الحالتين ليس فيها خصومة من قبل المسروق منه.

ويحبس السارق عند الحنفية والشافعية والحنبلية إلى أن يأتي المسروق منه، وفي قول عند الشافعية لا يحبس إلا إن كان المسروق منه قريب، وتوقع قدومه عن قرب^(٢).

القول الثاني: للمالكية وقول عند الشافعية وقول أبو يوسف من الحنفية، وذهبوا إلى السارق يقطع في حال غيبة المسروق منه أو جهالته إن أقر السارق على نفسه بالسرقة، واستدلوا بأن إقرار السارق بالسرقة إقرار على نفسه، والإنسان يصدق في الإقرار على نفسه؛ لعدم التهمة^(٣).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث قول الجمهور بسقوط القطع في حال غيبة المسروق منه أو جهالته إن ثبتت السرقة بإقرار السارق؛ لأن عدم حضور المسروق منه ومخاصمته يورث شبهات كثيرة تدرأ الحد، فقد يقر المسروق منه أن المال ليس ملكه، أو أنه سرقه من آخر، وقد يكون المسروق منه ابناً للسارق أو قريباً له، وتوجد بينهما المباشطة في الحرز، وقد يقر المسروق منه أنه وهب المال المسروق للسارق قبل السرقة، إلى غير ذلك من الشبهات التي قد تدرأ الحد.

ومن الممكن أن يحبس السارق إن كان المسروق منه معلوماً وأمكن إحضاره بواسطة السلطات المختصة. أما إن كان مجهولاً أو من الصعب إحضاره فلا وجه لهذا الحبس الذي ليس له مدة محددة. والله أعلم.

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨١/٧-٨٢، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٦٨/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨١/٧، مغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٢/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥١/٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٢/٧، والمدونة، الإمام مالك: ٥٢٨/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٢/٥.

المطلب السابع: أثر الأنوثة في جرائم الحدود.

أولاً: أثر الأنوثة في حد الحاربة:

اختلف الفقهاء في إقامة الحد على المرأة المحاربة على قولين:

القول الأول: لا حد على المرأة المحاربة، وهو قول عند الحنفية، اختاره الكرخي (٣٤٠هـ)^(١)، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(٢).

واستدلوا بما يأتي:

١- إنّ ركن القطع؛ وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق من النساء عادة؛ لرقّة قلوبهن وضعف بنيتهن، فلا يكتنّ من أهل الحراب؛ ولهذا لا يقتلن في دار الحرب، بخلاف السرقة؛ لأنها أخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الأعين، والأنوثة لا تمنع من ذلك، وكذا أسباب سائر الحدود تتحقق من النساء كما تتحقق من الرجال^(٣).

٢- إنّ الرجل لا يستوي مع المرأة فيما يستحق بالمحاربة، وهو السهم من الغنيمة، فكذلك في العقوبة المستحقة بالمحاربة، لا يسوى بين الرجل والمرأة^(٤).

القول الثاني: لجمهور الفقهاء الحنفية في ظاهر الرواية^(٥) واختاره الطحاوي (٣٢١هـ) والمالكية والشافعية والحنبلية أنّ النساء، والرجال في قطع الطريق سواء في وجوب الحد^(٦).

(١) هو عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دهم، الإمام الكبير أبو الحسن الكرخي، فقيه، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، مولده في الكرخ ووفاته ببغداد، توفي سنة: (٣٤٠هـ)، من مصنفاته: "رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية" و "شرح الجامع الصغير" و "شرح الجامع الكبير". الجواهر المضئية، محي الدين الحنفي: ٣٤٠/٢، والأعلام الزركلي: ١٩٣/٤.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٩٧/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٩١/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٣٣/٥، وحاشية ابن عابدين: ١١٧/٤.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٩١/٧.

(٤) المبسوط، السرخسي: ١٩٧/٩.

(٥) قال في البدائع أن القول بأنها ليست محاربة هو ظاهر الرواية. (بدائع الصنائع، الكاساني: ٩١/٧). لكن في المبسوط وحاشية ابن عابدين وفتح القدير أن ظاهر الرواية أنها كالرجال في حكم الحاربة. انظر: المبسوط، السرخسي: ١٩٧/٩، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٣٢/٥، وحاشية ابن عابدين: ١١٧/٤.

(٦) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٩٧/٩، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٣٢/٥، وحاشية ابن عابدين: ١١٧/٤، والمدونة، الإمام

جاء في المدونة: " قلت: أرأيت إن كانت فيهم امرأة، أ يكون سبيلها - في قول مالك - سبيل الرجل أم لا، وهل يكن النساء محاربات في قول مالك؟ أم لا؟ قال: أرى أن النساء والرجال في ذلك سواء" (١).

وجاء في روضة الطالبين: "يشترط في قطاع الطريق الذكورة، بل لو اجتمع نسوة لهن شوكة وقوة، فهن قاطعات طريق" (٢).

واستدلوا بأنها تحد في السرقة، فيلزمها حكم المحاربة كالرجل، ولأنها مكلفة يلزمها القصاص وسائر الحدود، فلزمها هذا الحد، كالرجل (٣).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وجوب الحد على المرأة إذا حاربت لما يأتي:

- ١ - عموم آية المحاربة؛ فهي تشمل كل محارب سواء كان رجلاً أو امرأة بدون تفريق.
- ٢ - ما استدل به الحنفية من أن الحاربة لا تقع من المرأة غير مسلم، فالمرأة قادرة على حمل السلاح وتحصل منها المحاربة، ويدل لذلك أن السلمين مأمورين بعدم قتل النساء في الحرب إلا المرأة المقاتلة، وهذا يدل على أن المرأة إذا حملت السلاح فحكمها حكم الرجل من حيث قتلها إذا كانت حربية، فكذلك الحكم إذا قطعت الطريق. وفي العصر الحاضر انتشرت العصابات التي ينطبق عليها حكم المحاربة وقطع الطريق، والكثير من أعضاء هذه العصابات من النساء، فلا وجه لإسقاط الحد عنهن في هذه الحالة...

مالك: ٥٥٥/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٥٧/٩، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٤/٤، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤٩/٦-١٥٢، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٨١/١٣.

(١) المدونة، الإمام مالك: ٥٥٥/٤.

(٢) روضة الطالبين، النووي: ١٥٥/١٠.

(٣) المغني، ابن قدامة: ١٥٤/٩. وانظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩١/٧.

وقد مال كمال الدين ابن الهمام^(١) من الحنفية إلى رأي الجمهور في وجوب حد الحرابة على المرأة فقال: "يرد على هذا [أي على أدلة الحنفية] العبد فإنه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد. وفي الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء"^(٢).

ثانياً: أثر اشتراك المرأة مع الرجال في حد الحرابة:

اختلف الحنفية^(٣) الذين أسقطوا حد الحرابة عن المرأة في سقوط الحد عن الرجال الذين اشتركوا مع المرأة في الحرابة على قولين:

القول الأول: لأبي حنيفة ومحمد، وقالوا لا يقام الحد على الرجال الذين اشتركوا مع المرأة سواء باشرها معها، أو لم يباشرها، فعليهم التعزير.

واستدلوا بأن سبب الوجوب شيء واحد، وهو قطع الطريق، وقد حصل ممن يجب عليه وممن لا يجب عليه فلا يجب أصلاً، كما إذا كان فيهم صبي أو مجنون.

القول الثاني: لأبي يوسف، وقال: إذا باشرت المرأة الحرابة حد الرجال الذين يشاركونها دونها؛ لأن امتناع وجوب الحد على المرأة ليس لعدم الأهلية، لأنها من أهل التكليف، بل لعدم المحاربة عادة، وهذا لم يوجد في الرجال الذين يشاركونها، فلا يمتنع وجوب الحد عليهم.

وفرق أبو يوسف في هذه المسألة بين الاشتراك مع الصبي في الحرابة والاشتراك مع المرأة، فعنده إذا باشر الصبي لا حد على من لم يباشر من العقلاء البالغين؛ لأن امتناع الوجوب على الصبي لعدم أهلية الوجوب؛ لأنه ليس من أهل الإيجاب عليه؛ ولهذا لم يجب عليه سائر الحدود فإذا انتفى الوجوب عليه، وهو أصل امتنع التبع ضرورة.

(١) هو محمد عبد الواحد بن عبد الحميد، كمال الدين، الشهير بابن الهمام، فقيه حنفي وعارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والمنطق، أصله من سيواس، توفي في القاهرة سنة: ٨٦١هـ، ودفن بالقرافة، من مؤلفاته: "فتح القدير في شرح الهداية" و "التحري في أصول الفقه" و "المسيرة في العقائد المنجية في الآخرة". انظر: الضوء اللامع، السخاوي: ١٢٧/٨ وما بعدها، والأعلام الزركلي: ٢٥٥/٦.

(٢) فتح القدير، ابن الهمام: ٤٣٣/٥.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٩٧/٩-١٩٨، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٩١/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٣٣/٥.

ثانياً: أثر الأنوثة في حد الردة:

اختلف الفقهاء في عقوبة المرأة المرتدة التي أصرت على ردتها على قولين:

القول الأول: للحنفية، وقالوا لا تقتل المرأة إذا ارتدت، ولكنها تجبر على الإسلام، وإجبارها على الإسلام يكون بحبسها وإخراجها في كل يوم واستتابتها، فإن أسلمت وإلا حبست ثانياً إلى أن تسلم أو تموت^(١).

وفي رواية عن الإمام أبي حنيفة أنها تضرب في كل يوم ثلاثة أسواط، واختار بعض الحنفية أنها تضرب خمسة وسبعين سوطاً، وجزم الزيلعي^(٢) (٨٧٤٣) بأنها تضرب في كل ثلاثة أيام، وذهب الكرخي^(٣) (٨٣٤٠) إلى أنها تضرب أسواطاً في كل مرة تعزيراً لها على ما فعلت^(٤).

واستدلوا بما يأتي^(٥):

١- أن النبي ﷺ نهي عن قتل النساء، وقد ورد ذلك في عدة أحاديث، وهي:

أ- حديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال: **وُجِدَتِ امْرَأَةٌ مَقْتُولَةً فِي بَعْضِ مَعَاذِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، «فَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ»**^(٦).

وجه الاستدلال أن الحديث بعمومه يشمل المنع من قتل المرأة الكافرة، سواء كان كفرها طارئاً أو أصلياً^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١٣٥/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٧١/٦، وحاشية ابن عابدين: ٢٥٣/٤.

(٢) تقدمت ترجمته: ص ٢٩.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٠٨/١٠، وبدائع الصنائع، الكاساني: ١٣٥/٧، وحاشية ابن عابدين: ٢٥٣/٤.

(٤) انظر: البناية، العيني: ٢٧١/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٨٥/٣، وفتح القدير، ابن الهمام: ٧٣/٦.

(٥) متفق عليه من طريق البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب قتل النساء في الحرب: ٦١/٤، رقم: ٣٠١٥، ومسلم، كتاب

الجهاد والسير، باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب: ١٤٦٣/٣، رقم: ١٧٤٤. واللفظ للبخاري.

(٦) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٧٢/٦.

ب- أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَأَى النَّاسَ مُجْتَمِعِينَ عَلَى شَيْءٍ فِي غَزْوَةِ فَبَعَثَ رَجُلًا فَقَالَ: «انْظُرْ عَلَامَ اجْتِمَاعِ هَؤُلَاءِ؟» فَجَاءَ فَقَالَ: عَلَى امْرَأَةٍ قَتِيلٍ. فَقَالَ: «مَا كَانَتْ هَذِهِ لِثَقَاتِلٍ» قَالَ: وَعَلَى الْمُقَدِّمَةِ خَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ فَبَعَثَ رَجُلًا... فَقَالَ: «قُلْ لِحَالِدٍ لَا يَقْتُلَنَّ امْرَأَةً وَلَا عَسِيفًا^(١)»^(٢).

وجه الاستدلال من الحديث أَنَّ استحقات القتل بعله القتال، وَأَنَّ النساء لا يقتلن؛ لأنهن لا يقاتلن^(٣).

ج- أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «انْطَلِقُوا بِاسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ وَعَلَى مِلَّةِ رَسُولِ اللَّهِ، وَلَا تَقْتُلُوا شَيْخًا فَانِيًّا وَلَا طِفْلًا وَلَا صَغِيرًا وَلَا امْرَأَةً، وَلَا تَعْلُوا، وَضُمُّوا غَنَائِمَكُمْ، وَأَصْلِحُوا وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ»^(٤).

وجه الاستدلال أَنَّ المرأة إذا لم تقتل بالكفر الأصلي فلا تقتل بالكفر الطارئ بطريق الأولى^(٥).

٢- أَنَّ الصَّحَابَةَ الْكَرَامَ ﷺ لَمْ يَقْتُلُوا الْمَرْأَةَ الْمُرْتَدَّةَ، وَلَمْ يَأْمُرُوا بِقَتْلِهَا...

ويدل على ذلك ما يأتي:

(١) الْعَسِيفُ: هُوَ الْأَجِيرُ. تاج العروس، الزبيدي: ١٥٨/٢٤، مادة عسف.

(٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب الجهاد، باب قتل النساء: ٥٣/٣، رقم: ٢٦٦٩، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب جماع= أبواب السير، باب المرأة تقاتل فتقتل: ١٣٩/٩، رقم: ١٨١٠٤. ورواه بلفظ آخر: أحمد في مسنده: ٣٧٠/٢٥، رقم: ١٥٩٩٢، والنسائي في السنن الكبرى، باب قتل العسيف: ٢٧/٨، رقم: ٨٥٧١، والحاكم في المستدرک، كتاب الجهاد: ١٣٣/٢، رقم: ٢٥٦٥، وقال: وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج، عن أبي الزناد "فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين ولم يخرجاه".

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٠٩/١٠.

(٤) رواه أبو داود في سننه، كتاب الجهاد، باب في دعاء المشركين: ٣٧/٣، رقم: ٢٦١٤. ورواه بلفظ قريب منه البيهقي في السنن الكبرى عن علي بن أبي طالب، كتاب جماع أبواب السير، باب ترك قتل من لا قتال فيه من الرهبان والكبير وغيرهما: ١٥٤/٩، رقم: ١٨١٥٥. وقال: في إسناده إرسال وضعف، وهو بشواهد مع ما فيه من الآثار يقوى. والطبراني في الأوسط: ٢٦٨/٤، رقم: ٤١٦٢. وحديث أبو داود في سننه خالد بن الفزr، قال ابن معين: ليس بذلك. انظر: نصب الراية الزيلعي: ٣٨٦/٣.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ١١٠/١٠، البناءة، العيني: ٢٧١/٧.

أ- ما روي من أن عمر بن عبد العزيز^(١) كتب في أم ولد تنصرت: «أَنْ تُبَاعَ فِي أَرْضِ دَاتِ مَوْلِدِ عَلَيْهَا، وَلَا تُبَاعَ مِنْ أَهْلِ دِينِهَا»^(٢). فعمر بن عبد العزيز لم يأمر بقتل المرأة رغم أنها تنصرت.

ب- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «لَا يُقْتَلَنَّ النِّسَاءُ إِذَا هُنَّ ارْتَدَدْنَ عَنِ الْإِسْلَامِ، وَلَكِنْ يُجَبَّسْنَ وَيُدْعَيْنَ إِلَى الْإِسْلَامِ فَيُجَبَّرْنَ عَلَيْهِ»^(٣).

ج- ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «الْمُرْتَدَّةُ تُسْتَأْنَى وَلَا تُقْتَلُ»^(٤).

٣- **ومن المعقول** استدلو بأن الأصل في الأجزية بأن تتأخر إلى دار الجزاء؛ وهي الدار الآخرة، وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو إلا لمصالح تعود للبشر، فكذا يجب في القتل بالردة أن يكون لدفع شر حرايه لا جزاء على فعل الكفر؛ لأن جزاءه أعظم من ذلك عند الله تعالى، فيختص بمن يتأتى منه الحراب وهو الرجل^(٥).

٤- إِنَّ المرتد يدعى إلى الإسلام بطريقين، الأول الاستتابة، والثاني القتل إذا لم يتب، والنساء أتباع الرجال في إجابة الدعوة إلى الإسلام في العادة، فإنهن في العادات الجارية يسلمن بإسلام أزواجهن، ولذلك لا يشرع طريق القتل في حقها؛ لأنها تبع، ويبقى طريق الاستتابة^(٦).

(١) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي، أبو حفص: الخليفة الصالح، من ملوك الدولة مروانية والأموية بالشام، ولد ونشأ بالمدينة، وولي إمارتها للوليد، ثم استوزره سليمان ابن عبد الملك بالشام، وولي الخلافة بعهد من سليمان سنة: (٩٩هـ)، توفي سنة: (١٠١هـ). انظر: الأعلام، الزركلي: ٥/٥٠.

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب كفر المرأة بعد إسلامها: ١٧٦/١٠، رقم: ١٨٧٢٩.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في المرتدة ما يصنع بها: ٥٦٣/٥، رقم: ٢٨٩٩٤، ورواه بلفظ: «لَا تُقْتَلُ النِّسَاءُ إِذَا هُنَّ ارْتَدَدْنَ عَنِ الْإِسْلَامِ» الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، بدون باب: ٢٧٥/٤، رقم: ٣٤٥٨، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب قتل من ارتد عن الإسلام إذا ثبت عليه رجلا كان أو امرأة. ولفظ: «تُجَبَّسْنَ وَلَا تُقْتَلُ الْمَرْأَةُ تَرْتَدُّ» عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب كفر المرأة بعد إسلامها: ١٧٧/١٠، رقم: ١٨٧٣١.

(٤) رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، بدون باب: ٢٧٥/٤، رقم: ٣٤٥٤. وهو مروي عن خِلاس بن عمرو، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وخِلاس لا يحتج به لضعفه. المصدر نفسه.

(٥) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٧٢/٦.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: ١٣٥/٧.

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية، وقالوا لا فرق بين الرجال والنساء في وجوب القتل بالردة^(١).

واستدلوا بما يأتي^(٢):

١ - عموم قول النبي ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»^(٣). وعموم قول النبي ﷺ: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولُ اللَّهِ، إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: الثَّيْبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمَفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ»^(٤).

٢ - أَنَّ رسول الله ﷺ قال لمعاذ بن جبل^(٥) حين بعثه إلى اليمن: «أَيُّمَا رَجُلٍ ارْتَدَّ عَنِ الْإِسْلَامِ فَادْعُهُ، فَإِنْ تَابَ فَاقْبَلْ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَتُوبْ فَاضْرِبْ عُنُقَهُ، وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ ارْتَدَّتْ عَنِ الْإِسْلَامِ فَادْعُهَا، فَإِنْ تَابَتْ فَاقْبَلْ مِنْهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَاسْتَبِهَا»^(٦).

٢ - أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام، فأمر النبي ﷺ «أَنْ يَعْضَرَ عَلَيْهَا الْإِسْلَامُ، فَإِنْ رَجَعَتْ وَإِلَّا قُتِلَتْ»^(٧).

٣ - ما روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: ارتدت امرأة يوم أحد فأمر النبي ﷺ «أَنْ تُسْتَتَابَ، فَإِنْ تَابَتْ، وَإِلَّا قُتِلَتْ»^(٨).

(١) انظر: التاج والإكليل، العبدري: ٣٧٤/٨، لشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٣٠٤/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩٦/٩، ومغني المحتاج، الشريني: ٤٣٦/٥، والمغني، ابن قدامة: ٣/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٧٤/٦.

(٢) انظر: المغني، ابن قدامة: ٤-٣/٩.

(٣) تقدم تخريجه: ص ٨٩.

(٤) تقدم تخريجه: ص ٣٢٣.

(٥) تقدمت ترجمته: ص ٤٥.

(٦) رواه الطبراني في الكبير: ٥٣/٢٠، رقم: ٩٣. قال ابن حجر في فتح الباري: سنده حسن. فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٢٧٢/١٢.

(٧) رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، بدون باب: ١٢٨/٤، رقم: ٣٢١٥، والبيهقي في سننه، كتاب المرتد، باب قتل من ارتد عن الإسلام رجلاً كان أو امرأة: ٢٧٨/٣، رقم: ٣١٦٧. وفي سنده معمر بن بكار وفي حديثه وهم. انظر: نصب الراية، الزيلعي: ٤٥٩/٣.

(٨) رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، بدون باب: ١٢٨/٤، رقم: ٣٢١٤. وفي سنده من يضع الحديث.

٣- أن المرأة شخص مكلف بدل دين الحق بالباطل، فيقتل كالرجل.

المناقشة والترجيح:

- رُدَّ على أدلة الجمهور بما يأتي:

١- إن حديث "مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ" بأنه غير مجرى على ظاهره؛ لأن تبديل الدين يتحقق من الكافر إذا أسلم، فالحديث إذاً عامٌ خصصته الأحاديث التي جاءت بالنهي عن قتل المرأة، فنخصه ونحمله على الرجال^(١).

٢- رد على الاستدلال بحديث أم مروان، بأنها كانت مرتدة مقاتلة، فإن أم مروان كانت تقاتل وتحرض على القتال، وكانت مطاعة في قومها^(٢).

وكذلك فإن هذا الحديث ضعيف؛ لأن في سنده رجل في حديثه وهم، ولا يجوز الاحتجاج به بحال^(٣).

٤- ردوا على الاستدلال بحديث عائشة رضي الله عنها بقتل المرأة المرتدة يوم أحد بأن في سنده من يضع الحديث^(٤).

- رد الجمهور على استدلال الحنفية بأحاديث النهي عن قتل النساء بأنها محمولة على الحرريات، وبأن المراد بها النهي عن قتل النساء في الكفر الأصلي؛ بدليل أن النبي ﷺ قال ذلك حين رأى امرأة مقتولة، وكانت كافرة أصلية، والكفر الأصلي يخالف الكفر الطارئ؛ بدليل أن الرجل يقر عليه، ولا يقتل أهل الصوامع، والشيوخ والمكافيف رغم كفرهم الأصلي، ولا تجبر المرأة على تركه

انظر: نصب الراية، الزيلعي: ٤٥٨/٣.

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١١٠/١٠.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١١٠/١٠.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٧٣/٦.

(٤) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٧٣/٦.

بضرب ولا حبس، والكفر الطارئ بخلافه^(١). وتحمل أحاديث الأمر بقتل المرأة المرتدة على النساء المرتدات^(٢).

ويرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من قتل المرأة المرتدة إذا لم تتب لما يأتي:

١- إنَّ الحنفية استدلوا بالحديث والآثار والمعقول، أما أحاديث النهي عن قتل النساء، فقد بين جمهور الفقهاء أن المراد منها النهي عن قتل النساء في الكفر الأصلي إن لم يكن حرييات، فيبقى الحكم شاملاً للرجل والمرأة لعموم حديث: "من بدل دينه فاقتلوه".

٢- ما استدل به الحنفية من الآثار إن صحت فيرد عليها بأمر النبي ﷺ بقتل المرأة المرتدة إن لم تتب في حديث معاذ رضي الله عنه، وهو حديث سنده حسن، قال ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)^(٣): "وهو نص في موضع النزاع فيجب المصير إليه"^(٤).

٣- ما استدل به الحنفية من المعقول بأن المرأة عادة تبع للرجل في الإسلام والكفر غير مسلّم؛ فالمرأة تقع بجرم الردة دون النظر إلى رأي زوجها أو غيره من الرجال، وقد تسلم وزوجها على الكفر، وهذا واقع ومشاهد. وإن سلّمنا بما قالوا فذلك لا يصلح لإسقاط قتل المرأة المرتدة في حديث معاذ رضي الله عنه. والله أعلم.



(١) انظر: المغني، ابن قدامة: ٤/٩.

(٢) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٤٣٦/٥.

(٣) هو أحمد بن علي بن محمد الكناي العسقلاني، من كبار فقهاء الشافعية، ومن أشهر المحدثين، أصله من عسقلان (فلسطين) ومولده ووفاته بالقاهرة، توفي سنة: (٨٥٢هـ)، من مصنفاته "فتح الباري بشرح صحيح البخاري"، و "الإصابة في تمييز الصحابة"، وغير ذلك. انظر: شذرات الذهب، ابن العماد: ٧٤/١-٧٥، والأعلام، الزركلي: ١٧٨/١-١٧٩.

(٤) فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٢٧٢/١٢.

المبحث الثاني: التعزير لتخلف شرط من شروط حد الزنى أو للشبهة فيه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر تخلف الركن المادي لجريمة الزنى.

المطلب الثاني: أثر الشبهة في حد الزنى.

المطلب الأول: أثر تخلف الركن المادي لجريمة الزنى.

إنَّ الركن الأساس في جريمة الزنى هو الوطء المحرم، والوطء المعتبر زنىً هو الوطء في الفرج، بحيث يكون الذكر في الفرج كالميل في المكحلة والرشاء في البئر، ويكفي لاعتبار الوطء زنىً أن تغيب الحشفة على الأقل في الفرج أو مثلها إن لم يكن للذكر حشفة، ولا يشترط على الرأي الراجح أن يكون الذكر منتشرأً، وإدخال الحشفة أو قدرها يعد زنىً سواء حدث إنزال أم لم يحدث، ويعد الوطء زنىً ولو كان هناك حائل بين الذكر والفرج مادام هذا الحائل خفيفاً لا يمنع الحس واللذة^(١).

فإن كان الوطء على غير الصفة السابقة للفقهاء خلاف في اعتبار ذلك زنىً معاقباً عليه بالحد، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

أولاً: الوطء في الدبر (اللواط):

اختلف الفقهاء في اعتبار الوطء في الدبر زنىً، واختلفوا في عقوبته، وقبل أن أتكلم عن عقوبة هذا الفعل عند الفقهاء لا بد من بيان معناه في اللغة والاصطلاح.

اللواط لغة: مصدر الفعل لاطَ ولاوَطَ، وهو فعل يعني في أصل اللغة اللُّصوق، يقال: لاط الشَّيْءُ بقلبي، إذا لَصِقَ^(٢). ومن معانيه أيضاً أن يعمل الرجل عمل قوم لوط^(٣).

واصطلاحاً: "إيلاج ذكر في دبر ذكر أو أنثى"^(٤).

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٣٥٠/٢.

(٢) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس: ٢٢١/٥، وتاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري: ١١٥٨/٣.

(٣) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٣٩٦/٧، مادة لوط، والصحاح الجوهري: ١١٥٨/٣.

(٤) انظر: كشف القناع، البهوتي: ٩٤/٦.

والوطء سواء كان في دبر رجل أم دبر أنثى فإنه يسمى لواطاً، وقد اتفق الفقهاء على تحريم هذا الفعل^(١)؛ لقوله عز وجل: ﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ﴾ [الأعراف: ٨٠] فسماه فاحشةً، وقد قال عز وجل: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنٌ﴾ [الأُنعام: ١٥١]؛ ولأنَّ الله عز وجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به أحداً فدل على تحريمه^(٢).

لكنَّهم اختلفوا في عقوبته هل هي الحد أم التعزير على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لأبي حنيفة وقول عند الشافعية وقول الظاهرية، وذهبوا إلى أنَّ الوطء في الدبر في الأنثى أو الذكر لا يوجب الحد وإن كان حراماً؛ وإنما هو معصية فيها التعزير^(٣).
وزاد الإمام أبو حنيفة أنَّ للإمام قتله سياسةً إن اعتاد ذلك سواء كان محصناً أم غير محصن^(٤).

واستدل الإمام أبو حنيفة^(٥) بما يأتي:

١- إن اللواط ليس زنى؛ ونصوص الزنى لا تنطبق عليه؛ لأن اللواط ليس فيه وطء في القبل، وليس فيه اشتباه الأنساب، وكذلك الحد شرع زاجراً عما تدعو إليه النفوس والطباع؛ وهو الإتيان في القبل، أما اللواط في الدبر ففيه نقص في دعاء الطبع إليه، وفي الزنى وجد الداعي من الجانبين من الشهوة المركبة فيهما جميعاً.

٢- إنَّ الزنى واللواط يختلفان اسماً ومعنى؛ فمن حيث الاسم فإن أهل اللغة لا يسمون اللواط زنى، وإنما يسمونه لواطاً، وإفراد كل واحد منهما بالاسم يدل على تباينهما في المعنى.

(١) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، ابن حزم: ص ١٣١، والمغني، ابن قدامة: ٦٠/٩، الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي، ابن القيم: ص ١٧٠.

(٢) المذهب الشيرازي: ٣٣٩/٣.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ٧٧/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ١٨٠/٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٣/٥، والمحلى، ابن حزم: ٣٩٦/١٢.

(٤) فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٢/٥.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ٧٨/٩-٧٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ١٨٠/٣-١٨١.

٣- إنَّ الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في حد هذا الفعل، فكان اختلافهم في العقوبة اتفاقاً على أنَّ هذا الفعل ليس بزنى؛ لأنَّ حد الزنى كان معلوماً لهم بالنَّص، فكان اختلاف اجتهادهم دليل على أنَّ الواجب بهذا الفعل هو التعزير لوجهين:

أحدهما: أنَّ التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر والصفة. لا الحد.

والثاني: أنه لا مجال للاجتهاد في الحد، بل لا يعرف إلا بالتوقيف، والاجتهاد مجاله في التعزير.

القول الثاني: للشافعية في الأظهر، وقول عند الحنبلية، وقول أبي يوسف ومحمد من الحنفية، حيث ذهبوا إلى أنَّ الوطء في الدُّبر يوجب حدَّ الزنى^(١)، وهو قول عند المالكية^(٢) فيما لو كان الوطء في دبر أنثى أجنبية دون الزوجة، وقيل هو المشهور.

واستدلوا بما يأتي:

١- إنَّ اللواط زنى؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢]، فوصف الزنى بأنه فاحشة، وقال أيضاً في قوم لوط: ﴿أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ﴾ [الأعراف: ٨٠]، فوصف اللواط أيضاً بأنه فاحشة فدل على أنَّهما شيء واحد في الحكم^(٣).

٢- قول النَّبي صلى الله عليه وسلم: «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَنَفْيُ سَنَةٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ، وَالرَّجْمُ^(٤)». وجه الاستدلال أنَّ النَّبي صلى الله عليه وسلم حدد عقوبة الزنى، وهي عامة في كل وطء محرم^(٥).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٧٧/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، والشرح الكبير، الدردير: ٣١٤/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٣/٩-١٠٤، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢٤/١٣، والمهذب، الشيرازي: ٣٣٩/٣، والمغني، ابن قدامة: ٦٠/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٤/٦.

(٢) انظر: تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٥٤/٢، والتاج والإكليل، العبدري: ٣٨٩/٨، ومنح الجليل، عlish: ٢٤٦/٩.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ٧٧/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٣/٥، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢٣/١٣، والمغني، ابن قدامة: ٥٤/٩-٥٥-٦١.

(٤) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى: ١٣١٦/٣، رقم: ١٦٩٠.

(٥) الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢٤/١٣.

٣- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِيَانِ، وَإِذَا أَتَتِ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ فَهُمَا زَانِيَتَانِ»^(١)»^(٢).

وجه الاستدلال أن النبي ﷺ سَمَّى كلاً من اللائط والملوط به زانياً، فدل على أن عقوبة اللواط كعقوبة الزنى.

٤- ما روي عن علي رضي الله عنه أن حكم اللواط كحكم الزنى من الجلد والرجم^(٣)؛ فالصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على قتل الفاعل والمفعول به، وإنما اختلفوا في كيفية القتل وتغليظ العقوبة، فيأخذ بقولهم فيما اتفقوا عليه، ويرجح قول علي رضي الله عنه بإيجاب الحد عليهم^(٤).

٥- إن اللواط في معنى الزنى؛ لمشاركة الزنى في المعنى المستدعي لوجوب الحد من وجهين:

الأول: وهو الوطء الحرام وقضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً كالزنى في القبل، فكان في معنى الزنى، فورود النص بإيجاب الحد هناك يكون وروداً ههنا دلالة^(٥).

الثاني: اللواط فوق الزنى في المعنى والحرمة وأدعى إلى الزاجر؛ لأنه في الزنى يتوهم حدوث ولد يعبد ربه، ولا يتوهم ذلك في عمل قوم لوط؛ فكان فوقه في تضييع الماء، ولأنه في الزنى يمكن إزالة

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي: ٤٠٦/٨، رقم: ١٧٠٣٣. قال ابن حجر: "وفيه محمد بن عبد الرحمن القشيري كذبه أبو حاتم، ورواه أبو الفتح الأزدي في الضعفاء، والطبراني في الكبير من وجه آخر عن أبي موسى، وفيه بشر بن الفضل البجلي، وهو مجهول". التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني: ١٠٣/٤.

(٢) المهذب، الشيرازي: ٣٣٩/٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٣/٩، والمغني ابن قدامة: ٦١/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٤/٦.

(٣) انظر: تبين الحقائق، الزيلعي: ١٨١/٣، والمبسوط، السرخسي: ٧٩/٩.

(٤) المبسوط، السرخسي: ٧٩/٩.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، المبسوط، السرخسي: ٧٧-٧٨، وتبين الحقائق، الزيلعي: ١٨١/٣.

الحرمة بالتزويج، ولا يمكن في عمل قوم لوط، ولا يستباح اللواط بالعقد، ولا شبهة فيه؛ لأنَّ الشُّبهة تأتي باعتبار الملك، ولا يتصور الملك في الدبر، فكان بوجوب الحد أحق^(١).

٦- إنَّ النصَّ يدلُّ على إيجاب الحد في اللواط؛ لأنَّ الحد وجب على من باشر هذا الفعل في محل هو قبل، فإيجابه على المباشر في محل هو دبر بعد ثبوت المساواة في جميع المعاني لا يكون قياساً^(٢).

وحجة قول المالكية فيمن لاط بدبر امرأة أجنبية أنَّ الآية نزلت في قوم يفعل بعضهم ببعض فينبغي أن يقتصر في العقوبة النازلة في ذلك على موضعها، ولا يتعدى إلى غيرها إلا أن يدل دليل^(٣).

القول الثالث: وهو قول المالكية وقول عند الشَّافعية وقول عند الحنبلية، حيث ذهبوا إلى أن الوطء في دبر ذكر أو أنثى أجنبية حده القتل مطلقاً سواء كان الفاعل محصناً أم غير محصن، ذكراً كان أم أنثى، واتفق المالكية والحنبلية على أنه يقتل رجماً بينما ذهب الشَّافعية في المشهور إلى أنه يقتل بالسيف^(٤).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٧٧/٩-٧٨، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٨١/٣، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢١/١٣-٢٢٣، والمغني، ابن قدامة: ٦١/٩.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ٧٨/٩.

(٣) مواهب الجليل، الخطاب: ٢٩٦/٦.

(٤) انظر: المدونة، الإمام مالك: ٤٨٦/٤، والقوانين الفقهية، ابن حزم: ٢٣٣/١، والتاج والإكليل، العبدري: ٣٨٩/٨، ومواهب الجليل، الخطاب: ٢٩٦/٦، والمهذب، الشيرازي: ٣٣٩/٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٣/٩، والمغني، ابن قدامة: ٦٠/٩.

واستدلوا بما يأتي:

١ - حديث ابن عباس^(١) رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلْ عَمَلٍ قَوْمٍ لُوطٍ، فَاقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ»^(٢)»^(٣).

فهذا نصٌ في قتل الفاعل، ولم يفرق بين المحسن وغير المحسن فدل بعمومه على قتله مطلقاً.

٢ - إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنهم أجمعوا على قتله، وإنما اختلفوا في صفته، وقول من أسقط الحد عنه يخالف النص والإجماع^(٤)، قال ابن القيم الجوزية (٧٥١هـ): "وأطبق أصحاب رسول الله ﷺ على قتله، لم يختلف منهم فيه رجلان، وإنما اختلفت أقوالهم في صفة قتله، فظن الناس أن ذلك اختلافاً منهم في قتله، فحكاها مسألة نزاع بين الصحابة، وهي بينهم مسألة إجماع لا مسألة نزاع"^(٥).

٣ - إنَّ تحريم اللواط أغلظ من تحريم الزنى، فكان حُدُّه أغلظ^(٦).

المناقشة وال ترجيح:

أولاً: رُدُّ على أدلة القائلين بالحد بما يأتي:

١ - إنَّ قول النبي ﷺ: «إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِيَانِ، وَإِذَا أَتَتْ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ فَهُمَا زَانِيَتَانِ» مجاز لا تثبت حقيقة اللغة به، والمراد أنهم زانيان في حق الإثم، لا في حق وجوب العقوبة^(٧).

(١) تقدمت ترجمته: ص ٢٤.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده: ٤/٤٦٤، رقم: ٢٧٣٢، وأبو داود، كتاب الحدود، باب فيمن عمل عمل قوم لوط، ٤/١٥٨، رقم: ٤٤٦٢، وابن ماجه، كتاب الحدود، باب من عَمِلَ عَمَلِ قَوْمِ لُوط: ٢/٨٥٦، رقم: ٢٥٦١، والترمذي، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي: ٤/٥٧، رقم: ١٤٥٦، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي: ٨/٤٠٣، رقم: ١٧٠١٩، والحاكم في المستدرک، كتاب الحدود: ٤/٣٩٥، رقم: ٨٠٤٧. والحديث في سننه مقال، لكن الذهبي حسنَّ سنده. انظر: ميزان الاعتدال، الذهبي: ٣/٢٨٢، ونصب الراية، الزيلعي: ٣/٣٤٠.

(٣) الحاوي الكبير، الماوردي: ١٣/٢٢٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥/٤٤٣، والمغني، ابن قدامة: ٩/٦١.

(٤) المغني، ابن قدامة: ٩/٦١.

(٥) الداء والدواء، ابن القيم: ص ١٧٠.

(٦) المذهب، الشيرازي: ٣/٣٣٩.

(٧) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩/٧٨.

٢- ردّ على الاستدلال بأنّ الله تعالى سمّى هذا الفعل فاحشةً بأنّ الله تعالى سمّى كلّ كبيرة فاحشة؛ فقال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ [الأَنْعَام: ١٥١]^(١).

وأجيب عنه بأنّ الله تعالى نكّر الفاحشة في الزنى، أي هو فاحشة من الفواحش، وعرفها في اللواط، وذلك في قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإِسْرَاء: ٣٢]، وقوله في اللواط: ﴿أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ﴾ [الأعراف: ٨٠]، وذلك يفيد أنّه جامع لمعاني اسم الفاحشة^(٢).

٣- لا يمكن إلحاق اللواط بالزنى بطريق الدلالة؛ لأنّ شرط الدلالة أن يكون الملحق مثل الملحق به، واللواط ليست بمثل للزنى؛ لأن الزنى يؤدي إلى اشتباه النسب وإفساد الفراش وإهلاك البشر؛ باعتبار أنّه يفضي إلى ولد ليس له أب يقوم بتربيته، ولا شيء من ذلك في اللواط^(٣).

ثانياً: ردّ على من قال بقتل اللائط بما يأتي:

١- ما رواه الشافعي من حديث: «مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ، فَاقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ» لا يصح؛ لأنّه لو صحّ لظهرت المحاجة في الصحابة وارتفع الخلاف بينهم. ولئن صحّ فهو محمول على السّياسة وهو جائز، حتى لو رأى الإمام في قتل من اعتاده مصلحة جاز له قتله، أو يحمل ذلك على المستحل^(٤).

ثالثاً: ردّ على استدلال الإمام أبي حنيفة بأنّ اللواط لا يفضي إلى فساد النسب فهو ليس كالزنا في هذه الناحية، بأنّ العلة في اللواط هي هتك الحرمة، وفساد النسب تابع؛ لأنّه قد يكون وقد لا يكون، واللواط أعظم من الزنى في هتك الحرمة^(٥).

ويرجع الباحث قول الإمام أبي حنيفة في أنّ اللواط فيه التعزير لما يأتي:

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٧٨/٩.

(٢) الداء والدواء، ابن قيم الجوزية: ص ١٧٠.

(٣) انظر: تبين الحقائق، الزيلعي: ١٨١/٣.

(٤) تبين الحقائق، الزيلعي: ١٨١/٣.

(٥) الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢١/١٣.

١- إن حديث «مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلْ عَمَلٍ قَوْمٍ لَوْطٍ، فَاقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ» حديث في سنده مقال، ولو صح لأخذ به الصحابة الكرام، وارتفع الخلاف بينهم.

أما حديث: «إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِيَانِ وَإِذَا أَتَتِ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ فَهُمَا زَانِيَتَانِ»، فهو حديث ضعيف كما سبق تخريجه، ولا بد من حمل هذا الحديث على المجاز لا الحقيقة، لعدم تساوي الزنى اللواط في المعنى، فليس في اللواط وطء في قبل مشتهى.

٢- إنَّ اختلاف الصحابة في عقوبته دَلٌّ بشكل قاطع على أنه ليس فيه عقوبة مقدرة، وإنما فيه التعزير، ولذلك اجتهد كل منهم في العقوبة. والله أعلم.

ثانياً: الوطء في دبر الزوجة:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على حرمة إتيان الزوجة في الدبر^(١)، وهو ما يسمى باللوطية الصغرى^(٢)، وذهب الحنفية والمالكية والحنبلية إلى أن عقوبة هذا الفعل هي التعزير لوجود شبهة النكاح^(٣)، ووافقهم الشافعية في حال تكرار الفعل من الزوج، وعبر بعضهم بما بعد منع الحاكم^(٤).

ثالثاً: وطء البهيمة:

يحرّم باتفاق الفقهاء أن يوطأ الرجل بهيمة، أو أن تمكن المرأة منها بهيمة؛ لقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥-٦]^(٥).

(١) قال ابن قدامة في المغني: "ولا يحل وطء الزوجة في الدبر في قول أكثر أهل العلم... ورويت إباحته عن ابن عمر، وزيد بن أسلم، ونافع، ومالك. وروي عن مالك أنه قال: ما أدركت أحداً أقنعتني به في ديني في أنه حلال. وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك". المغني، ابن قدامة: ٢٩٧/٧.

(٢) وفي الحديث أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي امْرَأَتَهُ فِي دُبُرِهَا فَقَالَ: «تِلْكَ اللَّوْطِيَّةُ الصُّغْرَى» أخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب عشرة النساء: ١٩٦/٨، رقم: ٨٩٤٧. وطرقه كلها ضعيفة. انظر: التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني: ٣٧٢/٣.

(٣) تبين الحقائق، الزيلعي: ١٨١/٣، وحاشية ابن عابدين: ٢٧/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشبي: ٧٦/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣١٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ٢٩٧/٧.

(٤) تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٤/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٣٣/٥، ومراتب الإجماع، ابن حزم: ص ١٣١.

(٥) فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٥/٥، والمهذب، الشيرازي: ٣٤٠/٣، والمغني، ابن قدامة: ٦٢/٩.

لكنهم اختلفوا في عقوبة هذا الفعل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والأظهر عند الشافعية والمشهور من مذهب الحنبلية ومذهب الظاهرية أنَّ الفاعل لا حدَّ عليه وإنما يعزر^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١ - ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنَّه قال: «لَيْسَ عَلَى الَّذِي يَأْتِي الْبَهِيمَةَ حَدٌّ»^(٢)، ومثل هذا لا يقوله الصحابي إلا عن توقيف^(٤).

٢ - إنَّ وطء البهيمة ليس فيه وطء في قبل المرأة فلم يكن زنى^(٥).

٣ - إنَّ وطء البهيمة لم يصح فيه نص، ولا يمكن قياسه على الوطء في فرج الآدمي فبقي على الأصل في انتفاء الحد^(٦).

٤ - إنَّ الحد للزجر، وهذا الفعل لا يحتاج إليه؛ لأنَّه لا يرغب فيه العقلاء ولا الشُّفهاء، حتى وإن كان بعض الناس يرغب فيه لغلبة الشبق، وللشدوذ؛ لكنَّ عامَّة الناس تنفر منه، فالحدُّ يجب فيما

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، وحاشية ابن عابدين: ٢٦/٤، وتبصرة الحكماء، ابن فرحون: ٢٥٤/٢، والتاج والإكليل، العبدري: ٣٩٢/٨، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢٤-٢٢٥، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٤/٩-١٠٦، والمغني، ابن قدامة: ٦٢/٩، والإنصاف، المرداوي: ١٧٨/١٠، والمحلى، ابن حزم: ٤٠٠/١٢.

ولا تقتل البهيمة ويجوز أكلها إن كانت مما يؤكل عند الحنفية والمالكية والشافعية، وتقتل ولا تؤكل عند الحنابلة. انظر: المصادر السابقة نفسها.

(٢) رواه أبو داود، كتاب الحدود، باب فيمن أتى بهيمة: ١٥٩/٤، رقم: ٤٤٦٥، وقال فيه: "حديث غاصم يُضَعَّف حديث عَمْرِو بْنِ أَبِي عَمْرٍو [الوارد في قتل الفاعل والمفعول به]"، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الرجم، باب من وقع على بهيمة: ٤٨٦/٦، رقم: ٧٣٠١، ورواه بألفاظ أخرى الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن يقع على البهيمة: ٥٧/٤، رقم: ١٤٥٥، عبد الرزاق في مصنفه، باب الذي يأتي البهيمة: ٣٦٦/٧، رقم: ١٣٤٩٧، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب من قال لا حد على من أتى البهيمة: ٥١٢/٥، رقم: ٢٨٥٠٣، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب من أتى بهيمة: ٤٠٧/٨، رقم: ١٧٠٣٨، والحاكم في المستدرک، كتاب الحدود: ٣٩٦/٤، رقم: ٨٠٥١.

(٣) المبدع، ابن مفلح: ٣٨٧/٧.

(٤) مغني المحتاج، الشريبي: ٤٤٥/٥.

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧.

(٦) المغني، ابن قدامة: ٦٢/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٣٨٧/٧.

مالت إليه النفوس، ويسقط فيما نفرت منه النفوس، كما وجب الحد في شرب الخمر لميل النفوس إليه، وسقط في شرب البول لنفور النفوس منه^(١).

القول الثاني: أن وطء البهيمة فيه حد الزنى، وهو قول عند الشافعية؛ فيرجم الفاعل إن كان ثيباً، ويجلد ويغرب إن كان بكاراً؛ لأن حد الزنا أصل لما عداه، ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا^(٢).

القول الثالث: وهو قول عند الشافعية وقول عند الحنبلية أن إتيان البهيمة حكمه كحكم اللواط؛ يقتل الفاعل بالسيف في أصح الأقوال عند الشافعية، ورجماً عند الحنبلية محصناً كان أو غير محصن^(٣).

واستدلوا بقول رسول الله ﷺ: «مَنْ أَتَى بِهَيْمَةً فَأَقْتُلُوهُ وَأَقْتُلُوهَا مَعَهُ»^(٤).

وجه الاستدلال أن النبي ﷺ أمر بقتل من يأتي البهيمة دون تفريق بين محصن وغيره، فدل على أنه ليس فيه حد الزنا وإنما عقوبته القتل مطلقاً. ولأنه فرج لا يستباح بحال فكان حكمه أغلظ من الزنا^(٥).

(١) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٥/٥، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢٥/١٣، والمهذب، الشيرازي: ٣٤٠/٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٦/٩، والمغني، ابن قدامة: ٦٢/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٣٨٧/٧.

(٢) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢٥/١٣، والمهذب، الشيرازي: ٣٤٠/٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٥/٥.

(٣) المهذب، الشيرازي: ٣٤٠/٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٥/٥، والمغني، ابن قدامة: ٦٢/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٣٨٧/٧.

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب فيمن أتى بهيمة: ١٥٩/٤، رقم: ٤٤٦٤، ورواه بألفاظ أخرى: أحمد في مسنده: ٢٤٢/٤، رقم: ٢٤٢٠، وابن ماجه، كتاب الحدود، باب من أتى ذات محرم ومن أتى بهيمة: ٨٥٦/٢، رقم: ٢٥٦٤، والترمذي، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن يقع على البهيمة، ٥٦/٤، رقم: ١٤٥٥، والدراقطني، كتاب الحدود والديات وغيره: ١٤٢/٤، رقم: ٣٢٣٧، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، بال من أتى بهيمة: ٤٠٦/٨، رقم: ١٧٠٣٤، والحاكم في المستدرک، كتاب الحدود: ٣٩٥/٤، رقم: ٨٠٤٩، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وقد ضعف هذا الحديث أبو داود بحديث موقوف على ابن عباس أنه قال: " ليس على الذي يأتي البهيمة حد "، وكذلك الترمذي قال أن حديث ابن عباس أصح. لكن البيهقي مال إلى تصحيحه. انظر: التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني: ١٠٤/٤.

(٥) الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٢٤/١٣.

المناقشة والترحيح:

رُدَّ على أدلة القائلين بقتل الفاعل في إتيان البهيمة بما يأتي:

١- إنَّ حديث: «مَنْ أَتَى بِهَيْمَةً فَأَقْتُلُوهُ وَأَقْتُلُوهَا مَعَهُ» ضَعْفُهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٧٥هـ)^(١) بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنَّه قال: «لَيْسَ عَلَى الَّذِي يَأْتِي الْبَهِيمَةَ حَدٌّ»^(٢)، وقال الخطَّابي (٣٨٨هـ)^(٣): يريد أنَّ ابن عباس لو كان عنده في الباب حديث عن رسول الله ﷺ لم يخالفه^(٤).

٢- إنَّ الرَّاجِحَ الطَّبْعِيَّ عن إتيان البهيمة أقوى من الزاجر الطَّبْعِيَّ عن التلُّوط، وليس الأمرُ أنَّهما في طباع الناس سواء، وكذلك لا حرمة لفرج البهيمة والنَّفوس تعافه، فإلحاق أحدهما بالآخر من أفسد القياس^(٥).

ويرجح الباحث رأي القائلين بالتعزيز، حيث إنَّ الأثر الوارد عن ابن عباس أصح من الحديث الذي استدل به القائلون بالقتل، كما أنَّ حديث القتل قد ضَعُف من قبل عدد من أئمة الحديث. وقد سئل أحمد بن حنبل عن الرجل يأتي البهيمة فوقف عندها، ولم يثبت حديث القتل^(٦).

كما أنه لا يصح قياس إتيان البهيمة على الزنى لما بينهما من فرق؛ حيث أنَّ الزنى فيه ضياع الأنساب وفساد النسل، وهذا غير موجود في إتيان البهيمة.

(١) هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي، أبو داود السجستاني، نسبة إلى سجستان، إمام في الحديث، رحل في طلبه إلى بلاد كثيرة، وتوفي بالبصرة سنة ٢٧٥هـ، من مصنفاته "السنن" المعروف بسنن أبي داود، جمع فيه ٤٨٠٠ حديث انتخبها من ٥٠٠٠٠ حديث، و"المراسيل" وغيرها. انظر: طبقات الحنابلة، ابن أبي يعلى: ١/ ١٥٩ وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ١٢٢/٣.

(٢) تقدم تخريجه: ص ١٤٧.

(٣) هو حمَّد بن محمد بن إبراهيم بن خطَّاب أبو سليمان الخطَّابي البستي، من نسل زيد بن الخطاب (أخو عمر بن الخطاب)، كان إماماً في الفقه والحديث واللغة، توفي ببست (من بلاد كابل) سنة (٣٨٨هـ)، من تصانيفه "معالم السنن" وهو شرح سنن أبي داود، و "غريب الحديث" و "شرح الأسماء الحسنى" وغير ذلك. انظر: طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ٣٨٢-٣٨٣، والأعلام، الزركلي: ٢٧٣/٢.

(٤) البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في والشرح الكبير، ابن الملقن: ٦٠٨/٨.

(٥) كشاف القناع، البهوتي: ٩٥/٦، والداء والدواء، ابن القيم: ص ١٧٦.

(٦) المبدع، ابن مفلح: ٣٧٨/٧.

رابعاً: وطء المرأة الميتة:

لا خلاف بين الفقهاء في حرمة وطء الميتة، سواء كانت في حياتها زوجته، أم أجنبية عنه، وهو من كبائر الإثم والفواحش^(١).

لكنهم اختلفوا في عقوبة هذا الفعل على قولين:

القول الأول: للحنفية والشافعية في الأصح والصحيح من مذهب الحنبلية، وهو عدم وجوب الحد على واطئ الميتة وإنما فيه التعزير، وهو قول المالكية فيما لو كانت الميتة زوجة في الحياة^(٢). واستدلوا بأن حد الزنا للزجر، وهذا لا يحتاج إلى الزجر؛ لأنه مما ينفر الطبع عنه، فهو غير مشتهى طبعاً^(٣)، فالوطء في الميتة يشبه اللاوطء، لأن فرج الميتة عضو مستهلك^(٤).

القول الثاني: وهو قول عند الشافعية وقول عند الحنبلية، وهو وجوب الحد على واطئ الميتة أجنبية كانت أم زوجة حال الحياة^(٥)، وهو قول المالكية فيما لو كانت الميتة أجنبية^(٦). واستدلوا بأنه وطء في فرج آدمية، فأشبهه وطء الحية، ولأنه أعظم ذنباً، وأكثر إثماً؛ لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميتة^(٧).

(١) انظر: الزواجر عن اقتراف الكبائر، ابن حجر الهيتمي: ص ٢٣٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٥/٥، والتاج والإكليل، العبدري: ٣٨٩/٣، والشرح الكبير، الدردير: ٣١٤/٤، ومنح الجليل، عlish: ٢٤٦/٩، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٦/٩، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٢٥/٤، والمغني، ابن قدامة: ٥٥/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٨٣/١٠.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٥/٥، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠٦/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٤٥/٥.

(٤) انظر: المغني، ابن قدامة: ٥٥/٩.

(٥) مغني المحتاج، الشريبي: ٤٤٥/٥، ونهاية المحتاج، الرملي: ٤٢٦/٧، والمغني، ابن قدامة: ٥٥/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٨٣/١٠.

(٦) انظر: الشرح الكبير، الدردير: ٣١٤/٤، ومنح الجليل، عlish: ٢٤٦/٩.

(٧) المغني، ابن قدامة: ٥٥/٩.

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث رأي القائلين بالتعزير؛ وما استدل به القائلون بالحد يرد عليه بأن وطء الميتة يختلف عن الزنى، حيث إنه لا يؤدي إلى ضياع الأنساب واختلاطها، كما أن الطبع ينفر منه غالباً. والله أعلم.

خامساً: السّحاق:

السّحاق في اللغة مأخوذ من السّحق، والسّحق هو الدّق؛ يقال: سَحَقَ الشيءَ يَسْحَقُهُ سَحْقًا: أي دَقَّهُ أَشَدَّ الدَّقِّ^(١).

واصطلاحاً: هو "إتيان المرأة المرأة"^(٢).

وعرّف أيضاً بأنه: "أن تفعل المرأة بالمرأة مثل صورة ما يفعل بها الرجل"^(٣).

والسّحاق يختلف عن الزنى بأنه لا إيلاج فيه، وهو بذلك شامل لفعل الرجل بالرجل إذا كان دون إيلاج.

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على حرمة هذا الفعل، قال ابن حزم (٤٥٦هـ)^(٤): "واتَّفَقُوا أَنَّ سَحَقَ الْمَرْأَةِ لِلْمَرْأَةِ حَرَامٌ"^(٥).

(١) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٠/١٥٢-١٥٣، مادة سحق، وتاج العروس، الزبيدي: ٤٣٣/٢٥ وما بعدها، مادة سحق.

(٢) تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩/١٠٤، وكشاف القناع، البهوتي: ٦/١٢١.

(٣) الزواج عن اقتراف الكبائر، ابن حجر الهيتمي: ٢/٢٣٥.

(٤) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، أصله من فارس ومولده بقرطبة من بلاد الأندلس، كان حافظاً عالماً بعلوم الحديث وفقهه، مستنبطاً للأحكام من الكتاب والسنة، كان شافعي المذهب ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، توفي سنة: (٤٥٦هـ)، من مصنفاته "الإحكام لأصول الأحكام" و"الفصل في الملل والأهواء والنحل" و"والحلى" وغيرها. انظر: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، ابن خلكان: ٣/٣٢٥-٣٢٦، والأعلام، الزركلي: ٣/٢٥٤.

(٥) مراتب الإجماع، ابن حزم: ص ١٣١.

والدليل على حرمة قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥-٦]، وقول النبي ﷺ: «إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِيَانِ، وَإِذَا أَتَتِ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ فَهُمَا زَانِيَتَانِ»^(١)، و المراد في حق الإثم دون الحد^(٢).

وهذا الفعل لا حدَّ فيه باتفاق الفقهاء، وإنما فيه التعزير لعدم الإيلاج، فأشبهه مباشرة الرجل المرأة من غير جماع^(٣).

سادساً: الاستمناء:

الاستمناء لغةً: طلب خروج المني، يُقَالُ: مَنَى الرَّجُلُ وَأَمْنَى وَاسْتَمْنَى أَي اسْتَدْعَى خُرُوجَ الْمَنِيِّ بِأَمْرِ غَيْرِ الْجَمَاعِ حَتَّى دَفَقَ^(٤).

واصطلاحاً هو: "استخراج المني بغير جماع"^(٥).

والاستمناء إن كان بيد الزوجة فهو جائز باتفاق الفقهاء^(٦)، وإن كان بيد الرجل نفسه أو استدخلت المرأة شيئاً في فرجها حتى أنزلت، فإن كان لحاجة أو ضرورة كتسكين شهوة، أو فعله خوفاً من الزنى فهو جائز في الجملة، وإن استمنى بدون حاجة كاستجلاب شهوة للفقهاء قولان في حكمه:

(١) تقدم تخريجه: ص ١٤٢.

(٢) المبسوط، السرخسي: ٧٨/٩، والمهذب، الشيرازي: ٣/٣٤٠، والمغني، ابن قدامة: ٦١/٩، والمحلى، ابن حزم: ٤٠٥/١٢.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٥/٢٦٢، والتاج والإكليل، العبدري: ٨/٣٩٢، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩/١٠٤، وكشاف القناع البهوتي: ٦/٩٥-٩٦، والمحلى، ابن حزم: ٤٠٧/١٢.

(٤) لسان العرب، ابن منظور: ١٥/٢٩٣، مادة مني، والمصباح المنير، الفيومي: ٢/٥٨٢.

(٥) تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٣/٤٠٩.

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين: ٢/٣٩٩، ومواهب الجليل، الحطاب: ١/٣٧٤، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ٣/١٨٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٥/١٨٨.

القول الأول: تحريم الاستمنا بغير حاجة؛ وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية في قول، ويعزز الفاعل^(١)، وقيد الماوردي (٤٥٠هـ)^(٢) من الشافعية التعزير بما بعد النهي عن ذلك^(٣).

واستدلوا بما يأتي:

١ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥-٦].

وجه الاستدلال أن الله تعالى أباح الاستمتاع بالفرج بالزوجة أو ملك اليمين، والاستمنا ليس بواحد منهما. وأن الله تعالى قال: ﴿فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٧]، والاستمنا وراء ذلك.

٢ - إن الاستمنا يسبب عزوف الشباب عن الزواج ويقطع النسل^(٤).

٣ - إن الشارع جعل الصوم بدلاً من النكاح، والاحتلام مزيل لشدة الشبق مفتر للشهوة^(٥).

القول الثاني: وهو رواية عند الحنبلية وقول الظاهرية؛ وذهبوا إلى أن الاستمنا مكروه ولا عقوبة فيه^(٦).

(١) انظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٢٩٣/٢، وحاشية ابن عابدين: ٢٧/٤، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٥٣/٢، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢١٣/٢، والبيان، العمراني: ٥٠٦/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٣٤٤/٥، والمبدع، ابن مفلح: ٤٢٧/٧، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢٥/٦.

(٢) هو علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي، نسبته إلى بيع ماء الورد، ولد في البصرة وانتقل إلى بغداد، كان إماماً جليلاً رفيع الشأن، وله اليد الباسطة في المذهب الشافعي والتفنن التام في سائر العلوم، له مصنفات كثيرة منها: "الحاوي" و"الإقناع" في الفقه و"أدب الدين والدنيا" و"التفسير" و"دلائل النبوة" و"الأحكام السلطانية" و"قانون الوزارة وسياسة الملك" وغير ذلك، توفي سنة (٤٥٠هـ)، انظر: طبقات الشافعية، السبكي: ٢٦٧/٥، والأعلام الزركلي: ٣٢٧/٤.

(٣) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٣٨/١٧.

(٤) انظر: مواهب الجليل، الخطاب: ١٦٦/٣، والمبدع، ابن مفلح: ٤٢٧/٧.

(٥) الإنصاف، المرداوي: ٢٥١/١٠.

(٦) المحلى، ابن حزم: ٤٠٧/١٢، والمبدع، ابن مفلح: ٤٢٧/٧.

واستدل الظاهرية بأن مسَّ الرجل ذكره بشماله مباح، ومس المرأة فرجها كذلك مباح بإجماع الأمة كلها، فليس هنالك زيادة على المباح في الاستمناء إلا التعمد لنزول المني، وليس ذلك حراماً أصلاً، لقول الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأَنْعَام: ١١٩] وليس هذا مما فصل لنا تحريمه فهو حلال، وإنما هو مكروه؛ لأنه ليس من مكارم الأخلاق، ولا من الفضائل^(١).

الترجيح:

يرجح الباحث القول بتحريم الاستمناء إلا لضرورة، ويرجح قول الماوردي بأن فاعل ذلك ينهى عنه أولاً فإن عاد بعد النهي عزر. والله أعلم.

سابعاً: تغييب بعض الحشفة:

من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء ليكون الفعل زناً يوجب الحد أن يكون هناك إدخال لكامل الحشفة أو قدرها من مقطوعها في فرج محرم، فإذا أدخل الجاني بعض الحشفة في الفرج المحرم، فلا حد عليه وإنما يعزر لما أتى من معصية لا حد فيها^(٢).

نظراً لكون الحدود عقوبات شديدة، فقد احتاط الشارع الحكيم في تنفيذها، فمثلاً يجب على القاضي الذي يريد تطبيق العقوبة على الجاني أن يتحرى اكتمال أركان الجريمة وشروطها، يجب عليه أيضاً أن يجتهد في كشف الشبهات التي تدرأ بها الحدود اقتداءً بالنبي ﷺ وصحابته رضي الله عنهم، فقد كانوا حريصين على عدم إيقاع الحدود في غير محلها.

ومن هنا تأتي أهمية الكلام عن الشبهات وأثرها في الحدود في الشريعة الإسلامية، وسأتناول في هذا المطلب الكلام عن الشبهة في حد الزنى، مبتدئاً ذلك بتمهيد أتناول فيه تعريف الشبهة وأقسامها وأثرها في الحدود والقصاص.

(١) انظر: الحلى، ابن حزم: ٤٠٧/١٢.

(٢) انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، شيخه زاده: ٥٨٥/١، والذخيرة القرافي: ٤٨/١٢، والحاوي الكبير، الماوردي:

٢٢١/١٣، وشرح منتهى الإرادات البهوتي: ٣٤٦/٣-٣٤٧.

المطلب الثاني: أثر الشبهة في جريمة الزنى.

وسأبين فقط الحالات التي تؤدي فيها الشبهة إلى سقوط العقوبة الحدية أو القصاص لتحل محلها العقوبة التعزيرية، أما الحالات التي تؤدي فيها الشبهة إلى براءة المتهم فهي خارجة عن نطاق هذا البحث.

أولاً: أثر شبهة الفعل في حد الزنى:

شبهة الفعل هي أن يظنَّ الفاعل أنَّ فعله مباح، ومثال هذه الشبهة في حد الزنا عند الحنفية؛ وطئ الرجل زوجته المطلقة ثلاثاً في العدة، أو وطئ مطلقة البائن في الطلاق على مال وهي في العدة، أو المختلعة، وذلك لبقاء بعض أحكام الزواج على الرغم من الطلاق؛ كالنفقة، والسكنى، والمنع من الخروج، وثبوت النسب، وحرمة أختها وأربع سواها^(١). ومثالها عند الشافعية والحنبلية من وطئ امرأة وجدها في فراشه ظاناً أنها زوجته أو أمتها، ويصدق بيمينه في ذلك، وسواءً كان ذلك ليلة الزفاف أم غيرها^(٢).

ففي هذه المواضع لا حد على الواطئ إذا ظن حل الفعل، فيبقى الفعل دون عقوبة مقدرة، ومع ذلك فإن الفعل لم يخرج من كونه جريمة، فيعزر الجاني عليها^(٣).

ثانياً: أثر شبهة المحل (الملك) في حد الزنى:

ومثال هذه الشبهة في حد الزنا عند الحنفية وطئ المطلقة طلاقاً بائناً بالكنایات، ومثالها عند الشافعية والحنبلية وطئ زوجته الحائض والصائمة والحرمة^(٤)، إذ في هذه الحالات توجد شبهة حكم الشرع بحل المحل؛ لأنَّ للجاني في المحل ملكاً أو شبهة ملك، وفي هذه الشبهة - كما تقدم - لا يشترط ظن الحل من قبل الجاني، حتى لو قال علمت أنها علي حرام لا يجب الحد؛ لأنَّ المانع هو الشبهة،

(١) انظر: الهداية، المرغيناني: ٣٤٤/٢-٣٤٥، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٥١/٥-٢٥١، والبحر الرائق، ابن نجيم: ١٣/٥.

(٢) انظر: روضة الطالبين، النووي: ٩٣/١٠، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٤/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٧/٦، ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحبياني: ١٨٤/٦.

(٣) التعزير، عبد العزيز عامر: ص ١٤٥.

(٤) انظر: الهداية، المرغيناني: ٣٤٤/٢-٣٤٥، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٥٢/٥، وروضة الطالبين، النووي: ٩٢/١٠، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٢٦/٤، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٧/٦، ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحبياني: ١٨٤/٦.

وهي ههنا قائمة في الحكم نفسه ؛ أي أن الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظراً إلى دليل الحل.

ثالثاً: أثر شبهة العقد في حد الزنى:

وهذه الشبهة انفرد بها الحنفية، وتقدم أنها تكون في العقد على المحارم.

وصورة المسألة أن يكون هناك وطء في عقد نكاح باطل؛ كأن يعقد الأتسان على ذات رحم محرّم بنسب أو رضاع أو مصاهرة؛ كأّمه، أو أخته، أو امرأة أبيه، أو امرأة ابنه، أو امرأة طلقها ثلاثاً ولم تتزوج بزواج غيره، أو امرأة معتدة في عدتها، أو امرأة خامسة، أو مجوسية، أو عقد على خمس معاً، أو جمع بين أختين، ويقع الوطء بناء على هذا العقد؛ فاختلف الفقهاء في عقوبة ذلك على ثلاثة أقوال، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

القول الأول: لأبي حنيفة وزفر (١٥٨هـ) وسفيان الثوري (١٦١هـ)^(١) وقالوا لا حد في ذلك، سواء كان التحريم مختلفاً فيه أم مجمعاً عليه، وسواء ظن الفاعل الحل فادعى الاشتباه، أم علم بالحرمة؛ لوجود شبهة العقد، ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حداً مقدراً إذا كان عالماً بالتحريم، وإذا لم يكن عالماً لا حد ولا عقوبة تعزير^(٢).

واستدلوا بما يأتي:

١ - حديث عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَليٌّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»^(٣).

(١) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، من بني ثور بن عبد مناة، أبو عبد الله، أمير المؤمنين في الحديث، ولد ونشأ في الكوفة، وراوده المنصور والمهدي على أن يلي الحكم فأبى، فتواری، ومات بالبصرة مستخفياً سنة: (١٦١هـ)، من مصنفاته: "الجامع الكبير" و "الجامع الصغير" كلاهما في الحديث، وكتاب في الفرائض. انظر: الجواهر المضية، محي الدين الحنفي: ٢٥٠/١، والأعلام الزركلي: ١٠٤/٣-١٠٥.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ٨٥/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٣٥/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٥٣/٥-٢٥٩.

(٣) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب أبواب النكاح، باب (بدون عنوان): ٣٩٩/٣، رقم: ١١٠٢، وقال: «هذا حديث حسن»، وبلغه آخر: أحمد في المسند، ٤٣٥/٤٠، رقم: ٢٤٣٧٢، والدارقطني في سننه، كتاب النكاح: ٣١٣/٤، رقم: ٣٥٢٠،

وجه الاستدلال أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أسقط الحد مع الحكم ببطلان النكاح؛ فهو دليل على أن صورة العقد مسقط للحد وإن كان باطلاً شرعاً^(١).

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية وأبي يوسف ومحمد من الحنفية، وعندهم أَنَّ النكاح إذا كان محرماً على التأييد أو كان تحريمه مجمعاً عليه وجب الحد إن علم بالحرمة^(٢).

فإن لم يعلم وقال: ظننت أنها تحل لي؛ سقط الحد عند الصاحبين؛ لأنه ظن أن صيغة لفظ النكاح ممن هو أهل له في المحل، دليل الحل، فاعتبر هذا الظن في حقه، وإن لم يكن معتبراً حقيقة، إسقاطاً لما يدرأ بالشبهات^(٣).

واستدلوا على إقامة الحد في وطء المحارم مع وجود العقد بما يأتي:

١ - إِنَّ هَذَا الْفِعْلَ زَنَى، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢].

وجه الاستدلال أَنَّ الله تعالى سمى نكاح زوجة الأب بالفاحشة، والفاحشة اسم للزنى^(٤).

والدارمي في سننه، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي: ١٣٩٧/٣، رقم: ٢٢٣٠، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي: ١٩٥/٦، رقم: ١٠٤٧٢، وابن حبان، باب الولي، ذكر بطلان النكاح الذي نكح بغير ولي: ٣٨٤/٩، رقم: ٤٠٧٤، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي: ١٦٩/٧، رقم: ١٣٥٩٩، والحاكم في المستدرک، كتاب النكاح، ١٨٢/٢، رقم: ٢٧٠٦، وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٨٦/٩.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ٨٥/٩، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٠/٥، والشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٣١٤-٣١٥، ومنح الجليل، ٢٤٨/٩، والمهذب، الشيرازي: ٣٣٩/٣، والبيان، العمراني: ٣٦٢/١٢، والمغني، ابن قدامة: ٥٥/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٣٩٢/٧.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٥/٧.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ٨٥/٩.

٢- لا يُتصور انعقاد هذا العقد؛ لأنه أضيف إلى غير محله؛ فالمرأة المحرمة على التأييد ليست محلاً للنكاح، لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وإذا لم ينعقد العقد كان لغواً، فلم يبق شبهة مسقطه للحد^(١).

٣- إنه وطء محرّم بدواعيه غير مختلف فيه، من غير ملك ولا شبهة ملك، والواطئ من أهل الحد، عالم بالتحريم، فإذا تعمده وجب عليه الحد، كما لو لم يوجد العقد^(٢).

القول الثالث: وهو رواية عند الحنبلية، أن من وطئ ذوات محارمه يقتل بكل حال^(٣).

ودليل هذا القول^(٤) حديث البراء بن عازب^(٥) قال: مرّ بي خالي أبو بردة بن نيار^(٦) ومعه لواء، فقلت: أين تريد؟ قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوّج امرأة أبيه أن آتيه برأسه»^(٧).

المناقشة والترحيع:

يرجح الباحث ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وجوب الحد على الفاعل إن علم بالتحريم لما يأتي:

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٨٥/٩، بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٥/٧.

(٢) البيان، العمراني: ٣٦٢/١٢، والمغني، ابن قدامة: ٥٥/٩.

(٣) المغني، ابن قدامة: ٥٦/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٣٩٢/٧.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ٨٥/٩-٨٦، والبيان، العمراني: ٣٦٢/١٢.

(٥) هو الصحابي الجليل البراء بن عازب بن الحارث بن عدي، أبو عمارة، الخزرجي الأنصاري، يكنى أبا عمرو، وقيل أبا عمارة، وهو أصح، غزا مع رسول الله ﷺ أربع عشرة غزوة، وله عثمان بن عفان رضي الله عنه (بفارس)، روى له البخاري ومسلم ٣٠٥ أحاديث. انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٢٠٥/١، والأعلام، الزركلي: ٤٦/٢-٤٧.

(٦) هو الصحابي هانئ بن نيار بن عمرو بن عبيد، أبو بردة البلوي، حليف الأنصار، غلبت عليه كنيته، وهو خال البراء بن عازب، شهد العقبة، وبدراً وسائر المشاهد مع رسول الله ﷺ، توفي سنة (٤٥هـ) وقيل سنة: (٤١ أو ٤٢هـ). انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٦٠٧/٤.

(٧) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب أبواب الأحكام، باب فيمن تزوج امرأة أبيه: ٦٣٥/٣، رقم: ١٣٦٢، وأخرجه بلفظ آخر: ابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب من تزوج امرأة أبيه من بعده: ٨٦٩/٢، رقم: ٢٦٠٧، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح ما نكح الآباء: ٢١٠/٥، رقم: ٥٤٦٦. قال الشوكاني في نيل الأوطار: وللحديث أسانيد كثيرة منها ما رجاله رجال الصحيح. نيل الأوطار، الشوكاني: ١٣٧/٧.

١ - قوة ما استدل به الجمهور من أن هذا العقد لا أثر له؛ حيث وقع في غير محله فلا يؤثر في إسقاط الحد.

٢ - ما استدل به الحنفية من قياس هذا النكاح على نكاح المرأة بدون ولي قياس مع الفارق؛ لأن نكاح المرأة بدون ولي صادم محلاً قابلاً، فوجدت به صورة العقد التي تكون شبهة تدرأ الحد، بخلاف العقد على المحارم حيث إن العقد أضيف إلى غير محله فلا أثر له.

٣ - الحديث الذي استدل به الحنبلية القائلون بالقتل يرد عليه بأنه لا بد من حمل هذا الحديث على أن ذلك الرجل الذي أمر ﷺ بقتله كان عالماً بالتحريم وفعله مستحلاً^(١).

ويرجح الباحث قول الصاحبين في درء الحد عن الفاعل إن تبين أنه ظن أن المرأة تحل له بالعقد، حيث يعد ذلك شبهة تدرأ الحد في حقه، ويعاقب في هذه الحالة بعقوبة تعزيرية لارتكابه معصية لا حد فيها، ولتقصيره بالسؤال وتعلم الأحكام. والله أعلم.

رابعاً: أثر شبهة الطريق في حد الزنى.

وتتحقق في كل جهة أباح الوطء بها عالم مجتهد؛ فجمهور الفقهاء على أنه لا حد في وطء حصل في نكاح مختلف في صحته، وتفصيل المسألة فيما يأتي:

اختلف الفقهاء في عقوبة الوطء في نكاح مختلف في صحته على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والصحيح من مذهب الشافعية ومذهب الحنبلية

حيث ذهبوا إلى أنه لا حد في نكاح مختلف في صحته كالنكاح بلا شهود، أو بلا ولي^(٢)، أو في نكاح المتعة^(٣)؛ لشبهة الخلاف.

(١) انظر: نيل الأوطار، الشوكاني: ١٣٧/٧.

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٦٠/٥، والفتاوى الهندية: ١٤٩/٢، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٧٦/٨، وحاشية الدسوقي: ٣١٣/٤، وروضة الطالبين، النووي: ٩٣/١٠، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٤/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٧/٦، والإنصاف، المرداوي: ١٨٢/١٠.

(٣) انظر: المصادر السابقة نفسها، وانظر: الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي: ٢٣٩/٢، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٧/٥.

القول الثاني: يجب الحد في النكاح المختلف فيه على معتقد التحريم دون غيره، وهو قول عند الشافعية^(١).

القول الثالث: يجب الحد في نكاح المتعة، وهو قول عند المالكية وقول عند الشافعية سواء اعتقد التحريم أم الإباحة؛ لأنه ثبت نسخه، وابن عباس رضي الله عنهما رجع عنه^(٢).

ترجيح وتعقيب:

يرجح الباحث ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من درء الحد على من نكح امرأة في عقد مختلف في صحته لشبهة الخلاف، والحدود تدرأ بالشبهات.

ويرى الباحث جواز فرض عقوبة تعزيرية على من أقدم على مثل هذا النكاح؛ وذلك سداً لذريعة اتخاذ مثل تلك العقود وسيلة لارتكاب الزنى مع التخلص التام من العقوبة الحدية والتعزيرية، فلا بد من تطبيق العقوبة الرادعة عن مثل ذلك، وخاصة في ما يتعلق بالنكاح بلا شهود، ونكاح المتعة. والله أعلم.

خامساً: أثر شبهة الوطء في حد الزنى:

انفرد المالكية بهذه التسمية، وقال بها الشافعية والحنبلية، وأدرجوها تحت شبهة الفعل، ومثالها فيمن وطئ أجنبية اعتقد أنها امرأته ومملوكته أو نحو ذلك^(٣). وهذه الحالة وقع الخلاف في إيجاب الحد فيها بين الفقهاء، وتفصيل أقوالهم فيما يأتي:

القول الأول: للحنفية، وذهبوا إلى أنه يجب الحد على من وطئ امرأة أجنبية وجدت في فراشه وإن قال ظننت أنها امرأتي؛ لأنه بعد طول الصحبة لا تشبه عليه امرأته، وقد ينام في فراشها غيرها من المحارم والمعارف والجيران؛ فلم يستند الظن إلى دليل فلا يعد.

(١) انظر: روضة الطالبين، النووي: ٩٣/١٠، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٤/٥، وحاشيتا قليوبي وعميرة: ١٨١/٤.

(٢) انظر: الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي: ٢٣٩/٢، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٤/٥، وروضة الطالبين، النووي: ٩٣/١٠.

(٣) راجع مسألة شبهة الوطء: ص ٩٣.

وكذا يحد في ذلك إذا كان أعمى - خلافاً لزفر-؛ لأنَّ امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصبحبة يعرفها بالجلس والنَّفَس والرائحة والصوت فلا يعذر بترك التفحص عنها، بينما اعتبر زفر العمى شبهة في حق الأعمى تدرأ عنه الحد. واستثنوا من ذلك ما لو دعا امرأته فأجابته امرأة أجنبية فقالت أنا امرأتك أو قالت أنا فلانة باسم امرأته فوطئها فإنه لا حد عليه؛ لأنَّ ظنه استند إلى دليل شرعي وهو الإخبار^(١).

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية وقالوا لا حد على من وطئ امرأة ظنها زوجته أو أمتة للشبهة^(٢)، فالجهل الحاصل من الواطئ يقتضي عدم الحد من حيث إنه معتقد الإباحة، وعدم مطابقة ظنه للحقيقة يقتضي الحد، فحصلت الشبهة من الشبهين^(٣).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من درء الحد في هذه الحالة؛ لأن الجاني تعمد الفعل ولكنه لم يتعمد الزنى، حيث إن الفعل في ظنه كان مباحاً، فأورث ذلك شبهة في القصد الجنائي، والحدود تدرأ بالشبهات، ويعزر الفاعل لارتكابه معصية لا حد فيها. والله أعلم.

سادساً: أثر الشبهة في وسائل إثبات حد الزنى:

يثبت حد الزنى عند القاضي بشهادة أربع رجال أو بالإقرار باتفاق الفقهاء^(٤)، ووسائل الإثبات في جرائم الحدود لا بد فيها من القطعية وانتفاء الشبهات، فقد احتاط الشارع في إيقاعها على الجاني كونها عقوبات شديدة لا تطبق على الجناة مع وجود أدنى شبهة في وسائل إثباتها، ولذلك وقع

(١) انظر: الهداية، المرغيناني: ٣٤٦/٢، والمبسوط، السرخسي: ٥٧/٩، وفتح القدير: ابن الهمام: ٢٥٩/٥.

(٢) انظر: الفروق، القرافي: ١٧٢/٤، الفرق رقم: ٢٤٤، وروضة الطالبين، النووي: ٩٣/١٠، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٤/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٧/٦، ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ١٨٤/٦.

(٣) الفروق، القرافي: ١٧٢/٤، الفرق رقم: ٢٤٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٦/٧، والشرح الكبير، الدردير: ٣١٩/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٥١/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٨/٦.

الخلاف بين الفقهاء في إثبات الزنى فيما عدا شهادة أربعة رجال والإقرار؛ كالشهادة على الشهادة والشهادة على الإقرار وكتاب القاضي إلى القاضي والقرائن كونها وسائل بها شبهات^(١).

والشبهة في وسائل الإثبات سواء كانت قوية أو ضعيفة تسقط الحد عملاً بالقاعدة الفقهية "الحدود تدرأ بالشبهات"^(٢)، إلا أن سقوط الحد لا يعني دائماً براءة المتهم ونجاته من العقوبة؛ فإذا كانت الشبهة قوية بحيث تمحو وصف الجريمة سقطت العقوبة بالكلية وبرئ المتهم مما نسب إليه، أما إن كانت الشبهة ضعيفة فإن الحد يسقط ويعاقب الجاني بعقوبة تعزيرية مفوضة إلى رأي القاضي، والذي يرجع إليه أيضاً تحديد مدى قوة الشبهة وضعفها.

ولست في هذا البحث بصدد تفصيل أقوال الفقهاء في الحالات التي تسقط فيها الحدود بسبب وسائل الإثبات، فهذا يحتاج إلى أبحاث مستقلة بحد ذاتها، وإنما سأشير إلى الشبهات التي تعزري وسائل الإثبات المتفق عليها بشكل سريع وبما يخدم موضوع البحث.

ونستطيع أن نحمل الشبهات المتعلقة بوسائل إثبات حد الزنى المتفق عليها بما يلي:

١- رجوع المقر عن إقراره، وهو شبهة تسقط الحد باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة، أو هربه أثناء تنفيذ الحد عند الحنفية والمالكية والحنبلية وقول عند الشافعية^(٣).

٢- أن يقر على نفسه أقل من أربع مرات عند الحنفية والحنبلية^(٤).

٣- أن يقل الشهود عن أربعة، وألا يفصلوا الشهادة من ذكر المزني بها ومكان الزنى وتفاصيل الجريمة، أو رجوع الشهود عن شهادتهم، وهي شبهات تسقط الحد باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة^(٥).

(١) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١٠٩.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١٠٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦١/٧، الشرح الكبير، الدردير: ٣١٨/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٥٢/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٨٤/٦.

(٤) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢١٨/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٨/٦.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٢/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٢٨٨/٥، ومواهب الجليل، الخطاب: ٢٠٠/٦، والشرح

الكبير، الدردير: ١٨٥/٤، والمهذب، الشيرازي: ٤٦٤/٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٥١/٥، والمغني، ابن قدامة: ٦٩/٩-

- ٤ - أن يثبت أن المزني بها عذراء، وهي شبهة تدرأ الحد عنها عند الحنفية والشافعية والحنبلية^(١).
- ٥ - ألا يأتي الشهود الأربعة مجتمعين عند الحنفية والمالكية، وألا يشهدوا في مجلس واحد عند الحنفية والمالكية والحنبلية^(٢).
- ٦ - تكذيب أحد الزانين للآخر، وهي شبهة عند الإمام أبي حنيفة فقط^(٣).
- ٧ - بطلان أهلية الشهود بعد الحكم وقبل التنفيذ، أو موت الشهود أو غيبتهم قبل حد الرجم وهما شبهتان عند الحنفية فقط^(٤).
- ٨ - ادعاء الزوجية أو زواج الزاني من المزني بها، ويسقط الحد عند الحنفية وقول عند الشافعية بمجرد الدعوى، وعند المالكية والحنبلية لا بد من البينة على النكاح وإلا لا يعد مجرد الادعاء شبهة^(٥).
- ٩ - أن يقر الزاني على نفسه بالزنى دون أربع مرات عند الحنفية والحنبلية، وألا تكون في أربع مجالس متفرقة عند القاضي عند الحنفية فقط^(٦).
- ١٠ - عدم مباشرة الإمام أو القاضي للحد أو عزل القاضي عند الحنفية فقط^(٧).
- ١١ - امتناع الشهود عن البدء بالرجم عند الحنفية^(٨).
- إسلام الذمي قبل تنفيذ حد الزنى، وهي شبهة تسقط الحد عند الشافعية فقط^(٩).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦١/٧، والشرح الكبير، الدردير: ٣١٨/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٥٣/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١٠١/٦.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٧/٤، والشرح الكبير، الدردير: ١٨٥/٤، وكشاف القناع، البهوتي: ١٠٠/٦.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٧٤/٥.

(٤) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٢٧/٥.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: ١٠/٤، والشرح الكبير، الدردير: ٤٢٣/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٥٣/٥، والمغني، ابن قدامة: ٦٢/٩.

(٦) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢١٨/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٩٨/٦.

(٧) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٢٢٨/٥، وحاشية ابن عابدين: ١١/٤.

(٨) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٢/٧.

(٩) انظر: مغني المحتاج، الشريبي: ٤٥٣/٥.

١٢ - إسلام الذمي قبل تنفيذ حد الزنى، وهي شبهة تسقط الحد عند الشافعية فقط^(١).

١٣ - ادعاء استئجار المزي بها عند الإمام أبي حنيفة فقط^(٢).

فإذا وجدت إحدى هذه الشبهات في وسيلة الإثبات، أو كانت وسيلة الإثبات نفسها بها شبهة فإن الحد لا يقام، و كان للقاضي أن يفرض عقوبة تعزيرية بحق الجاني إذا كانت الشبهة ضعيفة لا تمحو وصف الجريمة عن الجاني، لأن التعزير يثبت مع الشبهة^(٣).



(١) انظر: مغني المحتاج، الشريبي: ٤٥٣/٥.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٢٩/٤.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١١١، والتشريع الجنائي الإسلامي: ٦٤٧/٢-٦٤٨.

المبحث الثالث: التعزير لتخلف شرط من شروط حد القذف أو للشبهة فيه.

المطلب الأول: أثر تخلف الركن المادي لجريمة القذف.

اتفق الفقهاء على أنَّ القذف الصريح أو ما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب موجب لحد القذف^(١)، والصريح في القذف هو أن يكون بصريح لفظ الزنى، أو ما يدل على إيلاج الذكر في فرج محرّم، ومن الأول قوله: زנית، أو يا زان، أو يقول للمرأة: زנית، أو يا زانية، ومن الثاني: أن يقول أوجلت في فرج محرّم، أو غير ذلك من الألفاظ^(٢).

وإذا لم يكن القذف بالزنى أو بنفي النسب؛ كأن كان قذفاً بالكفر أو الفسق، أو شتماً فهو من جرائم السب والشتم التي يجب فيها التعزير باتفاق الفقهاء^(٣).

واختلفوا فيما وراء ذلك من ألفاظ القذف، فإذا كان القذف بغير صريح الزنى سقط حد القذف وحل محله التعزير كعقوبة بدلية عن العقوبة الأصلية على تفصيل بين الفقهاء في ذلك أبين مسائله فيما يأتي:

أولاً: القذف بالتعريض والكناية:

التَّعْرِيزُ لغة: ضِدُّ التَّصْرِيحِ. وَمِنْهُ الْمَعَارِضُ فِي الْكَلَامِ؛ وَهِيَ التَّوْرِيَةُ بِالشَّيْءِ عَنِ الشَّيْءِ^(٤).

واصطلاحاً: "ذكر شيء يُفهم منه شيء آخر لم يُذكر"^(٥).

والكناية لغة: أَنْ تَتَكَلَّمَ بِشَيْءٍ وَتُرِيدُ بِهِ غَيْرَهُ^(٦).

(١) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٨/٨٦، وروضة الطالبين، النووي: ٨/٣١١، وكشاف القناع، البهوتي: ٦/١٠٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٤٢، والذخيرة، القرافي: ١٢/٩٠، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٤، وروضة الطالبين

النووي: ٨/٣١١، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٨/٢٠٣.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩/١١٩، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٨/٨٩، والأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣٣٥،

والمغني، ابن قدامة: ٩/٨٧.

(٤) مختار الصحاح، الرازي: ص ٢٠٥.

(٥) فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٩/٤٤٢.

(٦) مختار الصحاح، الرازي: ص ٢٧٤.

واصطلاحاً: "كلام استتر المراد منه بالاستعمال، وإن كان معناه ظاهراً في اللغة، سواء كان المراد به الحقيقة أو المجاز، فيكون تردد فيما أريد به، فلا بد من النية، أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال"^(١).

ويتبين من تعريف التعريض والكناية أنّها ألفاظ لا يعرف مراد المتلفظ بها إلا بالنية أو بقرينة أخرى تدل على المقصود.

وقد اختلف الفقهاء في عقوبة القذف بالتعريض والكناية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية ورواية عند الحنبلية الذين ذهبوا إلى أنّه لا حد بالقذف بألفاظ التعريض والكناية، وعلى القاذف التعزير^(٢). وهو قول الشافعية في الأصح في التعريض وإن نواه^(٣).

واستدلوا بما يأتي:

١ - ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجلٌ من بني فزارةٍ إلى النبي ﷺ، فقال: إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟» قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَمَا أَلَوْنُهَا؟» قَالَ: حُمْرٌ، قَالَ: «هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْزُقٍ؟»^(٤) قَالَ: إِنَّ فِيهَا لَوُرْقًا، قَالَ: «فَأَتَى أَتَاهَا ذَلِكَ؟» قَالَ: عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزْعُهُ عِرْقٌ^(٥)، قَالَ: «وَهَذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزْعُهُ عِرْقٌ»^(٦).

وجه الاستدلال: أنّ الرجل عرّض بالقذف بنفي الولد، فلم يحده النبي ﷺ^(٧).

(١) التعريفات، الجرجاني: ص ١٨٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٢/٧-٤٣، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣١٧/٥، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٤٦/٥، وحاشية

ابن عابدين: ٨٠/٤، والأحكام السلطانية، أبو يعلى: ص ٢٧١، والمغني، ابن قدامة: ٨٩/٩.

(٣) انظر: روضة الطالبين، النووي: ٣١٢/٨، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٢٠٤/٨.

(٤) الحملُ الأوزق: أي لونه كلون الرماد. المصباح المنير، الفيومي: ٦٥٥/٢، مادة: ورق.

(٥) من المجاز: نزع أباه، ونزع إليه: إذا أشبهه، يُقال للمرء إذا أشبه أعمامه أو أخواله: نزعهم ونزعوه، ونزع إليهم، ويُقال نزع

عرق أشبه أصله. تاج العروس، الزبيدي: ٢٣٩/٢٢، مادة نزع، المعجم الوسيط: ٩١٣/٢.

(٦) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب ما جاء في التعريض: ١٧٣/٨، رقم: ٦٨٤٧، ومسلم، كتاب الطلاق، باب انقضاء

عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل: ١١٣٧/٢، رقم: ١٥٠٠. واللفظ لمسلم.

(٧) انظر: الأم، الإمام الشافعي: ٣١٢/٧.

٢- أَنَّ رَجُلًا قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ تَحْتِي امْرَأَةً لَا تَرُدُّ يَدَ لَامِسٍ، قَالَ: «طَلَّقْهَا» قَالَ: إِنِّي لَا أَصِيرُ عَنْهَا، قَالَ: «فَأَمْسِكْهَا»^(١).

وجه الاستدلال أَنَّ الرجل جاء منكراً على امرأته متهماً بإياها، فلم يره النبي ﷺ قذفاً؛ لأن قوله يحتمل ألا يكون أراد به القذف، بل أراد التعجب والمسألة عن ذلك لا قذف امرأته، وهذا يدل على أنه لا حد في التعريض^(٢).

٣- أَنَّ الكناية محتملة للقذف ولغيره، والحد لا يجب مع الشبهة، فمع الاحتمال أولى^(٣).

٤- إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى فَرَّقَ بَيْنَ التعريض بالخطبة والتصريح بها، فأباح التعريض في العدة فقال تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، وَحَرَّمَ التَّصْرِيحَ، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَتْمُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، فإذا ثبت نفي اتحاد حكمهما في غير الحدود، لم يجوز أن يعد مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه^(٤).

٥- لا دلالة في التعريض على القذف ولا احتمال بذلك؛ ولذلك لا يحد بالتعريض حتى وإن نواه؛ لأن النية إنما تؤثر حينما يحتملها اللفظ، وليس في التعريض إشعار بالقذف، وإنما يفهم بقرائن الأحوال^(٥).

(١) أخرجه النسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع: ١٧٠/٦، رقم: ٣٤٦٥، وقال بعد أن رواه مسنداً: (والصواب مرسل)، ورواه بلفظ آخر: أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء: ٢٢٠/٢، رقم: ٢٠٤٩، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها: ٢٥٠/٧، رقم: ١٣٨٧٤. والحديث اختلف في إسناده وإرساله، وقال النسائي كما تقدم أن المرسل أولى بالصواب، وأورده أبو داود مسنداً بسند أصح، وأطلق النووي عليه الصحة، ولكن نقل ابن الجوزي عن أحمد بن حنبل أنه قال: لا يثبت عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء، وليس له أصل. وتمسك بهذا ابن الجوزي فأورد الحديث في الموضوعات مع أنه أورده بإسناد صحيح. انظر: التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني: ٤٥٢/٣. وقال ابن حجر في بلوغ المرام بعد أن ساق رواية أبي داود: (رواه أبو داود والترمذي والبخاري، ورجاله ثقات). بلوغ المرام، ابن حجر العسقلاني: ص ٣٣٥.

(٢) انظر: الأم، الإمام الشافعي: ١٤٢/٥، والحاوي الكبير، الماوردي: ١٣١/١١.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٢/٧.

(٤) الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٦٢/١٣، والمغني، ابن قدامة: ٨٩/٩.

(٥) انظر: روضة الطالبين، النووي: ٣١٢/٨، ومغني المحتاج، الشرييني: ٥٥/٥.

القول الثاني: يجب الحد بالقذف بألفاظ الكناية إذا وجدت قرينة تدل على إرادة القذف من القاذف، كالخصام بين القاذف والمقذوف، أو وجدت نية القذف لدى القاذف، وهو قول المالكية وقول عند الشافعية ورواية عند الحنبلية، وإذا سقط الحد عن القاذف بقوله أو يمينه فعليه التعزير لإيذائه المقذوف^(١)، وقَيَّده الماوُزدي (٤٥٠هـ) من الشافعية بما إذا خرج كلامه مخرج السب والذم، وإلا فلا تعزير^(٢).

واستثنى المالكية تعريض الأب - وإن علا - لابنه - وإن نزل - فلا يجب به الحد مطلقاً عندهم^(٣).

واستدلوا بما يأتي:

١ - ما روي من أَنَّ رَجُلَيْنِ اسْتَبَّأَ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: وَاللَّهِ مَا أَبِي بَزَانٍ، وَلَا أُمِّي بَزَانِيَّةٌ. فَاسْتَشَارَ فِي ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَقَالَ قَائِلٌ: مَدَحَ أَبَاهُ وَأُمَّهُ، وَقَالَ آخَرُونَ قَدْ كَانَ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ مَدْحٌ غَيْرُ هَذَا نَرَى أَنْ تَجْلِدَهُ الْحَدَّ «فَجَلَدَهُ عُمَرُ الْحَدَّ ثَمَانِينَ^(٤)»^(٥).

وجه الاستدلال مما سبق أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حدَّ في التعريض في القذف حينما ظهرت القرينة الدالة على إرادة القذف وهي الخصام بين القاذف والمقذوف، وقد اشتهر فعله بين الصحابة، ولم يوجد له مخالف، فيكون إجماعاً^(٦).

(١) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٤/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشبي: ٨٧/٨-٣١٢، وروضة الطالبين، النووي: ٣١٢/٨-٣١٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٤/٥، والإنصاف، المرداوي: ٢١٥/١٠، والمبدع، ابن مفلح: ٤١٠/٧، والأحكام السلطانية، أبو يعلى: ص ٢٧١.

(٢) مغني المحتاج، الشربيني: ٥٥/٥.

(٣) الشرح الكبير، الدردير: ٣٢٧/٤.

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب الحد في النفي والقذف والتعريض: ٨٢٩/٢، بدون رقم، ورواه بألفاظ أخرى: ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب من كان يرى في التعريض عقوبة: ٥٠٠/٥، رقم: ٢٨٣٧٦، والدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات، ٢٩٠/٤، رقم: ٣٤٧٩، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب جماع أبواب الحدود، باب من حد في التعريض: ٤٤٠/٨، رقم: ١٧١٤٧.

(٥) الذخيرة، القرافي: ٩٥/١٢، والمغني، ابن قدامة: ٨٩/٩.

(٦) شرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٢٠٤-٢٠٥/٦.

٢- إنَّ الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النصِّ الصريح، وإن كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه^(١)، واللفظ إنما وضع لدلالته على المعنى؛ فإذا ظهر المعنى بشكل واضح لم يكن في تغيير اللفظ كثير فائدة^(٢).

٢- إنَّ الكناية مع القرينة الصارفة إلى أحد احتمالاتها، كالصريح الذي لا يحتمل إلا ذلك المعنى^(٣).

القول الثالث: يجب الحد في القذف بالتعريض والكناية وهو قول عند الحنبلية^(٤).

واستدلوا بما يأتي:

١- ما روي عن ابن عمر، أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه كَانَ «يُحَدُّ فِي التَّعْرِيزِ بِالْفَاحِشَةِ»^(٥)، ووافقه الصحابة رضي الله عنهم أجمعين^(٦).

٢- ما روي أَنَّ رجلاً، قَالَ لِرَجُلٍ: يَا ابْنَ شَامَةَ الْوَذْرِ^(٧)، فَاسْتَعْدَى عَلَيْهِ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ، فَقَالَ: «إِنَّمَا عَنَيْتُ كَذًا وَكَذًا، فَأَمَرَ بِهِ عُثْمَانُ فَجُلِدَ الْحَدَّ»^(٨)^(٩).
وجه الاستدلال أَنَّ عثمان بن عفان أقام الحد على من عرَّض بالقذف.

(١) بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٤/٤.

(٢) إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ١٠٤/٣.

(٣) المذهب، الشيرازي: ٣٤٧/٣، والمغني، ابن قدامة: ٨٩/٩.

(٤) انظر: المغني، ابن قدامة: ٨٩/٩، والإنصاف، المرداوي: ٢١٦/١٠، والمبدع، ابن مفلح: ٤١٠/٧.

(٥) رواه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب التعريض: ٤٢٠/٧، رقم: ٧٠٣/١٣، ورواه بلفظ آخر: الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره: ٢٩٠/٤، رقم: ٣٤٧٧، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب جماع أبواب القذف، باب من حد في التعريض: ٤٤٠/٨، رقم: ١٧١٤٦.

(٦) المغني، ابن قدامة: ٨٩/٩، إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ١٠٤/٣.

(٧) الْوَذْرَةُ مِنَ اللَّحْمِ: الْقِطْعَةُ الصَّغِيرَةُ مِثْلُ الْفُدْرَةِ، وَامْرَأَةٌ وَذْرَةٌ: رَائِحَتُهَا رَائِحَةُ الْوَذْرِ، وَقِيلَ: هِيَ الْعَلِيطَةُ الشَّقَّةُ، وَيُقَالُ لِلرَّجُلِ: يَا ابْنَ شَامَةَ الْوَذْرِ؛ وَهُوَ سَبٌّ يُكْتَبَى بِهِ عَنِ الْقَذْفِ. لسان العرب، ابن منظور: ٢٨١/٥، مادة وذر.

(٨) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب من كان يرى في التعريض عقوبة، ٥٠٠/٥، رقم: ٢٨٣٧٧، والدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره: ٢٩٠/٤، رقم: ٣٤٧٨.

(٩) المغني، ابن قدامة: ٨٩/٩.

المناقشة:

١- رُدَّ على استدلال الحنبلية بأن عمر رضي الله عنه حد في التعريض، بأن عمر رضي الله عنه قد خولف فيه بما روي من قصة الرجلين الذين استبا فقذف أحدهما الآخر بالتعريض، فاستشار الصحابة، فحده عمر رضي الله عنه. واستشارة عمر رضي الله عنه للصحابة دلت على اختلاف الصحابة في حكم التعريض، ولم يجمعوا على الحد^(١).

وأجاب الحنبلية عن ذلك بأنَّ هذا لا يدل على أن القائل الأول خالف عمر؛ فإنه لما قيل له إنه قد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا فهم أنه أراد القذف فسكت، وهذا إلى الموافقة أقرب منه إلى المخالفة^(٢).

٢- رُدَّ على استدلال القائلين بالتعزير بالتعريض والكناية بحديث الذي قال: "يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود" بأنه ليس فيه ما يدل على القذف لا صريحاً ولا كناية، وإنما أخبر الرجل بالواقع مستفتياً عن حكم هذا الولد: أيستلحقه مع مخالفة لونه للونه أم ينفيه؛ فأفتاه النبي ﷺ، وقرب له الحكم بالشبه الذي ذكره ليكون أذعن لقبوله، وانشراح الصدر له، فليس في ذلك ما يبطل حد القذف في التعريض الذي هو أوجع وأنكى من التصريح، وأبلغ في الأذى، وظهوره عند كل سامع بمنزلة ظهور الصريح، فهذا لون وذلك لون^(٣).

الترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم من وجوب الحد بالقذف بالتعريض والكناية إذا دلت القرائن على إرادة القذف، كالخصومة بين القاذف والمقذوف، أو دلَّ العرف على أن اللفظ يفيد القذف، وإلا على القاذف التعزير؛ ويدل لذلك ما يأتي:

١- إن ما استدل به الحنفية والحنبلية من قصة الرجل الذي قال إن امرأتي ولدت غلاماً أسود ومثله الذي جاء يستفسر عن امرأته التي لا تردُّ يد لامس، ليس فيهما ما يدل على عدم القذف بالتعريض والكناية؛ لأن الأول جاء مستفسراً عن حكم هذا الولد؛ أيستلحقه مع مخالفة لونه للون

(١) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ١٣٢/١١.

(٢) إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ١٠٤/٣.

(٣) انظر: إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ١٠٤/٣.

أبيه أم ينفيه، وكذلك الثاني جاء مستفتياً عن امرأته التي لا ترد يد لامس؛ فلم توجد القرينة الدالة على إرادة القذف منهما ولذلك لم يأمر النبي ﷺ بحدهما.

أمَّا الرجلان اللذان شكيا لسيدنا عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما، فالظاهر والقرائن دلا على أنَّ قول القائل كان في سياق الخصومة، فدلَّ ذلك على أنَّ صاحبه أراد به القذف ولذلك حُدا حد القذف.

٢- إنَّ أعراف الناس من أقوى القرائن التي تجعل ألفاظ الكناية والتعريض ألفاظاً صريحة في القذف، وأعراف الناس متغيرة من زمن لزمان وتختلف من مجتمع لآخر؛ فليس من المعقول أن ينتشر عرف بين الناس على أن لفظاً من ألفاظ الكناية يدل على الاتهام بصريح الزنا، ثم يسقط الحد عن القاذف لأن اللفظ المستخدم هو كناية، وينبغي العمل هنا بالقاعدة الفقهية: "العادة محكمة" (١).

٣- جاء في نصوص الفقهاء ما يدل على الأخذ بمبدأ القرينة الدالة على إرادة القذف في الألفاظ المحتملة؛ فقد جاء في بدائع الصنائع: "ولو قال: ليس هذا أبوك، أو قال: لست أنت ابن فلان لأبيه، أو قال: أنت ابن فلان لأجنبي، إن كان في حال الغضب - فهو قذف، وإن كان في غير حال الغضب - فليس بقذف؛ لأن هذا الكلام قد يذكر لنفي النسب وقد يذكر لنفي التشبه في الأخلاق، أي أخلاقك لا تشبه أخلاق أبيك، أو أخلاقك تشبه أخلاق فلان الأجنبي، فلا يجعل قذفاً مع الشك والاحتمال" (٢).

وجاء في الشرح الكبير: "وحدَّ في قوله لآخر مخنث إن لم يحلف أنه لم يرد القذف وإنما أراد أنه يتكسر في القول والفعل كالنساء وهذا إن لم يخصه العرف بمن يؤتى كما هو الآن وإلا حد مطلقاً" (٣).

وجاء في روضة الطالبين في مسألة القذف بيا لوطي: "قد غلب استعماله [أي اللفظ السابق] في العرف، لإرادة الوطء في الدبر، بل لا يفهم منه إلا هذا، فينبغي أن يقطع بأنه صريح" (٤).

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٧٩.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٤/٧.

(٣) الشرح الكبير، الدردير: ٣٣٠/٤.

(٤) روضة الطالبين، النووي: ٣١١/٨.

- ٤- إن حجة الحنفية بأن الكناية محتملة للقذف وعدمه، وأن ذلك شبهة تدرأ الحد فيجاب عنها بأن العرف إذا دلّ على أن لفظ ما بأنه رمي بالزنا لم يبق هناك احتمال.
- ٥- إن قول الشافعية بأن القاذف يسأل إن أراد القذف أم لا، فلا محل له؛ لأنه بتصريجه بالقصد يعد قذفاً صريحاً ولا مجال للكناية^(١).

أمثلة على ألفاظ الكناية والتعريض عند الفقهاء.

ومن أمثلة القذف بالكناية عند الحنفية والتي لا يجب بها الحد وإنما التعزير ما يأتي:

- ١- القذف بلفظ أنت تزني؛ لأنّ هذا اللفظ يستعمل للاستقبال ويستعمل للحال، فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال^(٢). وكذلك القذف بقوله: أنت تزني وأنا أضرب الحد؛ لأن مثل هذا الكلام في عرف الناس يقال على سبيل ضرب المثل. ومثله ما لو قال لآخر: ما أبي بزنا ولا أُمي بزانية^(٣).
- ٢- قذف المرأة بقوله: ما رأيت زانية خيراً منك، أو قال لرجل: ما رأيت زانياً خيراً منك؛ لأنّه ما جعل هذا المذكور خير الزناة، وإنما جعله خيراً من الزناة، وهذا لا يقتضي وجود الزنا منه^(٤).
- ومثله ما لو قال لامرأة: أنت زانية، فقالت المرأة: أنت أزني مني، يحد الرجل دون المرأة؛ لأن قذف الرجل صريح، أما لفظ المرأة فيحتمل أنه أقدر على الزنى^(٥).

ومن أمثلة القذف بالتعريض عند المالكية أن يقول لشخص: ما أنا بزنا، أو أما أنا فلست بلائط، أو أما أنا فأبي معروف^(٦).

ومن أمثلة القذف بالتعريض عند الشافعية قوله لآخر: يا ابن الحلال، وأما أنا فلست بزنا، وأُمي ليست بزانية، وما أحسن اسمك في الجيران وشبهها^(٧).

(١) أحكام القذف في الشريعة الإسلامية، محيا بن سعد السحيمي، رسالة ماجستير: ص ٩٦.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٣/٧، والبحر الرائق، الهمام: ٣٣/٥.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٣/٧، والفتاوى الهندية: ١٦٣/٢.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٣/٧-٤٤، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣٣/٥، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٤٣/٥.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٣/٧، وفتح القدير، ابن الهمام، ٣٤٣/٥، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣٣/٥.

(٦) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٨٧/٨-٩٠، والشرح الكبير، الدردير: ٣٢٧/٤.

(٧) روضة الطالبين، النووي: ٣١٢/٨.

ومن أمثلة الكناية عندهم: أن يقول لرجل: يا فاجر، يا فاسق، يا خبيث، وأن يقول لآخر: زنت في الجبل أو السلم أو نحوه، وكذا قوله لامرأة: يا زانية في الجبل، وأن يقول لآخر: أنت أزنى من فلان، أو أنت أزنى الناس^(١).

ومن أمثلة الكناية والتعريض عند الحنبلية أن يقول لزوج شخص: قد فضحتيه، وغطيت أو نكست رأسه، وجعلت له قروناً، أو علقت عليه أولاداً من غيره، وأفسدت فراشه، أو يقول لامرأة: يا فاجرة يا خبيثة، وكذا قوله: يا نظيف، يا خبيث، أو زنت يداك أو رجلاك، أو يدك، أو بدنك، أو ما أنا بزان أو ما أُمي بزانية، أو يسمع من يقذف شخصاً فيقول له صدقت، أو صدقت فيما قلت، أو أخبرني فلان أنك زنت أو أشهدني أنك زنت وكذبه فلان^(٢).

ثانياً: القذف بنفي النسب:

إذا نفى شخص نسب شخص آخر؛ بأن قال له: لست بابن فلان، لأبيه المعروف به، فهنا حالتان:

الحالة الأولى: أن تكون أمه مسلمة: ففي هذه الحالة يجب الحد باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة^(٣)، واشترط الحنفية أن يكون القذف بنفي النسب بلفظ: "لست لأبيك"؛ أما غيرها من الألفاظ فهي من القذف بالكناية؛ كأن يقول: لست أنت ابن فلان لأبيه؛ لأنَّ هذا الكلام قد يذكر لنفي النسب وقد يذكر لنفي التشبه في الأخلاق، فلا يجعل قذفاً مع الشك والاحتمال^(٤).

واستدلوا بما يأتي:

١ - إنَّ نفي النسب قذف للأُم حقيقة؛ لأنه إذا كان الولد من غير أبيه المنسوب إليه كان من الزنا ضرورة، إذ لا نكاح لغير أبيه^(٥).

(١) انظر: روضة الطالبين، النووي: ٣١٢/٨، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٤/٥، والمهذب، الشيرازي: ٣٤٧/٣.

(٢) الإنصاف، المرداوي: ٢١٥/١٠، والمبدع، ابن مفلح: ٤١٠/٧، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٥٧/٣.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٢١/٩، والبيان، العمري: ٤١٦/١٢، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ٩٠/٩.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٤/٧، وانظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٣٦/٥.

(٥) المبسوط، السرخسي: ١٢١/٩، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٠١/٣.

٢- ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: "لَا حَدَّ إِلَّا فِي اثْنَيْنِ: أَنْ تُقَذَّفَ مُحَصَّنَةٌ، أَوْ يُنْفَى رَجُلٌ مِنْ أَبِيهِ"^(١).

وذهب الظاهرية إلى أنه لا حد على من قذف غيره بنفي نسبه وإنما فيه التعزير^(٢).

واستدلوا بما يأتي:

١- إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى علق الحد على القذف بالزنى، فقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤]، ومن ينفي إنساناً عن نسبه، لم يرم محصنة أصلاً^(٣).

٢- أَنَّ معاذ بن جبل، وَعَبْدَ اللَّهِ بن عمرو بن العاص^(٤)، قَالَا: «لَيْسَ الْحُدُّ إِلَّا فِي الْكَلِمَةِ الَّتِي لَيْسَ لَهَا مَصْرَفٌ، وَلَيْسَ لَهَا إِلَّا وَجْهٌ وَاحِدٌ»^(٥).

وجه الدلالة أَنَّ الرمي الذي يحتمل معنى غير الزنى ليس بقذف، لأنَّ نفي النسب يحتمل أن يكون نفيه له بأنه أراد الاستكراه لأمه، وأنها حملت به في حالة لا يكون للزنى فيه دخل، كأن وطئت وهي نائمة، أو سكرى، أو مغمى عليها، أو جاهلة^(٦).

مناقشة أدلة الظاهرية:

١- لا يعد احتمال كون الولد من غير أبيه بالنكاح أو بالوطء بالشبهة؛ لأنَّ ذلك احتمال بعيد فلا يصار إليه، ولأنَّها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان، وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية^(٧).

(١) رواه الطبراني في الكبير: ١٩٠/٩، رقم: ٨٩٣٥. وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد، وقال رجاله ثقات. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: ٢٨٠/٦.

(٢) المحلى، ابن حزم: ٢٢٢/١٢.

(٣) المحلى، ابن حزم: ٢٢٢/١٢.

(٤) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عمرو بن العاص، أسلم قبل أبيه، وكان فاضلاً عالماً قرأ القرآن والكتب المتقدمة، ولاه معاوية الكوفة مدة قصيرة، توفي سنة: (٦٥هـ). انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٢٤٥/٣، والأعلام الزركلي: ١١٠-١١١،

(٥) رواه عبد الرزاق في المصنف، باب التعريض: ٤٢٥/٧، رقم: ١٣٧٢٦.

(٦) المحلى، ابن حزم: ٢٢٢/١٢.

(٧) المبسوط، السرخسي: ١٢١/٩، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٠١/٣.

٢- الأثر الذي استدلووا به عن معاذ بن جبل وعمرو بن العاص رضي الله عنهما معارض بما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه.

والراجح في نظر الباحث ما ذهب إليه الجمهور؛ لدلالة اللفظ على الزنى صريحاً، وما استدل به الظاهرية رد عليه بما سبق. والله أعلم.

الحالة الثانية: أن ينفي القاذف نسب رجل وتكون أمه كافرة، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء في وجوب الحد على قولين:

القول الأول: للحنفية والشافعية الذين اشتراطوا في حالة نفي النسب أن تكون الأم حرة مسلمة فإذا لم تكن كذلك فلا يحد القاذف، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(١).

القول الثاني: للمالكية والحنبلية الذين ذهبوا إلى وجوب الحد على من نفى نسب مسلم أمه كافرة^(٢).

واستدلو بما يأتي^(٣):

١- ما روي عن الأشعث بن قيس^(٤)، قال: أتيت رسول الله ﷺ في وفدٍ لا يرون أئني أفضلهم، فقلت: يا رسول الله، إنا نزعكم منّا، قال: «نحن بنو النضر بن كنانة، لا نقفو أمنا^(٥)، ولا نتنفي من أئينا» قال: فكان الأشعث، يقول: «لا أوتى برجلٍ نفى قريشاً من النضر بن كنانة إلا جلدته الحد^(٦)».

(١) المبسوط، السرخسي: ١٢١/٩، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٠١/٣، والأم، الإمام الشافعي: ٣١٤/٥، والبيان، العمراني: ٤١٦/١٢.

(٢) بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ٩٠/٩-٩٦، والفروع، ابن مفلح: ٧٩/١٠.

(٣) المغني، ابن قدامة: ٩٠/٩.

(٤) هو الصحابي الجليل الأشعث بن قيس بن معد يكرب الكندي، وفد إلى النبي ﷺ سنة عشر من الهجرة في وفد كندة. وشهد اليرموك بالشام، ففقت عينه، ثم سار إلى العراق فشهد القادسية والمدائن، وجلولاء، ونهاوند، وسكن الكوفة. توفي سنة (٤٢هـ)، وقيل سنة (٤٠هـ). انظر: أسد الغابة، الجزري: ١١٨/١.

(٥) القفو: القذف، والمعنى لا نتهمها ولا نقذفها. انظر: لسان العرب، ابن منظور: ١٩٦/١٥، مادة

(٦) رواه أحمد بن حنبل في المسند: ٣٦/١٦٠، رقم: ٢١٨٣٩، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب من نفى رجلاً من قبيلته: ٨٧١/٢، رقم: ٢٦١٢، وأبو داود الطيالسي في مسنده: ٣٧٧/٢، رقم: ١١٢٥، وابن أبي شيبة في مسنده،

٢- ما روي عن ابن مسعود^(١) رضي الله عنه أنه قال: "لَا حَدَّ إِلَّا فِي اثْنَيْنِ: أَنْ تُقَذَّفَ مُحْصَنَةٌ، أَوْ يُنْفَى رَجُلٌ مِنْ أَبِيهِ"^(٢).

وهو يأخذ حكم الحديث المرفوع إلى النبي ﷺ؛ لأنَّ هذا لا يقوله ابن مسعود إلا توقيفاً^(٣).

٣- لأنَّ قذف الأم قدح في نسب المقدوف؛ ونسبة له إلى الزنى.

المناقشة وال ترجيح:

يرجح الباحث عدم وجوب الحد في هذه الحالة؛ لأنَّ القاذف قذف امرأة كافرة، وقد اتفق الفقهاء على أن الإسلام من شروط إحصان القذف^(٤).

وحديث الأشعث يدل على وجوب الحد على من نفى رجلاً من قبيلته، فيقتصر عليه، أما ما روي عن ابن مسعود ففيه دليل للجمهور؛ لأنه يدل على أنَّ الحد لا يجب إلا في قذف المحصنة، والكافرة غير محصنة باتفاق الفقهاء.

ثالثاً: القذف بالزنى الذي ليس فيه حد أو بالوطء الحرام:

إن قذف شخص امرأة بقوله: زנית وأنت مستكرهة، أو زنى بك صبي، أو وطئت مع نوم أو إغماء أو جنون، أو وطئت بشبهة، أو زנית وأنت صغيرة، أو كانت نصرانية فقال لها: زנית وأنت نصرانية، أو قال لرجل زנית وأنت صغير؛ فلفقهاء قولان في عقوبة القاذف:

٢/٣٦٢، رقم: ٨٧٢. قال البوصيري في مصباح الزجاجة: هذا إسناد صحيح رجاله ثقات. مصباح الزجاجة، البوصيري: ١١٨/٣.

(١) تقدمت ترجمته: ص ٢٨.

(٢) تقدم تحريجه: ص ١٧٤.

(٣) انظر: الذخيرة، القرافي: ٩٩/١٢، والبيان، العمراني: ٤١٦/١٢.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩/١١٨-٣٦/٢٤، والمدونة، الإمام مالك: ٤/٤٩٢، وشرح مختصر خليل، الخرشبي: ٨/٨٦، والحاوي الكبير، الماوردي: ٩/٢٢٧، والمهذب، الشيرازي: ٣/٣٤٦، والمغني، ابن قدامة: ٩/٨٣.

القول الأول: لا حد عليه، وهو قول الحنفية والشافعية والحنبلية^(١)؛ لأنه قذفه بأشياء ليست زنى ولا توجب الحد، فكان كلامه كذباً لا قذفاً، والقذف بالوطء الحرام ليس فيه القذف بالزنى الصريح، فيجوز أن يكون الوطء حراماً ولا يكون زناً، كالوطء بشبهة ونحو ذلك^(٢). وإذا سقط الحد عزّر لإتيانه معصية لا حد فيها ولا كفارة.

القول الثاني: عليه حد القذف وإن لم يلحق المرأة اسم الزنى، وهو قول المالكية^(٣).

المناقشة وال ترجيح:

يرجح الباحث درء الحد في كل قذف بوطء لا يوجب حد الزنى؛ لأنه ليس بزناً بالمعنى الشرعي، وتسميته زناً مجاز لا حقيقة، ويعزر القاذف لإلحاقه الأذى والعار بالمقذوف. والله أعلم.

رابعاً: القذف باللواط وإتيان البهيمة:

اختلف الفقهاء في إيجاب حد القذف على القاذف باللواط وإتيان البهيمة تبعاً لاختلافهم في وجوب حد الزنى في هذه الأفعال، فمن أوجب حد الزنى بإتيانها أوجب حد القذف بها، ومن قال بالتعزير قال بتعزير القاذف بها^(٤).

فعند الإمام أبو حنيفة لا حد في القذف الصريح باللواط؛ لأن اللواط لا يعد زنى عنده^(٥). خلافاً لجمهور الفقهاء والصاحبين^(٦).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٥١/٧، ٥١٨/١، والأم، الإمام الشافعي: ٣١٣/٥، والحاوي الكبير، الماوردي: ١١٢/١١، والمغني، ابن قدامة: ٨٧/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٠٤/٧.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٤/٧.

(٣) المدونة، الإمام مالك: ٤٩٠/٤-٤٩٤، والذخيرة، القرافي: ٩١/١٢-٩٤، ومنح الجليل، عlish: ٢٧٨/٩.

(٤) انظر: المغني، ابن قدامة: ٨٧/٩.

(٥) المبسوط، السرخسي: ١٠٢/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٤٤/٧.

(٦) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٠٢/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٤٤/٧، والمدونة، الإمام مالك: ٤٨٦/٤، والتاج والإكليل، العبدري: ٤٠١/٨، والأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣٣٥، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٢٠٤/٨، والمغني، ابن قدامة: ٨٧/٩، والإنصاف، المرداوي: ٢١٠/١٠.

وإن كان القذف بلفظ: يا لوطي فهو كناية عند الشافعية في المعتمد ورواية عند الحنبلية. انظر: الأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣٣٥، والمغني، ابن قدامة: ٨٨/٩.

وكذلك القذف بإتيان البهيمة لا حد فيه عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية ورواية عند الحنبلية وقول الظاهرية^(١)، بينما أوجب الشافعية في القول الثاني والحنبلية في رواية الحد بالقذف بإتيان البهيمة^(٢).

الترجيح:

ويرى الباحث درء الحد في كل قذف بأفعال لا توجب حد الزنى؛ لأنها ليست زنى بالمعنى الشرعي، ويرى الباحث درء الحد أيضاً في كل قذف بأفعال اختلف الفقهاء في كونها زناً يوجب الحد، كالقذف باللواط وإتيان البهيمة؛ لأن اختلاف الفقهاء يورث شبهة تدرأ الحد، ويعزر الفاعل على ما ألحقه من أذى وشين بالمقذوف. والله أعلم.

خامساً: الفعل غير متصور من المقذوف:

إذا لم يكن المقذوف به متصور الوجود من المقذوف فلا حد على القاذف، ولكنه يعزّر لما ارتكب من معصية ليس فيها عقوبة مقدرة، وفي ذلك مسائل:

أولاً: إذا قال شخص لآخر: زنى فخذك، أو ظهرك أو يدك أو قال: زنيت بأصبعك فللفقهاء قولان في عقوبته:

القول الأول: لا حد عليه، وعليه التعزير لارتكابه معصية ليس فيها عقوبة مقدرة، وهو قول الحنفية والشافعية في القديم^(٣)، وقال الماوردي (٤٥٠هـ)^(٤) هو الصحيح عندي، وقول أشهب (٢٠٤هـ)^(٥)

وذهب المالكية والشافعية في قول رجّحه الإمام النووي (٦٧٦هـ) والحنبلية في القول الصحيح إلى وجوب الحد بالقذف بيا لوطي. انظر: المدونة، الإمام مالك: ٤/٤٨٦، وروضة الطالبين، النووي: ٨/٣١١-٣١٢، والمغني، ابن قدامة: ٩/٨٨.

(١) المبسوط، السرخسي: ٩/١٠٢، وفتح القدير، ابن الهمام: ٥/٣٧٤، والمدونة، الإمام مالك: ٤/٤٨٦، والذخيرة، القرافي: ١٢/٩١، والحاوي الكبير، الماوردي: ١٧/٢٣٨، والمغني، ابن قدامة: ٩/٦٢-٧٨، والخلّى، ابن حزم: ١٢/٢٥١.

(٢) الأحكام السلطانية، الماوردي: ٣٣٥، وروضة الطالبين، النووي: ٨/٣١٢، والمغني، ابن قدامة: ٩/٦٢-٧٨.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٤٥، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٧/٤٥، والحاوي الكبير، الماوردي: ١١/١٣٠، والمهذب الشيرازي: ٣/٣٤٨.

(٤) تقدمت ترجمته: ص ١٥٣.

(٥) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي الجعدي الفقيه المالكي المصري؛ تفقه على الإمام مالك، قال الإمام الشافعي: ما رأيت أفقه من أشهب لولا طيش فيه، قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له، توفي سنة: (٢٠٤هـ). انظر:

من المملكية^(١)؛ لأن سائر الأعضاء من الرأس والبدن، واليد والرجل، لا تختص بالزنى، فلا يكون بها قاذفاً، لأن الزنى لا يتصور من هذه الأعضاء حقيقة^(٢).

القول الثاني: أن ذلك من القذف بالتعريض والكناية، وهو قول المملكية والشافعية في الأصح وقول عند الحنبلية^(٣). فإن قصد القذف كان قاذفاً وعليه الحد، وإلا فلا حد ويعزر للإيذاء؛ وذلك أن المفهوم من زنا هذه الأعضاء اللمس والمشي والنظر؛ وذلك كما قال النبي ﷺ في الحديث: «فَرْنَا الْعَيْنَيْنِ النَّظْرَ، وَزَنَا اللِّسَانَ النَّطْقُ»^(٤)، فلا ينصرف إلى الزنا الحقيقي إلا بالإرادة.

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث أنه لا حد في ذلك وإنما على القاذف التعزير؛ لأن هذه الأعضاء لا يتصور منها الزنى حقيقة، وهذا يورث شبهة تدرأ الحد. والله أعلم.

ثانياً: إذا قال لرجل لآخر: يا زانية؛ فللفقهاء قولان في عقوبته:

القول الأول: لا حد فيه، فبقي معصية لا حد فيها ففيها التعزير، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف من الحنفية^(٥)، وقول ابن حامد^(٦) من الحنبلية إلا أن يريد به القذف عنده^(٧)؛ لأنه

وفيات الأعيان، ابن خلكان: ٢٣٨/١، والأعلام الزركلي: ٣٣٣/١.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٢٨/٤.

(٢) الحاوي الكبير، الماوردي: ١٣٠/١١.

(٣) انظر: التاج والإكليل، العبدري: ٤٠٥/٨، والشرح الكبير، الدردري: ٣٢٨/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٧/٥، والبيان،

العمري: ٤١٠/١٢، والمبدع، ابن مفلح: ٤٠٨/٧، والإنصاف، المرداوي: ٢١٣/١٠.

(٤) متفق عليه من طريق البخاري، كتاب الاستئذان، باب زنا الجوارح دون الفرج: ٥٤/٨، رقم: ٦٢٤٣، ومسلم، كتاب القدر،

باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره: ٢٠٤٦/٤، رقم: ٢٦٥٧.

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٥/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣١٨/٥.

(٦) هو الحسن بن حامد بن علي بن مروان أبو عبد الله البغدادي، إمام الحنبلية في زمانه ومدرسهم ومفتيهم، توفي سنة:

٤٠٣ هـ، له مصنفات في الفقه وغيره، منها "الجامع" في فقه ابن حنبل، نحو أربعمئة جزء، و "شرح أصول الدين" و "تهذيب

الأحوبة". انظر: طبقات الحنابلة، ابن أبي يعلى: ١٧١/٢، والأعلام، الزركلي: ١٨٧/٢.

(٧) المغني، ابن قدامة: ٩٢/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٠٨/٧.

قذفه بما لا يتصور؛ حيث إنه قذفه بفعل المرأة وهو التمكين؛ لأن "الهاء" في الزانية هي "هاء" التأنيث؛ كالضاربة والقاتلة والسارقة ونحوها، والتمكين لا يتصور من الرجل.

القول الثاني: أنه قذف صريح فيه الحد، وهو قول الشافعية والحنبلية^(١) ومحمد بن الحسن ورواية عن أبي يوسف من الحنفية، واستدلوا بما يأتي:

١- إنَّ الهاء قد تدخل صلة زائدة في الكلام، كقوله تعالى مخبراً عن الكفار: ﴿مَا أَغْنَىٰ عَنِّي مَالِي﴾ هَلَكَ عَنِّي سُلْطَانِيَّةٌ [الحاقة: ٢٨-٢٩]؛ ومعناه: مالي وسلطاني، والهاء زائدة^(٢). وقد تدخل الهاء في الكلام للمبالغة في الصفة، كما يقال: علامة ونسابة ونحو ذلك، فلا يختل به معنى القذف، كما أن حذف الهاء في نعت المرأة لا يخل بمعنى القذف، فلو قال لامرأة: يا زاني وجب الحد بالإجماع^(٣).

٢- إنَّ ما كان قذفاً لأحد الجنسين، كان قذفاً للآخر، كقوله: زنيته للرجل أو زنيته للمرأة؛ ولأن لفظ يا زانية خطاب للرجل والمرأة، وإشارة إليهما بلفظ الزنا، وذلك يغني عن التمييز بتاء التأنيث وحذفها^(٤).

المناقشة والترحيع:

يرجح الباحث ما ذهب إليه ما ذهب إليه الجمهور من وجوب الحد، لأن هذه الألفاظ تدل على القذف بالزنى الصريح الذي يوجب الحد، فمن قال لآخر يا زانية لا يفهم منه إلا أنه زان في عرف الناس وعاداتهم، وكذلك العكس فيما يخص المرأة، فيجب الحد به. والله أعلم.

ثالثاً: لا حد في كل قذف بفعل لا يتصور من المقذوف باتفاق الفقهاء؛ كما لو قذف شخص امرأة بقوله: وطئك في القبل والدبر الاثنان معاً^(٥)؛ لأنه كذب محض، وكما لو قذف أهل بلد لا

(١) المهذب، الشيرازي: ٣/٣٤٨، وروضة الطالبين، النووي: ١٠/١٠٦، والمغني، ابن قدامة: ٩/٩٢، والمبدع، ابن مفلح: ٤٠٨/٧.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٤٥.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٤٥، والمهذب، الشيرازي: ٣/٣٤٨.

(٤) انظر: المغني، ابن قدامة: ٩/٩٢.

(٥) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٨/٢٠٢، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥/٥٤.

يتصور الزنا منهم عادة^(١)؛ لأنه لا عار عليهم بذلك للقطع بكذب القاذف، وكما لو قال شخص لإنسان: لست لأملك، أو لست لأبويك^(٢)؛ لأنه نفى نسبه من أمه، ونفى النسب من الأم لا يتصور؛ لأنَّ أمه ولدته حقيقة، وكذلك لو قال لست لآدم، أو لست لرجل أو لست لإنسان لاحد عليه؛ لأن نسبه لا يحتمل الانقطاع عن هؤلاء فكان كذباً محضاً^(٣).

سادساً: القذف المقيّد بالشرط والمضاف لأجل:

اشتراط الحنفية والحنبلية في القذف الموجب للحد أن يكون مطلقاً عن الشرط والإضافة إلى وقت؛ لأن ذكر الشرط أو الوقت يمنع وقوعه قذفاً للحال، ويعزر القاذف^(٤). كما لو قال إن فعلت كذا، أو إن لم تفعل كذا فأنت زان، وكذا من قال لغيره: أنت زان أو ابن الزانية غداً؛ لأن إضافة القذف إلى وقت يمنع تحقق القذف في الحال وفي المال^(٥).

الترجيح:

ما ذهب إليه الحنفية والحنبلية قوي في رأي الباحث؛ لأن تعليق القذف على شرط أو إضافته إلى وقت يلحق شبهة في إرادة القاذف نسبة الزنى إلى غيره، والحدود تدرأ بالشبهات، ويعزر القاذف لأن الفعل كان معصية، فالقذف لا يباح بحال من الأحوال. والله أعلم.

سابعاً: القذف بإذن المقدوف:

إن كان القذف بإذن من القاذف؛ كأن قال شخص لغيره اقذفني فقذفه؛ فللفقهاء قولان في عقوبته:

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣/٣٥٨، ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ٦/٢٠٦.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء، الزيلعي: ٣/٢٠١، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٤٥، والمدونة، الإمام مالك: ٤/٤٩٩، وشرح مختصر

خليل، الخرشي: ٨/٨٦، والحاوي الكبير، الماوردي: ٨/٢٠٨، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥/٥٤.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٤٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٤٦، والمغني، ابن قدامة: ٩/٩٠.

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٤٦، والمغني، ابن قدامة: ٩/٩٠.

الأول: لا حدَّ عليه، ويعزر، وهو قول عند الشَّافعية وهو المذهب عند الحنبلية؛ لأنَّ المقذوف رضي بقذفه، فأشبهه ما لو قذف نفسه، ولأنَّ الحدَّ للمقذوف، وقد أسقطه بالإذن فيه^(١).

الثاني: يحد حد القذف، وهو القول الثاني عند الشَّافعية وقول عند الحنبلية؛ لأنَّ القذف لا يباح وإن كان المقذوف زانياً^(٢).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث سقوط الحد إذا كان القذف بإذن المقذوف لما يأتي:

١ - حد القذف من حقوق العباد، وقد أسقط المقذوف حقه بإذنه للقاذف بقذفه، كما أن ذلك الإذن يورث شبهة تدرأ الحد عن القاذف.

٢ - ما ذهب إليه من قال بالحد من أن القذف لا يباح بحال صحيح، فالقذف لا يباح إلا أن عقوبته تتراوح بين الحد عند تحقق شروطه، أو التعزير عن فقد أحد شروط الحد، فمن قذف زانياً لا يحد باتفاق الفقهاء، وإنما يعزر لأن القذف لا يباح بحال. والله أعلم.

(١) انظر: المهذب، الشيرازي: ٣/٣٤٩-٣٥٠، وروضة الطالبين، النووي: ٨/٣٢٤-٣٢٥، والمبدع، ابن مفلح: ٧/٤١١، والإنصاف، المرادوي: ١٠/٢٠١، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣/٣٥.

(٢) المهذب، الشيرازي: ٣/٣٤٩-٣٥٠، وروضة الطالبين، النووي: ٨/٣٢٤-٣٢٥، والمبدع، ابن مفلح: ٧/٤١١، والإنصاف، المرادوي: ١٠/٢٠١، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣/٣٥.

المطلب الثاني: أثر تخلف شرط الإحصان في جريمة القذف.

لكي يقام حد القذف على القاذف لا بدّ أن يكون المقدوف محصناً إحصان القذف رجلاً كان أو امرأة، فإذا لم يتوافر شرط الإحصان في المقدوف سقط الحد عن القاذف لتحلّ محله العقوبة التعزيرية. يقول الإمام النووي(١٧٦هـ): "ويحد قاذف محصن ويعزر غيره"^(١).

والإحصان في الشرع نوعان؛ إحصان الجلد^(٢) وإحصان القذف، وإحصان القذف هو مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الشخص المقدوف بالزنى ليجب حد القذف على القاذف.

ويشترط في المقدوف ليكون محصناً: العقل والبلوغ والحرية والإسلام والعفة عن الزنى، وهذه الشروط متفق عليها في الجملة عند الفقهاء، مع تفصيل في شرط البلوغ سيفصل في موضعه^(٣).

وقد استدلل الفقهاء على اشتراط الإحصان في المقدوف بما يأتي:

١ - من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النور: ٢٣]، والمراد بالمحصنات الحرائر، وبالغافلات العفائف عن الزنى، فدلّت الآية على أنّ الإسلام والعفة عن الزنى والحرية شرط لوجوب الحد^(٤)، ولأنّ العبد والكافر حريتهما لا تنهض لإيجاب الحد، والآية الكريمة وردت في الحرة المسلمة وغيرها ليس في معناها^(٥).

(١) المنهاج، النووي، مطبوع مع مغني المحتاج: ٥٧/٥.

(٢) إحصان الجلد: هو مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الزاني ليجب عليه الجلد في حد الزنى. انظر: حاشية ابن عابدين:

١٦/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٨١/٨، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٤٤٦، والمغني، ابن قدامة: ٣٥/٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٠/٧، ومواهب الجليل، الخطاب: ٢٩٨/٦، والأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣٣٥،

والمغني، ابن قدامة: ٨٤/٩-٩٣-٩٤.

ويشترط لإقامة حد القذف على القاذف أن يكون المقدوف حراً؛ فلا حدّ على من قذف عبداً أو أمة مسلمة بالزنا باتفاق

المذاهب الأربعة؛ لأن نقص الرق يمنع كمال الحد فيمنع وجوب الحد على قاذفه. انظر: المبسوط، السرخسي: ٣٦/٢٤،

ومنح الجليل، عlish: ٢٧٠/٩، والمهذب، الشيرازي: ٣٤٦/٣، والمغني، ابن قدامة: ٨٣/٩.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٠/٧٦-٤١.

(٥) كشف القناع، البهوتي: ١٠٥/٦.

٢- من السنّة النبوية بقوله ﷺ: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ، فَلَيْسَ بِمُحَصَّنٍ»^(١)، حيث دلّ الحديث على أنّ الإسلام شرط في الإحصان^(٢).

٣- ومن المعقول بأنّ البلوغ اشترط في الإحصان لنقص الصغر، واشترط العقل لنقص الجنون، واشترطت الحرية لنقص الرّق، واشترط الإسلام لنقص الكفر، واشترطت العفة لنقص الزنا^(٣).

٤- أنّ الحد إنما وجب بالقذف دفعاً لعار الزنا عن المقدوف، وما في الكافر من عار الكفر أعظم^(٤).

وبناء على ما سبق فكلّ من قذف شخصاً لا تتوافر فيه شروط الإحصان السابقة لا تجب بحقه العقوبة الحدية وإنّما العقوبة التعزيرية التي تحل كعقوبة بدلية عن العقوبة الحدية؛ وذلك في الحالات الآتية^(٥):

أولاً: أثر عدم عفة المقدوف في حد القذف:

لا حد على من قذف مسلماً قد زنى أو مسلمة قد زنت زنىً يوجب الحد باتفاق الفقهاء، سواء قذفه بذلك الزنى بعينه أم بزنى آخر أم مبهماً، حيث إن القاذف صادق في قوله، وإحصان المقدوف قد زال بالزنى^(٦)، فبقيت معصية ليس فيها الحد ففيها التعزير.

واستدل الفقهاء على إسقاط الحد عن قاذف الزاني بما يأتي:

(١) تقدم تخريجه: ص ١١١.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤١/٧.

(٣) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٥٥/١٣.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤١/٧.

(٥) سبق الحديث عن أثر الصغر والكفر في إحصان المقدوف. انظر الصفحة:

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤١/٧-٤٢، والمبسوط، السرخسي: ١١٦/٩، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣٠٠/٦، ومنح

الجليل، عlish: ٢٧٤/٩، والمهذب، الشيرازي: ٣٤٦/٣، ومغني المحتاج، الشرييني: ٥٩/٥، والمغني، ابن قدامة: ٩٦/٩،

وكشاف القناع، البهوتي: ١٠٦/٦.

١ - من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور:٤]، وجه الاستدلال أنه تعالى أسقط العقوبة عن القاذف إذا أثبت أن المقدوف قد زنى، فدلّ على أنه إذا قذفه وهو زان لم يجب عليه الحد^(١).

٢ - ومن المعقول بأنّ غير العفيف لا يشينه القذف، والحد إنما وجب لأجل ذلك^(٢).

٣ - وبأنّ القاذف ارتكب ما هو حرام، وهو إشاعة الفاحشة، وهتك للستر على المسلم من غير حاجة، وذلك موجب للتعزير عليه^(٣).

ومع اتفاق الفقهاء على اشتراط العقبة عن الزنى في المقدوف لإقامة الحد على القاذف، إلا أنهم اختلفوا في بعض المسائل المتعلقة بهذا الشرط، وهي كما يأتي:

ثانياً: أثر التوبة في إحصان القذف:

وذلك بأن يقع رجل في الزنى ثم يتوب ويصلح حاله، ثم يقذفه بالزنى شخص آخر؛ ففي عقوبة القاذف قولان عند الفقهاء:

القول الأول: للمالكية والشافعية الذين ذهبوا إلى أنّ من زنى حال تكليفه ولو مرة ثم تاب وصلح حاله لم يعد محصناً أبداً، ولا حد على قاذفه ولو لازم العدالة وصار من أروع خلق الله وأزهدهم، سواءً أقذفه بذلك الزنى، أم بزنى بعده، أم أطلق؛ لأن العرض إذا انحرم بالزنى لم يزُل خلله بما يطرأ من العفة، فبقيت معصية ليس فيها حد ففيها التعزير، لأن التوبة تمحو الاثم فيما يخص أحكام الآخرة لا أحكام الدنيا^(٤).

(١) المذهب، الشيرازي: ٣/٣٤٦.

(٢) كشف القناع، البهوتي: ٦/١٠٦، والمبدع، ابن مفلح: ٧/٤٠٣.

(٣) المبسوط، السرخسي: ٢٤/٣٧.

(٤) الذخيرة، القرافي: ١٢/١٠٢، وروضة الطالبين، النووي: ١/٢٤٩، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٨/٢١١، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥/٥٩.

القول الثاني: للحنابلة وعندهم يجب حد القذف على من قذف تائباً عن الزنى؛ لأن التوبة تجب ما قبلها^(١).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث رأي المالكية والشافعية بسقوط الحد لما يأتي:

١- إن المقدوف سقط إحصانه بالزنى، وبالتالي سقط شرط من شروط الحد، أما التوبة فهي تمحو الذنوب في حق أحكام الآخرة لا في أحكام الدنيا.

٢- لو سلم جدلاً بأن التوبة تجب ما قبلها، فإن وقوع الشخص في الزنى سابقاً يعد شبهة تدرأ الحد عن القاذف؛ لأنه قد لا يعلم بتوبة المقدوف. ويجب تعزيز القاذف بما يردعه عن مثل هذا الفعل. والله أعلم.

ثالثاً: أثر الوطء المحرم في إحصان القذف:

اختلف الفقهاء في الوطء المحرم الذي لا يوجب الحد هل هو مسقط لعقبة المقدوف وإحصانه أم لا، وبناء عليه اختلفوا فيمن قذف من وقع فيه؛ هل عليه الحد، أم يسقط الحد لعدم إحصان المقدوف ليحل محله التعزير:

فذهب الحنفية إلى تفسير العفة عن الزنا بألا يكون المقدوف قد وطئ في عمره وطئاً حراماً في غير ملك ولا نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه، فإن كان قد فعل شيئاً من هذا سقطت عفته سواء كان الوطء زناً موجباً للحد أم لا^(٢)، ومثال ذلك من وطئ مثلاً امرأة زنت إليه غير امرأته، ومن تزوج امرأة بغير شهود، أو في عدة من زوج، أو تزوج امرأة مجوسية، ففي هذه الحالات تسقط عفة المقدوف، وعلى قاذفه التعزير لا الحد^(٣).

وإن كان وطئ وطئاً حراماً، ولكنه في ملك أو في نكاح صحيح أو في نكاح فاسد فساداً غير مجمع عليه؛ فلا تسقط عفته ويجب على قاذفه الحد، كما إذا وطئ زوجته النفساء أو الحائض أو

(١) كشف القناع، البهوتي: ١٠٦/٦، والروض المربع، البهوتي: ص ٦٦٨.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٤١/٧، والمبسوط، السرخسي: ١٠٢/٩.

(٣) المبسوط، السرخسي: ١١٧/٩.

الصائمة أو المحرمة أو التي ظاهر منها لم تسقط عفته لقيام النكاح حقيقة ولو أن الوطء في ذاته محرم^(١).

واشترط المالكية في إحصان القذف أن يكون المقذوف لم يوطأ وطئاً يوجب حد الزنا، فإن كان المقذوف قد ووطء وطئاً لا يوجب الحد كوطء بهيمة أو ووطء بين فخذين أو في دبر امرأته فيحد قاذفه حد القذف إذ هو عفيف عما يوجب الحد^(٢).

وذهب الشافعية إلى سقوط عفة من ووطء امرأته في دبرها^(٣)، وإلى سقوط عفة من ووطء وطئاً محرماً بنسب أو رضاع أو مصاهرة إذا علم التحريم لدلالته على قلة مبالاته^(٤)، وبالتالي يجب عندهم التعزير على من قذف من اتصف بذلك...

ومن قذف من ووطئ في غير ملك وطئاً محرماً لا يجب به الحد كمن ووطئ امرأةً ظنها زوجته أو ووطئ في نكاح مختلف في صحته فعندهم وجهان في عقوبته: **أحدهما:** أنه لا يجب عليه الحد فبقي معصية لا حد فيها ففيها التعزير؛ لأنه ووطء محرم لم يصادف ملكاً فسقط به الإحصان كالزنى، **والثاني:** أنه ووطء لا يجب به الحد فلم يسقط به الإحصان كما لو ووطئ زوجته وهي حائض، فيجب عليه حد القذف^(٥).

والمذهب الحنبلي يكتفي بالعفة الظاهرة عن الزنى؛ فمن لم يثبت عليه الزنى ببينة أو إقرار ومن لم يحد للزنا فهو عفيف وإن كان تائباً من زناً أو كانت امرأةً مُلاعنة^(٦)، وعندهم وجهان في اشتراط السلامة من ووطء الشبهة في إحصان المقذوف، أحدهما عدم اشتراط ذلك وهو الظاهر من

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٤٧٥/٢-٤٧٦.

(٢) الذخيرة، القرافي: ١٠٢/١٢، ومواهب الجليل، الخطاب، والشرح الكبير، الدردير: ٤٢٦/٤.

(٣) تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٢١٠/٨.

(٤) تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٢١٠/٨، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٨/٥.

(٥) المهذب، الشيرازي: ٣٤٦/٣.

(٦) انظر: كشف القناع، البهوتي: ١٠٥/٦، والمبدع، ابن مفلح: ٤٠٣/٧.

مذهبهم^(١)، وذهب القاضي أبو يعلى (٤٥٨هـ)^(٢) منهم إلى اشتراط ذلك، وبناء عليه يعزر عنده من قذف شخصاً قد وطئ وطئاً فيه شبهة^(٣).

الترجيح:

يرجح الباحث رأي الحنفية في أنه يشترط في إحصان المقتوف ألا يكون وطئ في عمره وطئاً حراماً في غير ملك ولا نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه لما يأتي:

١- إنَّ تلك الأفعال مسقطه لعفة الإنسان في أعراف الناس وعاداتهم، فيسقط إحصان المقتوف بها؛ عملاً بالقاعدة الفقهية "العادة محكمة".

٢- ما ذهب إليه المالكية من الصعب الأخذ به، لاختلاف الفقهاء الشديد في الأفعال التي توجب الحد.

٣- ما ذهب إليه الحنبلية من أن من لم يحد للزنا فهو عفيف، يرد عليه بأن كثيراً من الأفعال اختلف الفقهاء في إيجابها الحد كاللواط وإتيان البهيمة، وهي تسقط عفة الإنسان عرفاً وعادةً، كما أن الشخص قد يقع في فعل الزنى، إلا أن الحد قد لا يقام عليه لوجوب شبهة إما في الفعل أو في وسائل الإثبات، وهذا لا يعني أن الإنسان بقي عفيفاً لعدم إقامة الحد عليه. والله أعلم.

رابعاً: أثر الزنى حال الكفر في إحصان القذف:

وصورة المسألة أن يقذف شخص شخصاً آخر زنى في حال شركه، فهل ذلك الزنى مسقط لعفة المقتوف وإحصانه أم لا، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا حد عليه إذا فسّر الزنا بذلك، وعليه التعزير لإيذائه المقتوف، وهو قول الحنفية والشافعية وقول عند الحنبلية؛ وذلك أنه قذف من ثبت زناه، فأشبه ما لو ثبت زناه في الإسلام؛ ولأنه صادق^(١).

(١) انظر: المبدع، ابن مفلح: ٤٠٣/٧، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٣٠٧/٦.

(٢) تقدمت ترجمته: ص ١٠٢.

(٣) انظر: المبدع، ابن مفلح: ٤٠٣/٧.

القول الثاني: عليه حد القذف وهو قول المالكية^(٢) والقول الثاني عند الحنبلية^(٣)؛ لأن من زنى في شركه لا يعد ذلك زناً منه؛ لأنه لا يضرب فيه الحد.

الترجيح:

يرى الباحث التفريق في هذه المسألة بين حالتين:

الأولى: أن يقذفه بالزنى الذي كان في شركه فيقول " زنى في نصرانيتك " ففي هذه الحالة يسقط الحد عن القاذف لأنه صادق فيما يقول، وهذا يورث شبهة تدرأ الحد، ويعزر لأن القذف لا يباح بحال.

الثانية: أن يقذفه بالزنى دون أن يحدد، وفي هذه الحالة يرى الباحث إقامة الحد على القاذف؛ لأنه قذفه بصريح الزنى، وزناه الذي في شركه لا يسقط إحصانه؛ لأن الإسلام يجب ما قبله، وما أتى به الإنسان في الكفر الأصلي لا يؤخذ به. والله أعلم.

خامساً: أثر الملاءنة في إحصان القذف:

قذف الملاءنة إما أن يكون من قبل الزوج الذي لاعنها، وإما أن يكون من قبل أجنبي.

وإن كان من قبل الزوج فإما أن يكون القذف بالزنى الذي لاعنها به، وإما أن يكون بغيره:

فإن كان القذف من قبل الزوج وكان بالزنى الذي تلاعنا عليه لم يجب عليه الحد عند المالكية والشافعية؛ لأن اللعان في حقه كالبينة؛ فلو أقام البينة على القذف، ثم أعاد القذف لم يجب الحد، فكذلك إذا لاعن ثم قذف، وإذا سقط الحد وجب عليه التعزير للإيذاء^(٤).

(١) انظر: الهداية، المرغيناني: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٣٧/٥، تكملة المطيعي للمجموع (مطبوعة مع المجموع): ٧١/٢٠، والمغني، ابن قدامة: ٩٦/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٠٦/٦.

(٢) المدونة، الإمام مالك: ٤٩٠-٤٩١، والذخيرة، القرافي: ٩١/١٢.

(٣) المبدع، ابن مفلح: ٤٠٤/٧، والإنصاف، المرداوي: ٢٠٧/١٠. قال ابن قدامة في المغني: (والذي يقتضيه كلام الخرقي، وجوب الحد عليه؛ لقوله: ومن قذف من كان مشركاً، وقال أردت أنه زنى وهو مشرك، لم يلتفت إلى قوله وحد). المغني، ابن قدامة: ٩٦/٩.

(٤) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٨٧/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٢٧/٤، والمهذب، الشيرازي: ٩٢/٣، وروضة الطالبين، النووي: ٣٣٨/٨.

وإن كان بزني آخر غير الذي لاعنها فيه فعند المالكية ووجه عند الشافعية يجب عليه الحد؛ لأنَّ اللعان لا يُسقط إلا ما يجب بالقذف في الزوجية لحاجته إلى قذف الزوجة، وقد زالت الزوجية باللعان فزالت الحاجة إلى القذف، فلزمه الحد.

والوجه الثاني عند الشافعية وهو الأصح: أنه لا يجب عليه الحد ويعزر فقط؛ لأنَّ اللعان في حقه كالبينة، ثم بالبينة يبطل إحصائها فكذلك في اللعان^(١).

ويرجح الباحث سقوط الحد عن الزوج الذي قذف الزوجة بالزنى الذي لاعنها فيه؛ حيث إنَّ الملاعة في حقه كالبينة، بخلاف ما إذا قذفها بزني آخر، حيث إنه اتَّهام بالزنى بغير بينة فيجب فيه الحد. والله أعلم.

وإذا قذفت المُلَاعنة بالزنى من قبل أجنبي فقد اختلف الفقهاء في عقوبة قاذفها على قولين:

القول الأول: يجب عليه الحد، وهو قول المالكية والشافعية في الأصح والحنبلية^(٢). وهو قول الحنفية فيمن قذف امرأة لاعنت بغير ولد^(٣).

واستدل الجمهور على قولهم بما روي أن رسول الله ﷺ "قضى في الملاعة ألا تُرْمى بهي به ولا يُرْمى وَلَدُهَا، وَمَنْ رَمَاهَا أَوْ رَمَى وَلَدَهَا، فَعَلَيْهِ الْحُدُّ"^(٤).

ولأنَّ الزنى لا يثبت باللعان فلا يسقط به الإحصان^(٥).

(١) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٨٧/٨، والمهذب، الشيرازي: ٩٢/٣، وروضة الطالبين، النووي: ٣٣٨/٨.

(٢) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٧٨/٨، والتاج والإكليل، العبدري: ٤٠٥/٨، والمهذب، الشيرازي: ٩٢/٣، وروضة الطالبين، النووي: ٣٣٨/٣، والمغني، ابن قدامة: ٩٥/٩، والإنصاف، المرداوي: ٢٠٨/١٠.

(٣) الهداية، المرغيناني: ٣٥٩/٢، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٣٥/٥.

(٤) رواه أحمد في مسنده: ٣٣/٤، رقم: ٢١٣١، وأبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في اللعان: ٢٦٧/٢، رقم: ٢٢٥٦، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب أقضية الرسول ﷺ: ١٠/٦، رقم: ٢٩٠٦٧، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب اللعان، باب الزوج يقذف امرأته فيخرج من موجب قذفه بأن يأتي بأربعة شهود يشهدون عليها الزنا أو يلتعن: ٦٤٧/٧، رقم: ١٥٢٩٢. وقد ضُعِفَ هذا الحديث؛ لأنَّ في سنده عباد بن منصور وهو ضعيف مدلس. انظر: نصب الراية، الزيلعي: ٢٥١/٣.

(٥) المغني، ابن قدامة: ٩٥/٩.

القول الثاني: أنَّ عليه التعزير، وهو قول الشَّافعية في وجه^(١)، وقول الحنفية فيمن قذف الملاعنة بولد، سواء كان الولد حياً أم ميتاً، أو قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب، فقالوا لاحد عليه^(٢)، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير.

واستدل الحنفية على قولهم بقيام أمانة الزنى من المرأة الملاعنة؛ وهي ولادة ولد لا أب له، ففادت العفة نظراً إليها، وهي شرط في الإحصان^(٣).

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الحنفية من التفريق بين قذف الملاعنة بغير ولد، والملاعنة بولد، لقوة ما استدلو به من أن الولد الذي لا أب له يعد أمانة على الوقوع في الزنا، فسقط إحصانها بذلك، والحديث الذي استدل به الجمهور حديث ضعيف؛ لأن في سنده رجل مدلس. والله أعلم.

سادساً: أثر سقوط إحصان المقدوف قبل إقامة حد القذف على القاذف:

اختلف الفقهاء فيمن قذف شخصاً محصناً ثم سقط إحصانه قبل إقامة حد القذف على القاذف، هل يسقط الحد وبالتالي يحل محله التعزير أو لا، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية والمالكية الذين اشترطوا أن يكون الإحصان متوافراً قبل القذف وبعده حتى تنفذ العقوبة، فمن قذف محصناً فلا حد عليه إذا ارتكب المحصن قبل تنفيذ الحكم ما يجعله غير محصن كأن ارتد أو زنى، وإنما على القاذف التعزير^(٤).

القول الثاني: للشافعية الذين فرَّقوا بين زنى المقدوف قبل إقامة الحد على القاذف وبين غيره من أسباب سقوط الإحصان؛ فعندهم لو زنى المقدوف قبل إقامة الحد على القاذف سقط الحد، وعزر

(١) روضة الطالبين، النووي: ٣٣٨/٨.

(٢) فتح القدير، ابن الهمام: ٣٣٤/٥.

(٣) فتح القدير، ابن الهمام: ٣٣٤/٥، وحاشية ابن عابدين: ٤٥/٤.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٢٧/٩، والفتاوى الهندية: ١٦٦/٢، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣٠٠/٦، والشرح الكبير،

الدردير: ٣٢٥/٤.

القاذف، بخلاف ما لو ارتد المقتوف فلا يسقط الحد عن القاذف؛ لأن ما صدر منه ليس من جنس ما قذف به^(١).

القول الثالث: للحنابلة الذين ذهبوا إلى أن زوال إحصان المقتوف بعد القذف وقبل إقامة الحد لا يسقط الحد عن القاذف؛ لأنَّ الحد قد وجب وتم بشروطه، فلا يسقط بزوال شرط الوجوب^(٢).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الحنفية والمالكية من سقوط الحد لما يأتي:

١- إن الحد وإن وجب بشروطه، إلا أن سقوط إحصان المقتوف يورث شبهة في استمرار وجوبه، والحدود تدرأ بالشبهات.

٢- لا وجه لتفريق الشافعية بين سقوط إحصان المقتوف بالزنى، وبين غيره، فجميعها تسقط الإحصان بغير تفريق. والله أعلم.

(١) انظر: روضة الطالبين، النووي: ٣٢٤/٨، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٢١١/٨.

(٢) انظر: المغني، ابن قدامة: ٩٣/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٠٤/٧.

المطلب الثالث: أثر علاقة الجاني بالمجني عليه في حد القذف.

إذا صدر القذف من الأصل لفرعه كأن يكون من أب وإن علا أو أم وإن علت للابن وإن نزل فقد اختلف الفقهاء في إقامة الحد عليه على قولين:

القول الأول: لا حد عليه وإنما يعزر للإيذاء، وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والقول المعتمد عند المالكية وقول الشافعية والحنبلية^(١).

جاء في تحفة المحتاج: "ولا يحد أصل أب أو أم، وإن علا بقذف الولد ومن ورثه الولد وإن سفل كما لا يقتل به ولكنه يعزر للإيذاء"^(٢).

لكن الشربيني^(٣) من الشافعية نصَّ في مغني المحتاج على أنَّ الأصل لا يعزر لحق الفرع كما لا يحد بقذفه^(٤).

ثم عاد ووفق بين هذا القول، والقول بتعزير الأب بقذف ابنه فقال: "اقتصره على نفي الحد يقتضي أنه يعزر، وهو المنصوص للإيذاء. فإن قيل: قد قالوا في كتاب الشهادات: إن الأصل لا يجلس في وفاء دين فرعه مع أن الحبس تعزير. أجيب بأن حبسه للدين قد يطول زمنه فيشك عليه، بخلاف التعزير هنا فإنه قد يحصل بقيام من مجلس ونحوه وحيث ثبت فهو لحق الله تعالى لا لحق الولد"^(٥).

وهذا يعني أنَّ تعزير الولد بقذف الابن لا لحق الابن، بل لما في القذف من حق لله تعالى.

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٢/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٠٣/٣، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣١-٣٢٧/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٨٧/٨، وروضة الطالبين، النووي: ١٠٦/١٠، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٠/٩، والمغني، ابن قدامة: ٨٦/٩، والإنصاف، المرداوي: ٢٠٢/١٠.

(٢) تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٠/٩.

(٣) هو محمد بن أحمد [وفي بعض المصادر بن محمد] الشربيني القاهري الشافعي، شمس الدين، الخطيب الإمام العلامة، أجمع أهل مصر على صلاحه، توفي سنة: (٩٧٧هـ)، من تصانيفه "والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع"، و "مغني المحتاج في شرح المنهاج" للنووي، كلاهما في الفقه. وله "تقريرات على المطول" في البلاغة، و "شرح شواهد القطر". انظر: شذرات الذهب، ابن العماد: ٥٦١/١٠، والأعلام، الزركلي: ٦/٦.

(٤) مغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٣/٥.

(٥) مغني المحتاج، الشربيني: ٤٦١/٥.

واستدل جمهور الفقهاء على قولهم بما يأتي:

١ - قوله تعالى ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، وجه الدلالة أَنَّ النَّهْيَ عن التأفيف نصّاً، نهي عن الضرب دلالة؛ ولهذا كانت مطالبة الولد بحدّ أبيه بالضرب منهياً عنها، ولهذا لا يقتل به قصاصاً^(١).

٢ - قوله تبارك وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [الإسراء: ٢٣]، وجه الدلالة أَنَّ الولد المطالب بحدّ القذف لأبيه ليس من الإحسان في شيء، فكان ذلك منفيّاً بنص القرآن^(٢).

٣ - إِنَّ توقيف الأب واحترامه واجب شرعاً وعقلاً، والمطالبة بالقذف للأب ترك التعظيم والاحترام فكان حراماً^(٣).

٤ - إِنَّ حدّ القذف يشبه القصاص من حيث إنه عقوبة تجب حقاً لآدمي، ولا يستوفى إلا بالمطالبة باستيفائه، فكما أن الأبوة تسقط القصاص فكذلك تسقط حدّ القذف^(٤).

القول الثاني: للمالكية في القول الثاني والظاهرية، وقالوا يحد الأب بقذف ابنه^(٥).

واستدلوا بما يأتي:

١ - عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]. وجه الاستدلال أَنَّ الآية لم تفرق في وجوب الحدّ بين كون القاذف أباً أو أمّاً أو غير ذلك، فقد أوجب الله تعالى الحدّ على كل من قذف محصنة.

٢ - قاسوا حدّ القذف على حدّ الزنا، فكما أَنَّ الأبوة لا تمنع حدّ الزنا فكذلك حدّ القذف.

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٢/٧.

(٢) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٣) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٤) انظر: المغني، ابن قدامة: ٨٦/٩.

(٥) شرح مختصر خليل، الخرشي: ٨٧/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٢٧/٤، والمحلى، ابن حزم: ٢٦٤/١٢.

وهو رأي عمر بن عبد العزيز، ومالك، وأبو ثور، وابن المنذر. المغني، ابن قدامة: ٨٦/٩.

المناقشة والترحيح:

رُذِّ على الاستدلال بقياس حد القذف على حد الزنى بما يأتي:

١ - إنَّ ما ذكره ينتقض بالسَّرقة، فإنَّ الأب لا يقطع بسرقة مال ابنه.

٢ - قياس حد الزنا على حد القذف قياس مع الفارق؛ لأنَّ حد الزنا حد خالص لحق الله تعالى، لا حق للآدمي فيه، وحد القذف حق للآدمي^(١).

ويرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من سقوط الحد، لقوة أدلتهم، وأدلة المالكية رد عليها الجمهور بما سبق.

ومما يرجح قول الجمهور أيضاً أن المالكية الذين قالوا بأنَّ الأب يحد لقذف الابن قالوا بتفسيق الابن إذا حد أباه، جاء في منح الجليل: "وإن قذف الوالد ولده فله أي الولد حد أبيه إن صرح بقذفه، وفسَّق الولد، أي حكم بفسقه بحد أبيه بقذفه"^(٢)؛ وهذا يقوي دليل الجمهور في أن المطالبة بقذف الأب ترك لتعظيمه واحترامه، وهو منهي عنه في القرآن الكريم. والله أعلم.



(١) المغني، ابن قدامة: ٨٧/٩.

(٢) منح الجليل، عlish: ٢٨٧/٩.

المطلب الرابع: أثر الشبهة في وسائل إثبات حد القذف.

يثبت حد القذف عند القاضي بشهادة عدلين أو بالإقرار، واختلف في ثبوته بغير ذلك من وسائل الإثبات ككتاب القاضي إلى القاضي وبالشهادة على الشهادة، وباليمين، كونها وسائل بها شبهات^(١).

ويكن أن نحمل الشبهات التي تكون في وسائل اثبات حد القذف المتفق عليها بما يلي:

- ١- رجوع الشهود أو أحدهم عن الشهادة، وهي شبهة باتفاق الفقهاء^(٢).
 - ٢- تصديق المقذوف للقاذف، وهي شبهة ذكرها الحنبلية وقواعد باقي المذاهب تتفق مع هذا الشرط؛ لأن تصديق المقذوف يسقط إحصانه^(٣).
 - ٣- تكذيب المقذوف للشهود بأن يقول شهودي زور عند الحنفية^(٤).
 - ٤- بطلان أهلية الشهود قبل تنفيذ الحد عند الحنفية^(٥).
 - ٥- أن يدعي القاذف الجهل بتحريم القذف عند الحنفية والشافعية^(٦).
- فإذا خلت وسائل الإثبات من الشبهة ثبت الحد عند القاضي، أما إن وجدت الشبهة فإن حد القذف لا يقام؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وإما أن يبرأ المتهم إذا كانت الشبهة قوية، أو أن يعزر بدلاً عن الحد إذا حكم القاضي بأن الشبهة ضعيفة لا تقوى على إسقاط وصف الجريمة عن الجاني؛ لأن التعزير يثبت مع الشبهة^(٧).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١١١/٩، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٥/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٣٨٦/٦، والمغني، ابن قدامة: ١٨٧/١٠.

(٢) انظر: الهداية، المرغيناني: ١٣٢/٣، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣٠٥/٦، والمهذب، الشيرازي: ٤٦٤/٣، والمغني، ابن قدامة: ٦٩/٩.

(٣) انظر: كشف القناع، البهوتي: ١٠٤/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦١/٧.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٢/٧.

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤٥/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٦١/٥.

(٧) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١١١، والتشريع الجنائي الإسلامي: ٦٤٧/٢-٦٤٨.

المبحث الرابع: التعزير لتخلف شرط من شروط حد السرقة أو للشبهة فيه:

المطلب الأول: أثر تخلف الركن المادي في حد السرقة.

أولاً: الاختلاس وخيانة الأمانة:

يشترط في السرقة الموجبة للحد أن يكون أخذ المال خُفِيَةً واستتاراً، بأن يكون ذلك دون علم المأخوذ منه ودون رضاه^(١).

فالسَّرْقَةُ الموجبة للحد لا تكون إلا خفية؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ اسْتَرَقَّ السَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨]، فسمى ﷺ أخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقاً.

فكل أخذ لمال الآخر دون وجه حق على سبيل المجاهرة لا يسمى سرقة، وإنما يسمى مغالبةً أو نُهبةً، أو خلصةً، أو غصباً، أو انتهاباً واختلاساً لا سرقة^(٢).

وقد اتفق الفقهاء على اشتراط الخفية في السَّرْقَةِ لإقامة الحد على السارق، فلا قطع في كل سرقة تتم دون خُفِيَةٍ^(٣)، وإنما يجب التعزير على السارق فيها كعقوبة بدلية عن العقوبة الأصلية التي سقطت لعدم توافر شروطها.

ومن الحالات التي تتم فيها السَّرْقَةُ دون خُفِيَةٍ والتي يجب فيها التعزير^(٤) حالة المختلس وهو "من يأخذ المال على حين غفلة من مالكه ويخرج به جهره معتمداً على السرعة والهرب"^(٥)،

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٥/٧، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٩/٤٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٤/٩، والمغني، ابن قدامة: ١٠٤/٩.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٥/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٥/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٧٣/٥، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٩٢/٨، والفواكه الدواني: ٢١٤/٢، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٤٤/٩، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٤٦/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٠٤/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢٩/٦.

(٤) المصادر السابقة نفسها.

(٥) انظر: الفواكه الدواني، النفراوي: ٢١٤/٢، إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٤٧/٢.

وقد ذهب إياس بن معاوية إلى وجوب قطع المختلس، وقال: أقطع المختلس؛ لأنه يستخفي بأخذه، فيكون سارقاً. المغني، ابن قدامة: ١٠٤/٩.

والمنتهب: وهو "من يأخذ المال عياناً ويعتمد على القوة والغلبة"^(١)، **والخائن:** هو "من يسرق من موضع مأذون له في دخوله، كالضيف، أو من أرسل إلى الدار ليأتي بشيء منها"^(٢).

جاء في كتاب الخراج: "فأَمَّا الْقَفَّافُ"^(٣) والمختلس فعليهما الأدب والحبس حتى يحدثا توبة"^(٤).

وجاء في إعلام الموقعين: "يسوغ كف عدوان هؤلاء [أي المختلس والمنتهب والغاصب] بالضرب والنكال والسجن الطويل"^(٥).

واستدلَّ جمهور الفقهاء على عدم القطع في الحالات السابقة بما يأتي:

١- قول النبي ﷺ: «لَيْسَ عَلَى خَائِنٍ، وَلَا مُنْتَهَبٍ، وَلَا مُخْتَلِسٍ قَطْعٌ»^(٦). فالحديث واضح الدلالة في إسقاط القطع عن الخائن والمنتهب والمختلس.

٢- إِنَّ الْحَدَّ يَجِبُ عَلَى السَّارِقِ، وَمَنْ مَرَّ ذَكَرَهُمْ لَا يَنْطَبِقُ عَلَيْهِمْ هَذَا الْوَصْفُ لَمَّا يَأْتِي:

أ- إِنَّ الْاِخْتِلَاسَ نَوْعٌ مِنَ الْخَطْفِ وَالنَّهْبِ، وَإِنَّمَا يَسْتَحْفِي فِي ابْتِدَاءِ اخْتِلَاسِهِ، بِخِلَافِ السَّارِقِ^(٧).

ب- إِنَّ السَّارِقَ لَا يُمْكِنُ الْاِحْتِرَازُ مِنْهُ، فَإِنَّهُ يَنْقُبُ الدَّوْرَ وَيَهْتِكُ الْحُرْزَ وَيَكْسِرُ الْقِفْلَ، بِخِلَافِ الْمُنْتَهَبِ وَالْمُخْتَلِسِ؛ فَإِنَّ الْمُنْتَهَبَ هُوَ الَّذِي يَأْخُذُ الْمَالَ جَهْرَةً بِمَرَأَى مِنَ النَّاسِ، فَيُمْكِنُهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا عَلَى يَدَيْهِ، وَيَخْلَصُوا حَقَّ الْمَظْلُومِ، أَوْ يَشْهَدُوا لَهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ، وَأَمَّا الْمُخْتَلِسُ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُ الْمَالَ عَلَى

(١) مغني المحتاج، الشريبي: ٤٨٤/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٤/٧، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢١٤/٢، حاشية العدوي: ٢٣٥/٢.

(٣) القفَّاف: صفة مُبَالِغَةٍ مِنْ قَفٍ بِمَعْنَى سَرَقَ الدَّرَاهِمَ بَيْنَ. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية: ٧٥٢/٢.

(٤) الخراج، أبو يوسف: ص ١٨٦.

(٥) إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٤٧/٢.

(٦) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء في الخائن والمختلس والمنتهب: ١٠٤/٣، رقم: ١٤٤٨. وقال:

هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم. وأخرج مثله: أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب القطع

في الخلسة والخيانة: ١٣٨/٤، أرقام: ٤٣٩١، ٤٣٩٢، ٤٣٩٣، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب الخائن والمختلس

والمنتهب: ٨٦٤/٢، رقم: ٢٥٩١. بلفظ: «لَا يُقَطَّعُ الْخَائِنُ، وَلَا الْمُنْتَهَبُ، وَلَا الْمُخْتَلِسُ».

(٧) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٠٤/٩.

حين غفلة من ماله وغيره، ومن غير حرز مثله غالباً، فلا يخلو من نوع تفريط يمكن به صاحب المال المختلس من اختلاسه، وهذا يمكن الاحتراز منه غالباً^(١).

ثانياً: جحد الوديعة والعارية وغيرها من الأمانات.

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والصحيح عند الحنبلية إلى أنه لا قطع على جاحد الوديعة والعارية وغيرها من الأمانات، وعليه التعزير^(٢).

جاء في المغني: "فأما جاحد الوديعة وغيرها من الأمانات، فلا نعلم أحداً يقول بوجوب القطع عليه"^(٣).

واستدلوا بقول النبي ﷺ: «لَيْسَ عَلَى خَائِنٍ، وَلَا مُنْتَهَبٍ، وَلَا مُحْتَلِسٍ قَطْعٌ».

وجه الاستدلال أن جاحد الوديعة والعارية وغيرها من الأمانات خائن، ولا يسمى سارقاً، وقد نص النبي ﷺ على أنه ليس على الخائن قطع.

وفي رواية عن الإمام أحمد أن جاحد العارية خاصة - دون جاحد الوديعة وغيرها - عليه القطع^(٤)، وأخذ بهذا الرأي ابن القيم الجوزية (٧٥١هـ)^(٥).

ودليل هذه الرواية حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «كَانَتْ امْرَأَةٌ مَخْزُومِيَّةً تَسْتَعِيرُ الْمَتَاعَ وَتَجَحِّدُهُ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُقَطَّعَ يَدُهَا»^(٦)^(٧).

وجه الدلالة أن النبي ﷺ قطع المرأة المخزومية لأنها كانت تجحد العارية.

(١) انظر: إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٤٧/٢، وانظر: أسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٤٧/٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٥/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٧٣/٥، وشرح مختصر خليل، الخرشبي: ٩٢/٨، والفواكه الدواني: ٢١٤/٢، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٤٤/٩، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٤٦/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٠٤/٩، والأحكام السلطانية، الفراء: ص ٢٦٧.

(٣) المغني، ابن قدامة: ١٠٥/٩.

(٤) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٠٤/٩، وكشاف القناع: ١٢٩/٦.

(٥) انظر: إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٤٧/٢-٤٨.

(٦) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود: ١٣١٦/٣، رقم: ١٦٨٨.

(٧) المغني، ابن قدامة: ١٠٤/٩، وكشاف القناع: ١٢٩/٦.

واستدل ابن القيم بأنه لا فرق في المعنى بين من توصل إلى أخذ متاع غيره بالسرقة وبين من توصل إليه بالعارية وجحدها، وهذا بخلاف جاحد الوديعة؛ فإن صاحب المتاع فرط حيث ائتمنه^(١).

وقد ردَّ الجمهور على هذه الأدلة بما يأتي:

١- إنَّ الحديث السابق مخالف للأصول، لأن يد المستعير يد أمانة، وهو يأخذ المتاع المعار بإذن صاحبه، ويأخذه من غير حرز؛ وبالتالي تخلف شرطين من شروط السرقة الموجبة للحد^(٢).

٢- إنَّ المرأة التي كانت تستعير المتاع إنما قطعت لسرقتها، لا بجحدها، ودليله الرواية الأخرى عن عائشة رضي الله عنها: أن قريشاً أهتمهم المرأة المخزومية التي سرقت^(٣)، وهذا ظاهر في أنَّ القصة واحدة، وأنها سرقت فقطعت بسرقتها، وإنما عرَّفتها عائشة بجحدها للعارية؛ لكونها مشهورة بذلك، حيث عرَّفتها بصفة من صفاتها، لا لأن جحد العارية كان سبباً بقطعها، وفيما ذكر جمع بين الأحاديث، وموافقة لظاهر الأحاديث والقياس وفقهاء الأمصار، فيكون أولى^(٤).

ويرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من سقوط القطع عن جاحد العارية لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض^(٥)، كما أن دليل القول الثاني قد رد عليه بما سبق. والله أعلم.

ثالثاً: الغصب:

الْغَصْبُ لغة: أَخَذُ الشَّيْءِ ظُلْمًا^(٦).

واصطلاحاً: هو "أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراة"^(٧). وهو من الكبائر وإن لم يبلغ المغصوب نصاب السرقة^(٨).

(١) انظر: اعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٤٧/٢-٤٨.

(٢) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٩/٤.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الحدود: ١٦٠/٨٥، رقم: ٦٧٨٨، ومسلم، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود: ١٣١٦/٣، رقم: ١٦٨٨.

(٤) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٠٤/٩، وانظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٩/٤، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٨١/١٣.

(٥) وقد مال ابن القيم للقول بالقطع. اعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ٤٧/٢-٤٨.

(٦) مختار الصحاح، الرازي: ص ٢٢٧، مادة غصب.

(٧) شرح مختصر خليل، الخرشي: ١٢٩/٦-١٣٠.

فالغاصب يستولي على حقوق الآخرين وأموالهم بالقهر والغلبة، وليس في الغصب الأخذ على سبيل الخفية كما في السرقة.

وقد أجمع الفقهاء على أنه ليس على الغاصب قطع إلا أن يكون محارباً، وإنما عليه التعزير، فيضرب ويسجن زجراً له ولأمثاله على وفق اجتهاد الحاكم^(٢).

جاء في الشرح الكبير: "وأدب غاصب مميّز صغير، أو كبير، بخلاف غيره كمجنون وصبي لم يميز لحق الله ﷻ، ولو عفا عنه المغضوب منه باجتهاد الحاكم، وإنما أدب الصبي؛ لأنه لدفع الفساد، وإصلاح حاله كما تضرب الدابة"^(٣).

رابعاً: المكابرة:

المكابرة لغة: مصدر الفعل كَابَرَ، وهو يعني المغالبة والمعادنة^(٤). والمكابر اصطلاحاً: هو "الآخذ علانية بطريق الغلبة والقهر"^(٥).

ويتفق كل من الغصب والمكابرة في أن كليهما استيلاء على أموال الناس ظلماً ومجاهرةً، ويختلفان في أن الغصب أعم من المكابرة، فالغصب عند جمهور الفقهاء يتحقق في الأموال غير المنقولة كالعقارات^(٦)، بخلاف المكابرة فتتحقق في المنقول فقط، كما أن المكابر يعتمد على الهرب بعد الجريمة بخلاف الغاصب.

وقد اختلف الفقهاء في حد السارق على سبيل المكابرة والمغالبة على أربعة أقوال.

القول الأول: للحنفية وفرقوا بين المكابرة ليلاً والمكابرة نهاراً...

(١) مغني المحتاج، الشريبي: ٣/٣٣٥.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ٨٠/١١، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٩/٤-٢٣٠، القوانين الفقهية، ابن جزي: ص ٢١٦،

ومغني المحتاج، الشريبي: ٣/٣٣٨.

(٣) الشرح الكبير، الدردير: ٣/٤٤٢.

(٤) انظر: المصباح المنير، الفيومي: ٥٢٣/٢، مادة كبر.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٤/٦٤.

(٦) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٣١/٣١.

وقالوا يجب القطع في المكابرة ليلاً؛ لأن الغوث بالليل قل ما يلحق صاحب البيت، وهو عاجز عن دفعه بنفسه، والسارق قد أخفى فعله عن الناس.

أما إذا كابر في المصر نهاراً فلا يلزمه القطع استحساناً، فعليه التعزير؛ لأن الغوث في المصر بالنهار يلحقه عادةً، فالأخذ مجاهر بفعله غير مستخف له، وذلك يمكن نقصاناً في السرقة^(١)، لقول النبي ﷺ: « ليسَ عَلَى خَائِنٍ، وَلَا مُنْتَهَبٍ، وَلَا مُحْتَلِسٍ قَطْعٌ »^(٢).

القول الثاني: لا قطع على السارق مكابرة، وهو قول المالكية في السارق مكابرة دون حراة، وظاهر قول الحزقي من الحنبلية^(٣)، فعليه التعزير، واستدلوا بما يأتي:

١- أنَّ السارق مكابرة لا ينطبق عليه وصف السارق ولا المحارب ولا الغاصب، ولو اعترف المكابر أنه غاصب فلا قطع عليه؛ لأن الغاصب لا قطع عليه^(٤).

٢- إنَّ المكابر في هذه الحالة مختلس؛ لأن في المصر يلحق به الغوث غالباً، فتذهب شوكة المعتدين، ويكونون مختلسين، والمختلس ليس بقاطع، ولا حد عليه^(٥).

القول الثالث: أنَّ السارق مكابرة يقام عليه حد قاطع الطريق، وهو قول الشافعية في الأصح في المكابرة في الليل، وقول أكثر الحنبلية في المكابرة عموماً؛ لأن ذلك إذا وجد في المصر كان أعظم خوفاً، وأكثر ضرراً، فكان اعتباره محارباً أولى^(٦).

القول الرابع: أنَّ السارق مكابرة في الليل يقام عليه حد السرقة، وهو قول ثالث عند الشافعية^(٧).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥١/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٦٦/٧، وحاشية ابن عابدين: ٩٩/٤.

(٢) تقدم تخريجه: ص ٢٠١.

(٣) انظر: التاج والإكليل، العبدري: ٤٢١/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٤٣/٤، ومنح الجليل، عlish: ٣٢٥/٩، والمغني، ابن قدامة: ١٤٤/٩.

(٤) انظر: الشرح الكبير، الدردير: ٣٤٣/٤، ومنح الجليل، عlish: ٣٢٥/٩.

(٥) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٤٤/٩.

(٦) انظر: روضة الطالبين، النووي: ١٥٥/١٠، والبيان، العمراني: ٥٠٢/١٢، والمغني، ابن قدامة: ١٤٤/٩.

(٧) انظر: روضة الطالبين، النووي: ١٥٥/١٠.

تعقيب وترجيح:

عند النظر في أقوال الفقهاء السابقة نجد أنها جميعاً تميل إلى اعتبار المكابر قاطعاً للطريق؛ فالحنفية أوجبوا القطع على المكابر عند فقد الغوث، وهذا يعني أن المكابر عندهم قاطع للطريق أصلاً. والمالكية اشترطوا في سقوط القطع عن المكابر ألا يكون محارباً، إلا أنني أرى أن هذا الشرط صعب التحقق؛ لأن من يستولي على أموال الناس بالقوة لا بد وأن يكون له قوة يجابه بها سلطة الدولة، وحينما استدلوا لسقوط الحد عن المكابر قالوا أنه مختلس؛ لأن الغوث يلحق الناس في المصر غالباً، وهذا يعني أنه في الأصل محارب سقط عنه الحد - برأيهم - لقرب الناس من غوث السلطة الحاكمة - علماً أن اشتراط بعد الناس عن الغوث في المحاربة أمر مختلف فيه، والراجح أنه لا يشترط -.

والشافعية في الأصح وأكثر الحنبلية قالوا بأنه قاطع للطريق، يقام عليه حد الحرابة، وهو الذي يراه الباحث راجحاً، فهو يأخذ أموال الناس بالغلبة والقهر، أي أنه يستولي على أموال الناس بالقوة، وهذه صفة قاطع الطريق. والله أعلم.

المطلب الثاني: أثر تخلف شرط من شروط المال المسروق في حد السرقة:

إنَّ جريمة السرقة لا تكون تامة إلا بتحقيق أركانها وشروطها، ومن هذه الشروط شروط تتعلق بالمال المسروق، والذي اشترط الفقهاء فيه أن يكون مالا، وأن يكون محترماً، وأن يكون محرراً وأن يبلغ نصاباً، فإذا لم تتحقق هذه الشروط؛ فإن جريمة السرقة لا تكون تامة، ولا يجب بها الحد، وإنما يعزر السارق على ارتكابه معصية ليس فيها عقوبة مقدرة.

وفيما يأتي أبين المسائل المتعلقة بتخلف أحد الشروط، وأثر ذلك على تطبيق حد السرقة على الجاني.

أولاً: أثر تخلف شرط النصاب في حد السرقة:

المراد بالنَّصاب في حدِّ السرقة؛ الحد الأدنى الذي إذا سرق أقل منه لم يقطع، وإذا سرقه أو أكثر منه قطع.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط النَّصاب لإقامة الحد في السرقة على قولين:

القول الأول: لجمهور فقهاء المذاهب الأربعة^(١) والظاهرية الذين اشترطوا لإقامة الحد على السارق أن يبلغ المسروق نصاباً^(٢)، فلا قطع في سرقة المال القليل.

واستدلوا بما يأتي:

١ - قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨].

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٧/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٥٦/٥، والذخيرة، القرافي: ١٤٣/١٢، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣٣/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١١٠/١٠، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٤/٩، والمغني، ابن قدامة: ١٠٥/٩.

(٢) اختلف الفقهاء في مقدار النصاب: فقال الحنفية: نصاب السرقة دينار أو عشرة دراهم، أو قيمة أحدهما، وقال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة: نصاب السرقة ربع دينار شرعي من الذهب أو ثلاثة دراهم شرعية خالصة من الفضة. أو قيمة ذلك من العروض والتجارات والحيوان، إلا أن التقويم عند المالكية والحنابلة في سائر الأشياء المسروقة عدا الذهب والفضة يكون بالدراهم. وعند الشافعية بالربع دينار. والدينار يساوي: (٢٥،٤ غرام ذهب) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: ١/١٤٦ - ٧/٥٤٣٣ - ٥٤٣٤.

وجه الاستدلال أَنَّ الله ﷻ أوجب القطع على السَّارِق والسَّارِقَة، والسارق اسم مشتق من معنى؛ وهو السرقة، والسرقة اسم للأخذ على سبيل الاستخفاء، وما يسرق خفية هو ما له قيمة، وما لا قيمة له لا خطر له، فلم يكن أخذه سرقة، فكان إيجاب القطع على السارق اشتراطاً للنصاب دلالة^(١).

٢- حديث عائشة رضي الله عنها، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تُقَطَّعُ يَدُ السَّارِقِ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا^(٢)». وفي رواية أخرى «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقَطُّعُ السَّارِقَ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا^(٣)»^(٤).
٣- حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «قَطَّعَ فِي مِحْنٍ^(٥) ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ^(٦)»^(٧).

وجه الاستدلال من الأحاديث السابقة أَنَّ النبي ﷺ كان يقيم حد السرقة إذا بلغ المسروق نصاباً معيناً.

٣- إِنَّ الصَّحَابَةَ رَضُوا أَجْمَعُوا عَلَى اعْتِبَارِ النَّصَابِ، وَإِنَّمَا جَرَى الْاِخْتِلَافُ بَيْنَهُمْ فِي التَّقْدِيرِ، وَاِخْتِلَافُهُمْ فِي التَّقْدِيرِ إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ عَلَى أَنَّ أَصْلَ النَّصَابِ شَرْطٌ^(٨).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٧/٧.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها: ١٣١٢/٣، رقم: ١٦٨٤.

(٣) متفق عليه من طريق البخاري، كتاب الحدود، باب قوله تعالى: والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما [المائدة: ٣٨] وفي كم يقطع: ١٦٠/٨، رقم: ٦٧٨٩، ومسلم، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها: ١٣١٢/٣، رقم: ١٦٨٤. واللفظ لمسلم.

(٤) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٥٦/٥، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٦٥/٥.

(٥) المِحْن: هُوَ التُّرْس. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ٣٠١/٤.

(٦) متفق عليه من طريق البخاري، كتاب الحدود، باب قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] وفي كم يقطع: ١٦١/٨، رقم: ٦٧٩٥، ومسلم، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها: ١٣١٣/٣، رقم: ١٦٨٦. واللفظ للبخاري.

(٧) انظر: كشاف القناع، البهوتي: ١٣١/٦.

(٨) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٧/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٥٦/٥، والمبدع، ابن مفلح: ٤٣٣/٧.

٤ - إنَّ الحقير مطلقاً تقلل الرغبات فيه فلا يحرز، ولا يتحقق بأخذه ركن الخفية، ولا تتحقق فيه حكمة وجوب القطع، وهو الزجر؛ لأنه يشرع فيما يغلب من الجرائم، وما لا يغلب لا يحتاج إلى شرع الزاجر؛ لأنه لا يتعاطى فلا حاجة إلى الزجر عنه^(١).

القول الثاني: وهو قول ابن بنت الشافعي (٢٧٠هـ)^(٢)، وذهب إلى وجوب القطع في القليل والكثير^(٣).

ودليل هذا القول ما يأتي^(٤):

١ - عموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨].

٢ - حديث النبي ﷺ قال: «لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ، يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ، وَيَسْرِقُ الْحَبْلَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ»^(٥).

وجه الدلالة أنَّ رسول الله ﷺ عمَّ كل سرقة حتى سرقة البيضة والحبل، ولو أنه ﷺ أراد مقداراً من مقدار لبينه.

٣ - إنَّ سارق القليل سارق من حرز، فتقطع يده، كسارق الكثير.

(١) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٥٦/٥.

(٢) هو أحمد بن محمد بن عبد الله بن محمد بن العباس بن عثمان بن شافع، أبو محمد، ويقال أبو عبد الرحمن، ابن بنت الشافعي، كان جليلاً فاضلاً واسع العلم، ولم يكن في آل شافع بعد الشافعي مثله، سرت إليه بركة جده، توفي سنة: (٢٧٠هـ). طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ١٨٦/٢، تهذيب الأسماء واللغات، النووي: ٢٩٦/٢-٢٩٧.

(٣) انظر: روضة الطالبين، النووي: ١١٠/١٠، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٦٥/٥.

وقال بهذا القول أيضاً الحسن البصري، وداود، والخوارج. فتح القدير، ابن الهمام: ٣٥٦/٥. وهو قول الحسن البصري، وداود، والخوارج. فتح القدير، ابن الهمام: ٣٥٦/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٠٥/٩، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٠/٤.

(٤) انظر: مغني المحتاج، الشريبي: ٤٦٥/٥. وانظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٠/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٠٥/٩.

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾: ١٦١/٨، رقم: ٦٧٩٩، مسلم، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصاها: ١٣١٤/٣، واللفظ لمسلم.

المناقشة والترحيح:

- ١ - رد الجمهور على الاستدلال بعموم الآية بأنها مخصوصة بالأحاديث السابقة^(١).
- ٢ - رد الجمهور على الاستدلال بحديث: «لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ، يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ، وَيَسْرِقُ الْحَبْلَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ» بما يأتي:
 - أ- إنَّ الحبل والبيضة يحتمل أن تساوي النصاب، فقد كانوا يرون أنها بيضة السلاح المصنوعة من الحديد، والحبل كحبل السفينة^(٢). أو أن المراد جنس البيض والحبال^(٣).
 - ب - إنَّ المراد التنبيه على عظيم ما خسر وهي يده في مقابلة حقير من المال وهو ربع دينار، فإنه يشارك البيضة والحبل في الحقارة^(٤).
 - ج- إن المراد تخيير شأن السارق، وأنه إذا جعل السرقة عادةً له جرأه ذلك على سرقة ما فوق البيضة والحبل حتى يبلغ إلى المقدار الذي تقطع به الأيدي، أو أن المراد المبالغة في التنفير عن السرقة وجعل ما لا قطع فيه بمنزلة ما فيه القطع^(٥).
- ويرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط النصاب في السرقة لإيجاب القطع على السارق، حيث إن أدلتهم صريحة في دلالتها على ذلك وهي في الصحاح، وقد خصت عموم الآية التي استدل بها القول المخالف، ودليلهم الآخر رد عليه بما سبق. والله أعلم.
- قال الإمام النووي(٦٧٦هـ)^(٦) في رأي ابن بنت الشافعي: "هذا غلط مخالف للأحاديث الصحيحة الصريحة في اعتبار ربع دينار"^(٧).

(١) مغني المحتاج، الشريبي: ٤٦٥/٥.

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٥٦/٥، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٦٦/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٠٥/٩.

(٣) انظر: مغني المحتاج، الشريبي: ٤٦٦/٥.

(٤) شرح صحيح مسلم، النووي: ١٨٣/١١.

(٥) انظر: مغني المحتاج، الشريبي: ٤٦٦/٥، ونيل الأوطار، الشوكاني: ١٥١/٧.

(٦) تقدمت ترجمته: ص ٤٠.

(٧) روضة الطالبين، النووي: ١١٠/١٠.

ويتفرع على اشتراط النصاب المسائل التالية:

١ - أثر نقص قيمة المسروق عن النصاب بعد السرقة:

إذا نقصت قيمة المسروق بهلاك بعضه في يد السارق بعد الخروج به من الحرز، فالعبرة اتفاقاً بقيمة المسروق وقت السرقة^(١)؛ لأن هلاك الكل لا يمنع من إقامة الحد، فهلاك بعضه أولى بألا يمنع من إقامته^(٢).

أما إذا كان سبب النقصان نزول سعر المسروق فقد اختلف الفقهاء في عقوبة السارق في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: وهو ظاهر الرواية عند الحنفية كما ذكر الكرخي^(٣) أن الاعتبار بقيمة المسروق وقت الإخراج من الحرز ووقت الحكم معاً، فإذا نقصت قيمة المسروق عن النصاب قبل الحكم، فلا حد على السارق، فعليه التعزير؛ لأنه لا دخل للسارق في ذلك؛ ولأن النقص عند الحكم يورث شبهة تدرأ الحد^(٤).

ومثل هذه المسألة ما لو سرق في بلد فقبض عليه في بلد آخر، وقيمة المسروق فيه أنقص فعلى هذا القول عندهم لا قطع على السارق حتى تكون قيمة المسروق نصاباً في البلدين^(٥).

القول الثاني: وهو رواية محمد عن أبي حنيفة^(٦)، ورجحها الطحاوي^(٧)، وقول المالكية والشافعية والحنبلية، وذهبوا إلى أنه لو نقصت قيمة المسروق عن النصاب بعد الإخراج من الحرز فلا

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣٤/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١١٣/١٠، والمبدع، ابن مفلح: ٤٣٥/٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٢٦٤/١٠.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧.

(٣) تقدمت ترجمته: ص ١٣٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٠/٥.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٠/٥.

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧.

(٧) هو أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي، أبو جعفر الطحاوي، الفقيه الإمام الحافظ، نسبته إلى " طحاء " قرية بصعيد مصر، صاحب المزني الشافعي وتفقه به، ثم ترك مذهبه وصار حنفي المذهب، توفي بالقاهرة سنة: ٣٢١هـ، من تصانيفه " أحكام

أثر لذلك على إقامة الحد^(١)؛ لأن ذلك حدث بعد وجوب الحد، ولم يوجد شبهة في الوجوب فلم يؤثر في الحد^(٢)، ولأن نقصان السعر دون نقصان العين؛ لأن ذلك لا يؤثر في المحل، وهذا يؤثر فيه، ثم نقصان العين لم يؤثر في إسقاط القطع، فنقصان السعر أولى^(٣).

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث رأي الحنفية بسقوط الحد لما يأتي:

١- إنَّ نقص قيمة المسروق وقت الحكم يورث شبهة تدرأ الحد كما قال الحنفية، والحدود تدرأ بالشبهات، وأما قول الجمهور إنَّ النقص حدث بعد وجوب الحد فلا يؤثر في وجوبه فمسلم، لكنَّ نقص قيمة المسروق عن النصاب وقت الحكم يورث شبهة في استمرار وجوبه.

٢- إن قول الجمهور إن نقصان العين لم يؤثر في سقوط الحد فكذلك نقصان السعر فقياس مع الفارق؛ لأن نقصان العين تم بفعل السارق أو بسببه، أما نقصان قيمة المسروق فلا يد للسارق فيها.

٢- أثر الاشتراك في سرقة النصاب:

لو اشترك جماعة في سرقة، فحصل لكل واحد منهم نصاب، فعلى كل واحد منهم القطع باتفاق الفقهاء.

أما إن سرت جماعة مالا يساوي نصاباً، دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاب، فاختلف الفقهاء في عقوبتهم هل هي القطع للجميع، أم يدرأ القطع ليحل محله التعزير على قولين:

القول الأول: للحنفية والشافعية، وقالوا لا قطع عليهم، فعليهم التعزير؛ لأن كل واحد منهم لم يسرق نصاباً^(٤).

القرآن، و "شرح مشكل الآثار" وهو آخر تصانيفه، و "العقيدة" المشهورة بالعقيدة الطحاوية، و "الاختلاف بين الفقهاء" وغيرها. انظر: الجواهر المضية، محي الدين الحنفي: ١٠٢/١ وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٢٠٦/١.

(١) انظر: الشرح الكبير، الدردير: ٣٣٤/٤، والمهذب، الشيرازي: ٣٦٣/٣، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٦٥/٥، والمبدع، ابن مفلح: ٤٣٥/٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٢٦٤/١٠.

(٢) المهذب، الشيرازي: ٣٦٣/٣.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٨/٧، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٦٥/٥.

القول الثاني: للمالكية والحنبلية، وقالوا يقطعون جميعاً، واستدلوا بأنّ النصاب أحد شرطي القطع، فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد، قياساً على هتك الحرز؛ ولأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع حفظاً للمال، فاستوى فيه الواحد والجماعة^(١).

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الحنفية والشافعية من عدم القطع؛ وذلك أن كل واحد من الجماعة لم يسرق نصاباً، وبالتالي فقد الحد أحد شروطه.

وقد مال ابن قدامة (٥٦٢٠هـ) من الحنبلية إلى هذا القول، فقال في كتابه المغني في هذه المسألة: "وهذا القول [أي عدم القطع] أحب إلي؛ لأن القطع هاهنا لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه، فلا يجب، والاحتياط بإسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه؛ لأنه مما يدرأ بالشبهات"^(٢).

وقد أوضح ابن رشد (٥٩٥هـ)^(٣) في بداية المجتهد سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة، وبين أن القائلين بالقطع نظروا إلى حرمة المال ووجوب حفظه، والقائلين بسقوط القطع نظروا إلى حرمة اليد، وقالوا لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة^(٤).

وإن الجملة الأخيرة تؤكد وجود الشبهة الدائرة للحد في هذه المسألة، وهي قطع أيد كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة، والحدود تدرأ بالشبهات. والله أعلم.

٣- أثر سرقة النصاب من أحراز متعددة:

لا بد لإيجاب القطع على السارق أن يكون النصاب المسروق مأخوذاً من حرز واحد، سواء أكان المسروق لواحد أم لجماعة، وهو ما نص عليه الحنفية والمالكية والشافعية^(٥)، وقواعد المذهب

(١) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٢/٤، القوانين الفقهية، ابن جزي: ص ٢٣٦، والمغني، ابن قدامة: ١٤٠/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ٢٦٧/١٠.

(٢) المغني، ابن قدامة: ١٤٠/٩.

(٣) تقدمت ترجمته: ص ١٢٦.

(٤) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٢/٤.

(٥) انظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٥٥/٥، وحاشية ابن عابدين: ٨٥/٤، والذخيرة، القراني: ١٤٩/١٢، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣٠٩/٦، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٧٣/١٣، والبيان، العمراني: ٥٠٣/١٢.

الحنبلية لا تأباه؛ فلو سرق نصف نصاب من حرز ونصفاً آخر من حرز آخر لم يقطع؛ لأنهما سرقتان مختلفتان من حريزين مختلفين، فلا محل للقطع فيهما.

٤- أثر سرقة النصاب من حرز واحد على دفعات:

وصورة المسألة أن يسرق النصاب من حرز واحد، كأن يهتك الحرز ويأخذ منه ما لا يساوي نصاباً، ثم يعود إليه فيأخذ تمام النصاب المقدر في القطع. وهذه السرقة تكون على وجهين:

الوجه الأول: أن تكون السرقات في أوقات متقاربة بحيث لا يتخللها علم المالك وإطلاعه على السرقة، ففي هذه الحالة تعتبر السرقة واحدة توجب القطع عند الحنفية والأصح عند الشافعية ووجهه عند الحنبلية^(١).

والوجه الثاني: أن تكون السرقات في أوقات متباعدة بحيث يتخللها علم المالك وإطلاعه بهتك الحرز، ففي هذه الحالة لا يجب القطع على السارق عند الحنفية والشافعية والحنبلية، فعليه التعزير؛ لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة لا تبلغ نصاباً^(٢).

ثانياً: أثر تخلف شرط الحرز في حد السرقة:

الحرز في اللغة: المكان الذي يُحفظ فيه، والجمع أحرار^(٣)، ومن معانيه أيضاً الموضع الحصين، يُقال: هذا حرز حريز^(٤).

واصطلاحاً: هو "الموضع الذي يحرز فيه المسروق من دار أو حانوت أو ظهر دابة أو سفينة مما جرت عادة الناس أن يحفظوا فيه أموالهم"^(٥).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: ٨٥/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٦٥/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٩/٩.

(٢) انظر: المصادر السابقة نفسها.

(٣) المصباح المنير، الفيومي: ١٢٩/١، مادة حرز.

(٤) لسان العرب، ابن منظور: ٣٣٣/٥، مادة حرز.

(٥) القوانين الفقهية، ابن جزى: ص ٢٣٦.

وقد اتفقت المذاهب الأربعة على اشتراط كون المال المسروق قد سرق من حرز مثله لإيجاب الحد على السارق^(١)، فإذا كانت السرقة من غير حرز المثل كانت معصية لا حد فيها فيجب فيها التعزير كعقوبة بديلة عن الحد. جاء في فتح القدير: "ثم الإخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم"^(٢). والحرز عند الفقهاء هو ما عدّه الناس حرزاً؛ لأن اعتباره ثبت بالشرع من غير بيان، فيردُّ إلى عرف الناس فيه؛ حيث لا طريق إلى معرفته إلا من جهة العرف، كما رُجع إلى العرف في معرفة القبض والفرقة في البيع وأشباه ذلك، وأعراف الناس تتفاوت؛ ولذلك يختلف حرز كل مال من مكان إلى آخر بحسب العرف^(٣).

واستدل الجمهور على اشتراط الحرز بما يأتي:

١ - حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: سئل رسول الله ﷺ في كم تقطع اليد؟ قال: «لَا تُقَطَّعُ الْيَدُ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ، فَإِذَا ضَمَّهُ الْجَرِينُ^(٤) قُطِعَتْ فِي ثَمَنِ الْمِجَنِّ^(٥)، وَلَا تُقَطَّعُ فِي حَرِيسَةِ الْجَبَلِ^(٦)، فَإِذَا آوَى الْمَرَاخَ^(٧) قُطِعَتْ فِي ثَمَنِ الْمِجَنِّ»^(٨).

(١) فتح القدير، ابن الهمام، ٣٨٠/٥، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٢/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١٢١/١٠، والمغني، ابن قدامة: ١١٠/٩.

وخالف في ذلك الظاهرية وقالوا بوجوب القطع في سرقة النصاب ولو كان من غير حرز. المحلى، ابن حزم: ٣٠٣-٣٠٠/١٢. وحكي عن عائشة، والحسن، النخعي، فيمن جمع المتاع، ولم يخرج به من الحرز، عليه القطع، وعن الحسن مثل قول الجماعة. وحكي عن داود أنه لا يعد الحرز؛ لأن الآية لا تفصيل فيها. وهذه أقوال شاذة، غير ثابتة عن نقلت عنه. فتح القدير، ابن الهمام: ٣٨٠/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٠/٩.

(٢) فتح القدير، ابن الهمام: ٣٨٠/٥.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام، ٣٨٠/٥، وبداية المجتهد ابن رشد: ٣٢٦/٦، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٤٧٤/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٠/٩.

(٤) الجرين: هو موضعٌ يُخْفِى الثَّمر، وهو له كالبَيْدَر للحنطة. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ٢٦٣/١.

(٥) المِجَنُّ: هو الثَّرْسُ. مختار الصحاح، الرازي، مادة جنن.

(٦) الحريسة: ما يحرس في الجبل من الماشية. انظر: النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ٣٦٧/١.

(٧) المَرَاخُ: هو الموضع الذي تروخ إليه الماشية: أي تأوي إليه ليلاً. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ٢٧٣/٢.

(٨) أخرجه النسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب الثمر المعلق يسرق: ٨/٨٤، رقم: ٤٩٥٧، ورواه بألفاظ أخرى: البيهقي في السنن الصغرى، كتاب الحدود، باب القطع في كل ما له ثمن إذا سرق من حرز وبلغ نصاباً: ٣/٣١٠، رقم: ٢٦١٥،

وجه الاستدلال أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ منع القطع في الثمر المعلق أو ما يحرس في الجبل؛ لأنَّ هذه الأشياء غير محرزة، وعلق القطع على وضع الثمر في الجرين، وإيواء المراح للحريسة، فدل على أن الحرز شرط في القطع في السرقة^(١).

٢- حديث رافع بن خديج^(٢)، قَالَ: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثْرٍ^(٣)»^(٤). وجه الاستدلال أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أسقط القطع في الثمر لأنَّه غير محرز^(٥).

٣- إِنَّ ركن السرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء، والأخذ من غير حرز لا يحتاج إلى الاستخفاء فلا يتحقق ركن السرقة^(٦).

٤- إِنَّ القطع وجب لصيانة الأموال قطعاً لأطماع السراق عن أموال الناس، والأطماع إنما تميل إلى ما له خطر في القلوب، وغير المحرز لا خطر له في القلوب عادةً، فلا تميل الأطماع إليه، فلا

ومالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ما يجب فيه القطع: ٨٣١/٢، رقم: ٢٢، وهو مرسل.

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٣/٧، حاشية السيوطي على سنن النسائي: ٨٥/٨.

(٢) هو الصحابي الجليل رافع بن خديج بن رافع الأنصاري الأوسي الحارثي، يكنى أبا عبد الله، وقيل: أبو خديج، شهد أحداً والخندق وأكثر المشاهد، توفي في المدينة متأثراً من جراحة يوم أحد سنة: (٧٤هـ)، له ٧٨ حديثاً. انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٣٨/٢، والأعلام، الزركلي: ١٢/٣.

(٣) أَكْثَرُ: الْكَثْرُ بفتح الخاء، جُمَار النَّخْل، وَهُوَ شَعْبُهُ الَّذِي وَسَطُ النَّخْلَةِ. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ١٥٢/٤.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه: ٨٣٩/٢، رقم: ٣٢، وأحمد في مسنده: ١٠٣/٢٥، رقم: ١٥٨٠٤، أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه: ١٣٦/٤، رقم: ٤٣٨٨، والترمذي في سننه، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر: ٥٢/٤، رقم: ١٤٤٩، والنسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب قطع السارق: ٨٦/٨، رقم: ٤٩٦٠، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب لا يقطع في ثمر ولا كثر: ٨٦٥/٢، رقم: ٢٥٩٣، وابن حبان، كتاب الحدود، باب حد السرقة: ٣١٧/١٠، رقم: ٤٤٦٦، والدارمي في سننه، كتاب الحدود، باب ما لا يقطع فيه من الثمار: ١٤٨٥/٣، رقم: ٢٣٥٠، والبيهقي في السنن الصغرى، كتاب الحدود باب القطع في كل ما له ثمن إذا سرق من حرز، وبلغ نصاباً: ٣١٠/٣، رقم: ٢٦١٤. قال الطحاوي: هذا الحديث تلقت العلماء متنه بالقبول. التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني: ١٢١/٤.

(٥) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٨٠/١٣.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٣/٧.

حاجة إلى صيانتته بالقطع^(١)، والجنائية تعظم أيضاً بمخاطرة الجاني أخذ المال من الحرز، فوجب القطع زجراً له^(٢).

٤- إنَّ الإنسان لا يقدر على حفظ ماله بنفسه باستمرار، فأقيمت الأحراز مقام الأنفس في الحفظ والصيانة^(٣).

وفيما يخص شرط الحرز في السرقة فقد اتفق الفقهاء في بعض الفروع المتعلقة بهذا الشرط، واختلفوا في بعضها الآخر.

فشرط الحرز نفسه يتفرع عليه مسائل كثيرة متعلقة بالشروط المطلوب توافرها في إخراج المال من الحرز وفي الحرز نفسه، فإذا لم تتحقق تلك الشروط فإن السرقة لا يجب بها القطع وإنما التعزير كعقوبة بدلية عن العقوبة الأصلية والتي هي القطع.

أمّا شروط الحرز المتفق عليها فيمكن أن نضعها في بندين رئيسيين يضمنان في طياتهما الكثير من الفروع المتعلقة بشرط الحرز مما اختلف الفقهاء في تفاصيله.

أولاً: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة في الجملة لإيجاب القطع في السرقة على أنَّ السَّارق يجب أن يأخذ المال من حرزه المعتاد، ويخرجه خارج الحرز، فإذا لم يتحقق هذا الشرط فالسرقة غير تامة، ولا يجب بها القطع؛ وإنما التعزير؛ فالسرقة من غير حرز، والسرقة من حرز منقوب، ونقب الحرز أو دخوله دون إخراج المال، كل ذلك يعد سرقة غير تامة ليس فيها القطع وإنما فيها التعزير^(٤).

ثانياً: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أنَّ الحرز لا بدَّ أن يكون غير مأذون للسارق بالدخول فيه، فإذا كان مأذوناً له بالدخول في الحرز فإنَّ السرقة لا يجب بها القطع وإنما التعزير، وذلك كسرقة

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٧٣.

(٢) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٥/٤٧٤.

(٣) الحاوي الكبير، الماوردي: ١٣/٢٨١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٦٥-٦٦، والمبسوط، السرخسي: ٩/١٥٠، والمدونة، الإمام مالك: ٤/٥٣٢، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٤/٢٣٣، والحاوي الكبير، الماوردي: ١٣/٢٩٢، وما بعدها، والمغني، ابن قدامة: ٩/١١٧، والمبدع، ابن مفلح: ٧/٤٣٨.

الضيف من مال المضيف، وسرقة الأجير من الموضع الذي أذن له بالدخول فيه، وسرقة الميغسل مال الحمام، وسرقة الخادم مال المخدم، وغير ذلك^(١).

وما وقع فيه الخلاف من المسائل المتعلقة بشرط الحرز فهي كثيرة أقتصر منها هنا على ما يأتي:

١- السرقة دون الدخول في الحرز:

إذا نقب السارق الحرز وأخذ المال دون أن يدخل في الحرز؛ كأن يكسر الجدار أو الباب ويدخل يده ويخرج المال، أو يخرج المال من الحرز بآلة معينة، فللفقهاء قولان في عقوبة السارق في هذه الحالة. القول الأول: لأبي حنيفة ومحمد وقالوا لا قطع عليه، فعليه التعزير^(٢).

واستدلوا بما يأتي^(٣):

- ١- ما روي عن أبي عبيدة بن الجراح^(٤) رضي الله عنه أنه قال: «إِذَا كَانَ اللَّصُّ ظَرِيفًا لَمْ يُقَطَّعْ»^(٥)، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً، واللص الظريف هو من يدخل يده إلى الدار ويمكنه دخولها.
- ٢- إنَّ من شروط القطع في السرقة هتك الحرز على سبيل الكمال؛ لأنَّ به تتكامل الجناية، ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلا بالدخول، بخلاف الأخذ مما لا يتصور فيه الدخول كالصندوق؛ لأنَّ هتكها بالدخول متعذر، فكان الأخذ بإدخال اليد فيها هتكاً متكاملًا فيقطع.

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٠/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧٣/٧-٧٥، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣١٢/٦، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢١٥/٢، والمهذب، الشيرازي: ٣٥٩/٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٤٩/٩، والمغني، ابن قدامة: ١١٥/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٤١/٧.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٤٧/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٦٦/٧.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٤٧/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٦٦/٧.

(٤) هو الصحابي الجليل عامر بن عبد الله بن الجراح، أبو عبيدة، مشهور بكنيته، وهو أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وشهد بدرا وأحدا والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، وهو من السابقين إلى الإسلام، وهاجر إلى الحبشة وإلى المدينة أيضاً، وكان يدعى القوي والأمين، توفي سنة: (١٨هـ). انظر: الإصابة، ابن حجر العسقلاني: ٤٧٥/٣ وما بعدها، والأعلام الزركلي: ٢٥٢/٣.

(٥) رواه الشاشي في مسنده: ٩٨/٢، رقم: ٦٢٣.

القول الثاني: عليه القطع، وهو قول المالكية والشافعية والحنبلية وأبو يوسف من الحنفية^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١ - حديث جابر رضي الله عنه في قصة كسوف الشمس وفيه: «وَحَتَّى رَأَيْتُ فِيهَا صَاحِبَ الْمِحْجَنِ^(٢) يَجْرُ قُصْبُهُ^(٣) فِي النَّارِ، كَانَ يَسْرِقُ الْحَاجَّ بِمِحْجَنِهِ»^(٤).

وجه الاستدلال أَنَّ رسول الله ﷺ أجرى على السارق بمحجنه حكم السرقة اسماً ووعيداً، مع أنه لم يكن يدخل الحرز^(٥).

ومن المعقول استدلووا بما يأتي^(٦):

١ - إِنَّ الركن في السرقة هو الأخذ من الحرز، فأما الدخول في الحرز فليس بركن، كما أن هتك الحرز هو القدرة على ما فيه، وإخراج المسروق بفعله، وهذا موجود فيما إذا رمى المسروق من داخل الحرز، أو جذبه من خارجه.

٢ - لو سقط القطع في هذه الحالة، لصار ذلك ذريعةً إلى انتهاك الأموال بغير زاجر ولا مانع، وهذا فساد.

المناقشة والترحيح:

والذي يراه الباحث راجحاً هو ما ذهب إليه الجمهور من وجوب القطع في هذه الحالة لما يأتي:

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٦/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٩٠/٥، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣١٢/٦، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣٨/٤، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٩٤/١٣، والمهذب، الشيرازي: ٣٥٨/٣، والمغني، ابن قدامة: ١١٧/٩.

(٢) المِحْجَنُ والمِحْجَنَةُ: العصا المَعْوَجَّةُ. تاج العروس، الزبيدي: ٣٩٩/٣٤، مادة حجن.

(٣) القُصْب: والأُمعاء. غريب الحديث، ابن الجوزي: ٢٤٧/٢.

(٤) أخرجه مسلم، كتاب الكسوف، باب ما عرض على النبي ﷺ في صلاة الكسوف من أمر الجنة والنار: ٦٢٣/٢، رقم: ٩٠٤.

(٥) الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٩٤/١٣.

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٦/٧، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٩٤/١٣.

١- إن استدلال الحنفية بقول أبي عبيدة بن الجراح بأن اللص الظريف لا يقطع، مردود بأن اللص الظريف قد فُسِّرَ بأكثر من معنى؛ فقد فُسِّرَ بأنه الذي يدَّعي أنَّ المسروق ملكه^(١)، وفُسِّرَ بأنه الذي يشترك مع آخر في السرقة بحيث ينقب أحدهما الحرز ويأخذ الآخر المال^(٢)، والدليل إذا طرقة الاحتمال سقط به الاستدلال.

٢- توافر شروط القطع في هذه الحالة من هتك الحرز وإخراج المال خارجه، أمّا اشتراط دخول الحرز فرد عليه بما سبق من أدلة، كما أنَّه يؤدي إلى اتخاذ السَّرقة من خارج الحرز وسيلة للتخلص من القطع في السرقة، وانتشار هذا النوع من السرقات. والله أعلم.

٢- استهلاك المسروق داخل الحرز:

ولهذه المسألة عدة حالات:

الحالة الأولى: أن يدخل السارق الحرز ويأكل طعاماً يساوي نصاباً، فلا يقطع باتفاق المذاهب الأربعة، وعليه الضمان والتعزير^(٣).

الحالة الثانية: أن يدخل السارق الحرز ويأخذ ديناراً أو جوهرةً تساوي نصاباً فيبتلعها. فإن لم تخرج خارج الحرز فلا قطع عليه باتفاق المذاهب الأربعة؛ لأنه استهلكها داخل الحرز^(٤). وإن خرجت الجوهرة أو الدينار من جوفه خارج الحرز، فللفقهاء قولان في عقوبة السارق في هذه الحالة:

(١) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١٠٩.

(٢) انظر: الأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣٣٢.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٠/٥، ومنح الجليل، عlish: ٣١٠/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٨٧/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٨/٩.

(٤) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٠/٥، ومنح الجليل، عlish: ٣١٠/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٨٧/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٨/٩.

القول الأول: لا يقطع؛ لأنه استهلك المسروق داخل الحرز، وهو قول الحنفية وقول عند الشافعية ووجه عند الحنبلية، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير؛ لأنه ملجأ إلى إخراجها؛ لأنه لا يمكنه الخروج بدونها^(١).

القول الثاني: عليه القطع، وهو قول المالكية والأصح عند الشافعية ووجه عند الحنبلية؛ لأنه أخرج المسروق في وعائه، فأشبهه إخراجها في كفه^(٢).

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث القول بوجوب القطع لما يأتي:

- ١- تحقق شروط القطع من هتك الحرز وإخراج المال وانتفاء الشبهة.
- ٢- ما استدل به الحنفية بأن السارق استهلك المال داخل الحرز مردود بأنه لم يستهلكه؛ لأن الاستهلاك يكون بحيث لا يمكن استرداد المال، وفي هذه الحالة أمكن استرداده خارج الحرز.
- ٣- ما استدل به الحنفية بأنه ملجأ إلى إخراجها، يرد عليه بأن ابتلاع المال هو جزء من الجريمة، ووسيلة لإخراج المال دون أن ينتبه أحد، فلا يكون ذلك سبباً في سقوط القطع عن السارق.
- ٣- انتشر هذا النوع من السرقات في العصر الحاضر، واتخذ وسيلة لإخفاء الجرائم كما في تهريب المخدرات المحرمة والممنوعة عبر الحدود، فينبغي تطبيق العقوبة المنصوص عليها بحق المجرمين المتخذين هذه الطريقة. والله أعلم.

٣- سرقة الحرز نفسه:

اختلف الفقهاء في عقوبة سرقة الحرز على قولين:

القول الأول: للحنفية، وقالوا لا قطع في سرقة الحرز؛ لأن وجوب القطع بسرقة الحرز لا بسرقة الحرز، فلا قطع عندهم بسرقة باب البيت، أو سرقة البيت المصنوع من الشعر.

(١) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٠/٥، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٥٥/٥، والمهذب، الشيرازي: ٣٥٨/٣، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٩٦/١٣، والمغني، ابن قدامة: ١١٨/٩.

(٢) انظر: منح الجليل، عليش: ٣١٠/٩، والمهذب الشيرازي: ٣٥٨/٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٨٧/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٨/٩.

القول الثاني: يجب القطع بسرقة الحرز، وهو قول المالكية والشافعية والحنبلية^(١)، واستدلوا بأن ما كان حرزاً لغيره أولى أن يكون حرزاً لنفسه، والأبواب تحرز عادةً بنصبها في محلها، فافتضى ذلك أن يكون الباب حرزاً لنفسه كسائر الأحرار^(٢).

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث رأي الجمهور بوجوب القطع بسرقة الحرز نفسه؛ لأن باب الحرز محرز بنفسه في عرف الناس وعاداتهم في كل زمن، ولو لم يكن الحرز محرزاً بنفسه فهذا يعني بقاءه غير محرز باستمرار، وتعدّر إحرازه، وإسقاط القطع يوصل السرّاق لحيلة لإسقاط الحد؛ بأن يسرق بعضهم باب الحرز، ويسرق الباقي من المال من الحرز المنتهك. والله أعلم.

٤ - السرقة من الغاصب والسارق:

اشتراط الفقهاء لإقامة حد السرقة على السارق أن يكون للمسروق منه يداً صحيحة على المال المسروق؛ بأن يكون مالكاً له أو وكيل المالك أو مضارباً أو مودعاً أو مستعيراً أو دائناً مرتهناً أو مستأجراً أو عامل قراض أو قابضاً على سوم الشراء؛ لأن هؤلاء ينوبون مناب المالك في حفظ المال وإحرازه، وأيديهم كيده^(٣).

أما إن كانت يد المسروق منه غير صحيحة على المال المسروق، كما لو كان غاصباً أو سارقاً، فهؤلاء وإن كانوا ضامنين للمال عند جمهور الفقهاء، إلا أنهم ليسوا مالكين للمال، وأحرازهم غير معتبرة، فقد اختلف الفقهاء في حكم السرقة منه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية وذهبوا إلى التفريق بين السارق من الغاصب والسارق من السارق؛ حيث ذهبوا إلى عدم إقامة الحد على السارق من السارق، فعليه التعزير؛ لأن يد السارق ليست بيد صحيحة إذ ليست يد ملك، ولا يد أمانة، ولا يد ضمان، فكان الأخذ منه كالأخذ من الطريق.

(١) المدونة، الإمام مالك: ٥٣٣/٤، والمهذب، الشيرازي: ٣٥٦/٣، والمغني، ابن قدامة: ١١٤/٩.

(٢) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٩١/١٣.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٠/٧، والشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٣٣٦/٤، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري:

١٣٨/٤، والمغني، ابن قدامة: ١١٦/٩.

أما فيما يخص السارق من الغاصب فيقام عليه الحد عندهم؛ لأنَّ منفعة يده عائدة إلى المالك، فكانت يده يد المالك من وجهه، ولأنَّ المغصوب مضمون على الغاصب، وضمان الغصب ضمان ملك فأشبهه يد المشتري^(١).

القول الثاني: للمالكية وقول عند الشافعية، وذهبوا إلى إقامة الحد على السارق من السارق أو الغاصب؛ لأنه سرق مالاً محرراً لا شبهة له فيه^(٢).

القول الثالث: للشافعية في الأصح والحنبلية، وذهبوا إلى عدم إقامة الحد على السارق من الغاصب، ولا على السارق من السارق، واستدلوا بأن المال في غير حرز مستحق، فصار كغير المحرز؛ وبأنه لم يسرق المال من مالكه، ولا ممن يقوم مقامه، فأشبه ما لو وجده ضائعاً فأخذه^(٣).

المناقشة والترحيع:

يرجح الباحث ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من سقوط القطع لما يأتي:

١- إن حرز السارق والغاصب غير معتبر شرعاً، فهو كالمعدوم، وحتى لو اعتبر ففيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

٢- إن ضمان المال للمالك من قبل الغاصب جاء صيانة للأموال وحفظاً لها من الضياع، تحقيقاً لمقاصد الشريعة الغراء في ذلك، وهذا الضمان يضاف إلى العقوبة التعزيرية المفروضة بحق الغاصب، ولا يعني هذا الضمان أن يد الغاصب معتبرة بأي وجه من الأوجه، وبذلك يسقط ما استدل به الحنفية من اعتبار يد الغاصب قائمة مقام يد المالك.

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٠/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٠٣/٥.

(٢) انظر: المدونة، الإمام مالك: ٥٢٩/٤، والشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٣٣٦/٤، والحاوي الكبير، الماوردي: ٣١٢/١٣، والمهذب، الشيرازي: ٣٦٢/٣.

(٣) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٤٣/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٨٣/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٥/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤٠/٦.

٣- ما استدل به القائلين بالقطع يرد عليه أيضاً بأنه لا يحق للشارق أو الغاصب أن يخاصم سارق المغصوب والمسروق في شيء لا يملكه، ولا بد من حضور المالك الأصلي، وهذا يدل بشكل قاطع على أن يديهما على المال غير معتبرة بحال من الأحوال.

٥- الطَّرَار والنَّشَال:

الطَّرُّ في اللغة: الشَّقُّ والْقَطْعُ^(١). والطَّرَار هو الذي يَشُقُّ كُمَّ الرَّجُلِ وَيَسْلُ مَا فِيهِ^(٢).

والنَّشَال لغة: كثير النِّشَل، والخفيف اليَد من اللُّصُوص السَّارِقِ على غَرَّة^(٣).

والطارار اصطلاحاً: هو "الذي يسرق من جيب الرجل أو كُمِّه، أو صُفْنَه"^{(٤) (٥)}. ولا يختلف معنى النشال اصطلاحاً عن النشال، فالطارار هو النشال.

والنَّشَل والطَّر إما أن يكون سراً أو علانية، فإن كان علانيةً وصاحب المال منتبه فهو اختلاس^(٦)، والاختلاس لا قطع فيه كما تقدم.

أما إن كان سراً فقد اتفق الفقهاء في الجملة على أَنَّ الطَّر والنَّشَل فيه القطع إن كان من حرز وبلغ المسروق النصاب، لكنهم اختلفوا في اعتبار الجيب محرراً بصاحبه أم لا، على قولين:

القول الأول: لأبي حنيفة ومحمد، وذهبوا إلى وجوب قطع الطرار إن أدخل الطرار يده في جيب الإنسان وأخذ المال؛ لأنه أخذه من الحرز، أما إن طَرَّ جيب الإنسان من الخارج وسقط المال منه فلا قطع عليه؛ لأنه لم يخرج المال من حرزه، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(٧).

(١) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٤/٤٩٩، مادة طرر، المصباح المنير، الفيومي: ٢/٣٧٠، مادة: طرر.

(٢) تاج العروس، الزبيدي: ١٢/٤٢٣، مادة: طرر.

(٣) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية: ٢/٩٢٣، مادة: نشل.

(٤) الصُّفْنُ: خريطةٌ تَكُونُ لِلرَّاعِي فِيهَا طَعَامُهُ وَزَادُهُ وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ. مختار الصحاح، الرازي: ص ١٧٧، مادة: صفن.

(٥) المغني، ابن قدامة: ٩/١١٨٩.

(٦) المغني، ابن قدامة: ٩/١١٨.

(٧) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩/١٦٠-١٦١، وفتح القدير، ابن الهمام: ٥/٣٩١.

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية وأبو يوسف من الحنفية، وذهبوا إلى أن عقوبة الطرار القطع؛ لأن المال محرز بصاحبه، سواء أدخل اللص يده في جيب أو كم إنسان، أو طرَّ جيبه أو كمه وأخذ المال، وسواء ربطه من داخل الكم، أم من خارجه أم لم يربطه^(١).

وفي رواية عن الإمام أحمد أنه لا قطع على الطرار والنشال، وعليه التعزير^(٢).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث رأي جمهور الفقهاء في اعتبار المال محرزاً بصاحبه، وفي إيجاب القطع على الطرار والنشال لأن الحرز يعرف بالرجوع إلى أعراف الناس وعاداتهم، وجيب الإنسان هو حرز ماله الذي يحمله في أعراف الناس اليوم، وبذلك يؤول مذهب الحنفية أيضاً إلى القول بالقطع؛ لأن الحرز عندهم هو تعارفه الناس حرزاً. والله أعلم.

٦- النباش:

النَّبَشَ لغة: الاستخراج بعد الدفن، وَنَبَشُ الْمَوْتَى: استخراجهم، والنباش: الفاعل لذلك، وَحِرْفَتُهُ النَّبَاشَةُ^(٣).

واصطلاحاً: هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن^(٤).

اختلف الفقهاء في اعتبار القبر حرزاً لما فيه وبالتالي في إيجاب القطع على النباش على قولين:

القول الأول: لأبي حنيفة ومحمد^(٥)، وقول عند الشافعية^(١) ورواية عند الحنبلية؛ فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(٢).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٦١/٩، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢١٧/٢، وروضة الطالبين، النووي: ١٢٣/١٠، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣٠/٦.

(٢) انظر: المغني، ابن قدامة: ١١٨/٩.

(٣) انظر: لسان العرب، ابن منظور: ٣٥٠/٦، مادة نبش.

(٤) فتح القدير، بن الهمام: ٣٧٤/٥.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٩/٩-١٦٠، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٦٩/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٧٤/٥.

واستدلوا بما يأتي:

١ - ما روي من أنه أخذ نباش في زمان معاوية رضي الله عنه زمان كان مروان على المدينة، فسأل من كان بحضرته من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة والفقهاء، فلم يجدوا أحدا قطعه، قال: «فَأَجْمَعَ رَأْيُهُمْ عَلَى أَنْ يَضْرِبَهُ وَيُطَافَ بِهِ»^(١).

وجه الاستدلال أن اسم السرقة لو كان يشمل النباش لما احتاج مروان إلى مشاورة الصحابة رضي الله عنهم مع وجود النص ولما اتفقوا على خلاف النص^(٢).

٢ - إنَّ الكفن ليس بمال؛ لأنَّ المالية المقصود بها التمول والادخار لوقت الحاجة، وهذا يفوت في الكفن، لأنَّ الكفن يوضع مع الميت في القبر للبلوى؛ ولأنَّ الطبائع السليمة تنفر عنه، فكان تافهاً، ولئن كان مالاً ففي ماليته قصور؛ لأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحي، والقصور فوق الشبهة، والشبهة تنفي وجوب الحد، فالقصور أولى^(٣).

٣ - إنَّ الكفن ليس بمملوك؛ لأنه لا يخلو إمَّا أن يكون على ملك الميت، وإما أن يكون على ملك الورثة، ولا سبيل إلى الأول؛ لأنَّ الميت ليس من أهل الملك، ولا وجه للثاني؛ لأن ملك الوارث مؤخر عن حاجة الميت إلى الكفن كما هو مؤخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكاً أصلاً^(٤).

٤ - إنَّ الكفن غير محرز؛ لأن الإحراز بالحافظ، والميت لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره^(٥).

القول الثاني: للمالكية، والشافعية، والحنبلية، وقول أبو يوسف من الحنفية، وذهبوا إلى وجوب القطع على النباش؛ لأن القبر حرز لما فيه فيقطع، كما لو أخذ من البيت^(٦).

(١) أخذ بها ابن خيران وابن الوكيل منهم.

(٢) انظر: روضة الطالبين، النووي: ١٢٩/١٠، والمبدع، ابن مفلح: ٤٤٢/٧.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب ما جاء في النباش يؤخذ ما حده: ٥٢٣/٥، رقم: ٢٨٦١٣.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٩/٩.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٩/٩-١٦٠، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٦٩/٧.

(٦) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٦٠/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧٠/٧.

(٧) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٦٠/٩، وحاشية ابن عابدين: ٩٤/٤، وروضة الطالبين النووي: ١٢٩/١٠.

(٨) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٠/٧، والمدونة، الإمام مالك: ٥٣٧/٤، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٣/٤، وروضة

واستثنى بعض الشافعية القبر الموضوع في البرية، فلا قطع في سرقة الكفن منه؛ لأنه ليس بحرز، والسارق يسرق من غير خطر^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١ - عموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، فهو يشمل النباش لأنه سارق.

٢ - ما رواه البراء بن عازب^(٢) عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ حَرَقَ حَرَقْنَاهُ وَمَنْ نَبَشَ قَطَعْنَاهُ»^(٣).

٣ - ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «سَارِقُ أَمْوَاتِنَا كَسَارِقِ أَحْيَائِنَا»^(٤).

٤ - إِنَّ النَّبَّاشَ يسرق مالاً محترماً من حرز، فوجب القطع به كغيره، فالكفن يوضع في القبر عادةً، ولا يعد واضعه مفرطاً به^(٥).

المناقشة والترحيح:

- رد على أدلة الجمهور بما يأتي:

١ - إن قوله ﷺ «من نبش قطع نباشاً أو أحداً من الصحابة» أجمعين، فإنه يحمل على أنه كان ذلك بطريق السياسة، وللإمام رأي في ذلك^(٦).

الطالبين، النووي: ١٢٩/١٠، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٨١/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٣١/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٤٢/٧.

(١) انظر: روضة الطالبين، النووي: ١٣٠/١٠.

(٢) تقدمت ترجمته: ص ١٥٨.

(٣) رواه البيهقي في السنن الصغرى، كتاب الحدود، باب قطع العبد الآبق والنباش: ٣١٣/٣، رقم: ٢٦٢٢. وفي إسناده بعض من يجهل حاله. انظر: نصب الراية، الزيلعي: ٣٦٧/٣.

(٤) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب السرقة، باب النباش: ٤٠٩/١٢، رقم: ١٧١٨٣.

(٥) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٤٨١/٥، والمبدع، ابن مفلح: ٤٤٢/٧.

(٦) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٩/٩.

٢- إنَّ قولهم إنَّ الناس تعارفوا إحراز الكفن في القبر ليس صحيحاً، لأن الميت يدفن للموارة عن أعين الناس، وما يخاف عليه من السباع لا للإحراز، فالدفن يكون في ملأ من الناس، ومن دفن مالاً على قصد الإحراز، فإنه يخفيه عن الناس^(١).

- ردُّ على الحنفية بما يأتي^(٢):

١- إنَّ ما ذكره من أنَّ القبر ليس بحرز لا يصح؛ لأنَّ الكفن يُحتاج إلى تركه في القبر دون غيره، ويكتفى به في حرزه.

٢- إن قولهم إنَّ الكفن لا مالك له لا يصح، بل هو مملوك للميت؛ لأنه كان مالكاً له في حياته، ولا يزول ملكه إلا عما لا حاجة به إليه.

ويرجح الباحث ما ذهب إليه بعض الشافعية من التفريق بين المقابر الموجودة في العمران، والتي ينصب عليها الحراس، وبين المقابر الموجودة في الصحراء أو في البرية، فيؤخذ برأي الجمهور في بوجوب القطع من الأولى دون الثانية، وهو رأي توفيقي بين رأي الحنفية والجمهور لما يأتي:

١- تحقق معنى الحرز في المقابر المحروسة عرفاً وعادةً، أما المقابر غير محروسة فلا يقطع في النباش منها؛ لأن القبر ليس حرزاً بدون حارس في عرف الناس وعاداتهم.

٢- إن حديث "من نبش قطعناه" إسناده ضعيف، ولا يصلح للاحتجاج به، وقول عائشة رضي الله عنها "سارق أمواتنا كسارق أحيائنا" يحمل على السرقة من المقابر التي نصب عليها الحراس، وبذلك يجمع بين قول الحنفية وقول الجمهور. والله أعلم.

٣- إن قول الحنفية بأن الكفن ليس بمال، أو في ماليته قصور؛ لأنه يوضع في القبر للبلى قول جيد، إلا أن القبور اليوم أصبحت تنبش لا للأكفان، بل لاستخراج العظام التي أصبحت تستخدم اليوم في التجارب والبحوث الطبية كالجماجم، وهذه العظام لها قيمة كبيرة في بعض البلاد تساوي نصاباً، ومن الممكن أن تنبش القبور مباشرة بعد الدفن لسرقة الأعضاء البشرية قبل أن تصاب بالبلى.

(١) المبسوط، السرخسي: ١٦٠/٩.

(٢) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٣١/٩.

٧- سرقة الكهرباء:

ليس في الشريعة الإسلامية ما يمنع من أن تكون القوى الطبيعية محلاً للسرقة، والعبرة في ذلك كله وأشباهه بإمكان احتياز الشيء والتسلط عليه، فكل من استطاع أن يحوز شيئاً من هذه الأشياء المباحة الأصل يصبح مالكا لها، وعلى هذا فليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكهرباء مثلاً محلاً للسرقة لأن احتيازها والتسلط عليها ونقلها من مكان إلى آخر في حيز الإمكان^(١). ولم يتعرض الفقهاء القدامى لمسألة سرقة الكهرباء؛ لأنها لم تكن في عهدهم.

ويرى الباحث أنّ سرقة الكهرباء فيها الحد إن استوفت السرقة شروط الحد من النصاب والحرز، فإذا كانت السرقة من منزل شخص آخر دون علمه وبلغت قيمتها نصاباً ففيها الحد، أما إذا كانت السرقة للكهرباء العامة في منزل الشخص نفسه فليس فيها الحد وإنما التعزير لتخلف شرط الحرز. والله أعلم.

ثالثاً: سرقة ما ليس بمتقوم أو ما ليس بمال أو في ماليته قصور:

اتفق الفقهاء على أنّ السرقة الموجبة للقطع هي ما يكون فيها المسروق مالاً محترماً ليس في ماليته قصور، وعبارات الفقهاء مختلفة في التعبير عن هذا الشرط...

فاشترط الحنفية أن يكون المسروق مالاً مطلقاً لا قصور في ماليته، ولا شبهة، وهو أن يكون مما يتمّوله الناس، ويعدونه مالاً؛ لأن ذلك يشعر بعزّته، وخطره عندهم، وما لا يتمّولونه فهو تافه حقير^(٢).

واشترط المالكية والشافعية والحنبلية أن يكون المسروق مالاً محترماً^(٣)، والمال المحترم هو الذي يجوز تملكه وبيعه^(٤).

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٥٤٤/٢.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧،

(٣) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٩١/٨، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢١٣/٢، وروضة الطالبين، النووي: ١١٦/١٠،

ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٨٦/٥/٥، والإنصاف، المرداوي: ٢٥٤/١٠، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢٩/٦.

(٤) حاشية الدسوقي: ٣٣٦/٤.

فإذا لم يتحقق هذا الشرط في المسروق فلا حد على السارق وإنما يعزر لأنه ارتكب جريمة ليس فيها عقوبة مقدرة.

ويندرج تحت هذا الشرط المسائل التالية:

١- سرقة الإنسان الحر:

قد يتعرض الحر للسرقة من قبل شخص آخر، أو ما يسمى في الوقت الحاضر الخطف وهذه المسألة لها حالتان؛ فإما أن يكون الحر صبيّاً وإما أن يكون بالغاً، ولكل منهما حكمه الخاص...

الحالة الأولى: إذا سرق شخص صبيّاً حرّاً - دون أن يكون معه مال يساوي نصاباً - من موضع يعد حرزاً له؛ فللقهاء قولان في عقوبة سارقه:

القول الأول: لا قطع في سرقة الصبي الحر، ففيها التعزير؛ لأنّ الحر ليس بمال، وهو قول الحنفية والشافعية والحنبلية^(١).

القول الثاني: يقطع في سرقة الطفل الحر الذي يخدع، إذا سُرق من حرز مثله، كدار أهله، أو كان معه كبير يحرسه، وهو قول المالكية والظاهرية ورواية عند الحنبلية^(٢).

واستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها، أنّ النبي ﷺ: «أَيُّ بَرَجُلٍ كَانَ يَسْرِقُ الصَّبِيَّانَ فَأَمَرَ بِقَطْعِهِ»^(٣).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث رأي الجمهور بسقوط القطع بسرقة الصبي الحر لما يأتي:

(١) المبسوط، السرخسي: ١٦١/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٨٧/٥، والبيان، العمراني:

٤٦٩، والمغني، ابن قدامة: ١٠٨/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣٠/٦.

(٢) المدونة، الإمام مالك: ٥٣٨/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٩٤/٨، والمغني، ابن قدامة: ١٠٧/٩، والمحلى، ابن حزم:

٣٢٥/١٢.

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب جماع أبواب القطع في السرقة، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون: ٤٦٥/٨، رقم:

١٧٢٣١. وبلغز آخر الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره: ٢٧٩/٤، رقم: ٣٤٦٢. وقال: تفرد به عبد

الله بن محمد بن يحيى، عن هشام، وهو كثير الخطأ على هشام وهو ضعيف الحديث.

١- إن الحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني حديث ضعيف لا يؤخذ به، وعلى تقدير صحته فهو محمول على الأرقاء^(١).

٢- إن الصبي الحر ليس بمال باتفاق الفقهاء، ولا قطع في سرقة ما لا يعد مالاً. والله أعلم.

الحالة الثالثة: إن سرق حراً كبيراً في حال زوال عقله، بنوم، أو جنون، فقد اتفق الفقهاء على أنه لا قطع على سارقه^(٢)، فعليه التعزير؛ لأنه ليس بمال، ولأن سرقة خداع، ولا قطع في الخداع^(٣).

٢- سرقة الخمر والخنزير:

ذهب الحنفية والشافعية والحنبلية والمالكية في القول المعتمد عندهم إلى أنه لا قطع في سرقة الخمر والخنزير، ولو كانت الخمر محترمة؛ -وهي التي عصرت من غير قصد الخمرية، سواء عصرت بقصد الخلية أو عصرت بغير قصد شيء-، وسواء كان السارق مسلماً، أو ذمياً، وإنما على السارق التعزير؛ لأنه مال غير متقوم وغير محترم، ولأن ما لا يقطع بسرقة من مال المسلم، لا يقطع بسرقة من مال الذمي، كالميتة والدم، ويغرم المسلم بخمر الذمي إن أتلّفها وإلا ردها عليه^(٤)؛ ولأن السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الإراقة فتثبت شبهة الإباحة بإزالة المنكر^(٥).

ونص الحنفية على أنه لا قطع في الأشربة المطربة التي خالفوا الجمهور في كونها خمر^(٦)؛ فلا قطع عندهم في سرقة الطلاء^(٧)، وكذلك المطبوخ أدنى طبخة من نقيع الزبيب، ونبذ التمر؛ لاختلاف

(١) انظر: مغني المحتاج، الشريبي: ٤٨٧/٥.

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٧٠/٥، والشرح الكبير، الدرر: ٣٣٣/٤، والبيان، العمراني: ٤٦٩/١٢، والمغني، ابن قدامة: ١٠٨/٩.

(٣) فتح القدير، ابن الهمام: ٣٧٠/٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٩/٧-٧٠، والشرح الكبير، الدرر: ٣٣٦/٤، ومنح الجليل، عlish: ٣٠٥/٩، وروضة الطالبين، النووي: ١١٦/١٠، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٨/٩، والمغني، ابن قدامة: ١٣٢/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣١/٦.

(٥) فتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٨/٥.

(٦) والرأي المفتى به عند الحنفية هو تحريم شرب هذه الأشربة. انظر: تبين الحقائق، الزيلعي: ٤٥٦/٦.

(٧) الطلاء: هو ماء عنب طبخ فذهب أقل من ثلثيه. التعريفات، الجرجاني: ١٤٢/١.

الفقهاء في إباحة شربها، ولأن هذه الأشربة مما يتسارع إليها الفساد، ولا قطع عندهم فيما يتسارع إليه الفساد^(١) كما سيأتي.

وفي قول للإمام مالك في المدونة يجب القطع في سرقة الخمر إذا سرقه المسلم من ذمي أو معاهد^(٢).

ويرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من سقوط القطع على من سرق خمرًا من ذمي، لأنه وإن كان مباحاً عند أهل الذمة فهو محرم عند المسلمين، وهذا يورث شبهة تدرأ الحد. والله أعلم.

٣- سرقة الميتة أو جلد الميتة:

اتفق الفقهاء على أنه لا قطع في سرقة الميتة أو جلود الحيوانات الميتة التي لم تدبغ؛ لأن ذلك ليس بمال، ففيها التعزير^(٣).

أما جلود الحيوانات المدبوغة فذهب المالكية والشافعية والحنبلية في وجه إلى وجوب القطع بسرقتها إن بلغت قيمتها نصاباً ولو كانت جلود سباع^(٤)، وهو رواية عن محمد من الحنفية في جلود السباع المدبوغة إن جعلت مصلاً، أو بساطاً؛ لأن الجلود بالصنعة صارت شيئاً آخر فأشبهت الخشب المصنوع^(٥).

وذهب الحنفية إلى أنه لا قطع في سرقة جلود السباع المدبوغة؛ لأن ذلك ليس بمال، ففيها التعزير^(٦)، وهو وجه عند الحنبلية في جلود الميتة غير المدبوغة بناء على القول بأنها لا تطهر بالدباغة^(١).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٩/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٨/٥.

(٢) المدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧، والمدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٨/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣١/٦.

(٤) المدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤، والتاج والإكليل، العبدري: ٤١٥/٨، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٨/٩، وروضة الطالبين، النووي: ١١٦/١٠، والإنصاف، المرداوي: ١٢٧/٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٧٨/٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٩/٥.

ولا قطع عند أبي حنيفة في قرون وعظام الحيوان الميت، سواء دخلتها الصنعة أم لم تدخلها؛ لأن الفقهاء اختلفوا في ماليتها؛ فأوجب ذلك قصوراً في ماليتها، وذهب أبو يوسف إلى وجوب القطع في ما دخلته الصنعة من قرون الحيوان المذكى منها؛ لأنها من أجزاء الحيوان، بخلاف ما لم تدخله الصنعة^(٢).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث رأي الجمهور في القطع بجلود الحيوانات المدبوغه؛ لأن ذلك مما يتموله الناس ويحزونه، ويرى الباحث وجوب القطع في سرقة قرون الحيوانات المذكاة التي دخلتها الصنعة؛ لأنه مال متقوم، وإحرازه يدل على ماليتها وقيمتها عند الناس، بخلاف قرون الحيوانات غير المذكاة فهي ليست بمال لنجاستها. والله أعلم.

٤ - سرقة الكلب:

اتفق جمهور المذاهب الأربعة على أنه لا قطع في سرقة الكلب، سواء كان معلماً ومأذوناً في اتخاذ، أم لا؛ لأنه ليس بمال^(٣)، ففيها التعزير.

واستدل الحنفية أيضاً بأنه يوجد من جنسه مباح الأصل، ولاختلاف للعلماء في ماليتها فأورث شبهة تدرأ الحد^(٤).

واستدل المالكية^(٥) بأن النبي ﷺ حرّم ثمنه؛ وذلك في حديث أبي مسعود الأنصاري^(٦) رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن^(١)»^(٢).

(١) الإنصاف، المرداوي: ١٢٧/٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٧٨/٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧، والمدونة، الإمام مالك: ٥٣٧/٤، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣٦/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١١٦/١٠، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٨/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٣٠/٧.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٩٤/٤.

(٥) الشرح الكبير، الدردير: ٣٣٦/٤.

(٦) هو الصحابي عقبة بن عمرو بن ثعلبة بن أسيرة، ويقال: يسيرة، من الخزرج، وهو المعروف بالبصري، لأنه سكن أو نزل ماء بدر، وشهد العقبة ولم يشهد بدرًا عند أكثر أهل السير. وقيل: شهد بدرًا، وكان من أصحاب علي، فاستخلفه عليها لما

وخالف أشهب (٢٠٤هـ) من المالكية الجمهور، وذهب إلى وجوب القطع في سرقة الكلب المأذون في اتخاذه، ككلب الحراسة والرعي والصيد^(٣).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من عدم القطع في سرقة الكلب للنص على عدم ماليته بالحديث الصحيح السابق، يقول الإمام النووي: "وأما النهي عن ثمن الكلب وكونه من شر الكسب وكونه خبيثاً فيدل على تحريم بيعه وأنه لا يصح بيعه ولا يحل ثمنه، ولا قيمة على متلفه سواء كان معلماً أم لا، وسواء كان مما يجوز اقتناؤه أم لا، وبهذا قال جماهير العلماء"^(٤). ويعزر السارق إن كان الكلب مأذوناً في اتخاذه ككلب الحراسة والصيد وغيره.

٥- سرقة آلات اللهو والأصنام:

آلات اللهو إما أن تكون محرمة، وإما أن تكون مباحة:

أما آلات اللهو المحرمة كالمزمار والرباب والعود ونحوها من أدوات الموسيقى فقد اتفقت المذاهب الأربعة على أنه لا قطع بسرقتها، ففيها التعزير؛ لأن هذه الأشياء مما لا يتمل، أو في ماليتها قصور^(٥).

واستثنى المالكية والشافعية ما إذا بقي منها بعد التكسير وإذهاب منفعتها نصاباً، فأوجبوا القطع في هذه الحالة^(٦)، إلا أن يقصد بإخراجها إتلافها، فلا قطع حينئذ عند الشافعية^(٧).

سار إلى صفين وتوفي فيها سنة: (٤٠هـ)، له مئة حديث وحديثان. انظر: أسد الغابة، الجزري: ٢٨٦/٥، والأعلام الزركلي: ٢٤٠-٢٤١.

(١) حلوان الكاهن: أي ما يعطاه يُقال حلوته أحلوه حلوانا والحلوان الرثوة. غريب الحديث: ابن الجوزي: ٢٣٩/١.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب ثمن الكلب: ٨٤/٣، رقم: ٣٧/٢٢، ومسلم، كتاب المساقات، باب تحريم ثمن الكلب، وحلوان الكاهن، ومهر البغي، والنهي عن بيع السنور: ١١٩٨/٣، رقم: ٦٧/١٥.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٣٦/٤.

(٤) شرح صحيح مسلم، النووي: ٢٣٢/١٠.

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٧١/٥، والتاج والإكليل، العبدري: ٤١٧/٨، والشرح الكبير،

الدردير: ٣٣٦/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١١٦/١٠، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٢٨/٩، والمغني، ابن قدامة:

١٣٢/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣٠/٦.

ولم يفرق الحنفية والمالكية والحنبلية بين كون آلات اللهو لمسلم أو لذمي، بينما ذهب الشافعية إلى وجوب القطع في سرقة آلات الملاهي المحرمة من الذمي^(٣).

أما آلات اللهو المباحة كطبل الحرب فللفقهاء قولان في القطع فيها:

القول الأول: لا قطع بسرقتها وهو قول عند الحنفية اختاره الصدر الشهيد^(٤)؛ لأنه يصلح للهو وإن كان وضعه لغيره^(٥).

القول الثاني: في سرقتها القطع وهو قول عند الحنفية وقول الحنبلية^(٦)، وهو ما يتفق مع قواعد المذهبين المالكي والشافعي بناء على عدم تحريم هذه الآلات.

الترجيح:

يرى الباحث سقوط القطع في سرقة الأصنام وآلات اللهو سواء كانت مباحة أو محرمة، وسواء كانت لذمي أو لمسلم؛ لأنها إن كانت محرمة فهي مال غير متقوم، وإن كانت مباحة فلشبهة كونها تصلح للهو، وإن كانت لذمي فلكونها محرمة عند المسلمين، وهذا يورث شبهة تدرأ الحد. ويعزز السارق لارتكابه معصية لا حد فيها. والله أعلم.

٦- سرقة المصحف:

اختلف الفقهاء في عقوبة سرقة المصحف على قولين:

(١) انظر: التاج والإكليل، العبدري: ٤١٧/٨، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٦٩/٥.

(٢) روضة الطالبين، النووي: ١١٦/١٠.

(٣) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٤٦٩/٥.

(٤) هو عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، أبو محمد، حسام الدين الحنفي، المعروف بالصدر الشهيد، من أهل خراسان، فقيه أصولي من أكابر الحنفية، توفي شهيدا سنة: (٥٣٦هـ). من تصانيفه: "الفتاوى الكبرى"، و"الفتاوى الصغرى"، و"عمدة المفتي والمستفتي"، و"شرح أدب القاضي" للخصاف، و"شرح الجامع الصغير"، و"الواقعات الحسامية". الجواهر المضية، محي الدين الحنفي: ١ / ٣٩١، والأعلام، الزركلي: ٥ / ٥١.

(٥) فتح القدير، ابن الهمام: ٣٧٢/٥.

(٦) فتح القدير، ابن الهمام: ٣٧٢/٥، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٦٩/٣.

القول الأول: للحنفية وقول أبو بكر الخلال (٣١١هـ) ^(١) والقاضي أبو يعلى (٤٥٨هـ) ^(٢) من الحنبلية، وقالوا لا قطع في سرقة المصحف؛ ففيها التعزير ^(٣).

واستدلوا بأن المصحف الكريم لا يدخر للتموّل، بل للقراءة، والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به؛ ولأن الناس يبذلون المصاحف الشريفة لقراءة القرآن العظيم عادة ^(٤)؛ ولأن المقصود منه ما فيه من كلام الله ﷻ، وهو مما لا يجوز أخذ العوض عنه ^(٥).

القول الثاني: للمالكية والشافعية وقول أبو يوسف من الحنفية وأبو الخطاب الكلّوذاني (٥١٠هـ) ^(٦) من الحنبلية؛ حيث ذهبوا إلى أنّ سرقة المصحف فيها القطع إذا كان يساوي نصاباً، وسرق من حرز؛ واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨]؛ فهي عامة في كل سارق، ولأنه مال متقوم، تبلغ قيمته نصاباً؛ ولأن الناس يدخرون المصاحف ويعدونّها من نفائس الأموال ^(٧).

(١) هو أحمد بن محمد بن هارون أبو بكر المعروف بالخلال، مفسر عالم بالحديث واللغة، من كبار الحنابلة، توفي سنة: (٣١١هـ)، من مصنفاته "السنة" و "العلل" و "الجامع لعلوم الإمام أحمد" في الحديث، قيل: لم يصنف في مذهب مثله. انظر: طبقات الحنابلة، ابن أبي يعلى: ١٢/٢، والأعلام الزركلي: ٢٠٦/١.

(٢) تقدمت ترجمته: ص ١٠٢.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٥٨/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٠/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣٠/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧-٧٢، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٥٨/٥.

(٥) المغني، ابن قدامة: ١١٠/٩.

(٦) هو محفوظ بن أحمد بن حسن الكلّوذاني، أبو الخطاب، إمام الحنبلية في عصره، أصله من كلواذى (من ضواحي بغداد) ولد ببغداد وتوفي فيها سنة: (٥١٠هـ)، من كتبه "التمهيد" في أصول الفقه، و "الانتصار في المسائل الكبار" و "رؤوس المسائل" و "الهداية" في الفقه، وغيرها. انظر: طبقات الحنابلة، ابن أبي يعلى: ٢٥٨/٢، والأعلام، الزركلي: ٢٩١/٥.

(٧) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧، والمدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٤/٤، والبيان، العمراني: ٤٤١/١٢، والمغني، ابن قدامة: ١١٠/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٣٢/٧.

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث وجوب القطع في سرقة المصحف إن بلغ ثمنه نصاباً وكان محرزاً؛ لعموم آية السرقة؛ وما استدل به أصحاب القول الأول من أن المصحف لا يدخر للتمول مردود؛ فالمصحف مال متقوم ومضمون على متلفه، والناس يدخرونها، وتطبع للتجارة وهي ذات قيمة كبيرة. والله أعلم.

٧- سرقة الكتب والدفاتر:

الكتب إما أن يكون منتفعاً بما فيها من علوم، أو تكون مما لا نفع فيه شرعاً...

فإذا كانت الكتب منتفعاً فيها شرعاً ككتب الفقه والحديث والتفسير؛ فللفقهاء قولان في عقوبة سارقها إن بلغت نصاباً وكانت محرزة.

القول الأول: لا قطع فيها، ففيها التعزير، وهو قول الحنفية، وقول عند الحنبلية إن سرق كتاب فقه أو حديث يحتاجه؛ واستدل الحنفية بأن هذه الكتب يقصد بها معرفة الأمثال والحكم، وليس المقصود بها التمول^(١).

القول الثاني: للشافعية والحنبلية، وذهبوا إلى وجوب القطع بسائر كتب العلم المباحة؛ لأن ذلك مال حقيقة وشرعاً^(٢).

ويرى الباحث أن ما استدل به الحنفية في إسقاط القطع ضعيف؛ فالكتب المنتفع بها شرعاً تدخر اليوم للتمول والتجارة، وهي مال متقوم كما قال الشافعية والحنبلية، ورأيهم هو الراجح. والله أعلم.

أما إذا كانت الكتب ليس منتفعاً بما فيها كدفاتر الدّين، والدفاتر الفارغة؛ ففيها القطع عند الحنفية والشافعية والحنبلية إذا بلغت نصاباً؛ لأن ما فيها لا يصلح مقصوداً بالأخذ، فكان المقصود هو الجلد والورق، وهو مال يجب فيه القطع^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٥٩/٥، والمبدع، ابن مفلح: ٤٣٢/٧.

(٢) روضة الطالبين، النووي: ١٢١/١٠، والمغني، ابن قدامة: ١١٠/٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٩٥/٥، وروضة الطالبين، النووي: ١٢١/١٠، والمبدع، ابن مفلح: ٤٣٢/٧.

واستثنا الحنبلية الكتب المحرمة ككتب البدع، فلا قطع فيها عندهم؛ لأنها واجبة الإتلاف^(١).

ويرجح الباحث هذا الرأي؛ لأن الكتب المحرمة غير متقومة، وهي واجبة الإتلاف وهذا يورث شبهة تدرأ الحد. والله أعلم.

٨- سرقة الطيور والصيد:

اختلف الفقهاء في عقوبة سرقة الطيور والصيد على قولين:

القول الأول: للحنفية، حيث لا قطع عندهم في سرقة طير ولا صيد، وحشياً كان أو غيره، ففيها التعزير؛ ويدخل في ذلك الطير في جميع أنواعه حتى البط والدجاج؛ لأنَّ الطير لا يتمول عادةً، وكذلك ما علّم من الجوارح لا قطع على سارقه؛ لأنه - وإن علّم - فلا يعد مالاً^(٢).

واستدلوا على ذلك أيضاً بما يأتي^(٣):

١- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَهُ»^(٤)، وهذا يورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

٢- ما روي من أنه أتى عمر بن عبد العزيز برجلٍ سرق طيراً، فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد^(٥)، فقال: ما رأيت أحداً قطع في الطير، وما عليه في ذلك قطع «فتركه عمر بن عبد العزيز ولم يقطعه»^(٦).

(١) الإنصاف، المرداوي: ٢٦٠/١٠، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣٠/٦.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٥٨/٥.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٤/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢١٥/٣.

(٤) أورده الزيلعي في نصب الراية: ٣١٨/٤، وقال غريب. وقال ابن حجر في الدراية: لم أجد له أصلاً. انظر الدراية ابن حجر الهيتمي: ٢٥٦/٢.

(٥) هو الصحابي السائب بن يزيد بن سعيد بن ثمامة بن الأسود، وقيل: السائب بن يزيد بن سعيد بن عائد بن، وهو المعروف بابن أخت نمر، ولد في السنة الثانية من الهجرة، كان عاملاً لعمر بن الخطاب، رضي الله عنه، على سوق المدينة، مع عبد الله بن عتبة بن مسعود، توفي سنة: (٩١هـ). انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ١٦٩/٢-١٩٣، والأعلام، الزركلي: ١٧٠/٢.

(٦) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب الرجل يسرق الطير أو البازي ما عليه: ٥٢٣/٥، رقم: ٢٨٦٠٧. ورواه

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية وذهبوا إلى وجوب القطع في سرقة الطيور والصيد أياً كان نوعها^(١).

جاء في المدونة: "قال مالك: من سرق شيئاً من الطير قطع"^(٢).

واستثنى المالكية طيور التغريد التي لا تساوي نصاباً إلا لصوتها مثل البلابل والعصافير، فلا قطع فيها عندهم؛ لأنها منفعتها غير شرعية، إلا إن كان لحمه يساوي بعد ذبحه نصاباً فإنه يقطع سارقه لذلك^(٣).

واستدلوا بما يأتي^(٤):

١ - عموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، فهو عام في جميع أنواع المال.

٢ - أن رسول الله ﷺ «قَطَعَ فِي حِجْنٍ ثَمْنَهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ»^(٥).

وجه الاستدلال أن القطع لم يجب بسرقة الحن بعينه، وإنما كان ذلك، لأن قيمته نصاب، فاقتضى ذلك أن كل من سرق ما تبلغ قيمته هذا القدر يجب عليه القطع أياً كان نوع المال.

المناقشة وال ترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من وجوب القطع في سرقة ما أحرز من الطيور والصيد إذا بلغت قيمتها نصاباً، لأن الناس في هذا العصر يتمولون هذه الأشياء ويحزونها، بل يعدونها في بعض البلاد من نفائس الأموال. وما استدل به الحنفية يرد عليه بما يأتي:

١ - إن حديث "الصيد لمن أخذه" ليس له أصل، فسقط الاستدلال به.

بلفظ آخر عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب من سرق ما لا يقطع فيه: ٢٢٠/١٠، رقم: ١٨٩٠٧.

(١) المدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤، والبيان، العمراني: ٤٤٠/١٢، والمغني، ابن قدامة: ١٠٩/٩.

(٢) المدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤.

(٣) انظر: الشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٣٣٥/٤، وحاشية العدوي: ٣٣٢/٢.

(٤) انظر: البيان، العمراني: ٤٤٠/١٢، والمغني، ابن قدامة: ١٠٩/٩.

(٥) تقدم تخريجه: ص ٢٠٥.

٢- إنَّ الأثر الوارد عن عمر بن عبد العزيز في سنده جابر الجعفي (١٢٨هـ)^(١) وكان مطعوناً في دينه؛ لأنَّه يقول بالرجعة، وكان أبو حنيفة يطعن فيه ولا يعمل على حديثه، ثمَّ يحمل إن صحَّ على ما كان من طير غير محرز.

٣- إنَّ قياس الطيور على الماء والتراب في أنَّ كلاهما مباح الأصل منتقض بالفضة والذهب، فإنَّ هذه الأموال مباحة الأصل ومع ذلك فإنَّ الحنفية يوجبون القطع فيها^(٢).

٩- سرقة الشجر من أصله:

اختلف الفقهاء في عقوبة سرقة الشجر من البساتين والدور على قولين:

القول الأول: للحنفية وذهبوا إلى أنَّ سرقة الشجر من البساتين لا قطع فيها، ففيها التعزير^(٣)؛ واستدلوا على ذلك بما يأتي^(٤):

١- قول النبي ﷺ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثْرٍ»^(٥).

وجه الاستدلال أنَّ المراد بالكثرة صغار النخل، فإذا لم يجب القطع في الصغار من الأشجار، فكذلك في الكبار.

٢- إنَّ أصل الشجر مما لا يتمول، فكان تافهاً، ولا قطع في تافه عندهم، كما أنَّ الشجر يزرع في موضع لا يقصد إحرازه فيه، ومعنى الحرز لا يتم فيه عادة.

القول الثاني: للمالكية، وذهبوا إلى وجوب القطع في سرقة أصل الشجر من الدور والبساتين المحاطة؛ لأنَّه سرقة من حرز^(٦)، وهو يتفق مع قواعد المذهبين الشافعي والحنبلي.

(١) هو جابر بن يزيد الجعفي، تابعي، من فقهاء الشيعة، من أهل الكوفة، أثنى عليه بعض رجال الحديث، واتهمه آخرون بالقول بالرجعة، قال أبو حنيفة: ما رأيت أكذب من جابر ما أتيت به شيء من رأي إلا أتاني فيه بأثر وزعم أن عنده ثلاثين ألف حديث، توفي سنة: (١٢٨هـ). انظر: الوافي بالوفيات، الصفدي: ٢٠: ١١-٢١، والأعلام، الزركلي: ١٠٥/٢.

(٢) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ١٣/٢٧٧.

(٣) المبسوط، السرخسي: ٩/١٥٥، بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٦٩، المدونة، الإمام مالك: ٤/٥٣٧.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩/١٥٥، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٦٩.

(٥) تقدم تخريجه: ص ٢١٣.

(٦) انظر: الذخيرة، القرافي: ١٢/١٦١، والتاج والإكليل، العبدري: ٨/٤٢٢.

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث القول بالقطع بسرقة الشجر من أصله، وما استدل به الحنفية القائلون بسقوط القطع يرد عليه بما يأتي:

١- إن قولهم المراد بالكثير صغار النخل غير مسلم، فقد فُسِّرَ الكثير في الحديث بأنه جُمَّار النخل؛ وهو شحمه الذي يخرج به الكافور وهو وعاء الطَّلَع من جوفه^(١)، فأشبه بذلك الثمر الذي لا قطع فيه بالنص.

٢- إن قولهم إن أصل الشجر لا يتمول غير مسلم، فاليوم أصبح خشب الأشجار ذا قيمة مالية عالية، وهناك مزارع خاصة تزرع بأشجار الخشب ويوضع عليها الحراس، فسقط استدلالهم بذلك.

٣- إن قولهم إن إنبات الشجر يكون في موضع لا يقصد إحرازه فيه غير مسلم، فالأشجار تزرع اليوم وتحاط بالأسوار ويوضع عليها الحراس بشكل دائم؛ فيتحقق فيها معنى الحرز عرفاً وعادةً.

رابعاً: سرقة الأشياء التافهة والمباحة الأصل:

اختلف الفقهاء في سرقة الأموال التافهة والمباحة الأصل هل يجب بها الحد أم يسقط الحد ليحل محله التعزير على قولين:

القول الأول: للحنفية، حيث ذهبوا إلى أنه لا قطع في سرقة فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الإسلام، ففيها التعزير، ويعرف كون المال تافهاً بالرجوع إلى عرف الناس وعاداتهم^(٢).

واستثنوا من الأشياء المباحة الأصل الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر، ففيها القطع عندهم في ظاهر المذهب؛ لأن هذه الأموال ليس بتافهة جنساً، لأن كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادةً، وكذلك إحرازه يتم عادة. وروي عن محمد أنه إذا سرقها على الصورة التي توجد فيها في الطبيعة وهو المختلط بالحجر والتراب لا يقطع^(٣).

(١) انظر: غريب الحديث، ابن الجوزي: ٢/٢٨١.

(٢) المبسوط، السرخسي: ٩/١٥٣، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٦٨-٧١، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٣/٢١٥.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩/١٥٤، وفتح القدير، ابن الهمام: ٥/٣٦٤.

واستدلوا على هذا القول بما يأتي:

١ - حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: «لَمْ يَكُنْ يُقَطَّعُ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ»^(١)، وهذا منها بيان شرع متقرر^(٢).

٢ - إِنَّ الشركة العامة التي كانت في هذه الأشياء قبل الإحراز تورث شبهة ما دامت باقية على تلك الصفة؛ وأصل هذه الشركة قوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْكَلَاءِ، وَالْمَاءِ، وَالنَّارِ»^(٣)، وإذا ثبتت الشبهة في هذه الأشياء وهي توجد مباحة في دار الإسلام فكذا في أمثالها^(٤).

٣ - إِنَّ القطع عقوبة محضة فيستدعي جناية محضة، وأخذ غير المعصوم والمباح الأصل لا يكون جناية أصلاً، وما فيه تأويل التناول، أو شبهة التناول لا يكون جناية محضة، فلا تناسبه العقوبة المحضة، ولأن ما ليس بمعصوم يؤخذ مجاهرة لا مخافتة فيتمكن الخلل في ركن السرقة^(٥).

٣ - إِنَّ تفاهة المال تُخْلُ في شرط الحرز؛ لَأَنَّ المال التافه لا يحرز عادة، أو لا يحرز إحراز الخطر، والحرز المطلق شرط في السرقة، وتُخْلُ أيضاً في شرط الخفية؛ لَأَنَّ أخذ التافه مما لا يستخفى منه في العادة، ففي سرقته خلل وشبهة في الحرز والخفية، والشبهة في باب الحدود ملحقة بالحقيقة^(٦).

٤ - إِنَّ ما يوجد في دار الإسلام مباحاً في الأصل غير مرغوب فيه، والناس لا يتمولون هذه الأشياء ولا يظنون بها؛ لعدم عزتها، وقلة خطرهما عندهم، بل يعدون الظنة بها من باب الخساسة، فكانت تافهة، وما هو كذلك لا يحتاج إلى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب^(١).

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب من قال: لا تقطع في أقل من عشرة دراهم: ٤٧٧/٥، رقم: ٢٨١١٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧-٦٨، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢١٥/٣، والاختيار، الموصلي: ١٠٧/٤.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب أبواب الإجارة، باب في منع الماء: ٢٧٨/٣، رقم: ٣٤٧٧، وابن ماجه في سننه، كتاب

الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث: ٨٢٦/٢، رقم: ٢٤٧٢، وأحمد في مسنده: ١٧٤/٣٨، رقم: ٢٣٠٨٢،

وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب حمى الكأ ويبيعه: ٧/٥، رقم: ٢٣١٩٤، والبيهقي في السنن

الصغرى، كتاب البيوع، باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة: ٣٢٩/٢، رقم: ٢١٩٦. قال الصنعاني في سبل

السلام: رجاله ثقات. انظر: سبل السلام، الصنعاني: ١٢٥/٢.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٤/٩، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢١٥/٣.

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧١/٧.

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧.

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية ورواية عن أبي يوسف من الحنفية؛ حيث ذهبوا إلى وجوب القطع في الأشياء التافهة والمباحة الأصل^(٢).

واستدلوا على قولهم بما يأتي^(٣):

١ - عموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨].

وجه الاستدلال أنَّ الأشياء المباحة الأصل جنس مال متمول؛ فوجب القطع بسرقتها كسائر الأجناس.

٢ - إنَّ ما وجب القطع في ما دخلته الصَّنعة كالخشب مثلاً وجب القطع في أصله الذي لم تدخله، كالذهب والفضة يقطع فيما دخله الصَّنعة وفيما لم يدخله.

٣ - إنَّ المتعلق بالأموال المأخوذة بغير حق حكمان: ضمان وقطع، فلما كان الضمان عاماً في جميع الأموال وجب أن يكون القطع عاماً في جميع الأموال.

٤ - إنَّ القطع في السرقة موضوع للزجر عنها وحفظ الأموال على أهلها؛ فاقتضى أن يكون عاماً فيها لعموم معناها.

٥ - إنَّ الاعتبار بالقطع حظر المال في حال السرقة، دون ما تقدمه من الإباحة أو تعقبه من الملك، بدليل أنَّ الطعام مباح للمضطر، ويقطع فيه بعد زوال الضرورة، ومن وهب له مال فردّه قطع في سرقة بعد تقدم إباحته، فكذلك ما كان على أصل الإباحة قبل السرقة ثم صار محظوراً عند السرقة.

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٨/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٥/٥.

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٦/٥، والمدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤، والشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٣٣٤/٤، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٧٣/١٣، والبيان، العمراني: ٤٤١/١٢، والمغني، ابن قدامة: ١٠٩/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢٩/٦.

(٣) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٧٦/١٣-٢٧٧.

٦- واستدل أبو يوسف بأنه سرق مالاً متقوماً من حرز لا شبهة فيه، فوجب قطعه فيه، وكونه يوجد في دار الإسلام مباحاً لا تأثير له كالذهب والفضة^(١).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث رأي الجمهور في وجوب القطع في الأشياء المباحة الأصل أو التي هي في الأصل تافهة لقوة ما استدلو به من أدلة، وما استدل به الحنفية يرد عليه بما يأتي:

١- إنَّ حديث "لم يكن يقطع على عهد النبي ﷺ في الشيء التافه" على فرض صحته المراد به التافهة من حيث القيمة بحيث لا يبلغ ثمنها نصاباً، وليس المراد الأشياء التافهة في أصلها.

٢- إنَّ الشركة العامة التي كانت في الأشياء قبل إحرازها تنزل بالإحراز، فمعروف أنَّ الأشياء المباحة الأصل لا مالك لها حتى تحرز، فإذا أحرزت زالت إباحتها الأصلية، وأصبحت متقومة ومضمونة، وبالتالي وجب القطع بسرقتها.

٣- إنَّ قولهم أخذ الأشياء المباحة الأصل ليس جنابة محضة مردود؛ لأن كل ما أحرز فسرقته جنابة محضة، بدليل أنهم يوجبون القطع في سرقة الذهب والفضة والجواهر المباحة الأصل، وأما قولهم إن الذهب والفضة وما شابه ليست بتافهة جنساً فيرد عليه بأن كل ما يحزره الناس ليس بتافه جنساً، وإلا لم يحزره الناس، فحتى الماء لو لم يكن له قيمة لما أحرز.

خامساً: سرقة ما يتسارع إليه الفساد:

اختلف الفقهاء في عقوبة سرقة الأموال التي لا تحمل الادخار، ولا تبقى من سنة إلى سنة ويتسارع إليها الفساد على قولين:

القول الأول: للحنفية وذهبوا إلى أنه لا قطع في سرقة ما يتسارع إليه الفساد، ففيها التعزير^(٢).

واستدلوا بما يأتي:

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٣/٩، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢١٥/٣.

(٢) المبسوط، السرخسي: ١٥٤/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٦٩/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٦٦/٥.

١ - حديث رافع بن خديج^(١)، قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثْرٍ^(٢)». وهو نص في أنه لا قطع في الثمر، وهو ما كان على الشجر^(٤).

٢ - ما روي من أن النبي ﷺ: «إِنِّي لَا أَقْطَعُ فِي الطَّعَامِ»^(٥).

٢ - إنَّ ما لا يحتمل الادخار لا يتمول عادةً، وإن كانت صالحة للانتفاع بها في الحال؛ لأنها لا تحتمل الادخار والإمساك إلى زمان حدوث الحوائج في المستقبل؛ فقل خطرها عند الناس فكانت تافهة^(٦).

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية الذين ذهبوا إلى وجوب الحد في سرقة الأموال التي يتسارع إليها الفساد^(٧).

جاء في المدونة: "قلت رأيت الطعام، البطيخ واللحم والقثاء وما أشبهه من الطعام الذي لا يبقى في أيدي الناس، إذا سرق رجل منه ما يبلغ قيمته ربع دينار؟ قال مالك: نعم يقطع"^(٨).
واستدلوا بما يأتي^(٩):

١ - عموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

(١) تقدمت ترجمته: ص ٢١٣.

(٢) الْكَثْرُ: الْكَثْرُ بَفَتْحَتَيْنِ: جُمَارُ النَّخْلِ، وَهُوَ شَحْمُهُ الَّذِي وَسَطُ النَّخْلَةِ. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ١٥٢/٤.

(٣) تقدم تخرجه ص ٢١٣.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٩/٧.

(٥) رواه أبو داود في المراسيل، باب الحدود: ص ٢٠٥، رقم: ٢٤٥. ورواه بلفظ آخر مرسلاً عن الحسن البصري أيضاً: ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في الرجل يسرق التمر والطعام: ٥٢١/٥، رقم: ٢٨٥٧٨، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب سارق الحمام وما لا يقطع فيه: ٢٢٢/١٠، رقم: ١٨٩١٥. قال الزيلعي في نصب الراية في لفظ أبي داود: قلت: غريب بهذا اللفظ، وذكره عبد الحق في "أحكامه" من جهة أبي داود، ولم يعله بغير الإرسال، وأقره ابن القطان على ذلك. انظر: نصب الراية، الزيلعي: ٣٦٢/٣.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٩/٧.

(٧) حاشية الدسوقي: ٣٣٤/٤، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٧٤/١٣، والمغني، ابن قدامة: ١٠٩/٩.

(٨) المدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤.

(٩) الحاوي الكبير، ٢٧٤/١٣-٢٧٥، والمغني، ابن قدامة: ١٠٩/٩.

٢- قوله ﷺ حينما سُئل عن سرقة الثمر المعلق: «هُوَ وَمِثْلُهُ مَعَهُ، وَالنَّكَالُ وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِّنَ الثَّمَرِ الْمَعْلَقِ قَطْعٌ، إِلَّا فِيْمَا آوَاهُ الْجَرِينُ»^(١)، فَمَا أُخِذَ مِنَ الْجَرِينِ فَبَلَغَ ثَمَنُ الْمِجَنِّ فِيْهِ الْقَطْعُ، وَمَا لَمْ يَبْلُغْ ثَمَنُ الْمِجَنِّ فِيْهِ غَرَامَةٌ مِثْلِيْهِ وَجَلَدَاتُ نَكَالٍ»^(٢).

وجه الاستدلال أَنَّ النبي ﷺ نفى القطع في الثمر المعلق قبل أن يؤويه الجرين؛ لأنه غير محرز، وليس لأنه مما يتسارع إليه الفساد، وبهذا يكون هذا الحديث مفسراً للحديث الذي استدل به الحنفية^(٣).

٣- ما روي أَنَّ سارقاً سرق في زمن عثمان بن عفان ﷺ أُتْرِجَّةً^(٤)، فأمر بها عثمان بن عفان ﷺ أن تقوم. فقومت بثلاثة دراهم. من صرف اثني عشر درهماً بدينار، فقطع عثمان يده^(٥). وجه الاستدلال أَنَّ عثمان ﷺ قطع في الأُتْرِجَّة وهي فاكهة يتسارع إليها الفساد وليس له في الصحابة مخالف فكان إجماعاً^(٦).

قال الإمام مالك: "الأُتْرِجَّة التي قطع فيها عثمان بن عفان إنما كانت أُتْرِجَّة تؤكل ولم تكن ذهباً"^(٧).

٤- إِنَّ هذا مال يتمول في العادة، ومنتفع به حقيقة، ويرغب فيه، ومباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق؛ فيقطع سارقه إذا اجتمعت الشروط كما في سائر الأموال.

٥- إِنَّ ما وجب القطع في ما جفف منه، وجب فيه قبل التجفيف، كالغَزْ والثياب.

(١) الجرين: هُوَ مَوْضِعٌ يَجْفِفُ الثَّمَرُ، وَهُوَ لَهُ كَالْبَيْدَرِ لِلْحِنْطَةِ. النهاية في غريب الحديث، الجزري: ٢٦٣/١.

(٢) تقدم تخرجه: ص ٢٧.

(٣) انظر: المدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤، والحاوي الكبير، الماوردي: ٢٧٤/١٣-٢٧٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٠/٩.

(٤) الأُتْرِجُّ والأُتْرِجَّةُ والتُّرْجَةُ والتُّرْجُ: هي نوع من الفاكهة ذات فائدة طبية. انظر: القاموس المحيط، الفيروز آبادي: ١٨٢/١، مادة ترج.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ما يجب فيه القطع: ٨٣٢/٢، رقم: ٢٣، والبيهقي في سننه، كتاب الحدود، باب ما يجب فيه القطع: ٣٠٨/٣، رقم: ٢٦٠٩، ولفظ آخر رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في السارق من قال يقطع بأقل من عشرة دراهم: ٤٧٦/٥، رقم: ٢٨١٠٣.

(٦) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٢٧٥/١٣.

(٧) المدونة، الإمام مالك: ٥٣٦/٤.

٦- إنَّ الطعام الرُّطْبُ ألدُّ وأشهى من اليابس، والنَّفوسُ ترغب فيه أكثر؛ فكان بالقطع أولى.

المناقشة والترحيح:

ردٌّ على أدلة الحنفية بما يأتي^(١):

١- إن أبا حنيفة فرَّق بين رَطْب الفواكه ويابسها في وجوب القطع، وسَوَّى بين طري اللحم وقديده، وطري السمك ومملوحه في سقوط القطع، وهذا تناقض.

٢- إنَّ حديث «إِنِّي لَا أَقْطَعُ فِي الطَّعَامِ» مرسل، ويحمل لو صح على الطعام الرُّطْب إذا كان في سنبله غير محرز كالتمر؛ لأن أبا حنيفة وافق على القطع في الحنطة إذا كانت محرزة.

٣- إنَّ قولهم: إنه معرض للتلف، ولا يحتمل الادخار، فيه جوابان:

أحدهما: أنه يستعمل كما يستعمل الطعام اليابس، وليست قلة مدة بقائه موجبة لسقوط القطع فيه، كالشاة المريضة يجب القطع فيها وإن لم يطل بقاؤها.

الثاني: إنَّ قولهم في عدم القطع في الطعام قياس جُمِع فيه بين المحرز وغير المحرز، وهما مفترقان في وجوب القطع؛ لأن الحرز شرط في القطع.

ويرجح الباحث مذهب الجمهور في وجوب القطع في سرقة ما يتسارع إليه الفساد إذا بلغ نصاباً وكان محرزاً؛ لقوة أدلة الجمهور وسلامتها من الاعتراض، أما أدلة الحنفية فقد نوقشت بما سبق، ويضاف إلى ذلك ما يأتي:

١- إنَّ عمدة أدلة الحنفية هو حديث: "لا قطع في ثمر ولا كَثْر"، والمراد بالتمر كما قال جمهور الفقهاء ما كان من الثمر غير محرز، وهو الراجح بنص الحديث.

٢- إنَّ قولهم: ما يتسارع إليه الفساد لا يدَّخر فكان تافهاً، يرد عليه بأن من مذهبهم أن يعرف الشيء التافه بالرجوع إلى أعراف الناس وعاداتهم، واليوم اللحوم والفواكه والثمار هي أموال ذات قيمة عند الناس، ويحزونها إحراز الأموال الثمينة، وقد وجد من الآلات ما يحفظها لسنوات؛ فسقط استدلالهم بهذا. والله أعلم.

(١) انظر: الحاوي الكبير، الماوردى: ٢٧٥/١٣.

سادساً: سرقة ما ليس بمقصود بالسرقة:

وصورة المسألة أن يسرق الجاني شيئاً لا يبلغ نصاباً، ثم يتبين أن به أو معه مالاً آخر يساوي نصاباً

يشترط ليجب القطع في السرقة أن يكون المسروق الذي يقطع فيه مقصوداً بالسرقة لا تبعاً لمقصود؛ وأن يكون السارق عالماً به وقت السرقة^(١).

فيجب أن يكون المال المقصود بالسرقة مما يقطع فيه، فإن كان المال المقصود مما يقطع فيه لو انفراد، وبلغ نصاباً بنفسه يقطع بلا خلاف، وإن لم يبلغ المال المقصود بالسرقة بنفسه نصاباً إلا بالتابع يكمل النصاب به فيقطع، وإن كان المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه لو انفراد لا يقطع، وإن كان معه غيره مما يبلغ نصاباً إذا لم يكن مقصوداً بالسرقة، بل كان تابعا^(٢).

ويتفرع على هذا الشرط المسائل التالية:

أ- إذا سرق إناء من ذهب أو فضة فيه شراب أو غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفراد؛ فلا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يقطع.

واستدل أبو حنيفة ومحمد بأن المقصود من هذه السرقة ما في الإناء، والإناء تابع؛ لأنه لو قصد الإناء بالأخذ لأبقى ما فيه، وما في الإناء لا يجب القطع بسرقة، فإذا لم يجب القطع بالمقصود لا يجب بالتابع.

واستدل أبو يوسف بأن ما في الإناء إذا كان مما لا يقطع فيه التحق بالعدم فيعد أخذ الإناء على الانفراد فيقطع فيه^(٣).

ب- إن سرق حراً صغيراً ومعه مال مما يليق بالصبي من حلية وملابس مما يساوي نصاباً من موضع لا ينسب لتضييع ذلك المال، فللفقهاء قولان في عقوبته:

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣٠/٦، ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ٢٢٨/٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧.

القول الأول: لا قطع في سرقة فيها التعزير، وهو قول الحنفية والشافعية في الأصح والحنبلية^(١).

واشترط الحنفية أن يكون الصبي صغيراً بحيث لا يعبر عن نفسه، فإن كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالإجماع عندهم؛ لأن سرقة بهذه الحالة خداع، ولا قطع في الخداع^(٢).

واستدل الحنفية بأن الأصل أنه متى اجتمع ما يجب فيه القطع وما لا يجب فيه؛ فلا قطع؛ لأنه اجتمع دليلاً القطع وعدمه؛ فأورث شبهة تدرأ الحد^(٣). وبأن السارق له تأويل في أخذه، فإنه يقول: كان يبكي فأخذته لأسكته أو أحمله إلى موضع أهله^(٤).

واستدل الشافعية بأن للحرّ يدا على ما معه، فصار المال تابعاً له^(٥).

القول الثاني: فيها القطع، وهو مقابل الأصح عند الشافعية، وقول أبو يوسف من الحنفية^(٦).

واستدلوا بأن قيمة الحلي نصاب كامل، ولو سرقه وحده يلزمه القطع، فكذا مع الصبي، ولأن المقصود الحلي دون الصبي^(٧).

المناقشة وال ترجيح:

يرجح الباحث القول بالقطع في هذه الحالة لما يأتي:

١ - إن قول الحنفية أنه اجتمع دليلاً القطع وعدمه؛ فأورث شبهة تدرأ الحد، غير مسلم، فحينما يسرق السارق ما يوجب القطع وما لا يوجب فإنه يستحق تشديد العقوبة لا تخفيفها. وإن قول الشافعية إن للحرّ يداً على ما معه ينطبق على البالغ، لا على الصغير.

(١) انظر: الاختيار، الموصلي: ١٠٧/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٨٨/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣٠/٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٩/٧.

(٣) انظر: الاختيار، الموصلي: ١٠٧/٤.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٦١/٩.

(٥) مغني المحتاج، الشربيني: ٤٨٨/٥.

(٦) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٦١/٩، والشرح الكبير، الدردير: ٣٤٣/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٨٨/٥.

(٧) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٦١/٩، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٧٠/٥، ومغني المحتاج، ٤٨٨/٥.

٢- إنّ قولهم إنّ السارق له تأويل في أخذه بأن يقول أردت إيصاله لأهله، يرد عليه بأن السرقة تحتاج إلى دعوى، ولو أوصله إلى أهله لما ادعو عليه بالسرقة، ولو أحس الأهل بأنه أراد الحفاظ على الصغير لما ادعو عليه.

٣- إنّ الصغير الحر لا قيمة مالية له، مما يجعل الحلي الذي معه هو المقصود بالسرقة.



المطلب الثالث: أثر الشبهة في حد السرقة.

يشترط للقطع في حد السرقة انتفاء الشبهة الدائرة للحد^(١)؛ وذلك لقوله ﷺ: «ادْرءُوا الحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ»^(٢).

أولاً: سرقة ما للشارق فيه ملك أو شبهة ملك:

يشترط لإقامة الحد على السارق ألا يكون المسروق ملكاً للشارق، أو له فيه تأويل الملك أو شبهته، وهذا باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة^(٣).

فلا قطع على من سرق مال نفسه من يد غيره، كمن سرق ماله من يد المرتهن أو المستأجر أو المستعير أو المودع أو عامل القراض أو الوكيل أو الشريك، أو سرق أجرته من المستأجر، أو سرق شيئاً له فيه نصيب، ولا على صاحب الدين إذا سرق من غريمه، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(٤).

ولو كان الرهن في يد العدل، فسرقة المرتهن أو الراهن؛ فلا قطع على واحد منهما عند الحنفية، أما الراهن فلائنه ملكه فلا يجب القطع بأخذه، وإن منع من الأخذ، وأما المرتهن فلائنه يد العدل يده من وجه؛ لأن منفعة يده عائدة إليه؛ لأنه يمسكه لحقه فأشبهه يد المودع^(٥).

واستدل جمهور الفقهاء بما يأتي:

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧، والتاج والإكليل، العبدري: ٤١٤/٨، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٧١/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤١/٦.

(٢) تقدم تخريجه: ص ٩٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٠/٧، والذخيرة، القرافي: ١٥١/١٢، القوانين الفقهية، ابن جزي: ص ٢٣٥-٢٣٦، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣٧/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١١٣/١٠، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٣٨/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٤٣/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤٢/٦-١٤٣.

(٤) انظر: المصادر السابقة نفسها.

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٠/٧.

١- المال المملوك، أو ما فيه تأويل الملك، أو الشبهة لا يحتاج فيه إلى مسارقة الأعين فلا يتحقق ركن السرقة، وهو الأخذ على سبيل الاستخفاء.

٢- القطع عقوبة محضة، فيستدعي كون الفعل جناية محضة، وأخذ المال المملوك للشارق ليس جناية أصلاً، فالأخذ بتأويل الملك، أو الشبهة لا يتمحض جناية فلا يوجب القطع^(١).

ويتفرع على هذا الشرط المسائل التالية:

أ- سرقة ما ملكه قبل الخروج من الحرز.

وصورة المسألة أن يدخل السارق الحرز ويأخذ المال، ثم يملكه بهبة أو إرث قبل الخروج من الحرز، وقد اتفق الفقهاء على أنه لا قطع على السارق في هذه الحالة، لأنه أخرج ملكه من الحرز، فعليه التعزير^(٢).

ب- ملك النصاب بعد الخروج من الحرز:

وهذه المسألة لا تخلو من حالتين، أبين أقوال الفقهاء فيهما ثم الراجح:

الحالة الأولى: أن يملك السارق المسروق بعد الخروج من الحرز وقبل الرفع إلى القضاء بأن اشتراه أو وهب له أو نحو ذلك، فللفقهاء قولان في سقوط القطع عن السارق:

القول الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والشافعية وقول عند الحنبلية، وقالوا يسقط القطع عن السارق؛ لأن المطالبة شرط للحكم بالقطع، وبعد ملكه له لا تصح المطالبة^(٣).

القول الثاني: لا يسقط القطع، وهو قول المالكية والصحيح من مذهب الحنبلية^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٠/٧.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٦٤/٩-١٦٥، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧١/٧، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢١٤/٢، والذخيرة، القرافي: ١٥١/١٢، وروضة الطالبين، النووي: ١١٥/١٠، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٦٩/٥، والمبدع، ابن مفلح: ٤٣٥/٧، والإنصاف، المرداوي: ٢٦٥/١٠.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨٦/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٨٩/٧، وروضة الطالبين، النووي: ١١٤/١٠، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٣٩/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٢٨/٩، والإنصاف، المرداوي: ٢٦٥/١٠.

(٤) انظر: المدونة، الإمام مالك: ٥٥٠/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٩٦/٨، والأحكام السلطانية، أبو يعلى: ص ٢٦٨، والإنصاف، المرداوي: ٢٦٥/١٠.

الحالة الثانية: أن يملك السارق المسروق بعد الخروج من الحرز، وبعد الرفع إلى القضاء، فللفقهاء قولان في سقوط القطع عن السارق:

القول الأول: يسقط القطع عن السارق، وهو قول أبي حنيفة ومحمد^(١).

واستدلوا بما يأتي^(٢):

١- إنَّ انتفاء ملك السارق عن المسروق شرط لوجوب القطع عليه، وما يكون شرطاً لوجوب القطع عليه يراعى قيامه إلى وقت الاستيفاء.

٢- إنَّ كون المسروق ملكاً للسارق على الحقيقة أو الشبهة يمنع من القطع؛ فإذا لم يقطع بالملك قبل القضاء فكذلك بعده؛ لأنَّ القضاء في باب الحدود إمضاءها، فما لم يمض فكأنه لم يقض، فإذا لم يقطع لو كان لم يقض فكذا إذا لم يمض.

٣- إنَّ الطارئ في باب الحدود ملحق بالمقارن؛ إذا كان في الإلحاق إسقاط الحد، وههنا فيه إسقاط الحد فيلحق به.

القول الثاني: لا يسقط القطع، وهو قول جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية أبو يوسف من الحنفية^(٣).

واستدلوا بما يأتي:

١- أنَّ صَفْوَانَ بن أُمَيَّة^(٤) نام في المسجد وتوسد رداءه، فَأُخِذَ من تحت رأسه، فجاء بسارقه إلى النبي ﷺ ...

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨٦/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٨٩/٧.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨٦/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٨٩/٧.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨٦/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٨٩/٧، والتاج والإكليل، العبدري: ٤١٦/٨، والشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٣٣٦/٤، والمهذب، الشيرازي: ٣٦٣/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٢٨/٩، والإنصاف، المرداوي: ٢٦٥/١٠.

(٤) هو الصحابي صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن حذافة بن جمح، القرشي الجمحي، أسلم بعد غزوة حنين، وحسن إسلامه وأقام بمكة، وكان من المؤلفات قلوبهم، وشهد اليرموك، ومات بمكة سنة: (٤١هـ). انظر: أسد الغابة، الجزري: ٤٠٥/٢ وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٢٠٥/٣.

"قَامَرَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يُقْطَعَ"، فقال صفوان هذا ردائي عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: «فَهَلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ»^(١).

وجه الاستدلال أَنَّ الحديث دَلَّ على أَنَّ ملك المسروق قبل القضاء يسقط القطع، وبعده لا يسقط^(٢).

٢- إِنَّ حَدَّ السَّرْقَةِ حَدٌّ خَالِصٌ لِلَّهِ تَعَالَى، فَإِذَا وَجِبَ بِوُجُودِ سَبَبِهِ لَا يَمْنَعُ اسْتِيفَاؤُهُ الْمَلِكِ الْعَارِضُ فِي الْمَحَلِّ^(٣).

٣- إِنَّ مَا حَدَثَ بَعْدَ وَجُوبِ الْحَدِّ وَلَمْ يَوْجِبْ شَبَهَةً فِي الْوُجُوبِ لَا يُوْثِّرُ فِي الْحَدِّ^(٤).

المناقشة والترجيح:

رد على الاستدلال بحديث صفوان بن أمية بما يأتي:

١- لا حجة لهم في الحديث؛ لأنه في رواية قال له: "هُوَ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ"^(٥)، فقله "هو" يحتمل أن المراد به المسروق، ويحتمل أن المراد به القطع، وهبة القطع لا تسقط الحد. وكذا يُحتمل أنه تصدق عليه بالمسروق، أو وهبه إياه، لكنه لم يقبضه، والقطع إنما يسقط بالهبة مع القبض^(٦).

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان: ٨٣٤/٢، رقم: ٢٨، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب من سرق من الحرز: ٨٦٥/٢، رقم: ٢٥٩٥، وأخرجه بألفاظ أخرى: أحمد في مسنده: ١٥/٢٤، رقم: ١٥٣٠٣، وأبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب من سرق من حرز: ١٣٨/٤، رقم: ٤٣٩٤، والنسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون: ٧٠/٨، رقم: ٤٨٨٤، والدارمي في سننه كتاب الحدود، باب السارق توهب منه السرقة بعدما سرق: ١٤٧٩/٢، رقم: ٢٣٤٥، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة باب ستر المسلم: ٢٢٩/١٠، رقم: ١٩٩٣٨، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب جماع أبواب القطع في السرقة، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون: ٤٦١/٨، رقم: ١٧٢١٥. قال الهيثمي في مجمع الزوائد: في سننه يعقوب بن حميد، وثقه ابن حبان وغيره، وضعفه النسائي وغيره، وبقي رجاله رجال الصحيح. انظر: مجمع الزوائد، الهيثمي: ٢٧٦/٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٩/٧، والمهذب، الشيرازي: ٣٦٣/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٢٩/٩.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨٦/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٨٩/٧.

(٤) المهذب، الشيرازي: ٣٦٣/٣.

(٥) مسند أحمد بن حنبل: ١٥/٢٤، رقم: ١٥٣٠٣.

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٩/٧.

٢- إنَّ معنى قوله ﷺ: «فَهَلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ» هو أنه أراد ألا ينتهك ستره، ولم يشتهر أن النبي ﷺ قطع يده بعد هبته، وإن روي ذلك فيحتمل أن السارق لم يقبل الهبة، وإذا لم يقبل السارق الهبة لا يسقط القطع، ولما انتهك ستر السارق استحَب النبي ﷺ أن يطهره بإقامة الحد عليه^(١).

ويرى الباحث سقوط القطع عن السارق إذا ملك المسروق، سواء قبل الخروج من الحرز أو بعده، وسواء قبل الرفع إلى القضاء أم بعده؛ لأن ذلك يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، أما حديث صفوان ففي سنده رجل ضعفه عدد من أئمة الحديث، وعلى افتراض صحته، فيحتمل كما قال الحنفية أنَّ النبي أراد ألا ينتهك ستر السارق، ولذلك لم يرو أن النبي ﷺ قطع السارق - كما قال الحنفية - ومع الاحتمال يسقط الاستدلال. والله أعلم.

ثانياً: سرقة الأصل مال الفرع:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة^(٢) على أنَّ الوالد لا يقطع بسرقة مال ولده وإن نزل؛ لأنَّ للسارق شبهة حق في مال المسروق منه، لحديث جابر بن عبد الله^(٣) رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ»^(٤).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨٧/٩.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥١/٩، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٩٦/٨، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٧١/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤١/٦.

(٣) هو الصحابي جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الخزرجي الأنصاري السلمي، من المكثرين في الرواية عن النبي ﷺ وروى عنه جماعة من الصحابة، غزا تسع عشرة غزوة، وكانت له في أواخر أيامه حلقة في المسجد النبوي يؤخذ عنه العلم، توفي سنة: (٧٨هـ). انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٣٠٧/١، والأعلام الزركلي: ١٠٤/٢.

(٤) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده: ٧٦٩/٢، رقم: ٢٢٩١، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الصدقة، باب ما ينال الرجل من مال ابنه وما يجبر عليه من النفقة: ١٣٠/٩، رقم: ١٦٦٢٨، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب في الرجل يأخذ من مال ولده: ٥١٦/٤، رقم: ٢٢٦٩٤، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب نفقة الأبوين: ٧٨٩/٧، رقم: ٧٥١/١٥. قال الزيلعي في نصب الراية: روي من حديث جابر، ومن حديث عائشة، ومن حديث سمرة بن جندب، ومن حديث عمر بن الخطاب، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث ابن عمر.... وحديث جابر قال ابن القطان: إسناده صحيح، وقال المنذري: رجاله ثقات، وقال في "التنقيح": ويوسف بن إسحاق من الثقات المخرج لهم في "الصحيحين" قال: وقول الدارقطني فيه: غريب تفرد به عيسى عن يوسف لا يضره، فإن غرابة الحديث والتفرد به لا يخرجها عن الصحة. انظر: نصب الراية: الزيلعي: ٣٣٧/٣.

ولقول النبي ﷺ: «إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ، فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ»^(١).

وجه الاستدلال أنه لا يجوز قطع الإنسان بأخذ ما أمر النبي ﷺ بأخذه، ولا قطعه بأخذ ما جعله النبي ﷺ مالا له مضافاً إليه؛ وأن الحدود تدرأ بالشبهات، وأعظم الشبهات أخذ الرجل من مال جعله الشرع له، وأمره بأخذه وأكله^(٢).

ثالثاً: سرقة الفرع مال الأصل:

اختلف الفقهاء في عقوبة الفرع إذا سرق من مال الأصل على قولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنبلية، وذهبوا إلى أنه لا قطع في سرقة الولد من مال أبيه وإن علا، لشبهة الخل^(٣)، واستدلوا أيضاً بما يأتي:

١ - وجود البسوسة في المال والإذن في الدخول في الحرز عادةً، حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر، فلا يكون بيت الأب حرزاً في حقه الابن، والسرقة فعل من السارق، فإذا امتنع وجوب القطع على أحدهما للشبهة يمتنع وجوبه على الآخر للشركة^(٤).

٢ - إنَّ النفقة تجب للولد على الوالد في مال والده حفظاً له، فلا يجوز إتلاف الولد لحفظ مال الأب^(٥).

القول الثاني: للمالكية، وظاهر قول الخزقي (٣٣٤هـ)^(١) من الحنبلية، وذهبوا إلى وجوب القطع على الفرع إذا سرق من مال الأصل؛ لضعف الشبهة؛ ولأن الولد يقاد بقتل أبيه، فيقطع بسرقة ماله، كالأجنبي^(٢).

(١) أخرجه أحمد في مسنده: ١٦٣/٤٠، رقم: ٢٤١٣٥، والنسائي في سننه، كتاب البيوع، باب الحث على الكسب: ٢٤١/٧، رقم: ٤٤٥٠. وفي لفظ آخر للحديث: "إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ". وحسنه الترمذي بهذا اللفظ. نصب الراية، الزيلعي: ٢٧٥/٣.

(٢) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٣٤/٩.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣٨٠/٥، والفتاوى الهندية: ١٨١/٢، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٣٠/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٧١/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٣٤/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤١/٦.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥١/٩، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٨٠/٥.

(٥) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٣٥/٩.

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من سقوط القطع في سرقة الفرع مال الأصل لما يأتي:

١ - قوة ما استدل به الجمهور من وجود البسطة في الحرز، وهو أمر متعارف عليه في كل الأزمان.

٢ - ما استدل به المالكية ومن وافقهم من قياس قطع الولد في سرقة مال أبيه على قتل الولد بالوالد قصاصاً هو قياس مع الفارق؛ وذلك لوجود شبهة الملك في مال الأب فيما يخص الابن، بخلاف القصاص فلا شبهة تدرأ القصاص عن الولد في قتله والده.

٣ - استدلال المالكية ومن وافقهم بضعف الشبهة غير مسلم لهم؛ لوجود المبسطة بين الأبناء والآباء في الدخول إلى الحرز عادة.

رابعاً: السرقة من ذي رحم محرم:

اختلف الفقهاء في عقوبة السرقة من ذي الرحم المحرم على قولين:

القول الأول: لا قطع على من سرق من ذي رحم محرم سواء كان بينهما أولاد أو لا، وهو قول الحنفية^(١)، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير.

واستلوا بما يأتي:

١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ [النور: ٦١] الآية. وجه الاستدلال أَنَّ الله تعالى رفع الجناح على الداخل في بيوت ذوي الأرحام، وظاهر هذا يقتضي الإباحة، وإنْ تُرك الظاهر لقيام الدليل على تحريم السرقة، إلا أنه يبقى شبهة دائرة للحد، وأدنى الشبهة تكفي لدرء الحد^(٢).

(١) تقدمت ترجمته: ص ١٢٠

(٢) انظر: شرح مختصر خليل الخرشي: ٩٦/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣٧/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٣٤/٩-١٣٥.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥١/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧٥/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٨٠/٥.

(٤) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٢/٩.

٢- إنَّ كل واحد منهم يدخل في منزل صاحبه بغير إذن عادةً، وذلك دلالة الإذن من صاحبه فاختل معنى الحرز، ولأن القطع بسبب السرقة فعل يفضي إلى قطع الرحم^(١).

٣- قياس هذه المسألة على سقوط القطع في سرقة الأب لمال الابن لاشتراكهما في العلة، وهي وجود المباشطة في الحرز.

القول الثاني: يقطع في سرقة ذوي الرحم المحرم كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات وبنيتهم، فيقطعون إذا سرق بعضهم من بعض، وهو قول المالكية والشافعية والحنبلية^(٢)، واستدلوا بما يأتي:

١- عموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وعموم حديث «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْطَعُ السَّارِقَ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا»^(٣)»^(٤).

٢- إنها قرابة لا تمنع الشهادة، فلا تمنع القطع كغير المحارم من الأقارب^(٥).

المناقشة وال ترجيح:

عند النظر في هذه المسألة نجد أن سبب الخلاف هو وجود الشبهة في الحرز أم لا، فمن قال بوجودها أسقط القطع، ومن نفاها أثبتته، وبما أن الحكم يدور مع علته، فالراجح فيها يعرف بالرجوع إلى أعراف الناس.

وأرى أن هذا الأمر مختلف من منطقة إلى أخرى، ومن بلد إلى آخر، فحيث وجدت الشبهة أسقط القطع، وحيث انتفت وجب القطع.

أما أدلة الحنفية فقد رد الشافعية ما استدلوا به من قياس قرابة الأرحام على قرابة الأب والابن في عدم القطع بأن ذلك فاسد من وجهين:

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٥/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٨١/٥.

(٢) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٤/٤، والحاوي الكبير، الماوردي: ٣٤٩/١٣، والمغني، ابن قدامة: ١٣٥/٩.

(٣) تقدم تخريجه: ص ٢٥٣.

(٤) انظر: البيان، العمراني: ٤٧٤/١٢.

(٥) الحاوي الكبير، الماوردي: ٣٤٩/١٣، والمغني، ابن قدامة: ١٣٥/٩.

الأول: إن قرابة الرضاع يجري عليه حكم تحريم النسب في حظر النكاح، ولكنها لا تمنع وجوب القطع في السرقة، فكذاك قرابة ذوي الرحم المحرم.

الثاني: إنَّ في الأبوة والبنوة بعضية فارقت ما عداهما من الأنساب، فافترقا في حكم القطع كما افترقا في رد الشهادة، وافترقا في القصاص، وافترقا في وجوب النفقة^(١).

واستدلّاهم بالآية الكريمة يرد عليه بأن الله أباح لذوي الأرحام أن يأكلوا من بيوت بعضهم فيما ليس محرزاً، وليس فيما هو محرز. والله أعلم.

خامساً: سرقة أحد الزوجين من الآخر:

اتفق جمهور فقهاء المذاهب الأربعة على عدم إقامة الحد إذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر وكانت السرقة من حرز قد اشتركا في سكناه، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير، لأن كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه، وينتفع بماله عادةً، وذلك يوجب خللاً في الحرز؛ ولأنَّ بينهما سبباً يوجب التوارث بغير حجب حرمان كالوالدين^(٢).

أما إذا كانت السرقة من حرز لم يشتركا في سكناه، أو اشتركا في سكناه ولكن أحدهما منع من الآخر مالاً أو حجبته عنه، فقد اختلف الفقهاء في حكم السرقة منه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية وهو قول عند الشافعية والرواية الراجحة عند الحنبلية، وذهبوا إلى أنه لا قطع على واحد منهما^(٣)، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير.

(١) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٣٤٩/١٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٥/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٨٢/٥، والشرح الكبير، الدردير: ٣٤٠/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٣٠/٩، والمغني، ابن قدامة: ١٣٥/٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٥/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٨٢/٥، والمهذب الشيرازي: ٣٦٢/٣، والبيان، العمراني: ٤٧٧/١٢، والمغني، ابن قدامة: ١٣٥/٩، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٧٦/٣.

واستدلوا بما يأتي:

١ - قول عمر رضي الله عنه لرجل حين قال له: إِنَّ غلامِي سَرَقَ مَرَاةَ امْرَأَتِي: «أَرْسَلُهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ»^(١). وجه الاستدلال أنه إذا لم يقطع عبد الزوج بسرقة مال الزوجة، فهو أولى^(٢).

٢ - إن كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه، وينتفع بماله عادة، والزوجة تستحق النفقة على الزوج، وذلك يوجب شبهة وخللاً في الحرز، وفي الملك أيضاً^(٣).

٣ - قياس الزوج والزوجة على الأصول والفروع في عدم القطع، ولأن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين^(٤).

القول الثاني: للمالكية والأظهر عند الشافعية والرواية الثانية عند الحنبلية، وذهبوا إلى وجوب القطع على السارق من أحد الزوجين في هذه الحالة؛ لعموم آية السرقة؛ ولأن النكاح عقد على المنفعة فلا يُسقط القطع بالسرقة كالإجارة؛ ولأنه سرق مالاً محرراً عنه، لا شبهة له فيه، فأشبهه الأجنبي^(٥).

القول الثالث: يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج وهو قول عند الشافعية؛ لأن للزوجة حقاً في مال الزوج بالنفقة وليس للزوج حق في مالها^(٦).

المناقشة وال ترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من سقوط القطع لما يأتي:

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه: ٨٣٩/٢، رقم: ٣٣، والدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات: ٢٥١/٤، رقم: ٣٤١٢، والبيهقي في سننه، كتب الحدود، باب ما لا قطع فيه: ٣٢٠/٣، رقم: ٢٦٤٦. قال ابن الملتن: هذا الأثر صحيح. البدر المنير، ابن الملتن: ٦٧٧/٨.

(٢) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٣٥/٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٥/٧، والمهذب، الشيرازي: ٣٦٢/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٣٥/٩.

(٤) فتح القدير، ابن الهمام: ٣٨٢/٥.

(٥) انظر: المدونة، الإمام مالك: ٥٣٥/٤، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٤/٤، والمهذب، الشيرازي: ٣٦٢/٣، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٣٠/٩.

(٦) انظر: المهذب، الشيرازي: ٣٦٢/٣.

١ - قوة ما استدلووا به من وجود الخلل والشبهة في الحرز، فكل منهما يدخل أحراز الآخر بدون إذن كالأصول والفروع، بل إن الشبهة في الحرز بينهما أقوى من الشبهة في الحرز بين الأصول والفروع.

٢ - عموم آية السرقة مخصوص بالحالات التي يسقط فيها الحد لفقد شرط من شروطه أو وجود الشبهة الدائرة، وقد وجدت هنا الشبهة في الحرز.

٣ - قياس عقد الزواج على عقد الإجارة في عدم اسقاط القطع قياس مع الفارق؛ فعقد الزواج يرفع المحرمات التي كانت بين الزوجين، ويعيش كل منهما في بيت واحد، ويدخل كل منهما على الآخر دون أي قيد، وهذا كله ليس موجوداً في عقد الإجارة، ففارقه في اسقاط القطع لذلك.

سادساً: سرقة الأقارب من الرضاعة:

اختلف الحنفية القائلين بعدم القطع في السرقة بين الأقارب الأرحام، في عقوبة السارق فيما لو كانت السرقة بين الأقارب من الرضاعة على قولين عندهم:

القول الأول: لأبي حنيفة ومحمد، وذهبوا إلى وجوب القطع على من سرق ممن يحرم عليه من الرضاع كائناً من كان، واستدلوا بأنَّ الثابت بالرضاع ليس إلا الحرمة المؤبدة، وأنها لا تمنع وجوب القطع كما لو سرق من أم موطوءته؛ ولهذا يقطع في الأخت من الرضاع^(١).

القول الثاني: لأبي يوسف، وذهب إلى أنه سرق من أمه من الرضاع لا يقطع، بخلاف غيرها، واستدل بأن المباشطة بينهما في الدخول ثابتة عرفاً، وعادة فإن الإنسان يدخل في منزل أمه من الرضاع من غير إذن كما يدخل في منزل أمه من النسب، بخلاف الأخت من الرضاع^(٢).

المناقشة والترجيح:

يرى الباحث أن هذه المسألة متشابهة مع مسألة السرقة بين الأرحام المحرمين، وقد سبق أن رجحت أن القطع في مثل هذه السرقات متوقف على انتفاء الشبهة في الحرز، وذلك يعرف بالرجوع إلى الأعراف والعادات، "فالعادة محكمة" كما قال الفقهاء، وهذا ما أشار إليه أبو يوسف حينما فرق

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٥/٧.

(٢) انظر: المصدر السابق نفسه.

بين السرقة من الأم في الرضاع وبين غيرها، حيث اعتبر أن الحرز بين الأم في الرضاع وابنها منه يشوبه الخلل والشبهة فأسقط القطع.

وبالنظر إلى الأعراف اليوم فإننا لا نجد المباشطة بين الأقارب من الرضاع في الدخول في الأحرار، وبناء عليه يرجح الباحث القول بالقطع في السرقة بين الأقارب من الرضاع. والله أعلم.

سابعاً: الاشتراك في السرقة مع من له شبهة:

لو سرق جماعة فيهم من يسقط عنهم القطع للشبهة، كأن يسرق جماعة مع من له قرابة رحم محرم للمسروق، فقد اختلف الفقهاء في عقوبتهم هل يدرأ الحد عن الجميع، أم يدرأ الحد عن ذي الرحم فقط ويقام الحد على الباقي على قولين:

القول الأول: لا يقطع واحد منهم، وهو قول أبي حنيفة ومحمد والمالكية وقول عند الحنبلية؛ لأنها سرقة واحدة فلا يكون بعضها موجباً للعقوبة وبعضها غير موجب^(١).

القول الثاني: للحنابلة وأبي يوسف من الحنفية، وقالوا لا يقطع ذو الرحم المحرم، ويقطع سواه؛ لأنه لا يلزم من سقوط القطع عن أحدهم لمعنى ليس في غيره أن يسقط القطع عن الآخرين، كشريك أب في قتل ولده^(٢).

المناقشة والترحيع:

يرجح الباحث القول الثاني لما يأتي:

١- إن علة سقوط القطع لم تشمل الجميع، فيقام الحد على من استوفيت في حقه شروط لحد، دون الباقيين.

٢- ما استدل به أصحاب القول الأول يرد عليه بأن الشبهة وجدت عند بعض السارقين دون بعض، فيقتصر عليهم، كما لو اشترك أب مع غيره في قتل ابنه، وكان القتل بسببهم جميعاً، فيدرأ القصاص عن الأب، ويقام الحد على الباقيين.

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٢/٩، بدائع، الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧-٧٥، والذخيرة، القرافي: ١٤١/١٢، وشرح مختصر خليل، الحرشي: ٩٥/٨، والإنصاف، المرداوي: ٢٦٧/١٠.

(٢) انظر: بدائع، الصنائع، الكاساني: ٦٧/٧-٧٥، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٧١/٣.

٣- إن إسقاط الحد في مثل هذه الحالة من الممكن أن يؤدي إلى اتخاذ ذلك وسيلة لإسقاط القطع في السرقة، فيشارك السارق معهم أطفالاً في السرقة-مثلاً- وبذلك يسقط القطع عنهم جميعاً، وهذا يفتح باباً للفساد. والله أعلم.

ثامناً: سرقة مال الشريك:

وصورة المسألة أن يسرق الشريك من المال المشترك بينه وبين شريكه، وقد اختلف الفقهاء في عقوبة هذه السرقة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية والشافعية في الأظهر عندهم والحنبلية، وذهبوا إلى سقوط القطع عن السارق في هذه الحالة؛ سواء كان حرزه مشتركاً بينهما، أو مختصاً بالمسروق منه، فعليه التعزير؛ لأن المسروق ملكهما على الشيوع، فكان بعض المأخوذ ملكه فلا يجب القطع بأخذه، فلا يجب بأخذ الباقي؛ لأن السرقة واحدة؛ ولأن للسارق حقاً في هذا المال، فكان هذا الحق شبهة تدرأ عنه الحد^(١).

القول الثاني: للمالكية، وذهبوا إلى إيجاب القطع في سرقة مال الشريك إن تحقق شرطان؛ أحدهما: أن يكون المال في غير الحرز المشترك، كأن يكون الشريك قد أودعاه عند غيره، فإن لم يكن المال محبوباً عنهما وسرق أحدهما منه فلا قطع.

والشرط الآخر: أن يبلغ ما سرقه الشريك من حصة صاحبه نصاباً بعد حذف حصة السارق من المال، وإلا فلا قطع^(٢).

القول الثالث: وهو القول الثاني عند الشافعية، وذهبوا إلى وجوب القطع بسرقة مال الشريك؛ لأنه لا حق له في نصيب شريكه^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٧٠، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٣/٢١٨، والحاوي الكبير، الماوردي: ١٣/٣٥٠، وتحفة

المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩/١٢٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤/٤٤٦، وكشاف القناع، البهوتي: ٦/١٤٢.

(٢) المدونة، الإمام مالك: ٤/٥٣٥، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٨/٩٦.

(٣) انظر: الوسيط، الغزالي: ٦/٤٦٣، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥/٤٧٠.

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه المالكية من وجوب القطع إن لم يكن الحرز مشتركاً وبلغ المال المسروق نصاباً بعد حذف حصة السارق لتوافر شروط القطع في هذه السرقة، وإلا فلا قطع لشبهة الحرز ولشبهة الملك.

وما استدلل به الشافعية في القول الثالث يرد عليه بأن الحرز إذا كان مشتركاً وجدت فيه الشبهة الدائرة للحد، وإن لم يكن للشريك حق في نصيب شريكه. والله أعلم.

تاسعاً: سرقة المال العام:

لم يتكلم الفقهاء عن السرقة من المال العام بالمفهوم المعاصر؛ لأن المال العام عندهم كان يتمثل ببيت مال المسلمين، وقد بين الفقهاء أحكام مال بيت المال سواء الأحكام المتعلقة بالسرقة أو غيرها، وسأبين فيما يأتي حكم السرقة من بيت مال المسلمين، ثم سأبين حكم السرقة من المال العام بالمفهوم المعاصر.

اتفق الفقهاء على أنه لو سرق ذمي من بيت مال المسلمين فعليه القطع؛ لأنه لا حق له فيه.

واختلفوا في عقوبة المسلم لو سرق من بيت المال على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية والحنبلية وقول عند الشافعية وقول عبد الملك بن الماجشون (٢١٢هـ)^(١) من المالكية، وذهبوا إلى عدم إقامة الحد على من سرق من بيت المال إذا كان السارق مسلماً^(٢).

(١) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون التيمي بالولاء، أصله من فارس، والماجشون لقب جده أبي سلمة، وهو يعني المورد بالفارسية، سمي بذلك لحمرة في وجهه، كان عبد الملك فقيهاً مالكيّاً فصيحاً، دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة، وكان ضريراً، أو عمي في آخر عمره، توفي سنة: (٢١٢هـ). انظر: الديباج المذهب، ابن فرحون: ص ١٥٣-١٥٤، والأعلام، الزركلي: ١٥٠/٤-١٦٠.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٨٨/٩، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣٧٦/٥، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٥/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١١٨/١٠، والمغني، ابن قدامة: ١٣٥/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤١/٦.

واستدلوا بما يأتي:

- ١ - حديث ابن عباس رضي الله عنه ^(١)، أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ، فلم يقطعه وقال: «مَالُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، سَرَقَ بَعْضُهُ بَعْضًا» ^(٢).
 - ١ - ما روي من أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أتى برجل سرق من الخمس فقال: «لَهُ فِيهِ نَصِيبٌ، هُوَ جَائِزٌ، فَلَمْ يَقْطَعْهُ، سَرَقَ مَغْفَرًا» ^(٣) ^(٤).
 - ٢ - ما روي من أن رجلاً سرق من بيت المال فكتب فيه سعد ^(٥) بن أبي وقاص إلى عمر رضي الله عنهما، فكتب عمر إلى سعد: «لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، لَهُ فِيهِ نَصِيبٌ» ^(٦).
 - ٣ - إنَّ للَسَّارِقِ فِي هَذَا الْمَالِ شَرَكَةٌ أَوْ شَبْهَةٌ شَرَكَةٌ، لِأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ مَالٌ لِلْمُسْلِمِينَ، وَهُوَ أَحَدُهُمْ، فَيَكُونُ هَذَا الْحَقُّ شَبْهَةً تَدْرَأُ الْحَدَّ عَنْهُ.
 - ٣ - إنَّ هَذَا الْمَالُ لَيْسَ لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ، وَوُجُوبُ الْقَطْعِ عَلَى السَّارِقِ لَصِيَانَةِ الْمَلِكِ عَلَى الْمَالِكِ، وَلِهَذَا لَا يَقْطَعُ بِسَرَقَةِ مَالٍ لَا مَالِكَ لَهُ.
- القول الثاني:** للمالكية وقول عند الشافعية، وذهبوا إلى وجوب إقامة الحد على من سرق من بيت المال العام؛ لضعف الشبهة ^(٧).

(١) تقدمت ترجمته: ص ٢٤.

(٢) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب العبد يسرق: ٨٦٤/٢، رقم: ٢٥٩٠، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب السرقة، باب من سرق من بيت المال شيئاً: ٤٨٩/٨، رقم: ١٧٣٠٧. قال الزيلعي في نصب الراية: "قال ابن القطان:

إسناده ضعيف، ورواه البيهقي، وقال: إسناده ضعيف، وقد روي مرسل، انتهى". نصب الراية، الزيلعي: ٣٦٨/٣.

(٣) الْمَغْفَرُ: بِوَزْنِ الْمُبْضَعِ؛ زَرَدٌ يُنْسَجُ عَلَى قَدْرِ الرَّأْسِ يُلْبَسُ تَحْتَ الْقُلَنْسُوَةِ. مختار الصحاح، الرازي: ص ٢٢٨، مادة غفر.

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب الرجل يسرق شيئاً له فيه نصيب: ٢١٢/١٠، رقم: ١٨٨٧١.

(٥) هو الصحابي الجليل سعد بن أبي وقاص، أبو إسحاق، أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد الستة الذين عينهم عمر للخلافة، وأول من رمى بسهم في سبيل الله، ويقال له فارس الإسلام، أسلم وهو ابن ١٧ سنة، وشهد بدرًا، وهو فاتح العراق ومدائن

كسرى، توفي سنة: (٥٥٥هـ). انظر: شجرة النور الزكية، محمد مخلوف: ٢ / ٩١ وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٨٧/٣.

(٦) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في الرجل يسرق من بيت المال وما عليه: ٥١٨/٥، رقم: ٢٨٥٦٣.

(٧) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٩٦/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٣٧/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١١٨/١٠.

القول الثالث: للشافعية في القول الأصح، وفرقوا فيما يخص السرقة من بيت المال بين ثلاث حالات:

الأولى: أن يسرق من مال قد أفرز لطائفة معينة كذوي القربى والمساكين وكان منهم أو أصله أو فرعُه فلا قطع؛ لوجود الشبهة، حتى ولو لم يكن لهم سهم مقدر.

الثانية: أن يسرق من مال أحرز لطائفة ليس هو ولا أحد أصوله أو فروعه منها، فيجب عليه القطع لعدم الشبهة الدارئة للحد.

الثالثة: أن يسرق من مال غير محرز لطائفة بعينها، فالأصح: أنه إن كان له حق في المسروق، كمال المصالح ومال الصدقة وهو فقير أو في حكمه كالغارم والغازي والمؤلفة قلوبهم، فلا قطع للشبهة، وإن لم يكن له فيه حق قطع؛ لانتفاء الشبهة^(١).

تعقيب وترجيح:

هذه آراء الفقهاء في السرقة من بيت مال المسلمين، فمنهم من أسقط القطع مطلقاً، ومنهم من أوجبه، ومنهم من فصل، ومن أسقط القطع علل ذلك بوجود شبهة الملك لكل مسلم في بيت المال. وفي العصر الحاضر لم يعد بيت مال المسلمين موجوداً بالمعنى الذي تحدث عنه الفقهاء، وإنما يوجد اليوم المال العام، **والمال العام** هو "كل مال ليس له مالك على وجه التحديد"، كأموال المؤسسات العامة في الوقت الحاضر.

والمال العام بمفهومه المعاصر يتشابه مع مال بيت المال في الزمن السابق من حيث إن كل شخص له فيه شبهة اشتراك، وبالتالي تسري عليه أحكام السرقة من بيت مال المسلمين.

والذي يراه الباحث راجحاً في مسألة السرقة من بيت المال، والسرقة من المال العام هو رأي الحنفية والحنبلية ومن وافقهم في سقوط الحد؛ لما مر من أدلة، ولشبهة الشركة الموجودة لكل شخص في هذا المال. ويعزز السارق تعزيراً بليغاً لاجترائه على المال العام للمسلمين.

(١) انظر: روضة الطالبين، النووي: ١٠ / ١١٨، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ٩ / ١٣١، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥ / ٤٧٢.

وما ذهب إليه الشافعية في القول الأصح لا ينطبق اليوم على المال العام، فكل شخص له حق في هذا المال، ولا يوجد مال عام مخصوص بطائفة معينة. والله أعلم.

عاشراً: سرقة المال الموقوف:

اختلف الفقهاء في عقوبة سرقة المال الموقوف على قولين:

القول الأول: للحنفية وقول عند الشافعية ووجه عند الحنبلية، وقالوا لا قطع بالسرقة من المال الموقوف، ففيها التعزير؛ لأنه إن كان لله تعالى فهو كالمباحات، وإن كان للموقوف عليه أو الواقف فلضعف الملك^(١).

القول الثاني: يجب القطع بسرقة المال الموقوف، وهو قول المالكية ووجه عند الحنبلية بناء على أن الملك للواقف عندهم، وهو الأصح عند الشافعية سواء بالقول أن الملك فيه لله تعالى أم للموقوف عليه أو للواقف^(٢).

واشترط الشافعية ألا يكون له فيه شبهة استحقاق، فإن كان له فيه استحقاق أو شبهة استحقاق كمن سرق من وقف على جماعة هو منهم أو سرق منه أبو الموقوف عليه أو ابنه، أو وقف على الفقراء فسرق فقير فلا قطع قطعاً^(٣).

المناقشة وال ترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الشافعية في القول الأصح من وجوب القطع في سرقة المال الموقوف مطلقاً، لتوافر شروط الحد في هذه السرقة، إلا إن كان للشارق فيه شبهة استحقاق فيسقط الحد للشبهة.

أما ما استدل به الحنفية يرد عليه بما يأتي:

(١) حاشية ابن عابدين: ١٠٧/٤، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٣٢/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٧٣/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٠/٩.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي: ٣٣٦/٤، ومنح الجليل، عlish: ٣١٩/٩، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٣٢/٩، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٧٣/٥، والمغني، ابن قدامة: ١١٠/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٣١/٦.

(٣) مغني المحتاج، الشريبي: ٤٧٣/٥.

١ - إن قولهم إن الوقف إن كان ملكاً لله تعالى فهو كالمباح قياس فاسد؛ لأن المال المباح يحق لكل إنسان أن يحوزه ويستملكه، بخلاف المال الموقوف.

٢ - إن استدلالهم بضعف الملك إن كان المال الموقوف على ملك الواقف غير مسلم؛ لأنه مال مملوك لا شبهة فيه، فهي كسرقة أي مال آخر للواقف غير هذا المال يجب فيها القطع إن استوفى الحد شروطه. والله أعلم

الحادي عشر: سرقة المؤجر مال المستأجر:

إذا سرق المؤجر من البَيْتِ المُسْتَأْجَرِ فقد اختلف الفقهاء في عقوبة السارق على قولين:

القول الأول: لأبي حنيفة والحنبلية، وذهبوا إلى قطع المؤجر إذا سرق من مال المستأجر؛ لأن معنى الحرز لا تعلق له بالملك؛ إذ هو اسم لمكان معد للإحراز يُمنع الدخول فيه إلا بإذن، قد وجد في حق المؤجر؛ لأن المؤجر ممنوع من الدخول في المنزل المستأجر من غير إذن فأشبهه الأجنبي^(١).

الثاني: لأبي يوسف ومحمد من الحنفية، وعندهما لا قطع في هذه الحالة؛ لأن الحرز ملك السارق فيورث شبهة في إباحة الدخول فيختل الحرز.

المناقشة وال ترجيح:

يرجح الباحث وجوب القطع لما يأتي:

- ١ - إن معنى الحرز متحقق في حق المؤجر بالنسبة للمستأجر، ومعرفة الحرز تعرف بالرجوع إلى أعراف الناس، وعادات الناس اليوم تقضي بمنع المالك من الدخول في الأحراز التي أجزأها.
- ٢ - ملك السارق للحرز الذي أجره لا يعطيه الحق في دخوله، وإلا لاختلت الأحراز المؤجرة، وهو ما يتناقض مع طبيعة عقد الإجارة. والله أعلم.

الثاني عشر: السرقة في القحط:

اتفق الفقهاء على أنَّ الاضطرار شبهة تدرأ حد السرقة؛ لأن الضرورة تبيح تناول من مال الآخر بقدر الحاجة فيمنع ذلك وجوب القطع في السرقة^(١)، واستدلوا بما يأتي:

(١) انظر: ملتقى الأبحر، إبراهيم الحلبي: ٣٩٠/١، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧٥/٧، الكافي، ابن قدامة: ٧٦/٤.

١- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٣].

٢- ما روي أن رقيقاً لحاطب بن أبي بلتعة^(٢) سرقوا ناقة لرجل من مُزَيْنَةَ، فانتحروها، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب^(٣)، فأمر كثير بن الصلت^(٣) أن يقطع أيديهم، ثم قال عمر: إني أراك بُجِيعُهُمْ، وَاللَّهِ لَأُعَزِّمَنَّكَ غُرْمًا يَشُقُّ عَلَيْكَ، ثُمَّ قَالَ لِلْمَزْنِيِّ: كَمْ ثَمَنُ نَاقَتِكَ؟ قَالَ: أَرْبَعِمِائَةٍ دِرْهَمٍ، قَالَ عُمَرُ: أَعْطِهِ ثَمَانِمِائَةً دِرْهَمٍ^(٤).

وجه الاستدلال أن سيدنا عمر^(٥) درأ عنهم القطع لما ظن حاطب يجمعهم^(٥).

٣- ما روي عن سيدنا عمر^(٦) أنه قال: «لَا قَطْعَ فِي عِذْقٍ^(٦)، وَلَا فِي عَامِ سَنَةٍ^(٧)».

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٤٠/٩، ومواهب الجليل، الحطاب: ٣٠٦/٦، والمهذب، الشيرازي: ٣٦٢/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٣٦/٩.

(٢) هو الصحابي حاطب بن أبي بلتعة ابن عمرو بن عمير بن سلمة بن صعب بن سهل اللخمي، شهد الوقائع كلها مع رسول الله ﷺ، وبعثة النبي ﷺ بكتابه إلى المقوقس صاحب الإسكندرية، وكان من أشد الرماة في الصحابة، وله تجارة واسعة، توفي في المدينة سنة: (٣٠ هـ). انظر: الإصابة، ابن حجر العسقلاني: ٤/٢، والأعلام، الزركلي: ١٥٩/٢.

(٣) هو الصحابي كثير بن الصلت بن معديكرب بن وليعة الكندي، يكنى أبا عبد الله، ولد في عهد النبي ﷺ، وأورده ابن حبان في التابعين، كان اسمه "قليلًا" وسماه عمر بن الخطاب "كثيرًا"، توفي نحو: (٧٠ هـ). انظر: الإصابة، ابن حجر العسقلاني: ٤٧١/٥، وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٣١٩/٥-٣٢٠.

(٤) رواه مالك في الموطأ (رواية أبي مصعب الزهري)، كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والأحرسة: ٤٧٠/٢، رقم: ٢٩٠٥، والشافعي في مسنده: ٢٢٤/١، والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب السرقة، باب ما جاء في تضعيف الغرامة: ٤٢٥/١٢، رقم: ١٧٢٤٢، والبعوي في شرح السنة، كتاب الحدود، باب في قطع يد السارق وما يقطع فيه يده: ٣١٦/١٠، رقم: ٢٥٩٩.

(٥) انظر: المغني، ابن قدامة: ١٣٦/٩.

(٦) الْعِدْقُ: هُوَ الْكِبَاسَةُ وَهُوَ جَامِعُ الشَّمَارِيخِ وَالْجُمُعُ أَعْدَاقٌ. المصباح المنير، الفيومي: ٣٩٩/٢. وَالْعِدْقُ عِدْقُ النَّحْلَةِ، وَهُوَ شِرَاحٌ مِنْ شَمَارِيخِهَا، وَالْعِدْقُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ: الْغُصْنُ ذُو الشُّعْبِ. معجم مقاييس اللغة، ابن فارس: ٢٧٥/٤.

(٧) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في الرجل يسرق التمر والطعام: ٥٢١/٥، رقم: ٢٨٥٩١، وأورده ابن حجر العسقلاني في التلخيص الحبير، وعزاه إلى إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني في "جامعه" عن أحمد بن حنبل، عن هارون بن إسماعيل، عن علي بن المبارك، عن يحيى بن أبي كثير، عن حسان بن أزره: أن ابن حدير حدثه عن عمر قال: " لا تقطع اليد في غدق، ولا عام سنة ". قال: فسألت أحمد عنه، فقال: الغدق: النحلة، وعام سنة: عام المجاعة، فقلت لأحمد: تقول به؟ قال: إي لعمرى. التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني: ١٣١/٤.

وقد قيل للإمام أحمد بن حنبل أتقول به [أي بالأثر السابق]؟ فقال: إي لعمري، قيل: إن سرق في جماعة لا تقطعه؟ فقال: لا، إذا حملته الحاجة على ذلك والناس في جماعة وشدة^(١).

وعدم القطع في هذه الحالة محمول على من لا يجد ما يشتريه، أو لا يجد ما يشتري به، فإن له شبهة في أخذ ما يأكله، أو ما يشتري به ما يأكله^(٢).

أما إذا لم يكن الإنسان مضطراً بل سرق وهو في حاجة شديدة؛ وهي كل حالة يترتب عليها حرج شديد وضيق بين؛ فلا تسقط عنه العقوبة؛ لأن الحاجة أقل من الضرورة، فهي تصلح شبهة لدرء الحد، ولكنها لا تمنع الضمان والتعزير عن السارق^(٣).

الثالث عشر: التعزير في سرقة ما له فيه شبهة إباحة:

اشتراط الحنفية أن يكون المال معصوماً ليس للسارق فيه حق الأخذ، ولا تأويل الأخذ، ولا شبهة التناول؛ لأن القطع عقوبة محضة فيستدعي جنابة محضة، وأخذ غير المعصوم لا يكون جنابة أصلاً، وما فيه تأويل التناول، أو شبهة التناول لا يكون جنابة محضة، فلا تناسبه العقوبة المحضة، ولأن ما ليس بمعصوم يؤخذ مجاهرة لا مخافة فيتمكن الخلل في ركن السرقة^(٤). وقواعد المذاهب الأخرى تتفق مع هذا الشرط.

وبناء على هذا الشرط فلا قطع عند الحنفية في سائر المباحات التي لا يملكها أحد، ولا في المباح المملوك، وهو مال الحر في دار الحرب. وقد مر خلاف الفقهاء في سرقة مال المستأمن في دار الإسلام^(٥). ولا قطع عندهم في سرقة الدائن ماله من المدين^(٦).

(١) إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية: ١٧/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٣٦/٩.

(٢) المغني، ابن قدامة: ١٣٦/٩.

(٣) انظر: التشريع لجنائي الإسلامي: ٥٤٠/٢.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧١/٧.

(٥) راجع الصفحة ١١٨ من هذا البحث.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: ٧١/٧.

ولو سرق مالاً فقطع فيه، فردّه إلى المالك، ثم عاد فسرقه منه فإن كان على حاله لم يقطع استحساناً عند الحنفية، لأن العصمة - وإن عادت بالرد- لكن مع شبهة العدم؛ وبمقتضى القياس عليه القطع^(١)، والقول بالقطع هو ما يتفق مع قواعد المذاهب الثلاثة المالكي والشافعي والحنبلي. وإن أحدث المالك فيه ما يوجب تغييره عن حاله، ثم سرقه السارق الأول فعليه القطع؛ لأنه إذا فعل ذلك فقد تبدلت العين، وتصير في حكم عين أخرى^(٢).

الرابع عشر: الشبهة في وسائل اثبات حد السرقة:

يثبت حد السرقة عند القاضي بشهادة رجلين أو بالإقرار باتفاق الفقهاء^(٣)، ولا يقبل في حد السرقة ما دون ذلك من وسائل الاثبات، كالشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي، وشهادة النساء^(٤)، واختلف في ثبوته باليمين المردودة والقرائن^(٥)؛ لأنها وسائل فيها شبهات، والحدود تدرأ بالشبهات. ويمكن أجمال الشبهات التي تعتري وسائل الاثبات المتفق عليها في حد السرقة بما يأتي: ١- رجوع المقر عن إقراره بالسرقة باتفاق الفقهاء^(٦).

٢- رجوع الشهود عن شهادتهم باتفاق الفقهاء^(٧).

٣- تملك السارق المسروق بعد القضاء عند الحنفية فقط^(٨).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٣/٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٣/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨١/٧، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٣٥، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٠/٥-٤٩٣، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤٠٤/٦.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١٠٩.

(٥) قال بثبوته باليمين المردودة الشافعية فقط. انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٠/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٠/٤. والقول بثبوته بالقرائن هو قول عند الحنبلية. انظر: الطرق الحكيمة، ابن القيم الجوزية: ص ٦.

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧٣/٧، والشرح الكبير، الدردير: ٣٤٦/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٩١/٥، والمغني، ابن قدامة: ٦٨/٩.

(٧) انظر: الهداية، المرغيناني: ١٣٢/٣، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٢٠٦/٤ ومغني المحتاج، الشربيني: ٣٩٢/٦، والمغني، ابن قدامة: ٢١٩/١٠.

(٨) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٤٠٦/٥.

٤- تكذيب المسروق منه للسارق المقر بالسرقة أو تكذيب الشهود عند الحنفية والشافعية والحنبلية^(١).

٥- ادعاء ملكية المسروق من قبل السارق عند الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية وقول عند الحنبلية^(٢).

٦- نقص قيمة المسروق عن النصاب بعد القضاء قبل تنفيذ الحكم عند الحنفية^(٣).

٧- إقرار المسروق منه بملكية السارق للمال المسروق عند الحنفية والشافعية والحنبلية^(٤).

٨- عدم الخصومة من المسروق منه في حق السارق عند الحنفية والشافعية والحنبلية^(٥).

٨- التقادم بالشهادة عند الحنفية فقط^(٦).

فإذا كانت البيئة على السرقة هي ما دون الإقرار أو شهادة عدلين، أو قامت الشبهة في وسيلة الإثبات في حد السرقة فإن حد السرقة لا يقام على السارق، وإما أن تسقط العقوبة كلياً إذا كانت الشبهة قوبة بحيث لا تقوى على إثبات أي جرم في حق المتهم، وإما أن تكون ضعيفة بحيث يدرأ الحد ويحل محله التعزير إذا كانت الشبهة لا تمحو وصف الجريمة عن المتهم؛ لأن التعزير يثبت مع الشبهة^(٧).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: ٨٩/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٧٠/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٤٢/٩.

(٢) انظر: العناية، البابرتي: ٤٠٨/٥، فتح القدير، ابن الهمام: ٤٠٨/٥، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ١٠٠/٨، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٧٠/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٤٣/٩.

(٣) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٤٠٧/٥، حاشية ابن عابدين: ١٠٩/٤.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: ١٠٦/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١١٥/١٠، والمغني، ابن قدامة: ١٢٩/٩.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٣/٧، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٢/٤، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤٦/٦.

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨١/٧م.

(٧) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١١١، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٦٤٦-٦٥٦.

المطلب الرابع: أثر فوات محل القطع في حد السرقة.

ولهذه المسألة حالتان أبينها فيما يأتي:

أولاً: تكرار السرقة من الجاني:

إذا سرق الجاني فقطعت يده، ثم عاد فكرر السرقة أكثر من مرة، فقد اختلف الفقهاء في عقوبته بعد المرة الثانية على النحو الآتي:

القول الأول: للحنفية، والحنبلية في رواية وهي المذهب، وذهبوا إلى أن من سرق بعد أن قطعت يده اليمنى، تقطع رجله اليسرى، فإن عاد بعد ذلك فليس عليه قطع، بل يجبس ويضرب حتى تظهر توبته أو يموت^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١- ما روي من أنه أتى عليّ ﷺ بسارق قد سرق فقطع يده، ثم أتى به قد سرق فقطع رجله، ثم أتى به الثالثة قد سرق فأمر به إلى السجن، وقال: «دَعُوا لَهُ رَجُلًا يَمْشِي عَلَيْهَا، وَيَدًا يَأْكُلُ بِهَا وَيَسْتَنْجِي بِهَا»^(٢) وفي رواية قال: «إِذَا سَرَقَ السَّارِقُ قُطِعَت يَدُهُ الْيُمْنَى، فَإِنْ عَادَ قُطِعَت رِجْلُهُ الْيُسْرَى، فَإِنْ عَادَ ضُمِّنَ السَّجْنُ حَتَّى يُحْدِثَ خَيْرًا، إِنِّي لَأَسْتَحْيِي أَنْ أَدْعَهُ»^(٣).

وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر؛ فيكون إجماعاً منهم^(٤).

٢- دلالة الإجماع والمعقول، أما دلالة الإجماع فهي الإجماع على أن اليد اليمنى إذا كانت مقطوعة لا يعدل إلى اليد اليسرى، بل إلى الرجل اليسرى، ولو كان لليد اليسرى مدخلاً في القطع

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٦/٧، وحاشية ابن عابدين: ١٠٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٢٥/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤٧/٦-١٤٨.

(٢) رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود واليات وغيره: ٢٣٧/٤، رقم: ٣٣٨٧، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب السرقة، باب السارق يعود فيسرق ثانياً وثالثاً ورابعاً: ٤٧٧/٨، رقم: ١٧٢٦٩، ورواه بلفظ آخر: عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب قطع السارق: ١٨٦/١٠، رقم: ١٨٧٦٤، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في السارق يسرق فتقطع يده ورجله ثم يعود: ٤٨٩/٥، رقم: ٢٨٢٦٠.

(٣) رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره: ٢٣٧/٤، رقم: ٣٣٨٨.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٦/٧، وانظر: المغني، ابن قدامة: ١٢٥/٩.

لكان لا يعدل إلا إليها؛ لأنها منصوص عليها، ولا يعدل عن المنصوص عليه إلى غيره فدل العدول إلى الرجل اليسرى لا إليها على أنه لا مدخل لها في القطع بالسرقة أصلاً^(١).

٣- إنَّ قطع كل الأعضاء يفوت منفعة الجنس فلم يشرع كالقتل، ولأنه لو جاز قطع اليدين، لقطعت اليسرى في المرة الثانية؛ لأنها آلة البطش كاليمنى، وإنما لم تقطع للمفسدة في قطعها؛ لأن ذلك بمنزلة الإهلاك^(٢).

القول الثاني: للمالكية والشافعية والحنبلية في الرواية الأخرى، وذهبوا إلى أنَّ من سرق بعد أن قطعت يده اليمنى في السرقة الأولى تقطع رجله اليسرى، فإن عاد للمرة الثالثة قطعت يده اليسرى، فإن سرق مرة رابعة قطعت رجله اليمنى، فإن عاد بعد ذلك فإنه يعزر ويحبس حتى تظهر توبته أو يموت^(٣).

جاء في المذهب: "وإن سرق خامساً... يعزر لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فعزر فيها"^(٤).
واستدلوا^(٥) بما روي عن أبي هريرة^(٦) رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، قال: «إِذَا سَرَقَ السَّارِقُ فَأَقْطَعُوا يَدَهُ، وَإِنْ عَادَ فَأَقْطَعُوا رِجْلَهُ، فَإِنْ عَادَ فَأَقْطَعُوا يَدَهُ، فَإِنْ عَادَ فَأَقْطَعُوا رِجْلَهُ»^(٧).

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) المغني، ابن قدامة: ١٢٥/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤٧/٦-١٤٨.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٩٣/٨، والقوانين الفقهية: ص ٢٣٦، ونهاية المحتاج، الرملي: ٤٦٧/٧، وروضة الطالبين، النووي: ١٤٩/١٠، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٣/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٢٥/٩.

وروي عن عثمان، وعمر بن العاص، وعمر بن عبد العزيز أنه تقطع يده اليسرى في الثالثة، والرجل اليمنى في الرابعة، ويقتل في الخامسة. المغني، ابن قدامة: ١٢٥/٩.

(٤) والمذهب، الشيرازي: ٣٦٤/٣.

(٥) انظر: المذهب، الشيرازي: ٣٦٤/٣، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٣/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٢٥/٩.

(٦) تقدمت ترجمته: ص ١٣٧.

(٧) رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره: ٢٣٩/٤، رقم: ٣٣٩٢. وإسناده ضعيف. انظر: التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني: ١٢٨/٤.

ويتفرع على مسألة تكرار القطع عند تكرار السرقة ما لو تعلق القطع باليد اليمنى، وكانت اليد اليسرى قد ذهبت منفعتها، أو كانت مقطوعة في قصاص أو بآفة سماوية فقد اختلف الفقهاء في قطع اليد اليمنى على قولين:

القول الأول: للحنفية ورواية عند الحنبلية، وقالوا يسقط القطع ويعزر السارق؛ لأن قطع اليمنى يؤدي إلى تفويت المنفعة وإهلاك النفس إذا لم تكن اليد اليسرى منتفعاً بها أيضاً. ولا تقطع الرجل اليسرى أيضاً؛ لأن قطع الرجل اليسرى يذهب أحد الشقين على الكمال فيهلك النفس من وجهه. وكذلك الحكم عندهم إذا تعلق القطع بالرجل اليسرى، وكانت الرجل اليمنى قد قطعت أو ذهبت منفعتها^(١).

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية ورواية عند الحنبلية، وعندهم لا يسقط القطع في هذه الحالة؛ لأن اليد اليسرى محل للقطع أيضاً إذا تكررت السرقة^(٢).

المناقشة وال ترجيح:

عند النظر في الأدلة نجد أن أصحاب القول الأول استدلووا بالأثر وبالمعقول، وأصحاب القول الثاني استدلووا بالحديث الشريف.

أما الحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني فإسناده ضعيف ولا يصلح للاستدلال به إن لم يعضده دليل آخر، وأما الأثر الذي استدل به أصحاب القول الأول فقد ورد بروايات كثيرة يقوي بعضها بعضاً، فقد روي أن ابن عباس سأل عن السارق، فقال بمثل قول علي^(٣)، وورد أنهم كانوا يقولون: «لَا يُتْرَكُ ابْنُ آدَمَ مِثْلَ الْبَهِيمَةِ، لَيْسَ لَهُ يَدٌ يَأْكُلُ بِهَا، وَيَسْتَنْجِي بِهَا»^(٤)، وغير ذلك من الروايات، وقد عضد هذا الأثر بالدليل العقلي، وهو الراجح في نظر الباحث.

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٧/٧، وحاشية ابن عابدين: ١٠٥/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٢٦/٩.

(٢) انظر: التاج والإكليل، العبدري: ٤١٤/٨، وشرح الزرقاني على مختصر خليل: ١٦١/٨، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٣/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٢٦/٩.

(٣) ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في السارق يسرق فتقطع يده ورجله ثم يعود: ٤٨٩/٥، رقم: ٢٨٢٧١.

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب قطع السارق: ١٨٦/١٠، رقم: ١٨٧٦٥.

ومن المستبعد أن يأمر النبي ﷺ بقطع السارق في المرة الثالثة والرابعة ولا يعلم بذلك علي وابن عباس وعمر وغيرهم من الأصحاب الملازمين للنبي ﷺ، وعلى الأقل أن ينقل لهم إن غابوا^(١).

ثانياً: التعزير لذهاب العضو المطلوب في القطع:

من سرق وكانت السرقة مستوفية شروط القطع، ثم ذهب العضو المطلوب قطعه بأفة سماوية أو بجناية أو بقصاص، سقط القطع ويعزر الجاني باتفاق الفقهاء، إلا أن الحنفية اشترطوا أن يكون ذهاب العضو بعد الخصومة عند القضاء^(٢).

وفي قول عند الشافعية يعدل إلى الرجل، كما لو فات محل القصاص يعدل إلى بدله، وهو الدية، والصحيح القول الأول؛ لأن القطع تعلق بها^(٣).

جاء في المهذب: "وإن سرق ولا يمين له قطعت الرجل اليسرى فإن كانت له يمين عند السرقة فذهبت بأكلة أو جناية سقط الحد ولم ينتقل الحد إلى الرجل، والفرق بين المسألتين أنه سرق ولا يمين له تعلق الحد بالعضو الذي يقطع بعدها، وإذا سرق وله يمين تعلق القطع بها، فإذا ذهبت زال ما تعلق به القطع فسقط"^(٤).



(١) انظر: حاشية ابن عابدين: ١٠٥/٤.

وروي عن عثمان، وعمر بن العاص، وعمر بن عبد العزيز أنه تقطع يده اليسرى في الثالثة، والرجل اليمنى في الرابعة، ويقتل في الخامسة. المغني، ابن قدامة: ١٢٥/٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٨٨/٧، ومنح الجليل عlish: ٣٣٢/٩، والمهذب، الشيرازي: ٣٦٤/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٢٤/٩.

(٣) روضة الطالبين، النووي: ١٤٩/١٠ - ١٥٠.

(٤) المهذب، الشيرازي: ٣٦٤/٣ - ٣٦٥.

المبحث الخامس: التعزير لتخلف شرط من شروط حد الحرابة أو للشبهة فيه.

المطلب الأول: : أثر تخلف الركن المادي في جريمة الحرابة.

المطلب الثاني: أثر تخلف شرط من شروط المال في الحرابة.

المطلب الثالث: أثر تخلف شرط من شروط مكان الحرابة.

المطلب الرابع: التعزير للإعانة على الحرابة.

المطلب الأول: أثر تخلف الركن المادي في حد الحرابة.

أولاً: أثر تخلف شرط المجاهرة في حد الحرابة.

من المتفق عليه أن الحرابة إذا كانت مجاهرة فهي جريمة فيها الحد، أما إذا وقعت الحرابة خفية فقد اختلف الفقهاء في عقوبتها على قولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنبلية والظاهرية، واشتروا في الحرابة أن تكون مجاهرة، فإن وقعت خفية فهي سرقة فيها الحد، وإن اختطف المال خطفاً فهو انتهاب، لأنه لا يعتمد على المنعة والقوة وهي شرط في الحرابة. والمنتهب لا حد عليه وإنما عليه التعزير^(١).

جاء في بدائع الصنائع في تعريف قطع الطريق: "هو الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور، وينقطع الطريق"^(٢).

وهذا التعريف يدل دلالة ضمنية على أن جريمة قطع الطريق تكون علانية، لأن أخذ المال مغالبة على وجه ينقطع فيه الطريق لا يكون إلا إذا كان الفعل قد وقع علانية، وانتشر صدها بين الناس.

(١) انظر: أحكام القرآن، الجصاص: ٥١/٤، وقد عرف المحاربين بأنهم: الذين يخرجون ممتنعين مجاهرين بإظهار السلاح وقطع الطريق. الأم، الإمام الشافعي: ١٦٤/٦، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٤٥/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٥٧/٧، والمحلى، ابن حزم: ٢٨٣/١٢.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٠/٧.

القول الثاني: للمالكية، وعندهم لا تشترط المجاهرة في جريمة الحراة، وإذا وقع الفعل مخادعةً فهو حراة فيها الحد^(١).

وقد نصَّ المالكية على أن من يسقي الناس مواد مخدرة ليأخذ أموالهم ينطبق عليه حكم المحارب، جاء في المدونة: "وقال مالك: وهؤلاء الذين يسقون الناس السَّيْكَرَان^(٢) إنهم محاربون إذا سقوهم سكرًا فيأخذوا أموالهم. قال: قال مالك: هم محاربون يقتلون"^(٣).

ولا شك أن سرقة أموال الناس حال تخديرهم تكون خفيةً ولا تكون مجاهرةً.

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط المجاهرة في الحراة لما يأتي:

١ - قوة ما استدل به الجمهور من أن المحاربة تعتمد على القوة واستعمال السلاح، وذلك يكون جهرًا لا خفية.

٢ - إن الركن الأساسي في الحراة هو الخروج لأخذ المال أو القتل أو الإرعاب، وكلمة الخروج تدل دلالة ضمنية على أن ذلك يكون علانية، والذي يستولي على الأموال خفية وسراً لا يكون خارجاً.

٣ - لو قلنا إن الاستيلاء على أموال الناس خفية يكون حراة لما كان هناك فرق بينها وبين السرقة؛ فالاستيلاء على أموال الناس خفية هو سرقة فيها الحد الخاص بها، فإذا سقى السارق صاحب المال المخدر ليأخذ ماله فإن ذلك يكون سرقة لا حراة. والله أعلم.

(١) انظر: مواهب الجليل، الخطاب: ٣١٤/٦، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ١٠٣/٨-١٠٤، والشرح الكبير، الدردير: ٣٤٨/٤.

(٢) السَّيْكَرَان: تَبَّتْ مسكر. لسان العرب، ابن منظور: ٣٧٥/٤، مادة: سكر.

(٣) المدونة، الإمام مالك: ٥٥٦/٤-٥٥٧.

ثانياً: أثر تخلف شرط استخدام السلاح في حد الحراة:

لا شك أن جناية قطع الطريق تعني خروج جماعة أو أفراد لهم قوة ومنعة يخيفون السبيل ويأخذون المال مجاهرة بما لهم من قوة وشوكة يقطعون بها الطريق، والمحارب لا يحصل على مقصوده إلا إذا كان له قوة يرهب بها ويدرك بها مراده، سواء كانت هذه القوة سلاحاً جارحاً كالسيف والخنجر أو آلات القتال الحديثة، أم غير ذلك من الحجر والعصا، أو قوة بدنية يدرك بها المحارب مراده بخنق أو ضرب أو صرع وما شابه.

فإذا اعتمد المحارب على آلات القتال المعروفة كالسيف وما شابه أو آلات القتال الحديثة اليوم فهذا اتفق فيه الفقهاء على أنه محارب يقام عليه حد الحراة إذا توافرت فيه باقي شروط الحد. أما إذا اعتمد على الحجر والعصا أو مجرد القوة البدنية فقد حصل خلاف بين الفقهاء في اعتباره محارباً، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

أ- إذا كانت آلة المحاربين الخشب والعصا والحجر وما شابه فلفقهاء في اعتبارهم محاربين قولان:

القول الأول: أنه محارب يقام عليه الحد، وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية وجمهور الحنبلية والظاهرية؛ لأن ذلك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس والطرف، فأشبهه الحديد^(١).

جاء في روضة الطالبين: "ولا يشترط أيضاً شهر السلاح، بل الخارجون بالعصي والحجارة قطاع"^(٢).

القول الثاني: وهو قول مرجوح عند الحنبلية، أنهم ليسوا بمحاربين، فلا يقام عليهم الحد فعليهم التعزير^(١).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٢٠٢/٩، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٣٨/٣، والمدونة، الإمام مالك: ٥٥٢/٤، ومنح الجليل، عيش: ٣٣٩/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٨/٥، وأسن المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٤٥/٩، والإنصاف، المرداوي: ٢٩١/١٠، والمحلى، ابن حزم: ٢٨٣/١٢.

(٢) روضة الطالبين، النووي: ١٥٥/١٠-١٥٦.

وعن أبي يوسف من الحنفية رواية أخرى، وهي إن استعمل الجاني الخشب ونحوه نهاراً في المصر فليس بقاطع، وإن استعمله في الليل يكون قاطعاً؛ لأن الغوث يبطئ بالليالي فيتحقق بلا سلاح^(٢).

ب- إذا لم يكن مع المحاربين سلاح، ولكن اعتمدوا في محاربتهم على قواهم البدنية من الضرب واللكم، فللفقهاء قولان في كونه محارباً:

القول الأول: ليس بمحارب ولا يقام عليه حد الحاربة، فعليه التعزير، وهو قول الحنفية وقول عند الشافعية، والراجح عند الحنبلية؛ لأنهم لا يمنعون من قصدهم^(٣).

القول الثاني: أنه محارب يقام عليه حد الحاربة، وهو قول المالكية والراجح عند الشافعية وقول عند الحنبلية، وقول الظاهرية^(٤).

جاء في المدونة: "قلت: رأيت المحارب يخرج بغير سلاح، أيكون محارباً أم لا؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً وأرى إن فعل ما يفعله المحارب من تلصصهم على الناس وأخذ أموالهم مكابرة منه لهم فأراه محارباً"^(٥).

المناقشة والترجيح:

يرى الباحث اعتبار كل من أخاف الطريق محارباً، سواء كان معه سلاح أم لم يكن لما يأتي:

١- إن للقوة العضلية تأثير السلاح في قطع الطريق وإخافة المجني عليهم، خاصة إذا كانت الجريمة وقعت من جماعة وهو الأعم الغالب.

(١) انظر: الفروع، ابن مفلح: ١٠/١٥٥، والإنصاف، المرداوي: ١٠/٢٩١،

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٥/٤٣٢.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ٩/٢٠٢، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٩٠-٩١، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٤/٥٥٢، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥/٤٩٨، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ٤/١٥٤، والمغني، ابن قدامة: ٩/١٤٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٦/١٥٠.

(٤) انظر: المدونة، الإمام مالك: ٤/٥٥٦، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥/٤٩٨، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ٤/١٥٤، والفروع، ابن مفلح: ١٠/١٥٥، والخلی، ابن حزم: ١٢/٢٨٣.

(٥) المدونة، الإمام مالك: ٤/٥٥٦.

٢- إن الركن الأساسي في اعتبار الفعل محاربة هو إخافة الطريق والإفساد في الأرض، فإذا تحقق هذا الركن وجب إقامة الحد على المجرمين، سواء كان ذلك بالسلاح أم بغيره من وسائل التغلب. والله أعلم.

ثالثاً: أثر تخلف شرط التعدد في حد الحاربة:

اختلف الفقهاء في اشتراط التعدد في المحاربة، وبالتالي في اعتبار الواحد محارباً على قولين:

القول الأول: لا يشترط في قاطع الطريق عدد، وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية، فالواحد ولو أنشئ إذا كان له فضل قوة يغلب بها الجماعة يعد محارباً^(١).

جاء في المدونة: "قلت: أرايت الرجل الواحد، هل يكون محارباً في قول مالك؟ قال: نعم، وقد قتل مالك رجلاً واحداً كان قد قتل على وجه الحاربة وأخذ مالا وأنا بالمدينة يومئذ"^(٢).

القول الثاني: أن الواحد لا يكون محارباً، وهو قول عند الحنفية؛ لأنَّ المحاربة عادةً تكون من قوم لهم منعة وشوكة يدفعون عن أنفسهم ويقوون على غيرهم بقوتهم، ولأن سبب الحد هو قطع الطريق، ولا ينقطع الطريق إلا بجماعة لهم منعة وقوة، فإذا حصلت أعمال الإخافة وقطع الطريق من شخص واحد يكون عليه التعزير لا الحد^(٣).

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه الجمهور من اعتبار الواحد محارباً إذا كان معه قوة يتغلب بها على الجماعة لما يأتي:

(١) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٢/٥، وحاشية ابن عابدين: ١١٣/٤، وشرح مختصر خليل، الخرشى: ١٠٤/٨، التاج، والإكليل، العبدري: ٨٢٤/٨، وروضة الطالبين، النووي: ١٠٦/١٠، ومغني المحتاج، الشريبي: ٤٩٨/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٤٥/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٥٠/٦.

(٢) المدونة، الإمام مالك: ٥٥٦/٤.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٩٥/٩، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٣٥/٣.

١- إن العبرة في إقامة الحد هو تحقق ركن الجريمة في قطع الطريق وإخافة الناس، وهذا من الممكن أن يقع من شخص واحد، كأن يكون ذلك الشخص مسلحاً ويخرج على جماعة بدون سلاح.

٢- ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن الواحد لا يستطيع منع جماعة كثيرة يرد عليه بأن ذلك أصبح يسيراً في العصر الحاضر، حيث انتشرت الأسلحة الحديثة المتطورة، والتي يستطيع بها شخص واحد التغلب على جماعة ولو فاقوه في العدد والقوة العضلية، وبذلك يسقط ما استدلوا به. والله أعلم.



المطلب الثاني: أثر تخلف شرط من شروط المال في الحرابة.

أولاً: أثر تخلف شرط النصاب في حد الحرابة:

تقدم في الكلام عن التعزير في حد السرقة أن جمهور الفقهاء يشترطون أن يبلغ المال المسروق نصاباً معيناً ليقام حد السرقة على السارق، فإذا سرق الجاني ما دون النصاب فإنه يعزر ولا يقام عليه الحد^(١).

وجريمة الحرابة تقع من ضمن ما تقع على أموال الناس، فهل يشترط في هذا المال أن يكون نصاباً ليقام حد القطع من خلاف على المحارب أم يحد باعتباره أن فعله يدخل في عموم آية الحرابة، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنبلية واشترطوا أن يبلغ المال نصاباً ليقام حد الحرابة على الجاني، فإذا سرق المحارب أقل من قيمة النصاب عزز لارتكابه معصية لا حد فيها ولا كفارة^(٢).

جاء في الأم: "ولا يقطع من قطاع الطريق إلا من أخذ قيمة ربع دينار فصاعداً قياساً على السنة في السارق"^(٣).

واستدلوا بما يأتي^(٤):

١ - عموم قول النبي ﷺ: «لَا تُقَطَّعُ يَدُ السَّارِقِ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا»^(٥).

(١) راجع الصفحة ٢٠٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٤/٥، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٠٠/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٥/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٥٠/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٥٢/٦.

واشترط الحسن بن زياد من الحنفية أن يكون المال المسروق في الحرابة يبلغ مقدار نصابين لإقامة الحد على المحارب؛ لأنه يقطع من قاطع الطريق طرفان فاشترط نصابان. تبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٣٦/٣.

(٣) الأم، الإمام الشافعي: ١٦٤/٦.

(٤) المغني، ابن قدامة: ١٥٠/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٥٢/٦.

(٥) تقدم تخريجه: ص ٢٠٥.

٢- إن هذه جناية تعلقت بها عقوبة في حق غير المحارب، وهو السارق، فلا تتغلظ في المحارب بأكثر من وجه واحد، وهنا تتغلظ بقطع اليد مع الرجل، ولا تتغلظ بما دون النصاب.

القول الثاني: للمالكية، وقالوا لا يشترط أن يبلغ المال نصاباً ليقام حد الحراة على المحارب^(١).

جاء في المدونة: "قلت: رأيت إن أخذ المحاربون من المال أقل مما تقطع فيه اليد، أقل من ثلاثة دراهم؟ قال: ليس حد المحاربين مثل حد السارق. والمحارب إذا أخذ المال، قليلاً كان أو كثيراً، فهو سواء، والسارق لا يقطع إلا في ربع دينار"^(٢).

المناقشة والترحيح:

لترحيح أحد القولين على الآخر لا بد من معرفة سبب الخلاف بين الجمهور والمالكية في هذه المسألة، ويرى الباحث أن السبب هو اختلافهم في كون العقوبات الواردة في آية الحراة جاءت على الترتيب أم على التخيير، فعند الجمهور هي على الترتيب، وبالتالي فعقوبة القطع في الحراة هي لمن سرق المال، لذلك اشترطوا النصاب هناكما اشترطوه في السرقة.

أما المالكية فينظرون إلى الحراة باعتبارها جريمة واحدة أي كانت الأفعال التي أتى بها المحارب، وجعلوا الإمام مخيراً في اختيار العقوبة من بين العقوبات التي وردت في الآية، فالحراة عندهم ذات معنى مغاير لبقية الحدود، ولذلك أوجبوا الحد إذا تحققت المحاربة دون النظر إلى الشروط الأخرى الواجب تحققها في السرقة.

ولما كان الشارع الحكيم نص على العقوبة الزاجرة المناسبة لكل جريمة، كما في القطع الذي شرع زاجراً للسرقة، والقصاص شرع زاجراً للقتل وهكذا؛ فإن الباحث يرجح ما ذهب إليه الجمهور من أن عقوبات الحراة مرتبة على وفق الجرم، وأن القطع في الحراة يشترط فيه أن يبلغ المال نصاب السرقة؛ لأن ذلك ثبت بالنص الصريح عن النبي ﷺ، فإذا لم يبلغ المال نصاباً في الحراة عزز الفاعل بما يردعه. والله أعلم.

(١) انظر: الفروق، القراني: ٢٠١/٤، والشرح الكبير، الدردير: ٣٤٨/٤.

(٢) المدونة، الإمام مالك: ٥٥٤/٤.

ثانياً: أثر الاشتراك في سرقة النصاب في حد الحرابة:

اختلف الجمهور الذين اشترطوا النصاب في قطع الحرابة في اشتراط أن تبلغ حصة كل واحد من المحاربين نصاباً لإقامة الحد عليهم على قولين:

القول الأول: للحنفية واشترطوا أن تبلغ حصة كل واحد من المحاربين نصاباً لإقامة الحد عليهم، جاء في فتح القدير: "ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصاباً كاملاً كي لا يستباح طرفه بأقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع"^(١).

القول الثاني: للشافعية والحنبلية، ولم يشترطوا هذا الشرط، فإذا أخذ المحاربون نصاباً أو ما تبلغ قيمته نصاباً قطعوا ولو لم تبلغ حصة كل واحد منهم نصاباً، كما لو اشترك جماعة في سرقة نصاب^(٢).

المناقشة والترجيح: يرجح الباحث ما ذهب إليه الحنفية من سقوط القطع؛ وذلك أن كل واحد من المحاربين لم يسرق نصاباً، وبالتالي فقد الحد أحد شروط، كما أن ذلك يورث شبهة تدرأ الحد. وقد مر نظير هذه المسألة في مبحث السرقة.

ثالثاً: أثر تخلف شرط الحرز في حد الحرابة:

تقدّم عند الحديث عن التعزير في حد السرقة تعريف الحرز في اللغة والاصطلاح، وأن المذاهب الأربعة اشترطت أن يكون المال المسروق قد أخذ من حرزه لإقامة حد السرقة على السارق^(٣). فهل يشترط الحرز لإقامة حد الحرابة على المحارب فيما لو كانت الجريمة وقعت على المال، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: للحنفية والمشهور عند الشافعية والحنبلية واشترطوا أن يكون المال المأخوذ حرابة محرزاً ليقام الحد على المحارب، فإذا لم يكن محرزاً فعلى المحارب التعزير^(٤).

(١) فتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٤/٥.

(٢) انظر: روضة الطالبين النووي: ١٠/١٥٧، وكشاف القناع، البهوتي: ٦/١٥٢.

(٣) راجع الصفحة ٢١١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٧/٩٢، الاختيار، الموصلي: ٤/١١٦، وروضة الطالبين، النووي: ١٠/١٥٦، ومغني المحتاج،

جاء في المغني: "وأما الحرز فهو معتبر، فإنهم لو أخذوا مالا مضيئاً لا حافظ له، لم يجب القطع"^(١).

القول الثاني: للمالكية ووجه عند الشافعية^(٢)، وذهبوا إلى عدم اشتراط الحرز في السرقة في الحراة^(٣).

وقد بينت سابقاً سبب الخلاف بين الجمهور والمالكية في هذه المسائل، ورجحت ما ذهب إليه الجمهور^(٤).

رابعاً: أثر تخلف شروط المال المطلوبة في السرقة:

نصّ الحنفية والحنبلية على أنه يشترط في المال المسروق في الحراة لإقامة حد القطع ما يشترط من شروط في المال المسروق في حد السرقة من انتفاء الشبهة وأن يكون المال متقوماً^(٥)، وهو ما تقتضيه قواعد المذهب الشافعي بناءً على اشتراطهم النصاب والحرز في الحراة.

جاء في بدائع الصنائع: "أما الذي يرجع إلى المقطوع له فما ذكر في كتاب السرقة، وهو أن يكون المأخوذ مالاً متقوماً معصوماً ليس فيه لأحد حق الأخذ، ولا تأويل التناول، ولا تهمة التناول مملوكاً لا ملك فيه للقاطع، ولا تأويل الملك، ولا شبهة الملك"^(٦).

الشريبي: ٥٠٠/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٥٠/٩، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٨١/٣.

(١) المغني، ابن قدامة: ١٥٠/٩.

(٢) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ١٠٥/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٤٨/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١٥٦/١٠، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٠٠/٥.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ١٠٥/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٤٨/٤، وروضة الطالبين، النووي: ١٥٦/١٠، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٠٠/٥.

(٤) راجع الصفحة: ٢٨١.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٣٨/٣، والمغني، ابن قدامة: ١٥٠/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٥٢/٦.

(٦) بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧.

ويقول الزيلعي (١٧٤٣هـ)^(١) في تبين الحقائق: "وعلى هذا إذا جرح وأخذ من المال دون النصاب أو الأشياء التي لا يقطع فيها كالأشياء التافهة والتي يتسارع إليها الفساد ولو كان مع هذا الأخذ قتل لا يجب الحد أيضا"^(٢).

فإذا وقعت جريمة الخرابه على ما للمحارب فيه ملك أو شبهة ملك أو كان المال غير متقوم فإن الجاني لا يحد عند الحنفية والحنبلية وإنما يعزر لارتكابه جريمة لا حد فيها.

ولم ينص المالكية على هذه الشروط، إلا أنه من السهل استنتاج أنهم لا يشترطونها بناء على عدم اشتراطهم الحرز والنصاب للقطع في الخرابه.

والراجع كما ذكرت سابقاً ما ذهب إليه الجمهور^(٣). والله أعلم.



(١) تقدمت ترجمته: ص ٢٩.

(٢) تبين الحقائق، الزيلعي: ٢٣٨/٣.

(٣) راجع الصفحة: ٢٨١ من هذا البحث.

المطلب الثالث: أثر تخلف شرط المكان في حد الحراية.

اتفق الفقهاء على أنَّ جريمة الحراية إذا وقعت بعيدة عن العمران وبعيدة عن الغوث فإنَّ الحد يقام على مرتكبها؛ لأنَّ المحارب بعيد عن قبضة الحاكم وعن الناس وإغاثتهم. أما إذا وقعت الجريمة في المدن والعمران فقد اختلف الفقهاء في إقامة الحد على الجناة على قولين:

القول الأول: لأبي حنيفة ومحمد وهو وقول الخري (٣٣٤هـ)^(١) من الحنبلية، وذهبوا إلى اشتراط البعد عن العمران، وأنَّ تكون المحاربة في الصحراء، فإن حصل منهم الإرعاب وأخذ المال في القرى والأمصار فليسوا بمحاربين، ولا يقام عليهم الحد، فعليهم التعزير^(٢). وحدد الحنفية مسافة البعد عن العمران ليكون الفعل حراية بمسيرة سفر، فإن كان أقل من ذلك لم يكونوا قطاع طريق^(٣).

واستدلوا بأنَّ سبب وجوب الحد هو قطع الطريق، وقطع الطريق إنما هو في الصحراء لا في المصر؛ لأن من في المصر يلحق به الغوث غالباً، فتذهب شوكة المعتدين، ويكونون مختلسين، والمختلس ليس بقطاع، ولا حد عليه، وبدون السبب لا يثبت الحكم^(٤).

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية وكثير من أصحاب أحمد والظاهرية وقول أبي يوسف من الحنفية، وذهبوا إلى أنه لا يشترط في جريمة الحراية البعد عن العمران وإنما يشترط فقد الغوث، فإذا وقعت الجريمة في العمران ووجد الغوث من السلطان فلا حد على القطاع وإنما التعزير،

(١) تقدمت ترجمته: ص ١٢٢.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ٢٠١/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٣١/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٤٤/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٥٧/٧.

وهو قول الثوري، وإسحاق. المغني، ابن قدامة: ١٤٤/٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٣٥/٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧، والمغني، ابن قدامة: ١٤٤/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤٥٧/٧.

أما إذا فقد الغوث داخل العمران بسبب ضعف أهل العمران، أو لضعف السلطان فإن الحد يقام على المحاربين^(١).^(٢)

واستدلوا بما يأتي:

١ - عموم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآية [المائدة: ٣٣]. فهذه الآية تتناول بعمومها كل محارب سواء كان في الصحراء أو في المصر^(٣).

٢ - إذا وجب الحد على المحاربين في الصحراء وهي موضع الخوف، فلأن يجب في العمران وهي موضع الأمن أولى؛ لأنَّ الجريمة في المصر أعظم خطراً من الجريمة في الصحراء؛ لأن خطر الحراة يزداد بالمجاهرة والمنعة، وهذا في المصر أظهر، وأكثر ضرراً^(٤).

٣ - قياس حد الحراة على باقي الحدود كالزنا والقذف وشرب الخمر، فهي تجب في المدن، فكذلك حد الحراة^(٥).

القول الثالث: وهو قول مروى عن أبي يوسف من الحنفية، وفرق بين القطع في المدن بين الليل والنهار فقال: لو قطعوا الطريق في المدن وقتلوا نهاراً بسلاح يقيم عليهم الحد، وإن خرجوا بخشب ونحوه لم يقيم عليهم؛ لأنه مع السلاح لا يلحق الغوث بالمقطوع عليه، وبالخشب يلحقهم الغوث،

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٢٠١/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧، والتاج والإكليل، العبدري: ٤٢٧/٨، وشرح مختصر خليل، الخرخشي: ١٠٤/، وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٥٨/٩، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٤/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٤٤/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٥٠/٦، والمحلى، ابن حزم: ٢٨٣-٢٨١/١٢. وبه قال الأوزاعي، والليث، وأبو ثور. المغني، ابن قدامة: ١٤٤/٩.

(٢) أضاف الحنابلة والمالكية البحر للأماكن التي يمكن أن تقع فيها جريمة الحراة (الكافي، ابن عبد البر: ١٠٨٨/٢، وكشاف القناع، البهوتي: ١٥٠/٦، ومطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ٢٥١/٦)، وقواعد المذاهب الأخرى توافق ما ذهب إليه الحنابلة، خصوصاً أن الغوث في البحر يكون عادة أقل بكثير من البر، ولذلك فإن ما يسمى اليوم بالقرصنة ينطبق عليه حكم جريمة الحراة على رأي الجمهور. والله أعلم.

(٣) الحاوي الكبير، الماوردي: ٣٦١/١٣، والمغني، ابن قدامة: ١٤٤/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٥٠/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧، والحاوي الكبير، الماوردي: ٣٦١/١٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٤٩٩/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٥٠/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٥٠/٦.

(٥) انظر: المبسوط، السرخسي: ٢٠١/٩، والحاوي الكبير، الماوردي: ٣٦١/١٣.

وإن قاتلوا ليلاً بسلاح، أو بخشب يقام عليهم الحد؛ لأن الغوث قلما يلحق بالليل؛ فيستوي فيه السلاح، وغيره^(١).

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط البعد عن الغوث وفقده لإقامة حد الحاربة عن المحاربين سواءً في مصر أو في صحراء لما يأتي:

١- قوة ما استدلووا به من ظاهر الآية الكريمة والمعقول؛ فالآية الكريمة عامة غير مخصوصة، وكذلك فإن الحاربة في المدن أشد خطراً؛ كون المدن هي مكان إقامة الناس وحفظ أموالهم، فالحاربة في المدن أولى في إقامة الحد منها في الصحراء.

٢- ما استدل به الحنفية من أن قطع الطريق في الصحراء فقط لا دليل عليه من المنقول، فتبقى الآية على عمومها.

٣- العبرة في إقامة الحد هو تحقق ركن الجريمة من الإفساد في الأرض مع فقد الغوث، وهذا يتحقق في العمران، وواقع بالمشاهدة، حيث إنه في العصر الحاضر انتشرت العصابات المسلحة المنظمة التي تعيث في الأرض فساداً، وتعتدي على أموال الناس وأنفسهم وأعراضهم، وهؤلاء محاربين ينبغي إقامة الحد عليهم إذا وقعت جرائمهم مع فقد الغوث لضعف سلطة الدولة. والله أعلم.

يقول ابن حزم الظاهري (٤٥٦هـ) مرجحاً رأي الجمهور: "وأما قول من قال: لا تكون المحاربة إلا في الصحراء، أو من قال: لا تكون المحاربة في المدن إلا ليلاً: فقولان فاسدان..، بلا برهان"^(٢).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٢/٧. وقيل أنَّ عليه الفتوى عند الحنفية نظراً لمصلحة الناس بدفع شر المتغلبة المفسدين. الاختيار، الموصلي: ١١٦/٤، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ٢٣٥/٣.

(٢) المحلى، ابن حزم: ٢٨١/١٢.

المطلب الرابع: عقوبة المعين في حد الحراية.

اتفق الفقهاء على أنه لو اشترك جماعة وباشروا أعمال الحراية فإنه يقام عليهم الحد جميعاً، واختلفوا في عقوبة الردء؛ أي المعين الذي لم يباشر القطع، هل هي الحد أم التعزير على قولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنبلية، وذهبوا إلى أن المعين له حكم المباشر في الحراية ويقام عليه الحد^(١).

ونصّ الدسوقي (١٢٣٠هـ)^(٢) على أن الردء يشمل من يتقوى المحاربون بجاهه، إذ لولا جاهه ما تجرأ القاتل على القتل، فجاهه إعانة على القتل حكماً^(٣).

واستدلوا بما يأتي:

١ - فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث إنه قتل جماعة بواحد، وقال: «لَوْ اشْتَرَكَ فِيهَا أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ»^(٤).

وجه الدلالة أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه اعتبر أعوان القاتل شركاء في القتل، فكذلك الحكم في حد الحراية^(٥).

٢ - إن جريمة القطع تحصل بالكل كما في السرقة؛ حيث إن من عادة القطاع المباشرة من بعضهم، والإعانة من بعضهم الآخر، فلو لم يلحق التسبب بالمباشرة في سبب وجوب الحد؛ لأدى ذلك إلى انفتاح باب قطع الطريق، وانسداد حكمه، ولهذا ألحق التسبب بالمباشرة في حد الحراية^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩١/٧، وفتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٧/٥، وشرح مختصر خليل، الخرشى: ١٠٥/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٣٥٠/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٥٣/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٥١/٦.

(٢) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي أبو عبد الله، فقيه مالكي من علماء العربية والفقه، من أهل دسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة سنة: (١٢٣٠هـ)، من تصانيفه: "حاشيته على الشرح الكبير على مختصر خليل"، و"الحدود الفقهية" في فقه الإمام مالك و"حاشية على شرح السنوسي لمقدمته أم البراهين" في العقائد. انظر: شجرة النور الزكية، محمد مخلوف: ٥٢٠/١، والأعلام للزركلي ١٧ / ٦.

(٣) الشرح الكبير، الدردير: ٣٥٠/٤.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم: ٨/٩، رقم: ٦٨٩٦.

(٥) انظر: المدونة، الإمام مالك: ٥٥٤/٤.

٣- إنَّ المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة، فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الردء^(٢).

٤- أنه حكم يتعلق بالمحاربة، فاستوى فيه الردء والمباشر، كاستحقاق الغنيمة^(٣).

القول الثاني: للشافعية، وقالوا لا يجب الحد على من أعان قطاع الطريق أو كثر جمعهم بالحضور، أو كان عيناً لهم ولم يباشر بنفسه، بل يعزر بالحبس والنفي وغيرها^(٤).

جاء في مغني المحتاج: "ومن أعانهم أي قطاع الطريق وكثر جمعهم لم يزد على ذلك بأن لم يأخذ مالا نصاباً ولا قتل نفساً عزز بحبس وتغريب وغيرها كسائر المعاصي"^(٥).

واستدلوا بما يأتي^(٦):

١- قول النبي ﷺ: « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولُ اللَّهِ، إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمَقَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ »^(٧).
وجه الدلالة أنَّ الحديث يدل على أنَّ الردء لا يحل قتله؛ لأنه لم يوجد منه إحدى هذه الخصال الثلاث^(٨).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩١/٧.

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٤٢٧/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٥٣/٩.

(٣) المغني، ابن قدامة: ١٥٣/٩.

(٤) انظر: روضة الطالبين، النووي: ١٥٧/١٠، ومغني، المحتاج، الشريبي: ٥٠١/٥-٥٠٢.

وهو قول ابن عباس والحسن وقتادة والسدي. الأحكام السلطانية، الماوردي: ص ١٠٦.

(٥) مغني المحتاج، الشريبي: ٥٠١/٥-٥٠٢.

(٦) الحاوي الكبير، الماوردي: ٣٦٤/١٣.

(٧) أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون [المائدة- ٤٥]: ٥/٩، رقم: ٦٨٧٨، ومسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ما يباح به دم المسلم: ١٣٠٢/٣، رقم: ١٦٧٦. واللفظ لمسلم.

(٨) الحاوي الكبير، الماوردي: ٣٦٤/١٣.

٢- إنَّ حد الحراة يجب بارتكاب معصية، فوجب ألا يجب على المعين عليها، قياساً على حد الزنا، والقذف، والسرقه.

٣- إنَّ السبب والمباشرة إذا اجتماعا وتعلق الضمان بالمباشرة سقط حكم السبب، كالممسك والذابح وحافر البئر والدافع، حيث يجب الضمان على الذابح دون المسك، وعلى الدافع في البئر دون الحافر، كذلك اجتماع الردء والمباشر في الحراة.

المناقشة والترحيح:

ردّ الشافعية على أدلة الجمهور بما يأتي^(١):

١- ردوا على الاستدلال بأنه حكم يتعلق بالمحاربة، فاستوى فيه الردء والمباشر، كاستحقاق الغنيمه من وجهين: أحدهما: أن القتل والقطع لا يجب بالمحاربة، وإنما يجب القتل بالقتل ويجب القطع بأخذ المال.

والثاني: أنه لما شارك في الغنيمه من لم يشهد الوقعة من أهل الخمس كان أولى أن يشارك فيها من شهدها، والحراة لا يشارك فيها من لم يشهدا فلم يشارك فيها من لم يياشرها.

٢- ردوا على الاستدلال بتأثير النصرة والتكثير بأنه فاسد بالممسك والذابح حيث يجب الضمان على الذابح دون المسك.

ويرجح الباحث ما ذهب إليه الشافعية من أنَّ المعين في حد الحراة يجب عليه التعزير لا الحد لما يأتي: ١- المعين لم يباشر الفعل الجرمي بنفسه، وإنما أعان على فعل الجريمة فاستحق التعزير بناء على ذلك.

٢- الأدلة العقلية التي استدل به القائلين بالحد ردّ عليها الشافعية بما سبق.

٣- يرد على استدلالهم بقتل الجماعة بالواحد بأن ذلك يكون حينما لا يتميز القاتل من المعين، أما إن تميز فالقصاص على القاتل الذي باشر القتل فقط دون المعين، وهو بذلك يدل لأصحاب القول الثاني. والله أعلم.

(١) الحاوي الكبير، الماوردى: ٣٦٥/١٣.

المطلب الخامس: أثر الشبهة في وسائل إثبات حد الحرابة.

تثبت الحرابة عند القاضي بالإقرار أو بشهادة رجلين باتفاق الفقهاء^(١).

فإذا وجدت إحدى الشبهات في وسائل الإثبات والتي سبق ذكرها في مبحث السرقة، أو لم يتوفر نصاب الشهادة، ففي هذه الحالات وأمثالها يعاقب المحارب بعقوبة تعزيرية؛ لأن التعزير يثبت مع الشبهة، والعبرة عند توقيع العقاب بثبوت الاتهام لدى القاضي، فإذا اقتنع بصحة الأدلة المعروضة عليه قضى على أساسها وإلا فلا^(٢).



(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٣/٧، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٤١/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٠٦/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٥٧/٩.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١١١، والتشريع الجنائي الإسلامي: ٦٤٧/٢-٦٤٨.

المبحث السادس: التعزير لتخلف شرط من شروط حد الشرب أو للشبهة فيه.

أجمع الفقهاء على أنَّ شرب الخمر من كبائر المحرمات^(١)، ويستوي في الحرمة شرب قليلها وكثيرها إلا عند الضرورة، وقد حرص الإسلام على بيان تحريمها وتأكيد أضرارها، وقد جاء تحريمها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة. وفي ذلك يقول ابن قدامة (١١٢٠هـ)^(٢): "وثبت عن النبي ﷺ تحريم الخمر بأخبار تبلغ مجموعها رتبة التواتر"^(٣).

وفيما يأتي أتكلم عن التعزير في جريمة الشرب، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: عقوبة شرب الخمر بين الحد والتعزير.

المطلب الثاني: التعزير لتخلف الركن المادي في جريمة الشرب.

المطلب الثالث: أثر الشبهة في حد الشرب.

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١١٢/٥، والتاج والإكليل، العبدري: ٤٤٣/٨، ومغني المحتاج: ٥٠٩/٥-٥١٠، والمغني،

ابن قدامة: ١٥٨/٩.

(٢) تقدمت ترجمته: ص ٢٥٨.

(٣) المغني، ابن قدامة: ١٥٨/٩.

المطلب الأول: عقوبة شرب الخمر بين الحد والتعزير.

هناك اتجاهان في الفقه فيما يخص عقوبة شرب الخمر، الاتجاه الأول يرى أنَّ عقوبة شرب الخمر عقوبة حدية، والاتجاه الثاني يرى أنَّ عقوبة شرب الخمر عقوبة تعزيرية.

والذين قالوا أنَّ عقوبة شرب الخمر عقوبة حدية اختلفوا في مقدار هذا الحد، فمنهم من قال أنه أربعون جلدة، ومنهم من قال أنه ثمانون. وتفصيل ذلك فيما يأتي:

اختلف الفقهاء في عقوبة شرب الخمر على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للحنفية والمالكية ورواية عند الحنبلية، وذهبوا إلى أنَّ عقوبة شرب الخمر عقوبة حدية مقدارها ثمانون جلدة للحر^(١).

واستدلوا بما يأتي^(٢):

١- «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الْخَمْرَ، فَجَلَدَهُ بِجَرِيدَتَيْنِ نَحْوَ أَرْبَعِينَ»، قَالَ: وَفَعَلَهُ أَبُو بَكْرٍ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ اسْتَشَارَ النَّاسَ، فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ: أَخَفَّ الْحُدُودِ ثَمَانِينَ، «فَأَمَرَ بِهِ عُمَرُ»^(٣).
فدَلَّ عَلَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضربه ثمانين جلدة بجريدتين متعاقبتين بأن انكسرت واحدة فأخذت أخرى، ويكون مما رأى ﷺ في ذلك الرجل. وقول الراوي بعد ذلك: فلما كان عمر استشار إلخ لا ينافي فعل النبي ﷺ، فَإِنَّ حَاصِلَهُ أَنَّهُ اسْتَشَارَهُمْ فَوَقَعَ اخْتِيَارُهُمْ عَلَى تَقْدِيرِ الثَّمَانِينَ الَّتِي انْتَهَى إِلَيْهَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١١٣/٥، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣١٠/٥، ومواهب الجليل، الخطاب: ٣١٧/٦، والشرح الكبير، الدردير: ٣٥٣/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٦١/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤١٨/٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١١٣/٥، وفتح القدير، ابن الهمام: ٣١٠/٥، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣١/٥، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٧/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٦١/٩.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الخمر: ١٣٣٠/٣، رقم: ١٧٠٦.

(٤) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣١٠/٥.

٢- «أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ جَلَدَ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ، وَالنَّعَالِ»، ثُمَّ جَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ، وَدَنَا النَّاسُ مِنَ الرَّيفِ وَالْقُرَى، قَالَ: «مَا تَرَوْنَ فِي جَلْدِ الْخَمْرِ؟» فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ: أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا كَأَخَفِ الْحُدُودِ، قَالَ: «فَجَلَدَ عُمَرُ ثَمَانِينَ»^(١).

٣- حديث: «كُنَّا نُؤْتَى بِالشَّارِبِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَإِمْرَةَ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْرًا مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ، فَتَقُومُ إِلَيْهِ بِأَيْدِينَا وَنَعَالِنَا وَأُرْدِيَتِنَا، حَتَّى كَانَ آخِرُ إِمْرَةِ عُمَرَ، فَجَلَدَ أَرْبَعِينَ، حَتَّى إِذَا عَتَوْا وَفَسَقُوا جَلَدَ ثَمَانِينَ»^(٢).

٤- أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ﷺ، اسْتَشَارَ فِي الْخَمْرِ يَشْرِبُهَا الرَّجُلُ فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ ﷺ: نَرَى أَنْ تَجْلِدَهُ ثَمَانِينَ. فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ. وَإِذَا سَكِرَ هَذَى، وَإِذَا هَذَى، افْتَرَى. أَوْ كَمَا قَالَ: فَجَلَدَ عُمَرُ فِي الْخَمْرِ ثَمَانِينَ^(٣).

٥- أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ﷺ، قَالَ: «مَا كُنْتُ أُقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدًّا، فَيَمُوتَ فِيهِ، فَأَجِدَ مِنْهُ فِي نَفْسِي، إِلَّا صَاحِبَ الْخَمْرِ، لِأَنَّهُ إِنْ مَاتَ وَدَيْتُهُ، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَسْنَهُ»^(٤).

٦- عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، لَمْ يَقْتِ^(٥) فِي الْخَمْرِ حَدًّا، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: شَرِبَ رَجُلٌ فَسَكِرَ، فَلَقِيَ يَمِيلُ فِي فَجٍّ، فَانْطَلَقَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، قَالَ: فَلَمَّا حَاذَى بَدَارَ عَبَّاسٍ،

(١) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الخمر: ١٣٣١/٣، رقم: ١٧٠٦.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجرید والنعال: ١٥٨/٨، رقم: ٦٧٧٩.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأشربة، باب الحد في الخمر: ٨٤٢/٢، رقم: ٢، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الحد في الخمر، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر قتادة عن أنس: ١٣٧/٥، رقم: ٥٢٦٩، والدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، بدون باب: ٢١١/٤، رقم: ٣٣٤٤، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في عدد حد الخمر: ٥٥٦/٨، رقم: ١٧٥٣٤، والحاكم في المستدرک، كتاب الحدود: ٤١٧/٤، رقم: ٨١٣٢، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه". وسنده في الموطأ منقطع. لكن وصله النسائي في السنن الكبرى والحاكم في =المستدرک. انظر: التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني: ١٤٢/٤.

(٤) تقدم تخريجه: ص ٣٢.

(٥) وَقْتُهُ يَقْتُهُ، إِذَا بَيَّنَّ حَدَّهُ؛ أَيُّ لَمْ يُقَدَّرْ وَلَمْ يَحْدَّهْ بَعْدُ مَخْصُوص. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ٢١٢/٥.

انْقَلَتْ، فَدَخَلَ عَلَى عَبَّاسٍ، فَالْتَزَمَهُ مِنْ وَرَائِهِ، فَذَكَرُوا ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَضَحِكَ، وَقَالَ: «قَدْ فَعَلَهَا؟» ثُمَّ لَمْ يَأْمُرْهُمْ فِيهِ بِشَيْءٍ^(١).

وجه الاستدلال من الأحاديث السابقة أَنَّ الحدَّ لم يكن مقدَّراً في زمنه ﷺ بعدد معين، ثم قدره أبو بكر وعمر بأربعين، ثم أجمع الصحابة ﷺ على حد الشارب بثمانين، لعلمهم بأن النبي ﷺ انتهى إلى هذه الغاية في ذلك الرجل الذي جلده بجريدتين لزيادة فساد فيه، ثم رأوا أن أهل الزمان فسدوا وفسقوا، وعلموا أَنَّ الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر، فأجمعوا على الثمانين، وهو حكم النبي ﷺ في أمثالهم^(٢).

القول الثاني: للشافعية ورواية عند الحنبلية والظاهرية، وذهبوا إلى أَنَّ عقوبة شرب الخمر عقوبة حدية مقدارها أربعون جلدة للحر^(٣).

ويجوز عند الشافعية في الأصح وعند الحنبلية للإمام أن يزيد العقوبة إلى ثمانين جلدة، ولا يزيد على ذلك، ويجوز أن ينقص منها، وهذه الزيادة هي من باب التعزير، لا من أصل الحد في المعتمد عند الشافعية والحنبلية؛ لأنها لو كانت حداً لما جاز تركها^(٤).

(١) رواه أحمد في مسنده: ١١٦/٥، رقم: ٢٩٦٣، وأبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب الحد في الخمر: ١٦٢/٤، رقم: ٤٤٧٦، وقال: "هذا مما تفرد به أهل المدينة"، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الحد في الخمر، باب إقامة الحد على من شرب الخمر على التأويل: ١٣٩/٥، رقم: ٥٢٧١، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيها، باب من وجد منه ريح شراب أو لقي سكران: ٥٤٦/٨، رقم: ١٧٥١٢، والحاكم في المستدرک، كتاب الحدود: ٤١٥/٤، رقم: ٨١٢٤، وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه".

(٢) انظر: فتح القدير، ابن الهمام: ٣١٠-٣١١، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣١/٥.

(٣) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٥١٩/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٦٠/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٦١/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤١٩/٧.

وإلى ذلك ذهب أبو ثور، وداود. بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٧/٤، والخلی، ابن حزم: ٣٦٧/١٢.

(٤) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٤١٢/١٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٠/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٦٠/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٦١/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤١٩/٧.

لكن الأربعون أولى عند الشافعية^(١)؛ لأنها سنة رسول الله ﷺ، والأكثر من أحواله، ولهذا كان علي يقول: «مَا كُنْتُ أَقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدًّا، فَيَمُوتَ فِيهِ، فَأَجِدَ مِنْهُ فِي نَفْسِي، إِلَّا صَاحِبَ الْخَمْرِ، لِأَنَّهُ إِنْ مَاتَ وَدَيْتُهُ، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَسْنَهُ^(٢)».

وفي قول آخر عند الشافعية أنها من أصل الحد؛ لأن التعزير لا يكون إلا عن جنابة محققة من الشارب، والجنابة لم تتحقق حتى يعزر، ولو كانت تعزيرا لجاز زيادتها على الثمانين؛ لأن الجنابات التي تتولد من الخمر لا تنحصر، وعلى هذا القول فحد الشرب مخصوص من بين سائر الحدود بأن يتحتم بعضه ويتعلق بعضه باجتهاد الإمام^(٣). والقول المقابل للأصح عند الشافعية أنه لا تجوز الزيادة على الأربعين؛ لرجوع علي رضي الله تعالى عنه عن ذلك، وكان يجلد في خلافته أربعين^(٤).

واستدلوا على أن الحد أربعين جلدة بما يأتي^(٥):

١ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَضْرِبُ فِي الْخَمْرِ بِالنَّعَالِ وَالْجَرِيدِ أَرْبَعِينَ^(٦).

٢ - «أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ جَلَدَ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ، وَالنَّعَالِ»، ثُمَّ جَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ، وَدَنَا النَّاسُ مِنَ الرَّيْفِ وَالْقُرَى، قَالَ: «مَا تَرَوْنَ فِي جَلْدِ الْخَمْرِ؟» فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ: أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا كَأَخَفِ الْحُدُودِ، قَالَ: «فَجَلَدَ عُمَرُ ثَمَانِينَ»^(٧).

وجه الاستدلال من الحديثين السابقين أنهما نصٌّ في اقتصار النبي ﷺ على الأربعين في حد الخمر، وفعل النبي ﷺ حجة لا يجوز تركه بفعل غيره، فتحمل الزيادة من عمر رضي الله عنه على أنها تعزير، يجوز فعلها إذا رآه الإمام^(٨).

(١) انظر: تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٧٢/٩، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٦٠/٤.

(٢) تقدم تخريجه: ص ٣٢.

(٣) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٤١٢/١٣، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٠/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٦٠/٤.

(٤) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٠/٥، ونهاية المحتاج، الرملي: ١٥/٨.

(٥) مغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٠/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٦٠/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٦١/٩.

(٦) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الخمر: ١٣٣١/٣، رقم: ١٧٠٦.

(٧) تقدم تخريجه: ص ٢٩٤.

(٨) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٤١٣/١٣، والمغني، ابن قدامة: ١٦١/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤١٩/٤.

٣- أن سيدنا علي عليه السلام جلد في الخمر أربعين وقال: «جَلَدَ النَّبِيُّ ﷺ أَرْبَعِينَ»، وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ، وَعُمَرُ ثَمَانِينَ، " وَكُلُّ سُنَّةٍ، وَهَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ ^(١).

وجه الاستدلال أن علياً عليه السلام أخبر بأن كلاً العددين سنة يعمل بها ويصح التخيير فيها، فجعل الحد أربعون والتخيير للإمام في زيادته للثمانين ^(٢).

٤- ومن القياس استدلووا بأنه سبب يوجب الحد فوجب أن يختص بعدد لا يشاركه غيره، كالزنا والقذف ^(٣).

واستدلوا على أن الزيادة من باب التعزير بأنَّ عُمَرَ بنَ الْخَطَّابِ رضي الله عنه، اسْتَشَارَ فِي الْخَمْرِ يَشْرِبُهَا الرَّجُلُ فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بنَ أَبِي طَالِبٍ رضي الله عنه: نَرَى أَنْ تَجْلِدَهُ ثَمَانِينَ. فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ. وَإِذَا سَكِرَ هَذَى، وَإِذَا هَذَى، افْتَرَى. أَوْ كَمَا قَالَ: فَجَلَدَ عُمَرُ فِي الْخَمْرِ ثَمَانِينَ ^(٤).

وجه الاستدلال أن عمر رضي الله عنه زاد العقوبة إلى ثمانين بسبب ما يقدم عليه من شرب الخمر من معاص أخرى تستوجب زيادة العقوبة، وليس لأنها من أصل الحد ^(٥).

القول الثالث: لطائفة من العلماء، وقالوا لا حد في شرب الخمر، وإنما العقوبة فيه هي عقوبة تعزيرية، وبهذا قال الطبري (٣٥٠هـ) ^(٦) وابن المنذر (٣١٨هـ) ^(٧) والشوكاني (١٢٥٠هـ) ^(٨) ^(٩).

(١) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الخمر: ١٣٣١/٣، رقم: ١٧٠٧.

(٢) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ٤١٣/١٣.

(٣) الحاوي الكبير، الماوردي: ٤١٣/١٣.

(٤) تقدم تخريجه: ص ٣٢٩.

(٥) مغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٠/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٦٠/٤.

(٦) هو الحسين بن القاسم أبو علي الطبري، فقيه شافعي بحاث، أصله من طبرستان، سكن بغداد وتوفي بها سنة: (٣٥٠هـ)، من

تصانيفه: "المحرر" في النظر، وهو أول كتاب صنف في الخلاف المجرد، و"الإفصاح" في فروع الفقه الشافعي. انظر: طبقات

الشافعية الكبرى، السبكي: ٢٨٠/٣، والأعلام الزركلي: ٢١٠/٢.

(٧) تقدمت ترجمته: ص ٩٤.

(٨) تقدمت ترجمته: ص ٩٥.

(٩) انظر: نيل الأوطار، الشوكاني: ١٧٠/٧، وفتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٧٤/١٢. وقد أخذ بذلك من المعاصرين

الشيخ محمد رشيد رضا، والدكتور محمد سليم العوا. انظر: تفسير المنار، محمد رشيد رضا: ٨٢/٧، في أصول النظام الجنائي

قال ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)^(١) في سياق كلامه عن الأقوال في حد الخمر: "الأول أن النبي ﷺ لم يجعل فيها حداً معلوماً، بل كان يقتصر في ضرب الشارب على ما يليق به"^(٢) ثم قال بعد سياقه لبقية الأقوال: "وأظن الأول رأي البخاري، فإنه لم يُترجم بالعدد أصلاً، ولا أخرج هنا في العدد الصريح شيئاً مرفوعاً"^(٣).

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١ - حديث: «كُنَّا نُؤْتَى بِالشَّارِبِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَإِمْرَةٌ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْرًا مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ، فَنَقُومُ إِلَيْهِ بِأَيْدِينَا وَنَعَالِنَا وَأُرْدِيَتَنَا، حَتَّى كَانَ آخِرُ إِمْرَةٍ عُمَرَ، فَجَلَدَ أَرْبَعِينَ، حَتَّى إِذَا عَتَا وَفَسَقُوا جَلَدَ ثَمَانِينَ»^(٤).

٢ - حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، لَمْ يَقْتِ^(٥) فِي الْخَمْرِ حَدًّا، قَالَ ابن عباس: شَرِبَ رَجُلٌ فَسَكِرَ، فَلَقِيَّ يَمِيلُ فِي فَجٍّ، فَاَنْطَلَقَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، قَالَ: فَلَمَّا حَادَى بِدَارِ عَبَّاسٍ، انْفَلَتَ، فَدَخَلَ عَلَى عَبَّاسٍ، فَالْتَزَمَهُ مِنْ وَرَائِهِ، فَذَكَرُوا ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَضَحِكَ، وَقَالَ: «قَدْ فَعَلَهَا؟» ثُمَّ لَمْ يَأْمُرْهُمْ فِيهِ بِشَيْءٍ^(٦).

٣ - أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «مَا كُنْتُ أَقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدًّا، فَيَمُوتَ فِيهِ، فَأَجِدَ مِنْهُ فِي نَفْسِي، إِلَّا صَاحِبَ الْخَمْرِ، لِأَنَّهُ إِنْ مَاتَ وَدَيْتُهُ، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَسْنَهُ»^(٧).

الإسلامي، محمد سليم العوا: ص ١٧٦.

(١) تقدمت ترجمته: ص ١٣٨.

(٢) فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٧٤/١٢.

(٣) فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٧٥/١٢.

(٤) تقدم تخريجه: ص ٣٤٠.

(٥) وَقْتُهُ يَقْتُهُ، إِذَا بَيَّنَّ حَدَّهُ؛ أَيُّ لَمْ يُقَدَّرْ وَلَمْ يَحْدَّهْ بَعْدُ مَخْصُوص. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ٢١٢/٥.

(٦) تقدم تخريجه: ص ٢٩٥.

(٧) تقدم تخريجه: ص ٣٢.

٤ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِشَارِبٍ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَصْحَابَهُ أَنْ يَضْرِبُوهُ، فَمِنْهُمْ مَنْ ضَرَبَهُ بِنَعْلِهِ، وَمِنْهُمْ يَدِيهِ، وَمِنْهُمْ بِثَوْبِهِ ثُمَّ قَالَ: «ارْجِعُوا»، ثُمَّ أَمَرَهُمْ فَبَكَّتُوهُ، فَقَالُوا: أَلَا تَسْتَحْيِي مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَصْنَعُ هَذَا؟ ثُمَّ أَرْسَلَهُ^(١).

وجه الاستدلال من الأحاديث السابقة أنها صريحة في أَنَّ النبي ﷺ لم يحد في الخمر قدرًا معينًا، وَأَنَّ الصحابة رضي الله عنهم كانوا لا يتقيدون في الضرب في الخمر بشيء معين، وهذا يدل على العقوبة فيه تعزير وليست بحد^(٢). ثم إن الصحابة رضي الله عنهم لما فهموا أَنَّ عقوبة شرب الخمر عقوبة تعزيرية مفوضة إلى اجتهاد المسلمين، و المقصود بها ردع الشاربين قدرُوا فيها ما رأوه كافيًا، ثم زادوها حينما تحاقر الناس العقوبة^(٣).

قال الطحاوي (٣٢١هـ)^(٤): "وقد جاءت الآثار متواترة أَنَّ رسول الله ﷺ لم يكن يقصد في حد الشارب إلى عدد من الضرب معلوم"^(٥).

٥ - «أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ جَلَدَ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ، وَالنَّعَالِ»، ثُمَّ جَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أُرَيْعِينَ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ، وَدَنَا النَّاسُ مِنَ الرَّيْفِ وَالْقُرَى، قَالَ: «مَا تَرَوْنَ فِي جَلْدِ الْخَمْرِ؟» فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ: أَرَى أَنْ يَجْعَلَهَا كَأَخَفِ الْحُدُودِ، قَالَ: «فَجَلَدَ عُمَرُ ثَمَانِينَ»^(٦).

وهذه المشورة من عمر رضي الله عنه للصحابة تدل على أنه لم يكن عندهم نص في تحديد عقوبة الخمر، ولا بد من هذا الفهم وإلا اتهمنا الصحابة بأنهم خالفوا حدا من حدود الله تعالى، ولا يمكن لمسلم أن يجيز مثل هذا عليهم جميعا رضوان الله عليهم^(٧).

(١) تقدم تخريجه: ص ٢٤.

(٢) انظر: فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٧٤/١٢.

(٣) انظر: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، محمد سليم العوا: ص ١٧٠ - ١٧١.

(٤) تقدمت ترجمته: ص ١٠٤.

(٥) شرح معاني الآثار، الطحاوي: ١٥٥/٣.

(٦) تقدم تخريجه: ص ٢٩٤.

(٧) انظر: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، محمد سليم العوا: ص ١٧٠ - ١٧١.

قال المازري (٥٣٦هـ)^(١): " لو فهمت الصحابة عن النبي ﷺ حداً محدوداً في الخمر، لما أعملت فيه رأيها ولا خالفته ما فعلت في سائر الحدود، فدل هذا على أنه لم يكن فيه أمر ثابت تجاوزوا به ما فعله النبي ﷺ " ^(٢).

المناقشة والترحيح:

١ - رد القائلين بأن حد الخمر أربعين جلدة على الاستدلال بإجماع الصحابة بأن الحد ثمانين بأن الإجماع لا ينعقد على ما خالف فعل النبي ﷺ، فتحمل الزيادة من عمر على أنها تعزير يجوز فعله إذا رآه الإمام^(٣).

٢ - رد القائلين بأن عقوبة شرب الخمر عقوبة تعزيرية على دعوى إجماع الصحابة على أن عقوبة شرب الخمر عقوبة حدية بما يأتي:

أ- أنها دعوى غير مسلمة، فإن اختلاف الصحابة في عقوبة شرب الخمر قبل إمارة عمر وبعدها وردت به الروايات الصحيحة، ولم يثبت عن النبي ﷺ الاقتصار على مقدار معين، بل جلد تارة بالجريد وتارة بالنعال وتارة بمهما فقط وتارة بمهما مع الثياب وتارة بالأيدي والنعال، والمنقول من المقادير في ذلك إنما هو بطريق التخمين، فالأولى الاقتصار على ما ورد عن الشارع من الأفعال، فالجلد المأمور به هو الجلد الذي وقع منه ﷺ ومن الصحابة بين يديه، ولا دليل يقتضي تحتم مقدار معين لا يجوز غيره^(٤).

(١) هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، الفقيه المالكي المحدث؛ أحد والأعلام المشار إليهم في حفظ الحديث والكلام عليه، نسبته إلى " مازر " بليدة في صقلية، توفي سنة: (٥٣٦هـ)، من مصنفاته " التلقين " في الفروع، و" الكشف والإنباء " في الرد على الإحياء للغزالي، و "إيضاح المحصول في الأصول" وغيرها. انظر: وفيات الأعيان، ابن خلكان: ٢٨٥/٤، والأعلام، الزركلي: ٢٧٧/٦.

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٩٥-٢٩٦.

(٣) المغني، ابن قدامة: ١٦١/٩، والمبدع، ابن مفلح: ٤١٩/٧.

(٤) نيل الأوطار، الشوكاني: ١٧٠/٧.

ب- أنَّ الزيادة إلى الثمانين لم يفعلها النبي ﷺ وإنما هي من فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ويؤيده طلب عمر رضي الله عنه للمشورة من الصحابة، فأشاروا عليه بأرائهم، ولو كان قد ثبت تقديره عنه رضي الله عنه لما جهله جميع أكابر الصحابة^(١).

ويرجح الباحث ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن حد الخمر أربعين وجلدة، ويجوز للإمام زيادته إلى ثمانين أو أكثر تعزيراً لما يأتي:

١- ثبوت الجلد بأربعين عن النبي ﷺ بالأحاديث الصحيحة، ولم يثبت أن النبي ﷺ ترك عقوبة شارب الخمر، فدل على أن العقوبة حد مقداره أربعون جلدة.

٢- زيادة الجلد إلى ثمانين حصلت في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكانت بسبب ما أحدثه الناس من فساد في عهده كما وردت بذلك الأحاديث، وهذا يدل على أنها عقوبة زادها الإمام على الحد لمصلحة، وهي ردع أهل الفسق عن شرب الخمر، فهي عقوبة تعزيرية وليست حداً، ويكون إجماع الصحابة رضي الله عنهم في ذلك الوقت هو على زيادة هذه العقوبة التعزيرية وليس على مقدار الحد.

يقول الإمام ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)^(٢) مرجحاً القول بأن حد الخمر أربعين جلدة: "وقد وقع التصريح بالحد المعلوم فوجب المصير إليه ورجح القول بأن الذي اجتهدوا فيه زيادة على الحد إنما هو التعزير"^(٣).

ونقل الإمام النووي (٦٧٦هـ) الإجماع على أنَّ عقوبة شرب الخمر عقوبة حدية وليست تعزيراً كما ذهب إلى ذلك أصحاب القول الثالث فقال: "أما الخمر فقد أجمع المسلمون على تحريم شرب الخمر وأجمعوا على وجوب الحد على شاركيها سواء شرب قليلاً أو كثيراً"^(٤).

(١) انظر: نيل الأوطار، الشوكاني: ١٧٠/٧.

(٢) تقدمت ترجمته: ص ١٣٨.

(٣) فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ٧١/١٢.

(٤) شرح صحيح مسلم، النووي: ٢١٧/١١.

وسأعتمد في هذا البحث رأي جمهور الفقهاء في كون عقوبة شرب الخمر هي عقوبة حدية وليست تعزيرية، وبأنَّ الخمر هي كل شراب مسكر، وسأتكلم في المطالب القادمة عن جريمة شرب المسكر المعاقب عليها بالتعزير.

المطلب الثاني: أثر تخلف الركن المادي في حد الشرب.

يتحقق الركن المادي لجريمة الشرب عند جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية كلما شرب الجاني شيئاً مسكراً، ولا عبرة باسم المشروب ولا بالمادة التي استخرج منها، فيستوي أن يكون المشروب مستخرجاً من العنب أو البلح أو القمح أو الشعير أو القصب أو التفاح أو أي مادة أخرى، كذلك لا عبرة بقوة الإسكار في المشروب، فما أسكر كثيره فقليلة حرام ولو كان لا يؤدي فعلاً للإسكار، فيتوافر ركن الشرب بشرب القليل أو الكثير مادام الكثير من المشروب يؤدي إلى الإسكار، فإذا كان الكثير من الشراب لا يؤدي للسكّر فهو غير محرم^(١).

ولا يتوافر ركن الشرب عند الحنفية إلا إذا كان المشروب خمرًا، فهم يفرقون بين حد الشرب وحد السكر، فالحد عندهم حدان؛ حد الشرب بشرب الخمر المتخذة من العنب، وحد السكر، ويجب بالسكّر من شرب المسكرات غير الخمر^(٢).

ولا شك أن ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف من إباحة شرب القدر غير المسكر من الأنبذة المتخذة من العنب والتمر وغيرها يفتح باباً واسعاً للفساد، حيث يؤدي ذلك إلى صعوبة التفريق بين المباح والجريمة، فلا يعجز كل واحد أن يشرب تلك الأنبذة ويصل إلى حد السكر، ثم

(١) انظر: منح الجليل، عlish: ٣٤٨/٩، وبداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٧/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥١٥/٥-٥١٦، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٨/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٥٩/٩-١٦٠، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٥٠١/٢.

(٢) فرق أبو حنيفة بين عقوبة الشرب وعقوبة السكر، وقال بأن الحد حدان: حد الشرب وهو قاصر على شرب الخمر سواء سكر الشارب أم لم يسكر، قلَّ ما شرهه أو كثر. وحد السكر وهو يجب بالسكّر من المشروبات المسكرة الأخرى غير الخمر. أما باقي الأئمة فالحد عندهم واحد هو حد الشرب. ويجب على كل من شرب مسكراً سواء سمي خمرًا أو سمي باسم آخر، وسواء سكر الشارب أم لم يسكر ما دام أن الكثير من الشراب يسكر؛ لأن القاعدة عندهم أن ما أسكر كثيره فقليلة حرام. انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٩/٧، وحاشية ابن عابدين: ٣٨/٤، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٤٩٩/٢.

يدعي أنها لا تسكره، ويتوصل بذلك إلى ارتكاب المحرم دونما عقوبة، كما يفتح ذلك باباً لشرب الخمر من الفساق بحجة أنها نبيذ، وبالحصلة يصبح ذلك ذريعةً إلى المحرم، وما أدى إلى الحرام فهو حرام.

وفيما يأتي أتكلم عن جريمة الشرب التي تخلف فيها الركن المادي، وأثر ذلك على عقوبة الجاني.

أولاً: عقوبة تناول المخدرات:

اتفق الفقهاء على حرمة تناول النباتات المسكرة، كالبنج^(١) والحشيشة، والأفيون^(٢)، إذا كان تناولها للهو؛ لقول النبي ﷺ: «كُلُّ مُسْكِرٍ حَمْرٌ، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ»^(٣)؛ ولأنها تفسد العقل وتصد عن ذكر الله وعن الصلاة، ويباح ذلك للتداوي وإجراء العمليات الجراحية للمرضى^(٤).

أما عقوبة تناولها فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والمالكية، وقالوا لا حد في تناولها، وإنما التعزير؛ لأنها لا تطرب ولا يدعو قليلها إلى كثيرها^(٥).

وقيّد الشافعية وجوب التعزير بما إذا لم يصر إلى حالة تلجئه إلى استعمال المخدرات، ويجب عليه الإقلاع عنه إما باستعمال ضده أو تقليله إلى أن يصل إلى حالة لا يضره تركها^(٦). وقواعد المذهب الحنفي لا تخالفه^(٧).

(١) البَنْجُ نَبْتُ لَهُ حَبٌّ يَخْلُطُ بِالْعَقْلِ وَيُورِثُ الْخَيَالَ وَرُبَّمَا أُسْكِرَ إِذَا شَرِبَهُ الْإِنْسَانُ بَعْدَ ذَوْبِهِ وَيُقَالُ إِنَّهُ يُورِثُ السُّبَاتَ. المصباح المنير، الفيومي: ٦٢/١، مادة بنج.

(٢) الحشيش والأفيون نباتات مخدرة. المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية: ص ٢٢٠.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام: ١٥٨٨/٣، رقم: ٢٠٠٣.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤٢/٤، ٤٥٧/٦-٤٥٨، وشرح مختصر خليل، الخرشي: ٨٤/١، والشرح الكبير، الدردير: ٥٠/١، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥١٦/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٩/٤، والإنصاف، المرداوي، ٢٢٨/١٠، وكشاف القناع، البهوتي: ١٨٩/٦.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤٥٧/٦-٤٥٨، تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٤٦/٢، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥١٦/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٩/٤، مطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ٣٢٤/٥.

(٦) حاشية الشيراملسي على ونهاية المحتاج (مطبوع مع النهاية): ١٢/٨.

(٧) حاشية ابن عابدين: ٤٦١/٦.

القول الثاني: وهو قول عند الحنفية وقول ابن تيمية (١) من الحنبلية، وذهبوا إلى وجوب الحد بتناول النباتات المسكرة؛ لأنها داخلية في عموم ما حرم الله، وأكلتها ينتشون بها ويشتهونها كشراب الخمر وأكثر، وتصدهم عن ذكر الله (٢).

وهو قول الشافعية في حال أذيت المخدرات واشتدت وقذفت بالزبد، فألحقوها بالخمر في هذه الحالة في النجاسة والحد (٣).

يقول ابن تيمية: "والحشيشة المصنوعة من ورق القنب حرام أيضاً، يجلد صاحبها كما يجلد شارب الخمر، وهي أخطر من الخمر من جهة أنها تفسد العقل والمزاج، حتى يصير في الرجل تخنث وديانة، وغير ذلك من الفساد، والخمر أخطر من جهة أنها تفضي إلى المخاصمة والمقاتلة، وكلاهما يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة" (٤).

المناقشة والترجيح:

يرجح الباحث رأي الجمهور بأن عقوبة تناول المخدرات هي عقوبة تعزيرية مفوضة إلى رأي الإمام وفق ما يراه من المصلحة؛ لأن هناك فرقاً بين المخدرات والمسكرات من حيث تأثيرها في الإنسان، وقد بين ذلك الإمام القرافي (٥٨٤هـ) في كتابه الفروق، فالمسكرات تغيب العقل وتصيب الإنسان بنشوة وسرور ولا تغيب الحواس، أما المخدرات فتغيب العقل والحواس، فالمسكر يزيد في الشجاعة والمسرة وقوة النفس والميل إلى البطش والانتقام، ولذلك تكثر الجرائم من شراب الخمر، بخلاف متعاطي المخدرات، فلا يجري بينهم شيء مما يجري مع شراب الخمر، بل هم كسالى سكوت لا تجد فيهم قوة البطش التي تجدها في شراب الخمر، بل هم أشبه شيء بالبهائم (٥). ولذلك كانت الخمر أخطر من المخدرات فوجب بها الحد، ووجب التعزير في المخدرات. والله أعلم.

(١) تقدمت ترجمته: ص ٧٨.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤٢/٤، والسياسة الشرعية، ابن تيمية: ص ٨٧، والإنصاف، المرداوي، ٢٢٨/١٠، ومنار السبيل في شرح الدليل، ابن ضويان: ٣٧٩/٢.

(٣) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (مطبوع مع النهاية): ١٢/٨.

(٤) السياسة الشرعية، ابن تيمية: ص ٨٧-٨٨.

(٥) انظر: الفروق، القرافي: ٢١٧/١-٢١٨، فرق: ٤٠.

ثانياً: عقوبة شرب الخمر المختلطة بغيرها:

نصَّ الحنفية على أنَّ من شروط وجوب حد الشرب بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب، فلو شرب الإنسان خمرًا ممزوجاً بالماء وكانت الغلبة للخمر فإنه يجب الحد على الشارب، وإن كان الماء هو الغالب على الخمر حتى زال طعمها وريحها فلا يجب الحد؛ لأنه كانت الغلبة للماء فقد زال الاسم والمعنى، إلا أنه يحرم شرب الماء الممزوج بالخمر لما فيه من أجزاء الخمر حقيقة، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(١).

وقال الشافعية والحنبلية لا يحد بشرب الخمر فيما استهلكت فيه، وذلك بأكل خبز عجن دقيقه بها، لأن عين الخمر أكلتها النار، وبقي الخبز نجساً، ولا يحد بأكل معجون هي فيه، لاستهلاكها، ولا بأكل لحم طبخ بها، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير. وذلك بخلاف مرقه إذا شربه، أو غمس فيه، أو صنع بها ثريداً فإنه يحد بذلك عندهم، لبقاء عينها^(٢).

ثالثاً: عقوبة الاحتقان أو الاستعاط^(٣) بالخمر:

اختلف الفقهاء في عقوبة الاحتقان أو الاستعاط بالخمر على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والشافعية في الأصح والمالكية، وقالوا لا حد في الاستعاط بالخمر أو الاحتقان بها؛ لأن الحد مرتبط بالشرب، فهو سبب تطبيق الحد؛ ولأن الحد للزجر ولا حاجة إليه هنا فإن النفس لا تدعو إليه، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير. إلا أنهم اختلفوا في حكم ذلك من حيث التحريم، فالحنفية قالوا أنه مكروه تحريماً بينما الجمهور قالوا بالتحريم^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١١٣/٥

(٢) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٥١٧/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٦٠-١٦١.

(٣) الاستعاط تحصيل الدهن أو غيره في أقصى الأنف سواء كان يجذب النفس أو بالتفريغ فيه. غريب الحديث، ابن الجوزي: ٤٨٠/١.

(٤) انظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٢٤٧/٨، وحاشية ابن عابدين: ٤٤٩/٦، والفتاوى الهندية: ٤١١/٥، والشرح الكبير، الدردير: ٣٥٢/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥١٨/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٩/٤.

القول الثاني: يحد في الحقنة والاستعاط في الخمر، وهو قول عند الشافعية والصحيح من مذهب الحنبلية؛ لأن ذلك في معنى الشرب^(١).

القول الثالث: وهو قول عند الحنبلية وقول البلقيني (٨٠٥هـ)^(٢) من الشافعية، وفرقوا بين السعوط والحقنة، وقالوا يحد في السعوط؛ لأنه قد يطرب به بخلاف الحقنة، ولا يحد بالحقنة؛ لأنه ليس بشرب ولا أكل؛ ولأنه لم يصل إلى حلقه، فأشبهه ما لو داوى به جرحه^(٣).

المناقشة والترجيح:

يرى الباحث أن سبب الخلاف في هذه المسألة هو الخلاف في كون الحد لمعنى الشرب، أم لإيصال المادة المسكرة إلى الجوف بأي طريقة.

فمن قال الحد للشرب قصر الحد عليه، ومن قال الحد لإيصال المسكر إلى الجوف أوجب الحد في الاستعاط والاحتقان بالشراب المسكر.

ويرجح الباحث أن الحد يجب في إيصال المادة المسكرة إلى الجوف بحيث يسكر الإنسان، سواء كان بشرب أم بغيره كاحتقان أو استعاط؛ لأن كل ذلك بمعنى الشرب يوصل الإنسان إلى السكر، ويتحقق به الركن المادي للجريمة. والله أعلم.

رابعاً: عقوبة الانتفاع بالخمر:

الانتفاع بالخمر إما أن يكون للتداوي أو بغيرها من أوجه الانتفاع...

(١) انظر: مغني المحتاج، الشريبي: ٥/٥١٨، والإنصاف، المرداوي: ١٠/٢٣٢، وكشاف القناع، البهوتي: ٦/١١٨.

(٢) هو عمر بن رسلان بن نصير بن صالح الكتاني، العسقلاني الأصل، ثم البلقيني المصري الشافعي، أبو حفص، ولد في بلقينة (من غربية مصر) وتعلم بالقاهرة، فاق الأقران، واجتمعت فيه شروط الاجتهاد، فقل: إنه مجتهد القرن التاسع، وانفرد في آخره برئاسة العلم، توفي سنة: (٨٠٥هـ) من تصانيفه: "شرحان على سنن الترمذي"، و"تصحيح المنهاج" في الفقه وغير ذلك. انظر: شذرات الذهب، ابن العماد: ٩/٨٠-٨١، والأعلام، الزركلي: ٥/٤٦.

(٣) مغني المحتاج، الشريبي: ٥/٥١٨، والمغني، ابن قدامة: ٩/١٦١، والشرح الكبير، عبد الرحمن ابن قدامة: ١٠/٣٣٣.

أ- الانتفاع بالخمير بالتداوي:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية في القول الأصح والحنبلية إلى حرمة التداوي بالخمير^(١) لقول النبي ﷺ عن الخمر: «إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ، وَلَكِنَّهُ دَاءٌ»^(٢)، وأوجب جمهور الفقهاء الحد على شاربها للتداوي^(٣).

وخالف في ذلك الإمام النووي^(٤) من الشافعية، وقال لا حد بشرها للتداوي، مع حرمة ذلك، فبقيت معصية لا حد فيها ففيها التعزير^(٥).

المناقشة والترحيح:

يرجح الباحث رأي الإمام النووي في سقوط الحد عن شرب الخمر للتداوي، لأن الفقهاء أباحوه في بعض الأحوال، فأورث شبهة تدرأ الحد...

فقد أجاز الحنفية والشافعية والظاهرية في قول مرجوح التداوي بالخمير إن علم يقيناً أن فيه شفاء، ولا يقوم غيره مقامه بإخبار طبيب عدل مسلم، أما بالظن فلا يجوز، وقيد ذلك الشافعية بالقدر غير المسكر^(٦)، وفسروا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ»^(٧)،

(١) مذهب الحنفية أن التداوي بها مكروه، والظاهر أنها كراهة تحريم. انظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٢٤٧/٨، والفتاوى الهندية: ٤١١/٥.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الأشربة، باب تحريم التداوي بالخمير: ١٥٧٣/٣، رقم: ١٩٨٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١١٣/٥، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٢٤٧/٨، وحاشية الدسوقي (مع الشرح الكبير): ٣٥٣/٤-٣٥٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥١٨/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٩/٤، وكشاف القناع، البهوتي: ١١٦/٦، والمبدع، ابن مفلح: ٤١٧/٧.

(٤) تقدمت ترجمته: ص ٤٥.

(٥) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٩/٤.

(٦) انظر: العناية، البابي: ٦٧/١٠، والدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٣٨٩/٦، وحاشية قليوبي وعميرة: ٢٠٤/٤، والمحلى، ابن حزم: ١٧٦/١.

(٧) رواه الطبراني في الكبير، ٣٢٦/٢٣، رقم: ٧٤٩، ورواه البخاري موقوفاً على ابن مسعود، كتاب الأشربة، باب شراب الحلواء والغسل: ١١٠/٧، ورواه مرفوعاً عن أم سلكة: البيهقي في سننه، كتاب الصيد والذبائح، باب ما يحل من الأدوية النجسة عند الضرورة: ٨٤/٤، رقم: ٣١٢٥، وابن حبان في صحيحه: كتاب الطهارة، باب النجاسة وتطهيرها: ٢٣٣/٤، رقم: ١٣٩١. قال الهيثمي في حديث الطبراني: "إسناده منقطع، وجاله رجال الصحيح". مجمع الزوائد، الهيثمي: ٧٢/٥.

بأن الله حرم ذلك عند عدم العلم بالشفاء، فإذا كان الدواء محرماً واضطر إليه الإنسان أصبح حلالاً، وكان شفاء للإنسان^(١).

قال العز بن عبد السلام (٦٦٠هـ)^(٢): "ولا يجوز التداءي بالخمير على الأصح إلا إذا علم أن الشفاء يحصل بها، ولم يجد دواء غيرها"^(٣).

وكذلك أجاز الشافعية التداءي بالترياق المعجون بالخمير ونحوه مما تستهلك فيه عند فقد ما يقوم مقامه مما يحصل به التداءي من الطاهرات كالتدءي بنجس، كلحم حية وبول، ولو كان التداءي بذلك لتعجيل شفاء بشرط إخبار طبيب مسلم عدل بذلك أو معرفته للتدءي به^(٤).

قال الشيخ زكريا الأنصاري (٩٢٦هـ)^(٥) في رأي الإمام النووي في سقوط الحد: "إنه الأوجه لشبهة الخلاف في حل الشرب"^(٦).

(١) انظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٣٨٩/٦، والمحلى، ابن حزم: ١٧٦/١.

(٢) هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن السلمي، فقيه شافعي مجتهد، ولد ونشأ في دمشق، تولى الخطابة والتدريس بزاوية الغزالي، ثم الخطابة بالجامع والأموي، ثم انتقل إلى القاهرة وتولى فيها الخطابة والقضاء، توفي بالقاهرة، سنة: (٦٦٠هـ)، من مصنفاته: "قواعد الأحكام في إصلاح الأنام" في الفقه" التفسير الكبير" وغيرها. انظر: طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: ٢٠٩/٨، وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٢١/٤.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام: ٩٥/١.

(٤) مغني المحتاج، الشريبي: ٥١٨/٥.

(٥) هو زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أبو يحيى، فقيه شافعي محدث مفسر، من أهل مصر، لقب بشيخ الإسلام، كان فقيراً معدماً، ثم طلب العلم فنبغ، وولي قضاء قضاء مصر، وأكثر من التصنيف، كف بصره سنة: (٩٠٦هـ) وتوفي سنة: (٩٢٦هـ)، من مؤلفاته: "الغرر البهية في شرح البهجة الوردية"، و"منهج الطلاب"، و"أسنى المطالب شرح روض الطالب"، وكلها في الفقه، و"غاية الوصول شرح لب الأصول" في أصول الفقه، وغيرها. انظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، نجم الدين الغزي: ١٩٨/١، والأعلام للزركلي: ٤٥/٣-٤٦.

(٦) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٩/٤.

ب- الانتفاع بالخمير في غير التداوي:

نصّ الحنفية والمالكية على حرمة استعمال الخمر في طلاء أو اكتحال أو غير ذلك، وهو ما تقتضيه قواعد المذهبين الشافعي والحنبلي بناء على تحريمهم التداوي بالخمير، لكن ليس في ذلك الحد وإنما التعزير^(١).

خامساً: عقوبة التشبّه بشارب الخمر:

يحرم التشبه بشارب الخمر في مجلسهم وطريقة شربهم وإن كان المشروب مباحاً، وهو ما نصّ عليه المالكية والحنبلية، ويعزر فاعل ذلك^(٢)، وهو ما تقتضيه قواعد المذهبين الشافعي والحنبلي بناءً على تحريمهم استعمال الآلات التي هي شعار شارب الخمر^(٣)، فلو اجتمع جماعة، ورتبوا مجلساً، وأحضروا آلات الشراب وأقداحه، وصبوا فيها شراباً مباحاً، ونصبوا ساقياً يدور عليهم ويسقيهم، فيأخذون من الساقى ويشربون، ويحيي بعضهم بعضاً بكلماتهم المعتادة بينهم؛ حرم ذلك؛ لأن فيه تشبّها بأهل الفساد.



(١) انظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٢٤٧/٨، وحاشية الدسوقي (مع والشرح الكبير): ٣٥٣/٤-٣٥٤.

(٢) انظر: مواهب الجليل، الخطاب: ٩١/١، وكشاف القناع، البهوتي: ١٢١/٦، مطالب أولي النهى، السيوطي الرحباني: ٢٢٠/٦.

(٣) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٣٤٨/٦، والمغني، ابن قدامة: ١٥٣/١٠.

المطلب الثالث: أثر الشبهة في حد الشرب.

أولاً: أثر وجود رائحة الخمر من الجاني:

اختلف الفقهاء في إقامة حد الشرب على الجاني بمجرد وجود رائحة الخمر منه على قولين:

القول الأول: لا حد بوجود رائحة الخمر من الجاني، وهو قول الحنفية والشافعية والحنبلية في رواية وهي المذهب؛ لأنها قد تكون من غير الخمر، ولاحتمال أن يكون قد أكره على شربها، وهي شبهات تدرأ الحد^(١)، ويمكن أن تفرض في حقه عقوبة تعزيرية إذا كانت الرائحة جاءت من فعل يعد معصية كما لو تضمنض بالخمر.

القول الثاني: وهو قول المالكية ورواية عند الحنبلية، وقالوا يثبت حد الشرب بوجود الرائحة إذا شهد عليه شاهدان عدلان^(٢).

واستدلوا بما روي من أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: «إِنِّي وَجَدْتُ مِنْ فُلَانٍ رِيحَ شَرَابٍ، فَرَعَمَ أَنَّهُ شَرَابُ الطَّلَاءِ، وَأَنَا سَائِلٌ عَمَّا شَرِبَ، فَإِنْ كَانَ مُسَكِّرًا جَلَدْتُهُ»، فَجَلَدَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْحَدَّ تَأَمَّماً^(٣).

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور لتمكن الشبهة في ثبوت الشرب بالرائحة، والأثر يدل لرأي الجمهور؛ لأن سيدنا عمر رضي الله عنه لم يجد بالرائحة حتى سأل واستوثق بأن من وجدت منه الرائحة قد شرب الخمر.

ثانياً: أثر الشبهة في وسائل اثبات حد الشرب.

يثبت حد الخمر بشهادة رجلين أو بإقرار الجاني باتفاق الفقهاء^(١)، واختلف بشوته فيما عدا ذلك كالقرائن.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤/٤٠، والشرح الكبير، الدردير: ٤/٣٥٣، والحاوي الكبير، الماوردي: ١٣/٤٠٩، والمغني، ابن قدامة: ٩/١٦٣.

(٢) انظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل: ٨/١٩٨، والمغني، ابن قدامة: ٩/١٦٣.

(٣) رواه النسائي، كتاب الأشربة، باب ذكر الأخبار التي اعتل بها من أباح شراب المسكر: ٨/٣٢٦، رقم: ٥٧٠٨. ورجال اسناده ثقات. انظر: فتح الغفار، الصنعاني: ٣/١٦٧٤.

ويعن إجمال الشبهات التي تعتري وسائل إثبات حد الشرب بما يأتي:

١ - الرجوع عن الإقرار^(٢).

٢ - عدم وجود رائحة الخمر من الجاني عند الشهادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف^(٣).

٢ - رجوع الشهود عن شهادتهم، أو بطلان أهليتهم^(٤).

١٠ - التقادم في الاقرار بالزنى عند أبي حنيفة وأبي يوسف^(٥).

فإذا ثبت الحد بالشهادة أو الإقرار حد الجاني، أما إن قامت الشبهة في وسائل الإثبات، أو ثبتت الجريمة بوسيلة من وسائل الإثبات التي بها شبهة درء الحد عن الجاني، وكان للقاضي أن يعزر الجاني إذا كانت الشبهة ضعيفة لا تمحو وصف الجريمة عن الجاني؛ لأن التعزير يثبت مع الشبهة، بخلاف الحدود^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٦/٧، والشرح الكبير، الدردير: ٣٥٣/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢٠/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١١٨/٦.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤١/٤، والشرح الكبير، الدردير: ٣٥٣/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥٢١/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ١١٨/٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٦/٧، وحاشية ابن عابدين: ٤٠/٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٦٢/٧، والشرح الكبير، الدردير: ٢٠٦/٤، ومغني المحتاج، الشريبي: ٣٩٢/٦، والمغني، ابن قدامة: ٢١٩/١٠.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٤٦/ ٧، وشرح فتح القدير: ٤٠٢/٥.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١١١، والتشريع الجنائي الإسلامي: ٦٤٧/٢-٦٤٨.

المبحث السابع: اجتماع التعزير مع جرائم الحدود.

إن الاتجاه العام للمذاهب الأربعة هو القول باجتماع التعزير مع الحدود، فالحنفية يرون أن التعزير في حد الزنى هو عقوبة تعزيرية مع الحد، والمالكية يرون تعزير شارب الخمر بعد إقامة حد الشرب عليه، والشافعية والحنبلية يرون سنية تعليق يد السارق في عنقه مع حد السرقة، وهذا يدل على جواز اجتماع التعزير مع العقوبات الحدية عند جمهور المذاهب الأربعة.

وبناء عليه يجوز للإمام والسلطة التشريعية أن تفرض عقوبات تعزيرية مع جرائم الحدود إذا اقتضت المصلحة ذلك.

وفيما يأتي أبين أقوال الفقهاء في اجتماع التعزير مع الحدود.

المطلب الأول: اجتماع التعزير مع حد الزنى.

اتفق الفقهاء على مشروعية عقوبة النفي للزاني غير المحصن في الجملة، مع اختلاف في التفاصيل؛ حيث اختلفوا في وجوبه على المرأة، وفي اعتبار النفي جزء من الحد، وذلك على قولين:

القول الأول: للحنفية ورواية عن الإمام أحمد، فقد ذهبوا إلى أن التعزير ليس من الحد، إلا إذا رأى الإمام مصلحةً فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزيراً وسياسةً، وفسّر بعض الحنفية التعزير بالحبس؛ لأنه أحسن وأسكن للفتنة من نفيه إلى بلد آخر؛ حيث يؤدي نفيه إلى فساد^(١).

جاء في الهداية: "ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي..... إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزيراً وسياسةً؛ لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه إلى الإمام"^(٢).

واستدلوا بما يأتي:

١ - قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]. والاستدلال بهذه الآية من وجهين^(١):

(١) انظر: تبين الحقائق، الزيلعي: ١٧٤/٣، والبحر الرائق، ابن نجيم: ١١/٥، وحاشية ابن عابدين: ١٤/٤، والفروع، ابن مفلح: ٥١/١٠، والإنصاف، المرداوي: ١٧٤/١٠.

(٢) الهداية، المرغيناني: ٣٤٤/٢.

الأول: أَنَّ الله تعالى جعل الجلد هو الجزء الوحيد لرنى غير المحصن؛ لأنَّ الفاء في قوله "فاجلدوا" للجزاء، والجزاء ما يكون فيه الكفاية للجريمة.

الثاني: أَنَّ الله تعالى أوجب الجلد على الزاني والزانية، ولم يذكر التغريب، ولو أوجبنا التغريب لكان الجلد بعض العقوبة المفروضة، فيكون نسخاً للآية، وهو لا يجوز إلا بآية أخرى، ولا يجوز بخبر الواحد.

٢- حديث أبي هريرة^(٢) رضي الله عنه: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فِيمَنْ رَأَى وَلَمْ يُحْصَنْ بِنَفِي عَامٍ، بِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ»^(٣).

فالحديث ظاهر في أَنَّ النفي ليس من الحد؛ لعدم دخوله في الحد؛ حيث عطفه عليه؛ فجاز كونه تغريباً لمصلحة^(٤).

٣- حديث سعيد بن سعد بن عباد^(٥)، قال: كَانَ بَيْنَ أُبَيَاتِنَا إِنْسَانٌ مُحْدَجٌ^(٦) ضَعِيفٌ، لَمْ يُرْعَ أَهْلُ الدَّارِ إِلَّا وَهُوَ عَلَى أَمَةٍ مِنْ إِمَاءِ الدَّارِ يَحْبُثُ بِهَا، وَكَانَ مُسْلِمًا، فَرَفَعَ شَأْنَهُ سَعْدٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «اضْرِبُوهُ حَدَّهُ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ أضعفُ مِنْ ذَلِكَ، إِنْ ضَرَبْنَاهُ مِئَةً قَتَلْنَاهُ قَالَ: «فَخُذُوا لَهُ عِثْكَالًا»^(٧) فِيهِ مِائَةٌ شِمْرَاخٍ^(٨)، فَاضْرِبُوهُ بِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً، وَخَلُّوا سَبِيلَهُ»^(٩).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: ٤٤/٩، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٣٩/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ١٧٤/٣، والبحر الرائق، ابن نجيم: ١١/٥.

(٢) هو الصحابي الجليل عبد الرحمن بن صخر الدوسي، الملقب بأبي هريرة، كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث ورواية له، أسلم سنة ٧ هـ ولزم صحبة النبي ﷺ، فروى عنه ٥٣٧٤ حديثاً، وكان أكثر مقامه في المدينة وتوفي فيها سنة: (٩هـ). انظر: الإصابة، ابن حجر العسقلاني: ٣٤٨/٧ وما بعدها، والأعلام، الزركلي: ٣٠٨/٣.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب البكران يجلدان وينفيان: ١٧١/٨، رقم: ٦٨٣٣. (٤) فتح القدير، ابن الهمام: ٢٤٣/٥.

(٥) هو سعيد بن سعد بن عبادة الأنصاري الساعدي، ذكره الجمهور في الصحابة، وقال ابن عبد البر: صحبته صحيحة، واختلف فيه قول ابن حبان، فذكره في الصحابة وفي ثقات التابعين، وقال ابن سعد: ثقة قليل الحديث، وقال الواقدي: كان والياً لعلي على اليمن. انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ٢٣٨/٢، والإصابة، ابن حجر العسقلاني: ٨٨/٣.

(٦) الميخيدج: هو الناقص الخلق. انظر: المصباح المنير، الفيومي: ١٦٤/١.

(٧) العِثْكَال: العِدْقُ مِنْ أَعْدَاقِ النَّخْلِ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ الرُّطْبُ، وَهُوَ فِي النَّخْلِ بِمَنْزِلَةِ الْعُنُقُودِ مِنَ الْكُزْمِ. يُقَالُ: عِثْكَالٌ وَعِثْكَوْلٌ. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ١٨٣/٣، وتاج العروس، الزبيدي: ٤٣٠/٢٩، مادة عثكل.

وجه الاستدلال أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمر بالجلد ولم يأمر بالتغريب، ولو كان ذلك حداً لأمر به^(٣).

٤- إِنَّ فِي التَّغْرِيبِ فَتْحَ لِبَابِ الْفَسَادِ بِتَعْرِيزِ الزَّانَةِ لِلزَّانَا؛ لِأَنَّ الْبَعْدَ عَنِ الْأَقَارِبِ قَدْ يَفْتَحُ بَابَ فُسَادِ الشَّخْصِ أَكْثَرَ، وَلِهَذَا قَالَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «حَسْبُهُمْ مِنَ الْفِتْنَةِ أَنْ يُنْفَوْا»^(٤)، وَعَمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا نَفَى شَخْصاً فَارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، قَالَ: «لَا أُعَرِّبُ مُسْلِمًا بَعْدَهُ أَبَدًا»^(٥)، وَبِهَذَا يَعْرِفُ أَنَّ نَفْيَهُمْ كَانَ بِطَرِيقِ السِّيَاسَةِ وَالتَّعْزِيرِ لَا بِطَرِيقِ الْحَدِّ؛ لِأَنَّ مِثْلَ عَمَرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَا يَحْلِفُ إِلَّا بِقِيَمِ الْحَدِّ^(٦).

٥- إِنَّ نَفْيَ الْمَرْأَةِ لَا يُمْكِنُ شَرْعاً؛ لِأَنَّ سَفَرَهَا بِغَيْرِ مُحَرَّمٍ حَرَامٌ، وَلَا ذَنْبٌ لِلْمَحْرَمِ حَتَّى يَنْفَى مَعَهَا، وَلَا يُمْكِنُ قِيَاسُهَا عَلَى الْمُهَاجِرَةِ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَقْصِدُ سَفَرًا وَإِنَّمَا تَطْلُبُ الْخِلَاصَ^(٧).

القول الثاني: لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنبلية والظاهرية وذهبوا إلى أن من حد الزاني - إن كان بكرة - التغريب لمدة سنة لمسافة قصر فأكثر^(٨). وخصَّ المالكية التغريب بالحر الذكور دون الأنثى، ولو رضيت هي وزوجها^(٩).

(١) الشِّمْرَاخ: هو غصن أغصان العُثْكَال، وهو الذي عليه البُسْر. انظر: النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير: ٥٠٠/٢.

(٢) رواه أحمد في المسند: ٢٦٣/٣٦، رقم: ٢١٩٣٥، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب الكبير والمريض يجب عليه الحد: ٨٥٩/٢، رقم: ٢٥٧٤، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الرجم، باب ذكر الاختلاف على يعقوب بن عبد الله بن الأشج فيه: ٤٧٣/٦، رقم: ٧٢٦٨، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب الحبلى لا ترجم حتى تضع ويكفل ولدها: ٤٠٠/٨، رقم: ١٧٠٠٩. وهذا الحديث مرسل، وروي مسنداً بطرق أخرى، قال ابن الملقن: "قال عبد الحق في «أحكامه»: «اختلف في إسناد هذا الحديث. قلت: والظاهر أن هذا الاختلاف لا يضره". انظر: البدر المنير، ابن الملقن: ٦٢٦/٨.

(٣) انظر: المبسوط، السرخسي: ٤٤/٩.

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه، باب النفي: ٣١٤/٧، رقم: ١٣٣٢٠.

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه، باب النفي: ٣١٤/٧، رقم: ١٣٣٢٠.

(٦) انظر: المبسوط، السرخسي: ٤٤/٩-٤٥، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٣٩/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ١١/٥.

(٧) انظر: تبين الحقائق، الزيلعي: ١٧٤/٣.

(٨) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٤٤٨/٥، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٢٩/٤، والمغني، ابن قدامة: ٤٤/٩، وكشاف

القناع، البهوتي: ٩٢/٦، والمحلى، ابن حزم: ٧٩/١٢، وما بعدها.

(٩) الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي: ٣٢١/٤-٣٢٢، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢٠٥/٢.

واستدلوا بما يأتي^(١):

١ - قول النبي ﷺ: «خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ هُنَّ سَبِيلًا، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَنَفْيُ سَنَةٍ، وَالتَّيِّبُ بِالتَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ، وَالرَّجْمُ^(٢)».

٢ - أن النبي ﷺ قال في قصة العسيف الذي زنى بالمرأة: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَا أَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ، الْوَلِيدَةُ وَالْعَنَمُ رَدْ، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَاعْدُ يَا أُنَيْسُ^(٣) إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا»، قَالَ: فَعَدَا عَلَيْهَا، فَاعْتَرَفَتْ، فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرُجِمَتْ^(٤).

٣ - أن النبي ﷺ أمر فيمن زنى ولم يحصن: «جَلْدَ مِئَةٍ وَتَغْرِيبَ عَامٍ»^(٥).

فالأحاديث السابقة دللت على عقوبتين في حق البكر؛ هما الجلد والنفي^(٦).

٤ - حديث عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَرَبَ وَغَرَّبَ»، وَأَنَّ أَبَا بَكْرٍ ضَرَبَ وَغَرَّبَ، وَأَنَّ عُمَرَ ضَرَبَ وَغَرَّبَ^(٧).

(١) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢١٩/٤، والحاوي الكبير، الماوردي: ١٩٣/١٣،

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى: ١٣١٦/١٣، رقم: ١٦٩٠.

(٣) هو الصحابي الجليل أنيس بن الضحاك الأسلمي. انظر: أسد الغابة، ابن الأثير: ١٥٧/١، الإصابة، ابن حجر العسقلاني: ٢٨٧/١.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا: ١٦٧/٨، رقم: ٦٨٢٧، ومسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى: ١٣٢٤/٣، رقم: ١٦٩٧، واللفظ لمسلم.

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب البكران يجلدان وينفيان: ١٧١/٨، رقم: ٦٨٣١.

(٦) انظر: المغني، ابن قدامة: ٤٤/٩.

(٧) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء في النفي: ٤٤/٤، رقم: ١٤٣٨، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الرجم، باب التغريب: ٤٨٦/٦، رقم: ٧٣٠٢، والبيهقي في سننه، كتاب الحدود، باب جلد البكر ونفيه: ٢٩٦/٣، رقم: ٢٥٦٣، والحاكم في المستدرک، كتاب الحدود: ٤١٠/٤، رقم: ٨١٠٥، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. قال ابن حجر في بلوغ المرام: "رواه الترمذي ورجاله ثقات، إلا أنه اختلف في رفعه ووقفه". بلوغ المرام، ابن حجر العسقلاني: ٣٧٤/١.

وجه الدلالة أنَّ التغريب فعل النبي ﷺ وفعل الصحابة الكرام؛ فعمر رضي الله عنه غرَّب إلى الشام، وعثمان رضي الله عنه غرَّب إلى مصر، وعلي رضي الله عنه غرَّب إلى البصرة، وليس لهم في الصحابة مخالف فكان إجماعاً^(١).

وأما دليل الملكية في تخصيص المرأة في عدم التغريب هو أنه في تغريبها إعانة لها على الفساد وتعرضاً لها له، وإن غرّب معها محرماً أو زوجها غرّب من لم يزن، وإن غربت وحدها خولف حديث «لَا تُسَافِرُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثًا، إِلَّا وَمَعَهَا ذُو مَحَرِّمٍ»^(٢)»^(٣).

المناقشة والترحيح:

رُدَّ عَلَى أدلة الجمهور بما يأتي:

١- إِنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ: «خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ هُنَّ سَبِيلًا، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدٌ مِائَةً وَنَفْيٌ سَنَةً» منسوخ، وبيان نسخه أن حد الزنى كان في الابتداء الإيذاء باللسان كما قال الله تعالى: ﴿فَتَأْذُوهُمَا﴾ [النساء: ١٦]، ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥]، ثم نسخ الحبس في البيوت بقوله ﷺ: «خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ هُنَّ سَبِيلًا، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدٌ مِائَةً وَنَفْيٌ سَنَةً، وَالشَّيْبُ بِالشَّيْبِ جَلْدٌ مِائَةً، وَالرَّجْمُ» فكان هذا قبل نزول سورة النور؛ بدليل قوله ﷺ: خذوا عني، ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله، ثم نسخ الحديث السابق بقوله تعالى: ﴿فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، فكان الجلد حد كل زان، ثم نسخ الجلد في حق المحصن بالرجم، فبقي في حق غير المحصن، فاستقر الحكم على الجلد فقط في غير المحصن، وعلى الرجم فقط في حق المحصن^(٤).

(١) انظر: الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي: ٣٢٢/٤-٣٢٣، والفواكه الدواني، النفراوي: ٢/٢٠٥، والحاوي الكبير، الماوردي:

١٣/١٩٤، ومغنى المحتاج، الشربيني: ٥/٤٤٨، والمغنى، ابن قدامة: ٩/٤٤، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٣/٣٤٥.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب أبواب تقصير الصلاة، باب في كم يقصر الصلاة: ٤٣/٢، رقم: ١٠٨٦، ومسلم، كتاب الحج، باب

سفر المرأة مع إلى حج وغيره: ٩٧٥/٢، رقم: ١٣٣٨. واللفظ لمسلم.

(٣) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٠/٤، ومنح الجليل، عيش: ٢٦٢/٩.

(٤) انظر: تبیین الحقائق، الزیلعی: ١٧٤/٣، والبحر الرائق، ابن نجیم: ١١/٥.

٢- رُدَّ على استدلال الجمهور بأنَّ الصحابة أقاموا عقوبة النفي بأنَّ هذا النفي يحمل على النفي سياسةً وتعزيراً^(١).

رُدَّ على أدلة الحنفية بما يأتي:

١- إنَّ قول عمر رضي الله عنه حين غرب لا أنفي بعده أحداً. إنما كان ذلك منه في شارب خمر نفاه فارتد ولحق بالروم، والنفي في شرب الخمر تعزير يجوز تركه وهو في الزنى حد لا يجوز تركه.

٢- ردوا على الاستدلال بقول علي رضي الله عنه: «حَسْبُهُمْ مِنَ الْفِتْنَةِ أَنْ يُنْفَوْا» بأن معنى الفتنة هنا هو العذاب كما قال الله تعالى: ﴿يَوْمَ هُمْ عَلَى النَّارِ يُفَنَّنُونَ﴾ [الذاريات: ١٣] أي يعذبون^(٢).

ويرجح الباحث رأي الجمهور القائلون بأنَّ التغريب حد وليس بتعزير لقضاء النبي ﷺ بالتغريب في قصة العسيف؛ فقد أقسم النبي ﷺ أنه يقضي بكتاب الله، والسنة مبينة لكتاب الله تعالى، وهذه القصة حصلت بعد نزول سورة النور، وهو ما يؤكده ابن حجر العسقلاني^(٣) فيقول: "ومن الحجج القوية أنَّ قصَّة العسيف كانت بعد آية النور؛ لأنَّها كانت في قصة الإفك وهي متقدمة على قصة العسيف؛ لأنَّ أبا هريرة حضرها، وإنما هاجر بعد قصة الإفك بزمان"^(٤).

ويرجح الشوكاني^(٥) رأي الجمهور فيقول: "والحاصل أنَّ أحاديث التغريب قد جاوزت حد الشهرة المعتبرة عند الحنفية فيما ورد من السنة زائداً على القرآن، فليس لهم معذرة عنها بذلك، وقد عملوا بما هو دونها بمراحل كحديث نقض الوضوء بالقهقهة، وحديث جواز الوضوء بالنَّبيذ وهما زيادة على ما في القرآن، وليست هذه الزيادة مما يخرج بها المزيد عليه عن أن يكون مجزئاً حتى تتجه دعوى النسخ"^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٩/٧، والبحر الرائق، ابن نجيم: ١١/٥.

(٢) انظر: الحاوي الكبير، الماوردي: ١٩٤/١٣.

(٣) تقدمت ترجمته: ص ١٣٨.

(٤) فتح الباري، ابن حجر العسقلاني: ١٥٩/١٢.

(٥) تقدمت ترجمته: ص ٩٥.

(٦) نيل الأوطار، الشوكاني: ١٠٧/٧.

ويفسر التغريب هنا بالحبس التزاماً بقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ﴾ [النساء: ١٥] ، ولكيلا يكون التغريب مدعاة إلى ارتكابه الفاحشة من جديد، وبذلك يسقط ما استدل به المسقطون للتغريب عن المرأة بحجة أن تغريبها فيه فساد لها، وأنه غير ممكن إلا مع ذي محرم. والله أعلم.



المطلب الثاني: اجتماع التعزير مع حد السرقة.

ذهب جمهور الفقهاء إلى تعزير السارق بوضع يده المقطوعة في عنقه، واختلفوا في حكم ذلك على قولين:

القول الأول: للحنفية، وذهبوا إلى أن تعليق اليد لا يسن، بل يترك الأمر للإمام، إن رأى فيه مصلحة فعله، وإلا فلا؛ لأنَّ النبي ﷺ أمر به، لكن لم يثبت أنه فعله في كل من قطعه ليكون سنة^(١).

القول الثاني: للشافعية والحنبلية، وعندهم يسن تعليق يد السارق في عنقه ردعاً وزجراً للناس، ومدة التعليق عند الحنبلية مفوضة إلى رأي الإمام، وحددها الشافعية بساعة^(٢). وهذا التعليق هو نوع من التعزير، وليس من الحد إذ لم يقل بوجوبه أحد^(٣).

واستدلوا بما روي من أنَّ النبي ﷺ "أُتِيَ بِسَارِقٍ فَأَمَرَ بِهِ، فَقُطِعَتْ يَدُهُ، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَعُلِّقَتْ فِي عُنُقِهِ"^(٤).

المناقشة والترجيح:

إن مدار القول بتعليق يد السارق في عنقه تعزيراً سواء من قال أنه مسنون أو أنه عائد للإمام وفق المصلحة هو الحديث السابق، وهو حديث في سنده رجل ضعيف، ولا يصلح للاحتجاج به. وعلى فرض صحته فقد يكون النبي ﷺ فعله من باب السياسة الشرعية لما رأى أن تلك العقوبة مناسبة لتلك الجريمة التي وقعت في عصره.

(١) انظر: البحر الرائق، ابن نجيم: ٦٦/٥، وحاشية ابن عابدين: ١٠٤/٤.

(٢) انظر: المهذب، الشيرازي: ٣٦٥/٣، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري: ١٥٣/٤، والمغني، ابن قدامة: ١٢٢/٩، وكشاف القناع، البهوتي: ١٤٧/٦.

(٣) مغني المحتاج: ٥٢٤/٥.

(٤) رواه أحمد في مسنده: ٣٧٠/٣٩، رقم: ٢٣٩٤٦، وأبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب تعليق يد السارق في عنقه: ١٤٣/٤، رقم: ٤٤١١، والترمذي في سننه، كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء في تعليق يد السارق في عنقه: ٥١/٤، رقم: ١٤٤٧، والنسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب تعليق يد السارق في عنقه: ٩٢/٨، رقم: ٤٩٨٣، والدرقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره: ٢٨٩/٤، رقم: ٣٤٧٥، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب السرقة، باب ما جاء في تعلق اليد في عنق السارق. في سننه الحجاج بن أرطاة، قال النسائي: "الحجاج بن أرطاة ضعيف، ولا يحتج بحديثه". سنن النسائي: ٩٢/٨.

ويرى الباحث أن القول بسنية تعليق يد السارق في عنقه بعد القطع قول ضعيف بناء على ضعف مستنده، ويوفض الأمر إلى السلطة التشريعية لفرض عقوبة تعزيرية مناسبة مع القطع بحق السارق إذا كان الأمر يقتضي ذلك.

وليس بالضرورة الأخذ بحرفية ما جاء عن الفقهاء بتعليق يد السارق، بل يأخذ بالمبدأ فقط وهو إضافة التعزير إلى الحد عند وجود مصلحة، بل أرى أن عقوبة التعليق تتنافى مع مبادئ الشرع الحنيف في احترام آدمية الإنسان، وعدم التمثيل في جسده، وأرى عدم الأخذ بها مطلقاً، لما مر من ضعف مستندها. والله أعلم.



المطلب الثالث: اجتماع التعزير مع حد الشرب.

مرَّ سابقاً عند الحديث عن عقوبة شرب الخمر خلاف الفقهاء في كونها حدية أو تعزيرية، وأن الشافعية والحنبلية في رواية والظاهرية يرون أنها حد مقداره أربعون جلدة، ويجوز عند الشافعية أن يزيدوها إلى ثمانين تعزيراً^(١)، وهذا يدل على أنهم يميزون تعزير الجاني مع الحد إن رأى الإمام مصلحة في ذلك.

والحنفية والمالكية يرون جواز تعزير شارب الخمر، بعد إقامة حد الشرب عليه، ويدل على ذلك أنَّ النبي ﷺ قال للصحابه الكرام ﷺ بعد إقامة حد الشرب على رجل: «بَكَّتُوهُ» فَأَقْبَلُوا عَلَيْهِ يَقُولُونَ: «مَا اتَّقَيْتَ اللَّهَ، مَا خَشِيتَ اللَّهَ، وَمَا اسْتَحْيَيْتَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ أَرْسَلُوهُ»^(٢). وهذا التبكي ما هو إلا تعزير بالقول أمر به النبي ﷺ^(٣).

فإذا أقدم الجاني على شرب الخمر في ظرف يوجب تشديد العقوبة عليه، أو أقدم على معاص أخرى في حال سكره، فإنه يزداد في حقه عقوبة تعزيرية يقدرها القاضي وفق ما يراه من المصلحة.



(١) انظر مسألة جريمة شرب الخمر بين الحد والتعزير من هذا البحث.

(٢) تقدم تخرجه: ص ٢٤.

(٣) معين الحكام، الطرابلسي: ص ١٩٤، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٨٩/٢.

الفصل الثالث: موجبات التعزير في جرائم الاعتداء على النفس.

يسمي الفقهاء الجرائم التي يترتب عليها إزهاق الروح بجرائم الاعتداء على النفس^(١)، والعقوبات الأصلية في أغلب جرائم الاعتداء على النفس هي عقوبة مقدرة، والذي يهم في هذا الفصل هو معرفة حكم الجنائية على النفس من حيث التعزير، سواء كان الجريمة عمدا لا قصاص فيه أم خطأ.

وقد جاء هذا الفصل في تمهيد وثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعزير في القتل العمد الذي لا قصاص فيه.

المبحث الثاني: التعزير في القتل شبه العمد.

المبحث الثالث: التعزير في جرائم الخطأ على النفس.

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٢٠٤/٢.

مدخل إلى دراسة التعزير في الجناية على النفس.

أولاً: أقسام الجناية على النفس:

الجناية على الآدمي تقسم إلى ثلاثة أقسام، جناية على النفس مطلقاً، وتشمل القتل بمختلف أنواعه، وجناية على ما دون النفس مطلقاً، وتشمل الجرائم التي تمس جسم الإنسان ولا تمس نفسه وهي الضرب والجرح، وجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه؛ وهي الجناية على الجنين لأنه يعد نفساً من وجه ولا يعد كذلك من وجهة أخرى؛ لأنه لم ينفصل عن أمه^(١).

ثانياً: تعريف القتل وأنواعه:

القتل لغة هو فعلٌ يدلُّ على إزهاق الروح^(٢).

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للقتل عن المعنى اللغوي؛ فهو "فعل من العباد تزول به الحياة"^(٣).

وقد قسّم الفقهاء القتل عدة تقسيمات بحسب وجهة نظر كل منهم، فمنهم من جعله عمد وخطأ، وهو المشهور من مذهب المالكية، ومنهم من جعله ثلاثة، وهي عمد وشبه عمد وخطأ، وهو رأي الشافعية والحنبلية، ومنهم من جعله أربعة، وهي عمد وشبه عمد وخطأ وقتل في معنى الخطأ، وهو رأي قسم من فقهاء الحنفية وبعض فقهاء الحنبلية، ومنهم من جعله خمسة أقسام، وهي عمد وشبه عمد وخطأ وما جرى مجرى الخطأ والقتل بالتسبب وهو رأي القسم الآخر من فقهاء الحنفية^(٤).

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٥/٢.

(٢) مجمل اللغة، ابن فارس: ٧٤٣/١، مادة قتل، والمصباح المنير، الفيومي: ٤٩٠/٢، مادة قتل.

(٣) فتح القدير، ابن الهمام: ٢٠٣/١٠، والبحر الرائق، ابن نجيم: ٣٢٦/٨.

(٤) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٧/٢-٨-٩. والفقهاء الإسلامي وأدلتهم، وهبة الزحيلي: ٥٦١٧/٧ وما بعدها.

ثالثاً: شروط القصاص في النفس:

حتى يجب القصاص على الجاني في القتل العمد لا بد من تحقق جملة شروط، منها ما يتعلق بالجاني، ومنها ما يتعلق بالجاني عليه، ومنها ما يتعلق بنفس القتل، ومنها ما يتعلق بولي الدم سأذكرها بشكل مختصر بما يخدم موضوع البحث.

أ- الشروط التي ترجع إلى الجاني:

- ١- أن يكون الجاني مكلفاً؛ بأن يكون عاقلاً بالغاً^(١).
- ٢- أن يكون الجاني ملتزماً؛ بأن يكون مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً أو معاهداً، فإن كان الجاني حريباً فلا قصاص عليه وإن عصم بعد ذلك بإسلام أو عقد ذمة^(٢).
- ٣- أن يكون الجاني مختاراً عند أبي حنيفة والصاحبين^(٣).
- ٤- ألا يكون الجاني أصلاً للمجني عليه؛ فلا قصاص على الأب ومن في حكمه إذا قتل ابنه وإن نزل أو على الأم ومن في حكمها إذا قتلت ابنها وإن نزل عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنبلية^(٤).
- ٥- أن يكون الجاني عالماً بعصمة المقتول، وهو شرط عند الشافعية^(٥).
- ٦- ألا يكون للقاتل شريك في القتل سقط القصاص عنه عند الحنفية ورواية عند الحنبلية^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٣٤/٧، والشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي: ٢٣٧/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢٣٠/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٥٢٠/٥-٥٢١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٩٠/٧، وشرح الزرقاني على مختصر خليل: ٤/٨، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢٣٠/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٥٢٤/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ١٧٩/٧-٢٣٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٢٣٥/٧، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢٤٣/٥-٢٤٣-٢، والمغني، ابن قدامة: ٢٨٥/٨.

(٥) انظر: مغني المحتاج، الشربيني: ٢٢٧/٥.

(٦) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٢٣٥/٧-٢٣٦، وحاشية ابن عابدين: ٥٦٠/٦، والمغني ابن قدامة: ٢٩٤/٨.

ب- الشروط التي ترجع إلى المجني عليه:

- ١- أن يكون المجني عليه معصوم الدم، فلا قصاص في قتل حربي أو مرتد باتفاق الفقهاء^(١)، ولا يقتل المستأمن عند الحنفية في ظاهر الرواية^(٢).
- ٢- ألا يكون المجني عليه مهدر الدم في حق من قتله، كالقاتل يقتله ولي دم المقتول^(٣).
- ٣- ألا يكون المجني عليه باغياً عند الحنفية والمالكية والحنبلية في وجهه هو الراجح^(٤).
- ٤- أن يكون المجني عليه مكافئاً للجاني؛ فلا يقتل المسلم بالذمي مطلقاً عند الشافعية والحنبلية والظاهرية^(٥).

ج- الشروط التي ترجع إلى الجناية نفسها.

- ١- أن يكون القتل عمداً عدواناً؛ فالقصاص لا يجب في القتل العمد إذا لم يكن فيه عدوان، فلا قصاص إذا كان القتل بإذن المقتول عند الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر والحنبلية^(٦)، ولا قصاص على من قتل غيره دفاعاً عن نفسه أو عرضه أو ماله^(٧)، ولا في كل قتل لا عدوان فيه كالقتل الحاصل بسبب التأديب من الإمام، أو بسبب التطبيب^(٨).

(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٢٣٦/٧، وحاشية ابن عابدين: ٥٣٢/٦، والشرح الكبير، الدردير: ٢٣٨/٤، والمغني، ابن قدامة: ٢٧٣/٨.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٣٤/٢٦، وبدائع الصنائع، الكاساني: ٢٣٥/٧، وحاشية ابن عابدين: ٥٣٤/٦.

(٣) انظر: الشرح الكبير، الدردير: ٢٣٩/٤، مطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني: ٢٨/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٢٣٦/٧، وحاشية الدسوقي: ٣٠٠/٤، والمغني، ابن قدامة: ٥٣٣/٨.

(٥) انظر: الأم، الإمام الشافعي: ٤٠/٦، والمغني، ابن قدامة: ٢٧٣/٨، والمحلى، ابن حزم: ٢٢٠/١٠.

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين: ٥٤٧/٦، ومنح الجليل، عليش: ١١-١٠/٩، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢٢٤/٥، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي: ٢٦٣/٣.

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين: ٥٤٦/٦، تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٣٤٧/٢، ومغني المحتاج، الشربيني: ٥٢٨/٥، والمغني، ابن قدامة: ١٨٢/٩.

(٨) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي: ٥٦٠٤/٧.

٢- أن يكون القتل مباشراً؛ فلا قصاص في القتل بالتسبب، وهو شرط عند الحنفية^(١).

٣- أن يكون القتل قد حدث في دار الإسلام، وهو شرط عند الحنفية^(٢).

د- الشروط التي ترجع إلى ولي الدم:

١- ألا يكون ولي الدم فرعاً للقاتل عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنبلية^(٣).

٢- أن يكون ولي الدم في القصاص معلوماً عند الحنفية^(٤).



(١) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٢٣٩/٧.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني: ٢٣٧/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: ٢٣٥/٧، وحاشية ابن عابدين: ٥٣٦/٦، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢٤٣/٥، والمغني، ابن قدامة: ٢٨٧/٨.

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني: ٢٤٠/٧.

المبحث الأول: التعزير في القتل العمد الذي لا قصاص فيه.

القتل العمد: هو "قصد الفعل والشخص بما يقتل قطعاً أو غالباً"^(١).

والقتل العمد فيه اعتداء مباشر على شخص المجني عليه، وكذلك اعتداء على حق المجتمع، والشريعة الإسلامية شرعت القصاص في القتل العمد العدوان، وجعلته حق لولي الدم، ليقابل ذلك الاعتداء المباشر على شخص المجني عليه، ولكن إذا عفي عن الجاني، أو سقط القصاص لسبب ما، وسواء وجبت الدية أو عفي عنها، فهل لولي الأمر أن يوقع على الجاني عقوبة أخرى تكون حقاً لله تعالى لا يجوز فيها صلح أو إبراء حتى لا يبقى بدون عقوبة على ما ارتكب من جرم. هذا ما سألني في هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التعزير لدرء القصاص لتخلف شرط من شروطه.

المطلب الثاني: التعزير لسقوط القصاص في القتل العمد لتحقيق إحدى مسقطاته.

المطلب الأول: التعزير لدرء القصاص لتخلف شرط من شروطه.

إنَّ المتتبع لنصوص الفقهاء يجد أنهم يقولون بتعزير الجاني في حال درئ عنه القصاص لعدم اكتمال شروطه...

فقد نصَّ الحنفية على تعزير القاتل المتعمد إذا كان قتله بالتسبب؛ فمن دفع إلى آخر سماً حتى أكل ولم يعلم به فمات فلا قصاص عليه ولا دية عندهم، وإنما التعزير والاستغفار^(٢).

ومن ربط رجلاً بجبل وطرحه فقتله سبع، فليس على الجاني قصاص، وإنما يعزر ويحبس حتى يموت^(٣).

(١) انظر: القوانين الفقهية، ابن جزى: ٢٢٦، ومغني المحتاج، ٢١٢/٥، والمبدع، ابن مفلح: ١٩١/٧، وتبيين الحقائق، الزيلعي: ١٠٠/٦.

(٢) انظر: المبسوط، السرخسي: ١٥٣/٢٦، وحاشية الشبلي على تبيين الحقائق: ١٠١/٦.

(٣) انظر: معين الحكام، الطرابلسي: ص ١٨٢.

ونصّ المالكية على أنّ القاتل الذي سقط عنه القصاص لعدم مكافأة دمه لدم المقتول كالمسلم يقتل الكافر فعليه التعزير في المذهب^(١).

جاء في كفاية الطالب: "ومن عفا عنه في العمد أو تعذر منه القصاص لعدم التكافؤ كالمسلم يقتل الكافر ضرب مئة ردعاً وحبس عاماً وعلى ذلك مضى عمل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين"^(٢).

وكذلك نصّ المالكية على أن من قتل من هو غير معصوم في حقه بغير إذن الإمام فإنه يعزر لتعديه على حق الإمام في إقامة القصاص، وذلك كالقاتل في حق ولي المقتول، وكقاتل المرتد سواء قتله زمن الاستتابة، أم بعدها^(٣).

جاء في منح الجليل: "الشخص القاتل فإنه معصوم من غير الشخص المستحق لقتله وإن لم يكن معصوماً من المستحق، ولكنه لا يقتله إلا بإذن الإمام، فإن قتله بغير إذنه أدب.. المستحق لافتياته على الإمام"^(٤).

ونصّ الشافعية على أنه إذا قتل القاتل من لا يقاد به كولده فإن الجاني يعزر مع الكفارة؛ لأن القتل العمد بقي خالياً عن الزجر فوجب فيه التعزير^(٥).

ويقول ابن حزم الظاهري^(٦) (٤٥٦هـ) في تعزير المسلم الذي قتل ذمياً أو مستأمناً: "وإن قتل مسلم عاقل بالغ ذمياً أو مستأمناً عمداً أو خطأ فلا قود عليه، ولا دية، ولا كفارة، ولكن يؤدب في العمد خاصة، ويسجن حتى يتوب كفاً لضرره"^(١).

(١) انظر: القوانين الفقهية، ابن جزي: ص ٢٢٧.

(٢) كفاية الطالب الرباني، مع حاشية العدوي: ٢/٢٩٨.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل، الخرشي: ٤/٨، والشرح الكبير، الدردير: ٤/٢٣٩.

(٤) منح الجليل، عlish: ٨/٩.

(٥) انظر: مغني المحتاج، الشرييني: ٥/٥٢٤، ونهاية المحتاج، الرملي: ٨/٢٠.

(٦) تقدمت ترجمته: ص ١٥١.

ويقول في تعزير الصبيان والمجانين على الجنايات بحبسهم وتثقيفهم: "إلا أنَّ من فَعَلَ هذا من الصبيان، أو المجانين، أو السكارى في: دم، أو جرح، أو مال: ففرض ثقافه في بيت ليكف أذاه، حتى يتوب السكران، ويفيق المجنون، ويبلغ الصبي. لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، وتثقيفهم تعاون على البر والتقوى، وإهمالهم تعاون على الإثم والعدوان"^(٢).

ويمكن الترخيج على نصوص الفقهاء تلك ، والقول بجواز تعزير الجاني الذي درى عنه القصاص لفقد شرط من شروطه إن كان في ذلك مصلحة، حتى إن وجبت عليه الدية أو الكفارة، فإن التعزير ههنا يكون للحق العام؛ لأن القتل العمد فيه اعتداء على الفرد، وفيه اعتداء على حق المجتمع في صيانة الأنفس، فإذا عوقب المجرم على الحق الشخصي بالدية والكفارة، بقي حق المجتمع، فيعزر فيه.

وهو ما ذهب إليه الشيخ مصطفى الزرقا حيث يقول: "وكل جناية بغير حق على نفس أو جسم إذا امتنع فيها القصاص لانتفاء بعض شرائطه يستحق فاعلها التعزير ... ويجب عليه فيها ضمان مالي"^(٣).

(١) المحلى، ابن حزم: ٢٢٠/١٠.

(٢) المحلى، ابن حزم: ٢٢٠/١٠.

(٣) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا: ص ٦٨٣.

المطلب الثاني: التعزير لسقوط القصاص في القتل العمد لتحقيق إحدى مسقطاته.

إن القصاص ينطوي على حقين في العقوبة؛ حق عام للشرع في أصل العقوبة، وحق للمجني عليه، فإذا سقط القصاص لسبب ما كما لو عفا أولياء الدم عن الجاني يبقى الحق العام للسلطة الحاكمة في أن تعاقب الجاني بما تراه كافياً للردع^(١)، فإذا سقط القصاص كان التعزير بدلاً عنه.

لكن هل هذا التعزير جائز أو واجب، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنبلية والظاهرية، وقالوا لا يجب التعزير على القاتل الذي سقط عنه القصاص؛ لأن القاتل كان عليه حق واحد، وقد سقط، فلم يجب عليه شيء آخر، كما لو سقطت الدية عن القاتل خطأ^(٢)، ويفوض الأمر للحاكم بمعاينة الجاني بما يراه مناسباً وفق المصلحة^(٣).

القول الثاني: للمالكية، وذهبوا إلى وجوب تعزير القاتل المعفو عنه بجلده مئة جلدة وسجنه سنة^(٤).

واستدلوا^(٥) بحديث: «أُتِيَ النَّبِيُّ ﷺ بِرَجُلٍ قَتَلَ عَبْدَهُ مُتَعَمِّدًا، فَجَلَدَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِائَةً جَلْدَةً، وَنَقَّاهُ سَنَةً، وَحَمَّ سَهْمَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وَلَمْ يَقْدُ مِنْهُ»^(٦).

(١) انظر: المخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا: ص ٦٤٩.

(٢) انظر: تبين الحقائق، الزيلعي: ٩٨/٦، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢٨٨/٥، والمغني، ابن قدامة: ٣٥٥/٨، والمحلى، ابن حزم: ١٠٠/١١.

(٣) انظر: الأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٣٤٦، والأحكام السلطانية، أبو يعلى: ص ٢٨٢،

(٤) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ١٨٦/٤، وتبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢٩٠/٢، والفواكه الدواني، النفراوي: ١٨٦/٢.

(٥) الفواكه الدواني، النفراوي: ١٨٦/٢.

(٦) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الديات، باب الرجل يقتل عبده، من قال لا يقتل به: ٤١٣/٥، رقم: ٢٧٥١٠، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الجراح، باب ما روي فيمن قتل عبده أو مثل به: ٦٦/٨، رقم: ١٠٩٥١. قال ابن حجر العسقلاني: "وفي طريقه إسماعيل بن عياش [وهو ضعيف]، لكن رواه عن الأوزاعي، وروايته عن الشاميين قوية، لكن من دونه محمد بن عبد العزيز الشامي، قال فيه أبو حاتم: لم يكن عندهم بالمحمود، وعنده غرائب، ورواه ابن عدي من حديث عمر مرفوعاً، وفيه عمر بن عيسى الأسلمي وهو منكر الحديث". التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني: ٣٣/٤.

المناقشة والترحيح:

رد ابن حزم(٤٥٦هـ) على استدلال المالكية بالحديث السابق بأنه حديث ضعيف؛ لأن في سنده رجل شديد الضعف، ولا يصلح للاحتجاج به^(١).

ويرجح الباحث جواز تعزيز القاتل المعفو عنه بعقوبة مفوضة إلى رأي الإمام؛ لأن اعتدائه كما وقع على نفس المجني عليه وقع أيضاً على حق المجتمع في صيانة الأنفس من الإهدار، فيعزز الجاني لهذا الحق ولا بد من الزجر والردع عن ارتكاب مثل هذه الأفعال بعقوبة يضعها ولي الأمر تتناسب مع جرم الجاني وحالته.

وهذا ما تشهد له نصوص الشريعة وقواعدها العامة، فنصوص الفقهاء مستفيضة على أن القصاص مشتمل على حق خاص للشخص، وحق عام للشرع، ومن المقررات في فقه الشريعة أن حقوق الشرع العامة لا تسقط بإسقاط أحد، فإذا أسقط الشخص حقه في العقوبة، بقي الحق العام^(٢).

(١) المحلى، ابن حزم: ١٠١/١١.

(٢) انظر: كشف الأسرار، البزدوي: ١٦١/٤. وانظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا: ٦٨٧.

المبحث الثاني: التعزير في القتل شبه العمد.

القتل شبه العمد: هو "قصد ضرب الشخص عدواناً بما لا يقتل غالباً، كالسوط والعصا"^(١).

ولا قصاص في القتل شبه العمد وإنما له عقوبتان أصليتان وهما الدية وهي عقوبة متفق عليها عند القائلين بالقتل شبه العمد، والكفارة، وهي عقوبة مختلف فيها، وعقوبة تبعية وهي الحرمان من الميراث^(٢).

لكن فقهاء الحنفية والحنبلية أجازوا تعزير الجاني في القتل شبه العمد...

فالحنفية يرون أن من تكرر منه القتل شبه العمد بأن كان يلجأ إلى القتل بما لا قصاص فيه عندهم، كالقتل بالمثل؛ وهو القتل بمثل الحجر الكبير أو الخشبة العظيمة أو الخنق أو التغريق أو الإلقاء من مكان مرتفع فإنه يجوز للإمام أن يعزر فيه بالقتل إذا تكرر من القاتل ارتكابه ولم يندفع فسادُه إلا بالقتل تعزيراً^(٣).

جاء في الدر المختار: "إلا أن يتكرر منه [أي شبه العمد] فلإمام قتله سياسة"^(٤).

وإذا كان التعزير بالقتل جائزاً وبشروط خاصة، فيما يتعلق بالقتل شبه العمد، فإن التعزير بغير القتل في هذه الأحوال يجوز أيضاً؛ لأن جواز القتل مناطه أن يتعين لدفع شر الجاني، فإذا أمكن كفه ودفع شره بغير القتل، فإن ذلك يجوز تعزيراً^(٥).

ويرى الحنبلية جواز تعزير القاتل في القتل شبه العمد، حيث جاء في المبدع: "لكن يقال: يجب التعزير فيه [أي في القتل شبه العمد]؛ لأن الكفارة حق الله تعالى بمنزلة الكفارة في الخطأ ليست لأجل الفعل، بل بدل النفس الفاتنة، فأما نفس الفعل المحرم الذي هو الجنابة فلا كفارة فيه، ويظهر

(١) انظر: الفتاوى الهندية: ٢/٦-٣، ومغني المحتاج، الشريبي: ٥/٢١٤، والمغني، ابن قدامة: ٨/٢٧١.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي: ٧/٥٧٢١.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: ٦/٥٣٠.

(٤) الدر المختار، الحصكفي، مع حاشية ابن عابدين: ٦/٥٣٠.

(٥) التعزير، عبد العزيز عامر: ص: ١٣٤، وانظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ١/٢٧٤.

هذا بما لو جنى عليه، فلم يتلف شيئاً، استحق التعزير، ولا كفارة، ولو أتلف بلا جناية محرمة لوجب
الكفارة بلا تعزير، وإنما الكفارة في شبه العمد بمنزلة الكفارة على المجامع في الصيام والإحرام^(١).
ومعنى ذلك أنَّ الجريمة نفسها وهي القتل شبه العمد فيها التعزير، أما ما فرض فيها من كفارة
ودية فإن هذا بدل النفس التي ذهبت بها الجناية، وليس مقابلاً للفعل الإجرامي في ذاته^(٢).
والقول بالتعزير في القتل شبه العمد يتفق قواعد المذهب المالكي، حيث إنهم يوجبون التعزير على
الجاني الذي سقط عنه القصاص^(٣).
ويرجح الباحث رأي الحنبلية في جواز فرض عقوبة تعزيرية في القتل شبه العمد، سواء مع الدية،
أو إذا سقطت الدية لسبب ما؛ فيعزر الجاني حماية لحق المجتمع الذي اعتدي بفعل القتل، حيث إن
حق المجني عليه فرض فيه الدية، وبقي الحق العام، فيفرض فيه التعزير. والله أعلم.



(١) المبدع، ابن مفلح: ٤٢٢/٧-٤٢٣. وانظر: كشف القناع، البهوتي: ١٢٢/٦.

(٢) التعزير، عبد العزيز عامر: ص ١٣٤.

(٣) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد: ١٨٦/٤.

المبحث الثالث: التعزير في القتل الخطأ.

القتل الخطأ هو "القتل الحاصل بلا قصد الضرب ولا القتل"، كما لو سقط الجاني على غيره فقتله، أو رمى صيداً فأصاب إنساناً، أو رمى آدمياً فأصاب غيره فمات^(١).

ولا قصاص في الخطأ باتفاق الفقهاء، والقتل الخطأ له عقوبتان؛ عقوبة أصلية؛ وهي الدية والكفارة وهما عقوبتان متفق عليهما، وعقوبة تبعية؛ وهي الحرمان من الميراث والوصية وهما عقوبتان مختلف فيهما^(٢).

وبالقتل الخطأ لا يأثم القاتل إثم القتل، وإنما يأثم إثم ترك التحرز والمبالغة في الثبت لأن الأفعال المباحة لا تجوز مباشرتها إلا بشرط ألا يؤدي أحداً، فإذا أدى أحداً فقد تحقق ترك التحرز فيأثم^(٣). وليس ثمة تعزير باتفاق الفقهاء في القتل الخطأ اكتفاء بالعقوبتين الأصليتين وهما الدية والكفارة وبالعقوبات التبعية^(٤).

جاء في المدونة: "قلت: رأيت القتل خطأً، هل فيه تعزير وحبس في قول مالك؟ قال: ما سمعت من مالك فيه شيئاً، ولا علمت أن أحداً يعزر في الخطأ ولا يحبس فيه، أرى أنه ليس عليه حبس ولا تعزير"^(٥).

(١) انظر: الاختيار، الموصلي: ٢٥/٥، القوانين الفقهية، ابن جزى: ص ٢٢٦، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢١٣/٥، والمغني، ابن قدامة: ٢٧٢/٨.

(٢) انظر، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي: ٥٧٣٤/٧.

(٣) تبين الحقائق، الزيلعي: ١٠١/٦.

(٤) انظر: الاختيار، الموصلي: ٢٥/٥، والمدونة، الإمام مالك: ٦٤٦/٤، ومغني المحتاج، الشربيني: ٢١٢/٥، وكشاف القناع، البهوتي: ٥١٣/٥، والتشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٢٠٤/٢.

(٥) المدونة، الإمام مالك: ٦٤٦/٤.

ويرى ابن حزم الظاهري (٤٥٦هـ) أن جناية الخطأ ليس بسيئة؛ لأن السيئة هي ما نهى الله تعالى عنه، وليس الخطأ مما نهى الله تعالى عنه؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وليس في وسع أحد أن يمتنع من فعل الخطأ الذي لم يتعمده ولا قصده^(١).

وقد مال بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بجواز التعزير في الجناية الخطأ على النفس وما دونها رعاية لمصلحة المجتمع ذاته؛ لكيلا يبقى الجاني بغير عقاب في بعض الأحوال، منها حالة العفو عن الدية أو الأرش، وحتى إذا لم يعف عن الدية أو الأرش فإنهما من حق الجاني عليه أو ولي الدم، وليس من العقوبات بمعناها العام^(٢).

ويرى الباحث أنه لا تعزير في الجناية الخطأ على النفس وما دونها؛ لقول النبي ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»^(٣)، فقد أسقط النبي الائم عن المحطئ، والعقوبات التي ورد بها الشرع كافية في مثل هذه الجناية.

إلا أنه من الممكن أن تفرض عقوبة تعزيرية في الجنايات الخطأ إن ثبت أنها ناتجة عن إهمال الجاني، وعدم التزامه بمعايير وقوانين معينة فرضتها السلطة التشريعية لمنع وقوع مثل هذه الجنايات.

(١) انظر: المحلى، ابن حزم: ١٢/١١.

(٢) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة: ٢/٢٠٤، والفقہ الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني: ص ٥٥-٥٦، والتعزير، عبد العزيز عامر: ص ١٣٥.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي: ١/٦٥٩، رقم: ٢٠٤٥، وبألفاظ أخرى، الدارقطني في سننه، كتاب النذور: ٥/٣٠٠، رقم: ٤٣٥١، وابن حبان، كتاب فضل والأمة، ذكر الإخبار عما وضع الله بفضل الله عن هذه والأمة: ١٦/٢٠٢، رقم: ٧٢١٩، والبيهقي في سننه، كتاب الخلع والطلاق، باب طلاق المكره: ٣/١٢٣، رقم: ٢٦٨٩، والحاكم في المستدرک، كتاب الطلاق: ٢/٢١٦، رقم ٢٨٠١، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه ". واسناد ابن ماجه رجاله ثقات، وقد ضعف هذا الحديث عدد من الأئمة، وروي ذلك عن أحمد ابن حنبل، ورواه العقيلي في الضعفاء وكذا البيهقي، لكن للحديث طرق كثيرة، وبمجموع هذه الطرق تظهر أن للحديث أصلاً، وقال عنه النووي في الروضة الأربعين: إنه حسن. انظر: كشف الخفاء ومزيل الإلباس، العجلوني: ١/٤٩٥-٤٩٦، وروضة الطالبين، النووي: ٨/١٩٣.

ومثال ذلك ما لو صدم الجاني إنساناً بسيارته عن طريق الخطأ، وعند التحقيق وجد أنه قد تجاوز السرعة المحددة من قبل سلطات الدولة، فهنا لا بد من تعزيز الجاني وإن كانت جنايته خطأ؛ لأنه قد ترك التحرز بالقيادة بالسرعة المحددة بالقوانين المنصوصة. والله أعلم.



والثامنة

بعد أن وفقني الله عز وجل لإكمال هذا البحث، أضع بين يدي القارئ الكريم أهم ما توصلت إليه من نتائج، وهي:

أولاً: يشترط لتطبيق العقوبات المقدرة في الحدود والجناية على النفس انتفاء الشبهات وتوافر الشروط التي نص عليها الفقهاء لتطبيق تلك العقوبات، فإذا لم تتوفر تلك الشروط كانت العقوبة تعزيرية مفوضة إلى رأي الإمام، وقد رتب الحالات التي يجب فيها التعزير في الحدود والجناية على النفس لتخلف شرط من شروطها على شكل مواد، وهي كالآتي:

١- يعزر كل من أقدم على مقدمات جرائم الحدود والجناية على النفس بحيث بدأ بالجريمة ولم تكتمل أياً كان سبب عدم اكتمال الجريمة.

٢- يعزر الجاني في كل جريمة حد درئت فيها عقوبة الحد عن الجاني للشبهة، سواء كانت الشبهة في ركن الجريمة أو في وسائل إثباتها، شريطة أن تكون الشبهة ضعيفة بحيث لا تمحو وصف الجريمة عن المتهم.

٣- يعزر تأدياً الصغير المميز والمجنون الذي له بعض تمييز وكل من في معناه كالمعتوه إذا ارتكبوا جريمة من جرائم الحدود، والقصاص.

٤- يعزر كل من ارتكب جريمة من جرائم الحدود وهو في حالة سكر بسبب يعذر فيه.

٥- يعزر كل من ارتكب جريمة وطء محرم لا يتوفر فيه الركن المادي لحد الزنى، كاللواط والسحاق واتيان البهيمة واتيان المرأة الميتة، وإيلاج ما دون الحشفة.

٦- يعزر كل من ارتكب جريمة قذف لم يتوفر فيها الركن المادي لحد للقذف؛ وهو الرمي بصريح الزنى، فيعزر في القذف بالتعريض والكناية، والقذف في كل وطء لا يوجب حد الزنى.

٧- يعزر في كل جريمة قذف وقعت على شخص لا يتوفر فيه شرط إحصان القذف، أو وقعت من الأصل لفرعه.

٨- يعزر الجاني في كل جريمة سرقة لم يتوفر فيها الركن المادي لحد السرقة، وهو أخذ المال خفية؛ فيعزر الجاني في الاختلاس وخيانة الأمانة وجحد العارية وغيرها من الأمانات.

٩- يعزر الجاني في كل جريمة سرقة لم يتوفر فيها نصاب السرقة، أو شرط الحرز.

١٠- يعزر الجاني في كل جريمة سرقة وقعت على ما لا يعد مالاً، أو على أشياء في ماليتها قصور.

١١- يعزر الجاني في كل جريمة حراة تخلف فيها شرط المجاهرة، أو وقعت في مكان يلحق فيه المجني عليه الغوث غالباً، أو تخلف فيها شرط من شروط المال المطلوبة في حد السرقة إذا وقعت الحراة على المال.

١٢- يعزر الجاني في كل جريمة شرب تخلف بها الركن المادي لجريمة الشرب، فيعزر من تناول المخدرات، أو من شرب خمراً مختلطة بغيرها، أو من ادهن بالخمير.

١٣- يعزر الجاني في كل جريمة قتل عمد درء فيها القصاص لفقد شرط من شروطه، أو سقط فيها لتحقيق إحدى مسقطاته، وفي القتل شبه العمد، وذلك صيانة للحق العام.

١٤- يمكن أن يعزر الجاني في القتل الخطأ إذا ثبت أن الجريمة وقعت نتيجة عدم تحرز الجاني واستهتاره.

ثانياً: لا يجوز للقاضي أن يسقط العقوبات الحدية المنصوصة بعد ثبوتها أو أن يعفو عنها، وهذا لا يعني أنه لا مدخل له فيها، بل له سلطة تقديرية في تشديدها وتخفيفها؛ على اعتبار أن له سلطة الاجتهاد في استحقاق مرتكب الجريمة الحدية إقامة الحد عليه أو عدم استحقاقه، وذلك بالنظر إلى توافر أركان الجريمة الموجبة للحد وشروطها أو عدم توافرها، وبالنظر إلى انتفاء الشبهات الدائرة للحد، والقاعدة الفقهية التي تقضي بدرء الحدود بالشبهات إنما قصد به إعطاء القاضي حرية كبيرة في تقدير الظروف الخاصة التي يمكن أن تستبعد العقوبة الحدية في حق الجاني، والاكتفاء بالتعزير.

ثالثاً: يمكن اعتبار العقوبة التعزيرية هي الإطار العام التي يحكم جميع الجرائم في الشريعة الإسلامية، واعتبار الشروط التي وضعها الفقهاء لتطبيق العقوبات المقدرة في الحدود والجناية على النفس بمثابة ظرف مشدد لتطبيق عقوبة مشددة، فإذا لم يوجد الظرف المشدد عادت العقوبة إلى الإطار العام للعقوبة وهو التعزير.

هذه أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث الذي خصصته للحديث عن جرائم الحدود والجناية على النفس المعاقب عليها بالتعزير لتخلف شرط من شروط العقوبة المقدرة، وعن اجتماع التعزير مع العقوبة المقدرة.

وأرجو من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت في هذا الجهد المتواضع، وأن يكون فيه خدمة نافعة للتشريع الجنائي الإسلامي، وأدعو الله سبحانه وتعالى أن يرزقنا الإخلاص والسداد، إنه على ما يشاء قدير.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفهارس العامة

أولاً: فهرس الآيات القرآنية .

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة .

ثالثاً: فهرس الآثار .

رابعاً: فهرس الأعلام .

خامساً: فهرس المصطلحات الفقهية

سادساً: فهرس المراجع والمصادر .

سابعاً: فهرس الموضوعات .

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة وفق ترتيب السور في المصحف الشريف

السورة	الآية	رقمها	صحيفة الورد
البقرة	(فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ)	١٧٣	٢٦٦
البقرة	(وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ)	٢٣٥	١٦٧
البقرة	(وَلَا تَعْرِضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ)	٢٣٥	١٦٧
البقرة	(لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا)	٢٨٦	٣٣٥
النساء	(فَأَمْسِكُوهُمْ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا)	١٥	٣١٨-٣١٦
النساء	(وَالَّذَانِ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا)	١٦	٧٢
النساء	(وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا)	٢٢	١٥٧
النساء	(حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ)	٢٣	١٥٨
النساء	(فَإِذَا أُحْصِيَ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ)	٢٥	١١١
النساء	(وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا)	٣٤	٢٣
النساء	(فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ)	٦٥	٢٧
المائدة	(وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ)	٢	٣٢٩
المائدة	(وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نَقَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى)	٨	١٩
المائدة	(وعزرتهم)	١٢	١١
المائدة	(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)	٣٣	٢٨٦-٨٧
المائدة	(إِلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم)	٣٤	٧٢-٦٨-٥١
المائدة	(وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)	٣٨	٢٠٤-٨٦ ٢٣٢-٢٠٦ ٢٤٠-٢٣٦ ٢٥٥-٢٤٢ ٢٧٨-٢٥٧
المائدة	(فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)	٣٩	٧٢
المائدة	(لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ)	١٠١	١٢٧
الأنعام	(وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ)	١١٩	١٥٤
الأنعام	(وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ)	١٥١	١٤٥-١٤٠
الأعراف	(أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ)	٨٠	١٤٥-١٤١-١٤٠
الأنفال	(قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ)	٣٨	٧٤
التوبة	(وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ)	٦	١١٧

السورة	الآية	رقمها	صحيفة الورود
الحجر	(إِلَّا مَنْ اسْتَرَقَ السَّمْعَ)	١٨	١٩٧
الإسراء	(وَيَالِ الَّذِينَ إِحْسَانًا)	٢٣	١٩٤
الإسراء	(وَلَا تَقْرَبُوا الرِّثَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)	٣٢	١٤٥-١٤١
الكهف	(فَارْتَدَّا عَلَى آثَارِهِمَا قَصَصًا)	٦٤	٢٢
المؤمنون	(وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ)	٦-٥	١٥٢-١٤٦ ١٥٣
المؤمنون	(فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ)	٧	١٥٣
النور	(الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ)	٢	٨٥-٦٩ ١٠٥-١٠٤ ٣١٦-٣١٢
النور	(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)	٤	١١٢-٨٦ ١٧٤-١٢٤ ١٩٤-١٨٥
النور	(إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ)	٢٣	١٨٣
النور	(وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ)	٦١	٢٥٤
الفتح	(وتعزروه وتوقروه)	٩	١١
الذاريات	(يوم هم على النار يفتنون)	١٣	٣١٧
الحاقة	(مَا أَغْنَىٰ عَنِّي مَالِيهِ هَٰلِكَ عَنِّي سُلْطَانِيَّةٌ)	٢٨-٢٩	١٨٠
المطففين	(إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا يَضْحَكُونَ)	٢٩	١٩

ثانياً: فهرس الأحاديث الشريفة^(١)

طرف الحديث	صحيفة الورود
إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيَمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ.....	٣٠٧
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِلصَّاحِبَةِ الْكَرَامِ ﷺ بَعْدَ إِقَامَةِ حَدِّ الشَّرْبِ عَلَى رَجُلٍ.....	٢٤
إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ، وَلَكِنَّهُ دَاءٌ.....	٣٠٧
أَتَى النَّبِيَّ ﷺ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِرَجُلٍ قَتَلَ عَبْدَهُ مُتَعَمِّدًا.....	٣٣٠
أَتَى بِرَجُلٍ كَانَ يَسْرِقُ الصَّيَّيَانَ فَأَمَرَ بِقَطْعِهِ.....	٢٢٧
ادْرَعُوا الْخُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ.....	٢٤٨، ٩٤
إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِيَانِ.....	١٥٢، ١٤٦، ١٤٤، ١٤٢
إِذَا التَّقَى الْمُسْلِمَانِ بِسَيْفَيْهِمَا.....	٦٣
إِذَا سَرَقَ السَّارِقُ فاقطعوا يده.....	٢٧١
الْبُكَرُ بِالْبُكَرِ جُلْدُ مِائَةٍ وَنَفْيُ سَنَةٍ.....	٣١٦، ٣١٥، ١٤١، ٨٥
التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ، كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ.....	٧٣
الصَّيِّدُ لِمَنْ أَخَذَهُ.....	٢٣٥
الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ.....	٢٣٩
إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِأَمْتِي مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا.....	٥٦، ٥٣
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الْخَمْرَ.....	٢٩٣
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِسَارِقٍ فَأَمَرَ بِهِ، فَقُطِعَتْ يَدُهُ، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَعُلِقَتْ فِي عُنُقِهِ.....	٣١٩
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِشَارِبٍ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَصْحَابَهُ أَنْ يَضْرِبُوهُ.....	٢٩٩
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَجَمَ رَجُلًا وَامْرَأَةً مِنَ الْيَهُودِ زَنِيًّا.....	١١٠
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَرَبَ وَغَرَّبَ.....	٣١٥
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَضْرِبُ فِي الْخَمْرِ بِالنَّعَالِ وَالْجَرِيدِ أَرْبَعِينَ.....	٢٩٦
إِنْ أَوْلَاكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ.....	٢٥٣
أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فِي الْمَلَاعِنَةِ أَلَّا تُرْمَى بِهِ.....	١٩٠
أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فِيمَنْ زَنَى وَلَمْ يُحْصَنْ بِنَفْيِ عَامٍ.....	٣١٣
أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ.....	٢٣٠
أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ جَلَدَ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ.....	٢٩٩، ٢٩٦، ٢٩٤
أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ.....	٢٥٢
إِنِّي سَرَفْتُ جَمَلًا لِابْنِي فُلَانٍ، فَطَهَّرَنِي.....	٧٠
إِنِّي لَا أَقْطَعُ فِي الطَّعَامِ.....	٢٤٤، ٢٤٢

(١) تم ترتيبها أجددياً.

- أَيَّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيَّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ..... ١٥٦
- بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً أَبِيهِ أَنْ آتِيَهُ بِرَأْسِهِ..... ١٥٨
- رَأَيْتُ صَاحِبَ الْمَحْبَنِ يَجْرُ فُصْبُهُ فِي النَّارِ..... ٢١٦
- رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ..... ٩٨، ٤٦
- سَارِقٌ أَمْوَاتِنَا كَسَارِقِ أَحْيَانِنَا..... ٢٢٤
- عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزْعُهُ عِرْقٌ..... ١٦٦
- فَاضْرِبُوهُ بِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً..... ٣١٣
- فَرْنَا الْعَيْنَيْنِ النَّظْرُ، وَزْنَا اللِّسَانَ النَّطْقُ..... ١٧٩
- فَهَلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ..... ٢٥٢، ٢٥١
- قَطَعَ فِي مَجَنٍّ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ..... ٢٣٦، ٢٠٥
- كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْطَعُ السَّارِقَ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا..... ٢٥٥، ٢٠٥
- كَانَتْ امْرَأَةٌ مَخْزُومِيَّةٌ تَسْتَعِيرُ الْمَتَاعَ وَتَجْحَدُهُ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُقْطَعَ يَدُهَا..... ١٩٩
- كُلُّ مُسْكِرٍ حَمْرٌ، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ..... ٣٠٣
- كُنَّا نُؤْتَى بِالشَّارِبِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَإِمْرَةَ أَبِي بَكْرٍ..... ٢٩٨، ٢٩٤
- لَا تُقْطَعُ الْيَدُ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ..... ٢١٢
- لَا تُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا..... ٢٨٠، ٢٠٥
- لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثْرَ..... ٢٤٢، ٢٣٧، ٢١٣
- لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جَلَدَاتٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ..... ٢٣
- لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ..... ٢٨٩، ١٣٦، ٨٩
- لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ، يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَنُقْطَعُ يَدُهُ..... ٢٠٧، ٢٠٦
- لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ الْمُخَنَّثِينَ مِنَ الرِّجَالِ..... ٢٤
- لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا أَهْلُ الْمَدِينَةِ لَقَبِلَ مِنْهُمْ..... ٧٤
- لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ قُسِمَتْ بَيْنَ سَبْعِينَ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ..... ٧٠
- لَمْ يَقْتَ فِي الْخَمْرِ حَدًّا..... ٢٩٨، ٢٩٤
- لَمْ يَكُنْ يُقْطَعُ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الشَّيْءِ النَّافِهِ..... ٢٣٩
- لَيْسَ عَلَى الَّذِي يَأْتِي الْبَهِيمَةَ حَدٌّ..... ١٤٩، ١٤٧
- لَيْسَ عَلَى خَائِنٍ، وَلَا مُنْتَهَبٍ، وَلَا مُخْتَلَسٍ قَطْعٌ..... ٢٠٢، ١٩٨
- مَالُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، سَرَقَ بَعْضُهُ بَعْضًا..... ٢٦٢
- مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلَاةِ، إِذَا بَلَغُوا سَبْعًا..... ٤٧، ٤٤
- مَنْ أَتَى بَهِيمَةً فَاقْتُلُوهُ وَاقْتُلُوهَا مَعَهُ..... ١٤٨
- مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ، فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ..... ١١١
- مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ..... ٨٩

- مَنْ حَرَّقَ حَرَقْنَاهُ وَمَنْ نَبَشَ قَطَعْنَاهُ ٢٢٤
- مَنْ هَمَّ بِحَسَنَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا ٥٣
- مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلُ عَمَلِ قَوْمٍ لُوطٍ، فَاقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦
- نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ بَنُ كِنَانَةَ، لَا نَقْفُو أَمَّنًا ١٧٥
- هَلَّا تَرَكَتُمُوهُ لَعَلَّه أَنْ يَتُوبَ، فَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ ٧٣، ٧٤
- وَلَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الثَّمَرِ الْمُعْلَقِ قَطْعٌ، إِلَّا فِيمَا آوَاهُ الْجَرِينُ ٢٤، ٢٤٣
- يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ حَدًّا فَأَقِمَّهُ عَلَيَّ ٧٢
- يَا مُعَاذُ أَفْتَانُ أَنْتَ ٤١

ثالثاً: فهرس الآثار^(١)

صحيفة الورود

طرف الأثر

٢٧٠	أَتَيْ عَلِيَّ بِسَارِقٍ قَدْ سَرَقَ فَقَطَعَ يَدَهُ
٢٢٣	أَخَذَ نَبَاشٌ فِي زَمَانٍ مُعَاوِيَةَ
٢١٥	إِذَا كَانَ اللَّصُّ ظَرِيفًا لَمْ يُقَطَّعْ
٢٥٧	أَرْسَلَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعُ خَادِمِكُمْ سَرَقَ مَنَاعَكُمْ
٣٩	أَنَّ رَجُلًا حَدَّ شَفْرَةً وَأَخَذَ شَاةً لِيَذْبَحَهَا
٢٤٣	أَنَّ سَارِقًا سَرَقَ فِي زَمَانِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ؓ أَنْتَرَجَةً
٢٩٧	أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جُلِدَ فِي الْخَمْرِ أَرْبَعِينَ
٣٢	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ؓ بَعَثَ إِلَى امْرَأَةٍ فِي شَيْءٍ بَلَغَهُ عَنْهَا
١٦٩	أَنَّ عُمَرَ ؓ كَانَ يَحْدُ فِي التَّعْرِيطِ بِالْفَاحِشَةِ
٢٩٧	بِأَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ؓ اسْتَشَارَ فِي الْخَمْرِ يَشْرَبُهَا الرَّجُلُ
٣١٧، ٣١٤	حَسْبُهُمْ مِنَ الْفِتْنَةِ أَنْ يُنْفَوْا
٢٦٦	سَرَقُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مَزِينَةَ
٣١٤	لَا أُغَرِّبُ مُسْلِمًا بَعْدَهُ أَبَدًا
٢٦٦	لَا قَطْعَ فِي عُنُقٍ
٢٨٨	لَوْ اشْتَرَكَ فِيهَا أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ
١٧٤	لَيْسَ الْحَدُّ إِلَّا فِي الْكَلِمَةِ الَّتِي لَيْسَ لَهَا مَصْرَفٌ
٢٦٢	لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، لَهُ فِيهِ نَصِيبٌ
٢٥	وَلَا يَبْلُغُ بِنِكَالٍ فَوْقَ عِشْرِينَ سَوْطًا
١٧٤	لَا حَدٌّ إِلَّا فِي اثْنَيْنِ
٣٢	مَا كُنْتُ أَقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدًّا

(١) تم ترتيبها أبجدياً.

رابعاً: فهرس الأعلام^(١)

العلم	صحيفة الورود
ابن القيم الجوزية	١٤٤
ابن المُقري	٣٠
ابن المنذر	٩٤
ابن الهمام	١٣٢
ابن بنت الشافعي	٢٠٦
ابن تيمية	٧١
ابن حامد	١٧٩
ابن حجر العسقلاني	١٣٨
ابن حزم	١٥١
ابن رشد	١٢٦
ابن عابدين	٧١
ابن عباس	٢٤
ابن قدامة	٨٧
ابن مسعود	١١١
أبو بكر الخلال	٢٣٣
أبو داود	١٤٩
أبو عبيدة بن الجراح	٢١٥
أبو مسعود الأنصاري	٢٣٠
أبو هريرة	١٦٦
أبو يعلى	١٠٢
الأشعث بن قيس	١٧٥
أشهب	١١٦
البارزي	٨٠
البخاري	٧٥
البراء بن عازب	١٥٨
البلقيني	٣٠٦
جابر الجعفي	٢٣٧
جابر بن عبد الله	٢٥٢
حاطب بن أبي بلتعة	٢٦٦

(١) تم ترتيبها أجدياً.

الحسن بن زياد.....	١١٤
الخطّاب.....	٤٠
الخرقي.....	١٢٢
الدسوقي.....	٢٨٨
رافع بن خديج.....	٢١٣
الزبير بن العوام.....	٢٧
زفر.....	١٠٤
زكريا الأنصاري.....	٣٠٨
الزيلعي.....	٢٩
السائب بن يزيد.....	٢٣٥
سعد بن أبي وقاص.....	٢٦٢
سعيد بن سعد بن عبادة.....	٣١٣
سفيان الثوري.....	١٥٦
الشّرّبيني.....	١٩٣
الشوكاني.....	٣١٧
الصدر الشهيد.....	٢٣٢
صفوان بن أميّة.....	٢٥٠
الطحاوي.....	١٣٠
عبد الله بن عمرو بن العاص.....	١٧٤
عبد الملك بن الماجشون.....	٢٦١
العز بن عبد السلام.....	٣٠٨
عمرو بن سمرة.....	٧٠
القرّافي.....	٤١
القرطبي.....	١١
الكرخي.....	١٣٠
الكلوّذاني.....	٢٣٣
اللّخمي.....	١٢٦
المازري.....	٣٠٠
ماعر.....	٧٣
المأوردي.....	٢٩
معاذ بن جبل.....	٤١
النووي.....	٤٠

خامساً: فهرس المصطلحات الفقهية الواردة في البحث ودلالاتها

المصطلح	دلالته
عليه الفتوى عند الحنفية	تفيد أخذ المجتهد بهذا الرأي لقوة دليله ^(١) .
المشهور عند المالكية	يراد به ما قوي دليله، ويكون بمعنى الراجح ^(٢)
الأظهر عند الشافعية	هو الراجح من القولين أو الأقوال عند الشافعية إذا كان الخلاف بين الأقوال قوياً، ويقابله الظاهر ^(٣) .
المشهور عند الشافعية	هو الراجح من القولين أو الأقوال عند الشافعية إذا كان الخلاف بين الأقوال ضعيفاً، ويقابله الغريب.
الأصح عند الشافعية	هو الراجح من الوجوه أو الأوجه لأصحاب الإمام الشافعي، إذا كان الخلاف بين الوجهين قوياً، ويقابله الصحيح.
الصحيح عند الشافعية	هو الراجح من الوجوه أو الأوجه لأصحاب الإمام الشافعي، إذا كان الخلاف بين الوجهين ضعيفاً، ويقابله الضعيف أو الفاسد.
الأصح عن الحنبلية	يعني أن الحكم صحت نسبته إلى الإمام أو إلى أحد أصحابه ^(٤) .
الصحيح من المذهب عند الحنبلية	إذا استخدم ابن قدامة هذا المصطلح في المغني فهو يدل على تصحيحه واختياره هو دون غيره ^(٥) .

(١) مصطلحات المذاهب الفقهية، مريم الظفيري: ص ١١٢.

(٢) مصطلحات المذاهب الفقهية، مريم الظفيري: ص ٢٠٢.

(٣) انظر في مصطلحات الشافعية: المدخل إلى مذهب الإمام الشافعي، أكرم القواسمي: ص ٥٠٦، وما بعدها.

(٤) مصطلحات المذاهب الفقهية، مريم الظفيري: ص ٣٦٤.

(٥) مصطلحات المذاهب الفقهية، مريم الظفيري: ص ٣٦٦.

سادساً: فهرس المصادر والمراجع^(١)

- القرآن الكريم.

أولاً: كتب التفسير وعلومه:

- أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥ هـ.
- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م.
- تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني (١٣٥٤هـ)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠ م.

ثانياً: كتب السنة وعلومها.

- شرح النووي على مسلم، (لمنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج)، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (٨٠٤هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وآخرون، دار الهجرة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥ م.
- الزواجر عن اقتراف الكبائر، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (٩٧٤هـ)، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧ م.
- السنن الصغرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (٣٠٣هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ - ١٩٨٦ م.

(١) رتب المصادر والمراجع وفق الترتيب الأبجدي لاسم المصدر أو المرجع ضمن كل قسم من أقسامها.

- السنن الصغير للبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلجعي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
- السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (٣٠٣هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- المراسيل، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السَّجِسْتَانِي (٢٧٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
- المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- المسند للشاشي، أبو سعيد الهيثم بن كليب بن سريج بن معقل الشاشي البَنْكَنِي (٣٣٥هـ)، تحقيق: د. محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
- المسند، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبی القرشي المكي (٢٠٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.
- المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
- المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (٣٦٠هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.
- المعجم الكبير، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (٣٦٠هـ)، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الثانية.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.

- بلوغ المرام من أدلة الأحكام، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، تحقيق وتخريج وتعليق: سمير بن أمين الزهري، دار الفلق، الرياض، الطبعة السابعة، ١٤٢٤ هـ.

- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج (على ترتيب المنهاج للنووي)، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (٨٠٤هـ)، تحقيق: عبد الله بن سعاف اللحياني، دار حراء، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦.

- حاشية السيوطي على سنن النسائي (مطبوع مع السنن)، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (٩١١هـ)، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ - ١٩٨٦م.

- سبل السلام، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (١١٨٢هـ)، دار الحديث.

- سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.

- سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م.

- سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وغيره، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.

- سنن الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (٢٥٥هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ - ٢٠٠٠ م.

- شرح السنة، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.

- شرح معاني الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (٣٢١هـ)، تحقيق: محمد زهري النجار وآخرون، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

- صحيح ابن حبان (الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان)، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (٣٥٤هـ)، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (٧٣٩ هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (٢٥٦هـ)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ.

- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العرب، بيروت.

- عون المعبود شرح سنن أبي داود، (ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته)، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (١٣٢٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٥ هـ.

- غريب الحديث، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (٥٩٧هـ)، تحقيق: الدكتور عبد المعطي أمين القلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥، ١٩٨٥.

- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (٨٥٢هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩ هـ.

- فيض القدير شرح الجامع الصغير، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (١٠٣١هـ)، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٥٦.

- كشف الخفاء ومزيل الإلباس، إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي العجلوني الدمشقي، أبو الفداء (١١٦٢هـ)،، تحقيق: عبد الحميد بن أحمد بن يوسف بن هنداي، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.

- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (٨٠٧هـ)، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م.

- مسند أبي داود الطيالسي، أبو داود سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي البصري (٢٠٤هـ)، تحقيق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ، ٢٠٠١ م.
- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايمار بن عثمان البوصيري الكناشي الشافعي (٨٤٠هـ)، تحقيق، محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ.
- مصنف ابن أبي شيبة، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (٢٣٥هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩ هـ.
- معرفة السنن والآثار، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة، دمشق - بيروت، دار الوعي، حلب، دمشق، دار الوفاء، المنصورة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ، ١٩٩١ م.
- موطأ الإمام مالك (رواية أبي مصعب الزهري)، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (١٧٩هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، محمود خليل، مؤسسة الرسالة، ١٤١٢ هـ.
- موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (١٧٩هـ)، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م.
- نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.

ثالثاً: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية.

- الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (٤٥٦هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.

- شرح الورقات في أصول الفقه، جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي (٨٦٤هـ)، تحقيق: الدكتور حسام الدين بن موسى عفانة، جامعة القدس، فلسطين، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.

- شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (٧٩٣هـ)، مكتبة صبيح، مصر.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (٦٦٠هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

- المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.
- المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

رابعاً: كتب الفقه الإسلامي.

أ- الفقه الحنفي.

- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (٦٨٣هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتأبي الحنفي بدر الدين العيني (٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (مطبوع مع حاشية الشلبي)، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي (٧٤٣هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣ هـ.
- الخراج، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (١٨٢هـ)، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، بدون طبعة.

- درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 - رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (١٢٥٢هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
 - الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠هـ.
 - فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (٨٦١هـ)، دار الفكر.
 - المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (٤٨٣هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
 - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (٨٤٤هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 - الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ب- الفقه المالكي.**
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ)، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
 - بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (١٢٤١هـ)، دار المعارف.
 - التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.
 - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
 - حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (١١٨٩هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

- الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي (٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حجي، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
- شرح حدود ابن عرفة، (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرّصّاع التونسي المالكي (٨٩٤هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.
- شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله (١١٠١هـ)، دار الفكر، بيروت.
- شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (١٠٩٩هـ)، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م.
- الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي (٦٨٤هـ)، عالم الكتب.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (١١٢٦هـ)، دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.
- مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (٧٧٦هـ)، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م.
- المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (١٢٩٩هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

ج- الفقه الشافعي.

- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي.
- الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (٤٥٠هـ)، دار الحديث، القاهرة.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (٩٧٧هـ)، دار الفكر، بيروت.
- الأم، محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي الشافعي (٢٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (٥٥٨هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (٩٧٤هـ)، (مطبوع مع حاشية الإمام عبد الحميد الشرواني، وحاشية الإمام أحمد بن قاسم العبادي (٩٩٢هـ))، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م.
- حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- حاشية الجمل على شرح المنهج (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب)، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل (١٢٠٤هـ)، دار الفكر
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١م.
- اللباب، أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعي (٤١٥هـ)، تحقيق: عبد الكريم بن صنيان العمري، دار البخارى، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
- المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، دار الفكر.

- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

- المذهب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية.

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

- نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (٤٧٨هـ)، حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

- الوسيط في المذهب، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (٥٠٥هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

د- الفقه الحنبلي.

- الأحكام السلطانية، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (٤٥٨هـ)، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.

- الداء والدواء (الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي)، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، دار المعرفة، المغرب، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

- الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (١٠٥١هـ)، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة.

- السياسة الشرعية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (٧٢٨هـ)، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

- الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (٦٨٢هـ)، دار الكتاب العربي.
- شرح الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (٧٧٢هـ)، دار العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.
- الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، مكتبة دار البيان.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م.
- الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (٧٦٣هـ) تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
- الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية.
- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين (٦٥٢هـ)، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (شرح منتهى الإرادات)، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
- المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة.

- منار السبيل في شرح الدليل، ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (١٣٥٣هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة: السابعة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.

هـ - الفقه الظاهري.

- المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (٤٥٦هـ)، دار الفكر، بيروت.

- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

خامساً: فقه عام:

- إحياء علوم الدين، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (٥٠٥هـ)، دار المعرفة، بيروت.

- حجة الله البالغة، أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بـ«الشاه ولي الله الدهلوي» (١١٧٦هـ)، تحقيق: السيد سابق، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.

- الزواجر عن اقتراف الكبائر، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (٩٧٤هـ)، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٠٧ هـ، ١٩٨٧ م.

سادساً: فقه معاصر:

- أحكام القذف في الشريعة الإسلامية، محيا بن سعد السحيمي، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.

- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، دار الكاتب العربي، بيروت.

- التعزير في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز عامر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثالثة، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م.

- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة.

- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة.

- جريمة الشروع في الجريمة، عبد الإله أحمد عبد الملك بن علي، رسالة ماجستير في المعد العالي للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.

- الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، منصور محمد منصور الحفناوي، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

- العقوبة في الفقه الإسلامي، أحمد فهمي بهنسي، دار الرائد العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة والمعدلة.
- الفقه الجنائي الإسلامي، محمود نجيب حسني، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية، د محمد شلال العاني، د عيسى العمري، دار المسيرة، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م - ١٤١٨هـ.
- في أصول النظام الجنائي الإسلامي، محمد سليم العوا، دار نهضة مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- المدخل إلى فقه الإمام الشافعي، د. أكرم القواسمي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٢٣م - ٢٠٠٣م.
- مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز، مريم محمد صالح الظفيري، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠٢م.
- الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، تعليقات الدكتور توفيق الشاوي على كتاب التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فهمي بهنسي، دار الشروق، الطبعة الخامسة، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

سابعاً: كتب القانون:

- قانون العقوبات، القسم العام، عبود السراج، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الحادية عشرة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

ثامناً: كتب اللغة:

- أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (١٢٠٥هـ)، دار الهداية.

- التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (٨١٦هـ)، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.
- القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)
- تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.
- لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منطور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤ هـ.
- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (٦٦٦هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية، بيروت.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة.
- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، دار النفائس، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
- النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

تاسعاً: كتب التراجم:

- أسد الغابة، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير (٦٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

- الإصابة في تمييز الصحابة، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى - ١٤١٥ هـ.
- الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، ٢٠٠٢ م.
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (١٢٥٠هـ)، دار المعرفة، بيروت.
- البداية والنهاية، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (٧٧٤هـ)، دار الفكر، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م.
- تهذيب الأسماء واللغات، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- تذكرة الحفاظ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (٧٤٨هـ)، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي (٧٧٥هـ)، مير محمد كتب خانه، كراتشي.
- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، مجلس دائرة المعارف العثمانية - صيدر اباد، الهند، الطبعة الثانية، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (٧٩٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ذيل طبقات الحنبلية، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلافي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (٧٩٥هـ)، تحقيق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م.
- سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر، محمد خليل بن علي بن محمد بن محمد مراد الحسيني، أبو الفضل (١٢٠٦هـ)، دار البشائر الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (١٣٦٠هـ)، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، أبو الفلاح (١٠٨٩هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (٩٠٢هـ)، دار مكتبة الحياة، بيروت.
- طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١هـ)، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، طباعة مؤسسة هجر، الطبعة الثانية، ١٤١٣ هـ.
- طبقات الحنبلية، أبو الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد (٥٢٦هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت.
- الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، نجم الدين محمد بن محمد الغزي (١٠٦١هـ)، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- معجم المؤلفين، عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي (١٤٠٨هـ)، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (٧٤٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٣ م.
- الوافي بالوفيات، صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (٧٦٤هـ)، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠ م.
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (المتوفى: ٦٨١هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت.

سابعاً: فهرس الموضوعات

أولاً: أهمية الموضوع:	٢
ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:	٢
ثانياً: نطاق بحث:	٢
ثالثاً: الدراسات والجهود السابقة:	٣
رابعاً: منهج البحث:	٥
خامساً: خطة البحث:	٦
الفصل التمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث ومدخل إلى عقوبة التعزير:	٩
المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث والألفاظ ذات الصلة:	١٠
المطلب الأول: تعريف الموجبات:	١٠
أولاً: الموجبات لغة:	١٠
ثانياً: الموجبات اصطلاحاً:	١٠
المطلب الثاني: تعريف التعزير:	١١
أولاً: التعزير لغة:	١١
ثانياً: التعزير اصطلاحاً:	١٢
ثالثاً: التعريف المختار للتعزير:	١٤
رابعاً: العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للتعزير:	١٤
المطلب الثالث: تعريف الحدود:	١٥
أولاً: الحدود لغة:	١٥
ثانياً: الحدود اصطلاحاً:	١٥
المطلب الرابع: تعريف الجناية على النفس:	١٧
أولاً: تعريف الجناية لغة واصطلاحاً:	١٧
ثانياً: تعريف النفس لغة واصطلاحاً:	١٨
المطلب الخامس: تعريف الألفاظ ذات الصلة بموضوع البحث:	١٩
أولاً: الجريمة:	١٩
ثانياً: العقوبة:	٢١
ثالثاً: تعريف القصاص:	٢٢

المبحث الثاني: مدخل إلى عقوبة التعزير.	٢٣
المطلب الأول: مشروعية التعزير.	٢٣
أولاً: مشروعية التعزير من القرآن الكريم:	٢٣
ثانياً: مشروعية التعزير من السُّنَّة الشَّرِيفَة:	٢٣
ثالثاً: مشروعية التعزير بالإجماع:	٢٥
المطلب الثاني: حكم التعزير والضمان فيه.	٢٦
أولاً: حكم التعزير وأثر العفو فيه:	٢٦
أ- حكم التعزير إذا كان حقاً لله تعالى:	٢٦
ب- حكم التعزير إذا كان حقاً للعبد:	٣٠
ثانياً: الضمان في التعزير:	٣١
المطلب الثالث: ما يشرع فيه التعزير.	٣٥
أنواع المعاصي التي يجب فيها التعزير:	٣٧
ثانياً: التعزير على ترك المندوب أو فعل المكروه:	٣٨
ثالثاً: التعزير للمصلحة العامة:	٤١
المطلب الرابع: أنواع التعزير.	٤٣
المطلب الخامس: شروط وجوب التعزير.	٤٤
ملحق بالمطلب: عوارض المسؤولية الجنائية:	٤٥
المطلب السادس: الفرق بين التعزير والعقوبات المقدرة.	٤٩
الفصل الأول: موجبات التعزير في مقدمات الحدود والجناية على النفس.	٥٢
المبحث الأول: التعزير في مرحلة التفكير المعلن في جرائم الحدود والجناية على النفس.	٥٣
المطلب الأول: التفكير غير المعلن في الجريمة.	٥٣
المطلب الثاني: التفكير المعلن في الجريمة.	٥٦
المبحث الثاني: التعزير للتحضير لجرائم الحدود والجناية على النفس.	٥٧
المبحث الثالث: التعزير للشروع في جرائم الحدود والجناية على النفس.	٦٠
المطلب الأول: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس الموقوفة والخائبة.	٦١
أولاً: مفهوم الجريمة الموقوفة والخائبة:	٦١
ثانياً: عقوبة جريمة الحد أو الجناية على النفس الموقوفة والخائبة:	٦١
المطلب الثاني: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس المعدول عنها.	٦٦

أولاً: التعزير في الجريمة المعدول عنها لسبب غير التوبة:	٦٦
ثانياً: التعزير في الجريمة المعدول عنها للتوبة:	٦٧
المطلب الثالث: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس المستحيلة:	٧٧
أولاً: مفهوم الجريمة المستحيلة:	٧٧
ثانياً: عقوبة الجريمة المستحيلة:	٧٧
المطلب الرابع: التعزير في جرائم الحدود والجناية على النفس الظنيّة (الوهمية):	٧٩
ملحق بالفصل: الركن المعنوي في الشروع في الجريمة:	٨١
الفصل الثاني: موجبات التعزير في جرائم الحدود:	٨٢
مدخل إلى دراسة التعزير في جرائم الحدود، وفيه ثلاثة مطالب:	٨٢
المطلب الأول: أقسام العقوبة من حيث ذاتيتها:	٨٢
المطلب الثاني: أنواع الحدود وعقوباتها الأصلية:	٨٤
أولاً: أنواع الحدود:	٨٤
ثانياً: العقوبات الأصلية للحدود:	٨٥
أ- تعريف الزنى وعقوبته الأصلية:	٨٥
ب- تعريف القذف وعقوبته الأصلية:	٨٥
ج- تعريف السرقة وعقوبتها الأصلية:	٨٦
د- تعريف الحراة وعقوبتها الأصلية:	٨٦
هـ- تعريف الردة وعقوبتها الأصلية:	٨٨
و- تعريف حد الشرب وعقوبته الأصلية:	٩٠
المطلب الثالث: تعريف الشبهة وأقسامها وأثرها في الحدود والقصاص:	٩١
أولاً: تعريف الشبهة:	٩١
ثانياً: أقسام الشبهة:	٩١
القسم الأول: شبهة الفعل أو شبهة الفاعل:	٩١
القسم الثاني: شبهة المحل أو شبهة الملك:	٩٢
القسم الثالث: شبهة العقد:	٩٢
القسم الرابع: شبهة الطريق أو شبهة الجهة:	٩٢
القسم الخامس والسادس: الشبهة في الوطاء، والشبهة في الموطوءة:	٩٣
ثالثاً: أثر الشبهة في الحدود والقصاص:	٩٤

المبحث الأول: أثر العوارض في جرائم الحدود.....	٩٧
المطلب الأول: أثر الصغر والجنون في جرائم الحدود.....	٩٧
أولاً: أثر صغر الجاني وجنونه في جرائم الحدود.....	٩٧
ثانياً: أثر صغر المجني عليه وجنونه في حد القذف:.....	١٠٠
المطلب الثاني: أثر اشتراك الصغير والمجنون في جرائم الحدود.....	١٠٢
أولاً: أثر اشتراك الصغير والمجنون في جريمة الزنى.....	١٠٢
أ- حكم زنى البالغ في الصغيرة:.....	١٠٢
ب- حكم زنى الصبي والمجنون في البالغة:.....	١٠٣
ثانياً: أثر اشتراك الصغير والمجنون في حدي السرقة والحراية:.....	١٠٥
المطلب الثالث: أثر السكر في جرائم الحدود:.....	١٠٧
المطلب الرابع: أثر الكفر في جرائم الحدود.....	١١٠
أولاً: أثر عقد الذمة في جرائم الحدود.....	١١٠
أ- أثر عقد الذمة في حد الزنى.....	١١٠
ب- أثر عقد الذمة في حد القذف:.....	١١٠
ج- أثر عقد الذمة في حد الحراية.....	١١٢
د- أثر عقد الذمة في حد الشرب:.....	١١٤
ثانياً: أثر عقد الأمان في جرائم الحدود:.....	١١٥
أ- أثر عقد الأمان في حد الزنى:.....	١١٥
ب- أثر عقد الأمان في حد القذف:.....	١١٥
ج- أثر عقد الأمان في حد السرقة:.....	١١٦
د- أثر عقد الأمان في حد الحراية:.....	١١٩
المطلب الخامس: أثر الإعاقة الجسدية في جرائم الحدود.....	١٢٢
أولاً: أثر الخرس في جرائم الحدود:.....	١٢٢
ثانياً: أثر عدم امتلاك آلة الزنى في جريمة القذف:.....	١٢٤
المطلب السادس: أثر الجهالة في جرائم الحدود:.....	١٢٦
أولاً: قذف مجهول النسب (اللقيط):.....	١٢٦
ثانياً: قذف الشخص المجهول:.....	١٢٧
ثالثاً: أثر جهالة المسروق منه وغيبته.....	١٢٨

المطلب السابع: أثر الأنوثة في جرائم الحدود:	١٣٠
أولاً: أثر الأنوثة في حد الحراية:	١٣٠
ثانياً: أثر اشتراك المرأة مع الرجال في حد الحراية:	١٣٢
ثانياً: أثر الأنوثة في حد الردة:	١٣٣
المبحث الثاني: التعزير لتخلف شرط من شروط حد الزنى أو للشبهة فيه	١٣٩
المطلب الأول: أثر تخلف الركن المادي لجريمة الزنى	١٣٩
أولاً: الوطء في الدبر (اللواط):	١٣٩
ثانياً: الوطء في دبر الزوجة:	١٤٦
ثالثاً: وطء البهيمة:	١٤٦
رابعاً: وطء المرأة الميتة:	١٥٠
خامساً: السَّحاق:	١٥١
سادساً: الاستمنا:	١٥٢
سابعاً: تغييب بعض الحشقة:	١٥٤
المطلب الثاني: أثر الشبهة في جريمة الزنى	١٥٥
أولاً: أثر شبهة الفعل في حد الزنى:	١٥٥
ثانياً: أثر شبهة المحل (الملك) في حد الزنى:	١٥٥
ثالثاً: أثر شبهة العقد في حد الزنى:	١٥٦
رابعاً: أثر شبهة الطريق في حد الزنى	١٥٩
خامساً: أثر شبهة الوطء في حد الزنى:	١٦٠
سادساً: أثر الشبهة في وسائل إثبات حد الزنى:	١٦١
المبحث الثالث: التعزير لتخلف شرط من شروط حد القذف أو للشبهة فيه.	١٦٥
المطلب الأول: أثر تخلف الركن المادي لجريمة القذف.	١٦٥
أولاً: القذف بالتعريض والكناية:	١٦٥
ثانياً: القذف بنفي النسب:	١٧٣
ثالثاً: القذف بالزنى الذي ليس فيه حد أو بالوطء الحرام:	١٧٦
رابعاً: القذف باللواط وإتيان البهيمة:	١٧٧
خامساً: الفعل غير متصور من المقذوف:	١٧٨
سادساً: القذف المقيد بالشرط والمضاف لأجل:	١٨١

سابعاً: القذف بإذن المقدوف:.....	١٨١
المطلب الثاني: أثر تخلف شرط الإحصان في جريمة القذف.	١٨٣
أولاً: أثر عدم عفة المقدوف في حد القذف:.....	١٨٤
ثانياً: أثر التوبة في إحصان القذف:.....	١٨٥
ثالثاً: أثر الوطء المحرم في إحصان القذف:.....	١٨٦
رابعاً: أثر الزنى حال الكفر في إحصان القذف:.....	١٨٨
خامساً: أثر الملاءنة في إحصان القذف:.....	١٨٩
سادساً: أثر سقوط إحصان المقدوف قبل إقامة حد القذف على القاذف:.....	١٩١
المطلب الثالث: أثر علاقة الجاني بالجاني عليه في حد القذف.	١٩٣
المطلب الرابع: أثر الشبهة في وسائل إثبات حد القذف.	١٩٦
المبحث الرابع: التعزير لتخلف شرط من شروط حد السرقة أو للشبهة فيه:.....	١٩٧
المطلب الأول: أثر تخلف الركن المادي في حد السرقة.	١٩٧
أولاً: الاختلاس وخيانة الأمانة:.....	١٩٧
ثانياً: جحد الوديعة والعارية وغيرها من الأمانات.	١٩٩
ثالثاً: الغصب:	٢٠٠
رابعاً: المكابرة:.....	٢٠١
المطلب الثاني: أثر تخلف شرط من شروط المال المسروق في حد السرقة:.....	٢٠٤
أولاً: أثر تخلف شرط النصاب في حد السرقة:.....	٢٠٤
١ - أثر نقص قيمة المسروق عن النصاب بعد السرقة:.....	٢٠٨
٢ - أثر الاشتراك في سرقة النصاب:	٢٠٩
٣ - أثر سرقة النصاب من أحرار متعددة:.....	٢١٠
٤ - أثر سرقة النصاب من حرز واحد على دفعات:	٢١١
ثانياً: أثر تخلف شرط الحرز في حد السرقة:.....	٢١١
١ - السرقة دون الدخول في الحرز:.....	٢١٥
٢ - استهلاك المسروق داخل الحرز:	٢١٧
٣ - سرقة الحرز نفسه:	٢١٨
٤ - السرقة من الغاصب والسارق:.....	٢١٩
٥ - الطَّرَار والنَّشَال:	٢٢١

٢٢٢	٦ - النَّبَاش:.....
٢٢٦	٧ - سرقة الكهرياء:.....
٢٢٦	ثالثاً: سرقة ما ليس بمتمقوم أو ما ليس بمال أو في ماليته قصور:.....
٢٢٧	١ - سرقة الإنسان الحر:.....
٢٢٨	٢ - سرقة الخمر والخنزير:.....
٢٢٩	٣ - سرقة الميتة أو جلد الميتة:.....
٢٣٠	٤ - سرقة الكلب:.....
٢٣١	٥ - سرقة آلات اللهو والأصنام:.....
٢٣٢	٦ - سرقة المصحف:.....
٢٣٤	٧ - سرقة الكتب والدفاتر:.....
٢٣٥	٨ - سرقة الطيور والصيد:.....
٢٣٧	٩ - سرقة الشجر من أصله:.....
٢٣٨	رابعاً: سرقة الأشياء التافهة والمباحة الأصل:.....
٢٤١	خامساً: سرقة ما يتسارع إليه الفساد:.....
٢٤٥	سادساً: سرقة ما ليس بمقصود بالسرقة:.....
٢٤٨	المطلب الثالث: أثر الشبهة في حد السرقة:.....
٢٤٨	أولاً: سرقة ما للشارق فيه ملك أو شبهة ملك:.....
٢٤٩	أ- سرقة ما ملكه قبل الخروج من الحرز:.....
٢٤٩	ب- ملك النصاب بعد الخروج من الحرز:.....
٢٥٢	ثانياً: سرقة الأصل مال الفرع:.....
٢٥٣	ثالثاً: سرقة الفرع مال الأصل:.....
٢٥٤	رابعاً: السرقة من ذي رحم محرم:.....
٢٥٦	خامساً: سرقة أحد الزوجين من الآخر:.....
٢٥٨	سادساً: سرقة الأقارب من الرضاعة:.....
٢٥٩	سابعاً: الاشتراك في السرقة مع من له شبهة:.....
٢٦٠	ثامناً: سرقة مال الشريك:.....
٢٦١	تاسعاً: سرقة المال العام:.....
٢٦٤	عاشراً: سرقة المال الموقوف:.....

الحادي عشر: سرقة المؤجر مال المستأجر:	٢٦٥
الثاني عشر: السرقة في القحط:	٢٦٥
الثالث عشر: التعزير في سرقة ما له فيه شبهة إباحة:	٢٦٧
الرابع عشر: الشبهة في وسائل اثبات حد السرقة:	٢٦٨
المطلب الرابع: أثر فوات محل القطع في حد السرقة.	٢٧٠
أولاً: تكرار السرقة من الجاني:	٢٧٠
ثانياً: التعزير لذهاب العضو المطلوب في القطع:	٢٧٣
المبحث الخامس: التعزير لتخلف شرط من شروط حد الحرابة أو للشبهة فيه.	٢٧٤
المطلب الأول: أثر تخلف الركن المادي في حد الحرابة.	٢٧٤
أولاً: أثر تخلف شرط المجاهرة في حد الحرابة.	٢٧٤
ثانياً: أثر تخلف شرط استخدام السلاح في حد الحرابة:	٢٧٦
ثالثاً: أثر تخلف شرط التعدد في حد الحرابة:	٢٧٨
المطلب الثاني: أثر تخلف شرط من شروط المال في الحرابة.	٢٨٠
أولاً: أثر تخلف شرط النصاب في حد الحرابة:	٢٨٠
ثانياً: أثر الاشتراك في سرقة النصاب في حد الحرابة:	٢٨٢
ثالثاً: أثر تخلف شرط الحرز في حد الحرابة:	٢٨٢
رابعاً: أثر تخلف شروط المال المطلوبة في السرقة:	٢٨٣
المطلب الثالث: أثر تخلف شرط المكان في حد الحرابة.	٢٨٥
المطلب الرابع: عقوبة المعين في حد الحرابة.	٢٨٨
المطلب الخامس: أثر الشبهة في وسائل إثبات حد الحرابة.	٢٩١
المبحث السادس: التعزير لتخلف شرط من شروط حد الشرب أو للشبهة فيه.	٢٩٢
المطلب الأول: عقوبة شرب الخمر بين الحد والتعزير.	٢٩٣
المطلب الثاني: أثر تخلف الركن المادي في حد الشرب.	٣٠٢
أولاً: عقوبة تناول المخدرات:	٣٠٣
ثانياً: عقوبة شرب الخمر المختلطة بغيرها:	٣٠٥
ثالثاً: عقوبة الاحتقان أو الاستعاط بالخمر:	٣٠٥
رابعاً: عقوبة الانتفاع بالخمر:	٣٠٦
أ- الانتفاع بالخمر بالتداوي:	٣٠٧

ب- الانتفاع بالخمير في غير التداوي:	٣٠٩
خامساً: عقوبة التشبه بشارب الخمر:	٣٠٩
المطلب الثالث: أثر الشبهة في حد الشرب.....	٣١٠
أولاً: أثر وجود رائحة الخمر من الجاني:.....	٣١٠
ثانياً: أثر الشبهة في وسائل اثبات حد الشرب.	٣١٠
المبحث السابع: اجتماع التعزير مع جرائم الحدود.....	٣١٢
المطلب الأول: اجتماع التعزير مع حد الزنى.....	٣١٢
المطلب الثاني: اجتماع التعزير مع حد السرقة.	٣١٩
المطلب الثالث: اجتماع التعزير مع حد الشرب.....	٣٢١
الفصل الثالث: موجبات التعزير في جرائم الاعتداء على النفس.	٣٢٢
مدخل إلى دراسة التعزير في الجناية على النفس.....	٣٢٣
أولاً: أقسام الجناية على النفس:	٣٢٣
ثانياً: تعريف القتل وأنواعه:	٣٢٣
ثالثاً: شروط القصاص في النفس:.....	٣٢٤
أ- الشروط التي ترجع إلى الجاني:.....	٣٢٤
ب- الشروط التي ترجع إلى المجني عليه:	٣٢٥
ج- الشروط التي ترجع إلى الجناية نفسها.....	٣٢٥
د- الشروط التي ترجع إلى ولي الدم:	٣٢٦
المبحث الأول: التعزير في القتل العمد الذي لا قصاص فيه.	٣٢٧
المطلب الأول: التعزير لدرء القصاص لتخلف شرط من شروطه.	٣٢٧
المطلب الثاني: التعزير لسقوط القصاص في القتل العمد لتحقيق إحدى مسقطاته.	٣٣٠
المبحث الثاني: التعزير في القتل شبه العمد.	٣٣٢
المبحث الثالث: التعزير في القتل الخطأ.	٣٣٤
الخاتمة.....	٣٣٧
الفهارس العامة.....	٣٤٠
أولاً: فهرس الآيات الكريمة.....	٣٤١
ثانياً: فهرس الأحاديث الشريفة.....	٣٤٣
ثالثاً: فهرس الآثار.....	٣٤٦

٣٤٧.....	رابعاً: فهرس الأعلام.....
٣٤٩.....	خامساً: فهرس المصطلحات الفقهية.....
٣٥٠.....	سادساً: فهرس المصادر والمراجع.....
٣٦٦.....	سابعاً: فهرس الموضوعات.....