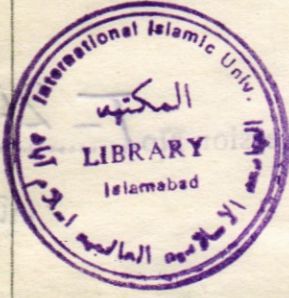


RESERVE

الجامعة الإسلامية

كلية الشريعة - قسم الدراسات العليا



ك-247

الشبهة

ودورها في الفقه الحناني الاسلامي

(الحدود والتعازير)

*

اعداد

الحافظ عزيز الرحمن جوندل

اشراف

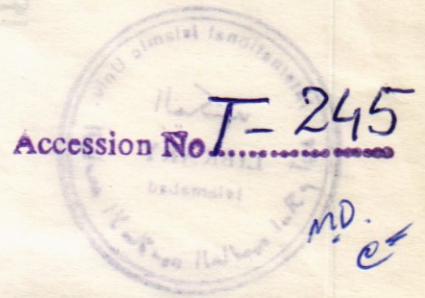
الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان

عميد الشؤون العلمية بالجامعة الإسلامية

١٤٠٣ هـ

١٩٨٢ م

27/08/2014



MS
٢٩٧٥١٤

ح ١ ش

١- فقه الامام - الشبهة ودورها
٢- عنوان

DATA ENTERED

Amg 13/01/14

ملخص الرسالة

تهدف هذه الرسالة الى دراسة موضوع " الشبهة ودورها في الفقه الجنائي الاسلامي " ، وتشتمل على مقدمة ، وبابين ، وخاتمة :

أما الباب الاول فيتضمن " التعريفات وأدلة والاعتبار والتقسيم " وقد قسمته الى فصلين ، الفصل الأول في تعريفات الشبهة وأدلة اعتبارها ،

ويحتوى : على بحثين : البحث الأول تكلمت فيه ^{عن} الحد وتعريفه ، والفرق

بينه وبين التعزير مع المقارنة بين الحدود والقصاص ، وبينهما وبين الأحكام

الشرعية الأخرى مع الكلام أيضا عن الدر ، قد قسمته الى عدة مطالب :

المطلب الأول : في تعريف الشبهة لغة وفقها وقانونا .

والمطلب الثاني : تكلمت فيه أولا عن الحد وثانيا عن الفرق بينه وبين كل من

التعزير والقصاص وثالثا في المقارنة بين الحدود والقصاص ورابعا في

المقارنة بين الحد وبين الأحكام الشرعية الأخرى .

والمطلب الثالث : في تعريف الدر .

وفى البحث الثاني تكلمت عن أصل قاعدة در الحدود بالشبهات ،

ويحتوى على ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول : في أدلة اعتبار الشبهة .

المطلب الثاني : في أدلة المخالفين لاعتبارها وفيه فرع في الرد على آراء

هؤلاء المخالفين .

المطلب الثالث : في عرس الواو القائل باعتبار الشبهة .

والفصل الثاني ، في انواع الشيعة ، وينقسم الى خمسة مباحث و

المبحث الأول : في تقسيم الشيعات عند الحنفية ويشتمل على ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول : في شيعة الفعل

المطلب الثاني : في شيعة المحل

المطلب الثالث : في شيعة المقد

المبحث الثاني ، في تقسيم الشيعات عند الشافعية :-

ويحتوي على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في شيعة القائل

المطلب الثاني : في شيعة المحل

المطلب الثالث : في شيعة الجهة أو الدار

المبحث الثالث ، يشتمل على المقارنة بين بيان انواع الشيعات في مذاهب الحنفية

وبالشافعية :-

وفي المبحث الرابع تقدم المسئلة على تقسيم المحدثين ، كما ذكره الشيخ

أبو زهير وهذا المبحث ينقسم على أربعة مطالب :-

المطلب الأول في نوعيته بل بالركب السريع في الجريمة

المطلب الثاني في نوعيته بل بالركن الأدبي في الجريمة والمواد به

الجهل النافي للقصد الحائلي في الارتكاب

المطلب الثالث : في نوعيته يتصل بالاثبات ، ونحن لسنا بصدد هذا البحث لأن
 الاثبات نفسه يالجب بحثا كاملا للمحاولة في تعريفاته . ولقد أشرت اليه
 فيما على سبيل التمهيد اعترافا بالدور الذي يلعبه الاثبات بشأن قاعدة
 درء الحدود بالشبهات .

المطلب الرابع : يعرر نوعا يتصل بتأبيق النصوص على الجزئيات
 البحث الخامس : وعمل البحث الأخير في الباب الأول ، يحتوى على عرض الرأى
 في تقسيمات الباب على عند المحدثين والفقهاء المتقدمين .
 أما الباب الثانى فخصصته للآثار المترتبة على الشبهات ، وقد قسمته
 الى ثلاثة فصول .

الفصل الأول : فى اسقاط الحد ، براءة المتهم من الجريمة ويحتوى على خمسة مباحث :
 المتصلة
 البحث الأول : تكلم فيه عن أثر التوبة فى الرجوع عن الشهادة وقد قسمته الى
 مائتين :

المطلب الأول : فى معنى الشهادة وحكماء شراؤها -
 والمطلب الثانى : فى الرجوع عن الشهادة ، أثره فى الفقه والقانون -
 المتصلة
 والبحث الثانى : تكلم فيه عن أثر التوبة فى الرجوع عن الاقرار ، وينقسم الى مائتين :
 المطلب الأول : فى تعريف الاقرار ، حجيته شرعا وقانونا -
 سبب
 والمطلب الثانى : فى حالات براءة المقر من رجوعه عن الاقرار -

وفى الصفحة الثالث : دراسة براءة المتهم : حسب تحقق الاكراه والضرورة ، وقسمة
الى مائتين :

المطلب الأول : متى تحقق الاكراه : أفعاله : حكمه : وشروطه .

والمطلب الثاني : متى أثر الاكراه فى الحكم براءة المتهم .

إيمان

وفى الصفحة الرابع **قسمة بدراسة تأييداً على حد من الحدود/ براءة المتهم كأثر**

للشبهة وذلك فى حرمته خاصة من السرقة ، وقد تضمن ذلك ثلاثة مطالب .

المطلب الأول **بينت باختصار جريمة السرقة معناها وعقوبتها** ، شرائطها .

وفى المطلب الثاني **أوضحت** مسألة قانون الحدود الباكستانى .

وفى المطلب الثالث : ذكرت أمثلة للشبهات المؤدية الى براءة المتهم

فى السرقة .

وفى الصفحة الخامس **عرضت** براءة المتهم كأثر للشبهة فى الزنا وقسمته

الى مائتين :

المطلب الأول : قد رتب فيه تعريض الزنا : حرمته : عقوبته : شرائط المحصل

فى الزنا .

وفى المطلب الثاني : ذكرت أمثلة للشبهات المؤدية الى براءة المتهم فى الزنا .

أما الفصل الثانى من هذا الباب فقد خصصته لدراسة سقوط الحدود والعقاب

بالتعزير محله ، ويحتوى هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول : درست فيه متى درء الحدود والعقاب بالتعزير بدلا منه ،

وقد تضمن ذلك مطلبين :

تكلت في المطلب الأول عن أمثلة التعزير في السرقة .

وفي المطلب الثاني أشرت الى التعزير في الزنا .

وخصت البحث الثاني في هذا الفصل للعقوبة التعزيرية والعالمية .

وتكلت فيه عن الضمان مذ كرا بأرا* الفقها* في الجمع بين الحد والضمان ،

وما أخذ به القانون الحدود الباكستاني .

وخصت الفصل الثالث والأخير من هذا الباب لدراسة الأثر الإيجابي

للشبهات في إيقاع عقوبة التعزير لمحدد قيام الشبهة مشيراً بعد ذلك الى قاعدة

در* الحدود بالشبهات في العقوبات التعزيرية .

ثم ختمت ذلك كله بخاتمة أوردت فيها أهم نتائج البحث .

والله أسأل أن ينفع بعلي هذا انه سميع مجيب .

عزيم الرحمن

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	٢-٤
<u>الباب الأول</u> :	١
التعريف والاعتبار والتقسيم	
<u>الفصل الأول</u> :	١
التعريفات وأدلة اعتبارها ^{الشبهة} وعدم اعتبارها	
<u>المبحث الأول</u> :	١
التعريفات	
<u>المطلب الأول</u> :	٢
تعريف الشبهة	
<u>المطلب الثاني</u> :	٨
تعريف الحد	
<u>الفرع الأول</u> :	١٠
الفرق بين الحد والتعزير	
<u>الفرع الثاني</u> :	١١
المقارنة بين الحدود والقصاص	
<u>الفرع الثالث</u> :	١٠-١١
المقارنة بين الحدود والقصاص والأحكام الشرعية ^{الأخرى}	
<u>المطلب الثالث</u> :	١٦
تعريف الدرء	
<u>المبحث الثاني</u> :	١٧
أصل قاعدة درء الحدود بالشبهات	
<u>المطلب الأول</u> :	١٧
أدلة اعتبار الشبهة	
<u>المطلب الثاني</u> :	٢٤
أدلة المخالفين لاعتبارها	
<u>الفرع</u> :	٢٦
الرد على آراء المخالفين	

٢٨	المطلب الثالث : الرأى المختار فى اعتبار الشبهة
٢٥	الفصل الثانى : أنواع الشبهة
٢٦	المبحث الأول : تقسيم الحنفية
٢٦	المطلب الأول : شبهة الفعل
٤١	المطلب الثانى : شبهة المحل
٤٤	المطلب الثالث : شبهة المقعد
٥١	المبحث الثانى : / تقسيم الشافعية
٥١	المطلب الأول : شبهة الفاعل
٥٤	المطلب الثانى : شبهة المحلل
٥٥	المطلب الثالث : شبهة الجهة أو الطريق
٥٦	المبحث الثالث : المقارنة بين مذهب الأحناف والشافعية
	فى أنواع الشبهات
٥٩	المبحث الرابع : تقسيم بعض المحدثين . (الشيخ أبى زهرة)
٦٠	المطلب الأول : ما يتعلق ^{منها} بركن الحرية الشرعى
٦٩	المطلب الثانى : ما يتعلق ^{منها} بركنها الأدبى
٧٦	المطلب الثالث : ما يتعلق ^{منها} بالاشياء

٨٠	نوع يتعلق بتأبيق النصوص على الجزئيات	<u>المطلب الرابع</u>
٨١	مقارنة بين تقسيم المحدثين و تقسيمات الحنفية	<u>المبحث الخامس</u>
	والشافعية	
٨٦	الآثار المترتبة على الشبهة.	<u>الباب الثاني</u>
٩٠	براءة المتهم من الجريمة	<u>الفصل الأول</u>
٩١	أثر شبهة العدول عن الشهادة	<u>المبحث الأول</u>
٩١	و حكمها تعريف الشهادة /، شرائط أدائها	<u>المطلب الأول</u>
٩٣	مذاهب الفقهاء في درء الحد بالرجوع	<u>المطلب الثاني</u>
١٠٠	أثر شبهة الرجوع عن الاقرار	<u>المبحث الثاني</u>
١٠١	تعريف الاقرار وحجية شرعا وقانونا	<u>المطلب الأول</u>
١٠٣	حالات العدول عن الاقرار المؤدى الى براءة المتهم .	<u>المطلب الثاني</u>
١٠٩	براءة المتهم لشبهة الاكراه والاضطرار .	<u>المبحث الثالث</u>
١٠٩	معنى الاكراه، أنواعه، و حكمه و شروطه .	<u>المطلب الأول</u>
١١٦	أثر الاكراه في الحكم ببراءة المتهم .	<u>المطلب الثاني</u>
١٢٥	براءة المتهم لقيام الشبهة في السرقة	<u>المبحث الرابع</u>
١٢٥	جريمة السرقة ، عناصرها و عقوبتها و شرائطها .	<u>المطلب الأول</u>

١٢٨	<u>المطلب الثاني</u> : السرقة في القانون .
١٢٩	<u>المطلب الثالث</u> : أمثلة للحالات التي يحكم فيها ببراءة المتهم بالسرقة . مقارنة بين المذاهب الفقهية والقانون .
١٣٣	<u>المبحث الخامس</u> : براءة المتهم في الزنا .
١٣٣	<u>المطلب الأول</u> : تعسيف جريمة الزنا و حرمة وعقوبته . وشروط الاحصان في السرحم .
١٣٧	<u>المطلب الثاني</u> : أمثلة للحالات التي يحكم فيها ببراءة المتهم .
١٤٠	<u>الفصل الثاني</u> : اسقاط الحد بالشبهات مع امكان التعزير بأنواعه .
١٤١	<u>المبحث الأول</u> : درء الحد ، والحكم بالتعزير الجسدي .
١٤١	<u>المطلب الأول</u> : التعزير في السرقة .
١٨١	<u>المطلب الثاني</u> : التعزير في الزنا .
١٨٤	<u>المبحث الثاني</u> : العقاب بالتعزير العالي .
١٨٤	<u>المطلب الأول</u> : الضمان أو العقوبة المالية .
١٨٦	<u>المطلب الثاني</u> : الجمع بين الحد والضمان .
١٨٩	<u>الفصل الثالث</u> : الأثر الايجابي للشبهات : التعزير لمجرد قيام الشبهة .
١٩٥	خاتمة تضمن نتائج البحث .
٢٠٠	أعمم المراجع

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين الذي أمر بالعدل والاحسان ، وعلم الانسان بعد جهل
وهده بعد ضلال وفقه بعد غفلة ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمين ،
الهادي الى الحق والى صراط الله المستقيم ، وعلى آله الطيبين الطاهرين وأصحابه
الهداة الراعدين والتابعين المهديين ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين .

وبعد :

فهذا بحث عن " الشبهة ودورها في الفقه الحنائي الاسلامي مقارنا بقانون
الحدود الباكستاني " .

وان الشريعة الاسلامية بأصولها وقواعد علمها الفرعية لا تقصر عن أن تكون
أصلح مصدر للتقنين والتشريع في مختلف العصور حيث أقام الشارع أحكامها على
تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل معا ، فمن المقام به أن جميع أحكام الشرع
انما وضعها الشارع لجلب المصالح ودفع المفاسد . ولقد برهن الشاطبي (١) على
أن الأحكام الشرعية انما تهدف الى مجموعها الى حفظ الدين والنفس والعقل والعرض
والمال . وعلى الضرورات التي تكمل بها الحاجيات والتحسينيات . وقد دل الاستقراء
على أن الشارع قد شرع من الأحكام والتكاليف ما يحمي هذه المصالح التي تبلغ الحاجة
اليها حد الضرورة ، فحاجة الناس الى الدين ضرورية . وأما المحافظة على نفوس
الناس وعقولهم وأعراضهم وأموالهم فظاهر كونها من الضرورات ، اذ لا تقيم حياة الناس
أيضا

(١) الموافقات : ج ٢ ، ص ٨ - ٩

بدون المحافظة على تلك المصالح - ولقد قيل بحق ان هذه المصالح قد روعيت في كل
ملة وشرع لعل من الأحكام ما يحفظها .

ومن المعلوم أن للشريعة الإسلامية نظرتها الخاصة إلى الجرائم والعقوبات
ولها الأساس المتميز الذي تقوم عليه أحكامها في التحريم والعقاب .

وتعرف الجرائم/بأنها ^{شرعا} محالورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير، وهي

تنقسم إلى حدود وقصاص وأودية وتعازير بين الشارع أحكامها التفصيلية ،

وأقام الفقهاء المسلمون بناء كاملا لما وضعه الشارع من هذه الأحكام ، مما يؤدي إلى

النهاية إلى اقتناعنا تماما بأن هذه الشريعة هي المعول عليها في حفظ مصالح

المجتمعات الإسلامية، وإن اطلاقنا من هذا فقد استشعر المجتمع الباكستاني وجوب رجوعه

إلى قواعد هذه الشريعة في الجانب الجنائي ، فأصدرت حكومته مستجيبة لهذه الرغبة

لدراسة قاعدة

قانون الحدود . ومشاركة من في دراسة هذا القانون فقد اخترت من القواعد المسلمة

في الوقت الحاضر/أن العقوبات والأحكام في المواد الجنائية خاصة في الحدود والقصاص ^{هــ}

يجب أن تبنى على الحزم واليقين لا على الظن والاحتمال ليقا القواعد الفقهية الكلية القائلة

"اليقين لا يزول بالشك" (١) ويندرج تحتها عدة قواعد :

منها : "الأصل براءة الذمة -"

(١) = راجع إلى أشياء والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٥٦ ، وإلى أشياء والنظائر للسيوطي الشافعي

ص ٥٠ ، وعلى القاعدة الثالثة في ترتيب ابن نجيم والثانية عند السيوطي ، وهي

أخرج حديث أبي هريرة الذي رواه مسلم مرفوعا : " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشك عليه/

منه شيء أم لا ؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا " .

ومنها : " من شك هل فعل شيئا أم لا ؟ فالأصل أنه لم يفعل " .
وتدخل فيها قاعدة أخرى : " من تيقن الفعل وشك في القليل والكثير ، حمل على القليل ، لأنه المتيقن ، إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا يبرء إلا باليقين " وهذا الاستثناء راجع إلى قاعدة ثالثة هي : " ما ثبت باليقين لا يرتفع إلا بيقين " .

وهذه القواعد هي أسس لقاعدة در* الحد بالشبهات ، التي يقوم هذا البحث على توضيحها . وخطبة هذا البحث أنني سأعرض إلى بحث مشكلة الشبهات وأنواعها والآثار المترتبة عليها في الفقه أولا ، وأعرض في خلال ذلك لمقارنة الأحكام الفقهية في المسائل المختلفة بما أخذ به قانون العدود الباكستاني الصادر سنة ١٩٧٩ م .

وأرجو أن أكون بهذا قد أسهمت بنصيب متواضع في الجهود المبذولة لتطبيق الشريعة في باكستان . والله من وراء القصد .

وبعد فأجد لزاما على أن أعبر عن اعترافي بالجميل للأستاذ الدكتور حسين حامد حسان المشرف على هذا العمل ، لما أسداه إلى البحث وصاحبه من توجيه ورعاية كما أدين بالشكر والتقدير للدكتور حسن محمود عبد اللطيف الشافعي الذي لم يدخر وسعا في توجيهي ونصحي أثناء إعداد هذا البحث . ويجب ألا أتروى في القول بأنه لولا الجهود التي بذلها كل من الدكتور عبد اللطيف عامر والدكتور محمد سراج لما اكتمل هذا العمل ، حيث تكفل الأستاذ الأول بقراءة الباب الأول ،

على حين قرأ الأستاذ الآخر الباب الثاني وطلب إلى أن أشكر سائر
أساتذتي بالجامعة الذين قدموا إلى يد العون والتشجيع أثناء قياسي بهذا
البحث .

والله - تعالى - يتولى جزائهم بفضله وكرمه .

الباب الأول

التعريفات والتقسيمات

الفصل الأول

في التعريفات وأدلة اعتبار الشيعة وعدم اعتبارها

المطلب الأول : تعريف الشبهة

أولاً : التمريف اللغوي : (١)

الشبهة بضم الشين في اللغة من اللبس ، والاشتباه الالتباس وهو عدم التمييز

بين الحلال والحرام ، أو بين الحق والباطل أو الخلق والصواب ، ومنه قوله تعالى :

(ان البقر تتشابه علينا) (٢) أي التباس علينا الأمر فلم نستطيع أن نميز المطلب ، لأن

أحوال البقر تتشابه ، ويحتمل أنها ما كثيرة من البقر ^{أبين الظاهر} (٣) ومنه أيضا قوله صلى الله عليه

وآله وسلم رواية عن النعمان : " الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهة ،

فمن ترك ما يشبهه عليه من الإثم كان لما اجتنب أن ترك ، ومن اجتراً على ما يشك فيه من

الإثم أو ترك أن يواقع ما اجتنب ، المعاصي حرم الله من يرتع حول الحصى يشك

أن يواقع متفق عليه (٤)

و يدل الحديث على وجود أمور متشابهة أي غير واضحة للناظر ، ومن هنا كان

على المسام تركها احترازاً عن الوقوع في المعاصي .

(١) انظر : القاموس المحيل : باب الهماء فصل الشين ج ٤ / ٢٨٦ ، المصباح المنير

٤١٢ / ١ وانظر أيضا السرخسي . . . الشوكاني ج ٣ / ٣١ دائرة معارف القرن العشرين

٣٦٢ / ٥ (٢) سورة البقرة ٧٠ (٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ١ ص ٤٥٢ ، ج ٤ ص ١٠

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ، باب ما جاء في الشبهات ج ٥ / ٣٢٠

ويتفرع على هذا التعريف أن التشابه هو التماثل فيقال : شبهت الشيء

بالشيء أن أقمته مقامه بصفة جامعة بينهما ، ومنه قول الشاعر (١)

" ما أشبه بياه فما علم ، ويسود

" ومن يشابه أبه فما ظلم ."

ويتفق هذان المعنيان في أمر واحد هو عدم القدرة على التمييز بين أمرين

متشابهين إما لقرب الشبه بينهما أو للشك وعدم الثقة في التمييز بينهما وهذا هو ما

يسمى بالالتباس . ولقد أورد القرآن الكريم معنى الشيعة أم التشابه حين قال سبحانه

(٢)

وتعالى : (هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات)

والمقصود بالآيات المحكمات الآيات القطعية الدالة دلالة قطعية على معنى واحد

كما أن المقصود بالآيات المتشابهات الآيات التي لها دلالة غنية على المعنى . ويقول

الجهني في أحكام القرآن أن المحكم هو ما لا يحتمل إلا معنى واحد والمتشابه ما يحتمل

معنيين ، والمتشابه منه مسمى بذلك لأنه أشبه المحكم من وجه واحتمل معناه وأشبه غيره

مما يخالف معناه معنى المحكم فسمى متشابهاً من هذا الوجه . (٣) ويقول القرطبي :

(٤)

” إنما التشابه في هذه الآية من باب الاشتباه وقيل إن التشابه ما يحتمل وجوهاً

١ - تاج المروص من جواهر القاموس للزبيدي ، فصل الشن باب الداء (٢) آل عمران ،

آية : ٧ (٣) ج ٢ ، ص ٣ (٤) الجامع لأحكام القرآن ج ٤ ، ص ١٠

ثانيا : التعريف الاصطلاحي :

وردت تعريفات للشبهة في كتب الفقه والأصول نضرب منها أمثلة على سبيل

التمثيل لأعلى سبيل الحصر : فمما جـ-

أن الشبهة هي " ما يشبه الثابت وليس بثابت ^(١) " ومعنى ذلك أن يكون الشيء في ظاهره دليلا ، وهو في الحقيقة ليس كذلك .

ومما أيضا أن الشبهة أن لا يتيقن كون هذا الشيء حراما أو حلالا " ^(٢) فهو الشيء الغامض الذي يصاحب أمرا فيمنع تميزه عن غيره .

وقد ذكر بعض الفقهاء ^(٣) : أن الشبهة على الحال التي يكون عليها المركب للمعصية بحيث يكون المرتكب معذورا في ارتكابها عذرا

يسقط الحد ، أو يستوجب عقابا دونه على حسب ما يرى الحاكم .

ويركز هذا التعريف على عنصر الجهل بحقيقة الجريمة عند مرتكبها ، ويعمد هذا الجهل شيعة يكون من شأنها إسقاط الحد أو تخفيفه .

ولقد جمع الامام الشافعي في كتابه " نيل الأوار ^(٤) " تعريفات مختلفة للشبهة لخصت

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٤ / ١٢١ ، التشريع الجنائي الاسلامي ، للأستاذ

عبد القادر عودة ج ١ / ٩٤ ، نولا عن كرام الاصلاحات الغنوي للمهماني ج ٢ / ٧٩

(٢) التعريفات للسيد الشريف على ... الحرجاني (٣) الشيخ محمد أبو زهره

في كتابه " العقوبة " ١١٩ (٤) ج ٥ ، ص ٣٢٢ .

آراء الفقهاء فيهما ، فمنهم من قال انهما ما تعارضت فيه الأدلة - أي أن الأدلة لم تتفق على حكم واحد فيهما ، ومن هنا جاءت الشيعة والالتباس .

ومنهم من قال : انهما ما اختلف فيه العلماء ، ولا يبعد هذا التعريف كثيرا

عن سابقه حيث هو متفرع عنه .

ومنهم من عرف الشيعة بأن المراد بها قسم المكروه ، حيث كان هذا المكروه

وسلا بين وجوب الفعل وجوب الترك .

كما رأى آخرون أن الشيعة هي المباح - وتفسير هذين الرأيين أن المكروه

يمنع العبد من ارتكاب المحرم حيث إن فعل المكروه وسيلة الى فعل المحرم ، ومن

استكثر من المكروه تارك الى الحرام .

كما أن المباح قد يؤدي الى المكروه ، لأن الذي يستكثر من العمل بالمباح

ربما يصل الى عمل المكروه .

ومن هنا كان المكروه والمباح دائرتين تلتبسان على كثير من العباد وتؤديان

في بعض الأحيان الى الوقوع في المحذور ، ولذلك عرفوا الشيعة بأنها هي المكروه

أو المباح .

بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي :

من المصطلحات السابقة لكن من التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي نتبين

أن بينهما علاقة وثيقة ، فإذا كنا قد قد انتبهنا الى أن الشيعة - في اللغة - هي

الالتباس ، - انما - في الاصطلاح - هي الاختلاف في الأدلة .

فان التعريفين كليهما يؤديان الى نتيجة واحدة نرى أثرهما بعد ذلك في الاتجاه
الفقهى وفي استنباط الأحكام من أدلتها .

معنى الشبهة فى القانون :

يعرف القانونيون الشبهة / بأنها عدم التأكد، أى الشك الذى ينشأ فى ذهن
القاضى أو المحكمة لمراد أن يكون هذا الشك معقولاً، ومعنى معقوليته أن يمكن قيام
هذا الشك فى ذهن الرجل العادى ، والمقصود ألا يستلزم القاضى القطع بوقوع
فعل محرم من جانب المتهم بل يكون هناك احتمال ذلك مع قيام احتمالاً وبعدم
التحريم للفعل أو بعدم وقوفه من هذا التهم خاصة (١) .

والواقع أنه يستفاد من بعض المراجع القانونية أن الشك المعقول الذى ينشأ فى ذهن

1. Muhammad Ilyas Khan, "Word Book of Legal Terms" (Lahore: "phrasan"
Lee Law publications, Harrow, 1962, P 67, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

المحكمة أو القاضي بعد اعتبارهم مجموع الأدلة الواردة في القضية ليس بشرط أن يكون مساويا تماما للاحتمال المقابل، بل إن عدم استطاعة المحكمة القطع بكون التهم قد ارتكب الفعل المحرم ونشوء شك لدينا باحتمال عدم قيامه به قد يكفي - بعد اختبار كل الأدلة المقدمة - لعدم الحكم عليه وإفادته من حالة الشك هذه .

والمحكمة - في اعتبارها مجموع الأدلة لا تنظر إلى رأي الدفاع ولا إلى رأي الحكومة، ولا إلى رأي الخصم أو الرأي العام ، بل المعبرة بقيام الشك أو عدمه في ذهن المحكمة نفسها فقط (١) .

1. "Words and phrases", permanent edition, 3d ed., 1977-78, Vol. 5 PP 463, 469, Vol 13 PP 578-581, also see Vol 13 L&P 45, Evidence Act-commentary By Munir P 31, AIR1965 A417.

المطلب الثاني : أولاً : تعريف الحد لغة وشرعا

التعريف اللغوي : (١)

الحد هو الفصل بين شيئين ، تقول : حددت الدار حداً أن جعلت لها فواصل وحدوداً تمنعها عن سائر الدور .

وحددت حداً ، أي حددته ، وهذا الجلد أيضاً حداً أي مانع من ارتكاب الجريمة فعوة عقوبة للجاني وزجر لغيره ، وقد سميت العقوبات حدوداً لكونها مانعة من ارتكاب أسبابها . والحد هو الحاذبين الشيئين ، تقول : أقمت حداً بين دارين ودارك لأحجز إحداهما عن الأخرى . ومن معنى الحد أيضاً منتهى الشيء ، فيقال : هذا العبد ، قأب عند حدود الله أي منتهى تعاليمه وبيانه للحلال والحرام . ومن هذا المعنى قوله تعالى : تلك حدود الله فلا تقربوها (٢) ، فالحدود محارم الله وأحكامه التي تمنع من التخطي لما وراءها .

التعريف الشرعي : المحدث شرعاً " العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى حتى لا يحمي الضامن حداً لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير " (٣)
يراد صاحب " نزهة المعذب " (٤) بين التعريف اللغوي والتعريف

الاصطلاحي حيث يرى أن الحد يمنع العبد من العودة إلى ما كان ارتكبه ، وعلى هذا فإن الحد في نظره هو المنع ، ولهذا فقد سمي السجن " حداً " لأنه يحول بين الجاني وبين العودة إلى جريمة . وقد ذهب صاحب " المبسوط " إلى أن الحد

(١) القاموس المحيط : باب الدال ، فصل الحاء : ٤ ، المصباح المنير مادة (ح . د . ن) (٢) البقرة ، آية ١٨٧ / (٤) الشيرازي (٣) المحاذية كتاب الحدود جلد ٢ - ٩٤

هو اسم لعقوبة مقدرة تحب حقاً لله تعالى (١) . ومعنى ذلك أنه يعرف الحد تعريفاً

شرعياً أصلاً حياً متمم المعنى بالتعريف اللغوي، وكذلك عرف البهوتي الحد شرعاً بأنه

عقوبة مقدرة لمتنوع من الوقوع في مثل الذنب الذي شرع له وتحب إقامة الحد (٣) .

ولما كانت هذه الحدود مقدرة واجبة حقاً لله تعالى فإن التعزيرات لم تدخل

في هذا التعريف ، لأن التعزير غير مقدرة ولا يسمى به القصاص لأنه حق العباد ، وهذا

لأن وجوب حق العباد في الأمل بالترقي الجبر ، فأما ما يجب حقاً لله تعالى فالمتنوع

من ارتكاب سببه لأن الله تعالى غني ومنزه ويستحيل أن يلحقه نقصان في حق إلى

الجبر (٣)

تعريف الحد في قانون الحدود الباكستاني :

عرف القانون الحد بأنه " العقوبة المقدرة بالقرآن والسنة " (٤) وقد أخذ

القانون هذا التعريف مما عرف به فقهاء الأصناف الحد في الشرع أي أنه عبارة عن

(عقوبة مقدرة شرعاً واجبة حقاً لله تعالى) . (٥) ويبدو أن التعريف القانوني جامع

ولكن ليس بمانع كتعريف الفقهاء ، لأنه لا تخرج منه عقوبة القصاص إذ هي مقدرة بالقرآن ،

(١) السرخسي ج ٩ ص ٣٦ ، شرح فتح القدير ٤/١١٢ ، (٢) كشف القناع ج ٦

ص ٧٧ ، (٣) الميسر للسرخسي ج ٩ ص ٣٦ (٤) راجع قانون السرقة مادة

٢ - (ج) ، وقانون الزنا مادة ٢ - ب ٧ وقانون الشرب بالخمرة مادة ٢ - و (أيف) ،

(٥) بدائع الصنائع ٧/٣٣ .

• يشترك فيما حق الله وحق العبد مع أن حق العبد غالب . ومن ثم فتعريف الحد في القانون قريب من التعريف الفقهي في واقع الأمر ولكنه يحتاج إلى التوضيح والتفصيل للتمييز بين ما وجب حق الله • ما وجب للعبد أو غلب عليه ذلك .

ثانياً : الفرق بين الحد والتعزير :-

الكلام عن تعريف الحد عن الفقهاء يساعدنا في أن نعرض أوجه الخلاف بين

الحدود والتعزير ، ومنها :

- ١- أن الحد مقدر ، والتعزير مفعول إلى رأى الإمام .
- ٢- وأن الحد يدرأ بالشبهات والتعزير يوجب معها .
- ٣- وأن الحد لا يجب على الصبي والتعزير شرع عليه .
- ٤- أن الحد لا يطبق على الذمي والتعزير يسمى عقبة له لأن التعزير شرع للتطهير .
- ٥- وزاد بعض المتأخرين أن الحد مختص بالإمام والتعزير يفعله الزوج والمولى وكل من رأى أحداً يباشر المعصية .
- ٦- وأن الرجوع يعمل في الحد لا في التعزير .
- ٧- وأنه يجب على المشهود عليه حتى يسأل عن الشهود في الحد لا في التعزير .
- ٨- أن الحد لا تحوز الشفاعة فيه ولا يجوز للإمام تركه ، بخلاف التعزير الذي تقبل الشفاعة فيه .
- ٩- أن الحد قد يسقط بالتقادم بخلاف التعزير .^(١)

(١) انظر حاشية ابن عابدين باب التعزير ج ٣ ص ١٨٤

وكذلك يقارن بين الحدود والقصاص ، والفقهاء يرون التساوى بينهما في شروط وسائل الأثبات وتوافر الشبهة في كليهما ولكن القصاص يختلف من الحدود في سبع وسائل كما وازن ابن نجيم بينهما ونعرضها كما هي في الفرع التالي :

ثالثا : المقارنة بين الحدود والقصاص :

الاول : يجوز القصاص يعلم القاضي في القصاص دون الحدود (كما في الخلاصة) .

الثاني : الحدود لا تورث والقصاص يورث .

الثالث : لا يصح العفو في الحدود ، ولو كان حد القذف بخلاف القصاص

الرابع : التقادم لا يمنع من الشهادة في القتل بخلاف الحدود سوى حد القذف

الخامس : يشتر القصاص بالامارة والكتابة من الأخرى بخلاف الحدود (كما في الهداية

من وسائل شئى)

السادس : لا تجوز الشفاعة في الحدود وتجرى في القصاص .

السابع : الحدود ، سوى حد القذف لا تتوقف على الدعوى بخلاف القصاص لا بد

فيه من الدعوى . (٢)

١ - (١) الأثبات والوسائل ، ص ١٢٩ - ١٣٠ .

(٢) - نفس المرجع

رابعاً : المقارنة بين الحدود والقصاص والأحكام الشرعية الأخرى :

وكذلك يميز الفقهاء بين الحدود والقصاص والأحكام الأخرى في الشريعة :

وورد في التنف في الفتاوى (١) أنه لا يجوز في الحدود والقصاص ثمانية أشياء :

أولها : شهادة الرجال مع النساء جائزة في جميع الأحكام ما خلا الحدود والقصاص .

والثاني : الشهادة على الشهادة جائزة في جميع الأحكام ما خلا الحدود والقصاص .

والثالث : يستخلف في كل شيء ما خلا الحدود والقصاص والمعان .

والرابع : كتاب القاضى إلى القاضى حائز في جميع الأحكام ما خلا الحدود والقصاص .

والخامس : لا يمسأ القاضى عن الشهود ما لم يلعن الخصم فيهم إلا شهود القصاص

في قول أبى حنيفة ، وفي قول صاحبيه يسأل القاضى عن الشهود كلهم .

والسادس : يقضى القاضى بعلمه في جميع الأحكام ما خلا الحدود والقصاص ويقتصر

ابن نجيم هذا الاستثناء على الحدود ويدخل القصاص مع جميع

الأحكام/جواز القضاء بعلم القاضى كما ذكرنا سابقاً . (٢)

والسابع : الوكالة جائزة في جميع الأحكام ما خلا الحدود والقصاص .

والثامن : يقضى بالنكاح في جميع الأحكام ما خلا الحدود والقصاص ، فإن نكل عن اليمين

في القصاص في النفس وفيما دونها يقضى عليه بالدية والارش ولا يقضى

في قول أبى يوسف ومحمد ، وفي قول أبى حنيفة إذا نكل عن اليمين ففى

النفس فلا يقضى ، ولا يقضى ، وإن نكل عن اليمين فيما دون النفس فإنه

(١) لقاضى السفدى ج ٢ ، ص ٦٣٦ (٢) الاشياء والنظائر ١٢٩ - ١٣٠

يقضى وذلك أن أيا حادثة كان يسلك فيها دون النفس سلك الأموال ، ألا ترى أن
 القاضى له أن يقضى إذا أحب لليتيم قصاص / دون النفس ولا يقضى في النفس . (١)

ومن هذا الفهم ترى صاحب " تبيين الحقائق " (٢) يذهب إلى أن الحكم الأسمى

للحد هو الانزجار عما يتضرره العباد وصيانة دار السلام عن الفساد ولهذا كان
 حقا لله تعالى أنه شرع لمصلحة تعود إلى كافة الناس والطهارة من الذنب ليست بحكم
 أصلى لإقامة الحد وهو قريب مما استنباه الماورى (٣) حيث اعتبر الحدود

زواجر وضعها الله تعالى للرد عن ارتكاب ما حاربه وترك ما أمر به لما في الدافع من
 منة الية المنهوات الطمينة عن معبد الآخرة بما حاربه المذمة ، فعمل الله تعالى من زواجر
 الحدود ما يرد عنه ذل الجهالة حذرا من أثم العقوبة وخفة من زكاة الفضحة ليكون ما
 حذر من محاربه ممنوعا . ما أمر به من قره نزهة متبعا فتكون المصاحبة أعم والتكليف أتم ،
 قال الله تعالى : (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) . (٤)

يعنى في استنقاذهم من الضلالة وإرشادهم من الضلالة . كفههم عن المعاصى . بعثهم
 على الطاعة .

واعتمد صاحب " التشريع الحنائى الاسلامى " (٥) على هذه الحقائق حيث قال

(١) شيخ الاسلام قاضى أبى السعد على بن الحسين بن محمد الغلابى المتوفى

سنة ٤٦١ هـ ، ١٠٦٨ م ، سلسلة الأرمغان بغداد ١٩٧٦ م ج ٢ ، ص ٦٣٦ (٢) الزيلعى

ج ٣ ، ص ١٦٣ (٣) الأحكام السلطانية ص ٢٢١ (٤) الانبياء : آية : ١٠٧

(٥) الأستاذ عبد القادر عمدة ج ١ ، ص ٧٩

كل جريمة يرجع فسادها إلى العامة ، وتعود منفعة عقوبتها عليهم ، تعتبر العقوبة المقررة عليهما
حقاً لله في الشريعة كلما استوجبت المصلحة العامة ، تأكيداً لتحصيل المنفعة

والصيانة والسلامة وتحقيقاً لدفع الفساد والمضرة ، لأن اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدي

إلى عدم إساءة العقوبة بإساءة الأثران أم الحماية لهما .

و جاء في الأحكام السلطانية (١) أن الحدود ضربان :

١- أحدهما ما كان من حقوق الله تعالى .

٢- والثاني ما كان من حقوق الآدميين .

(١) فأما المختصة بحقوق الله تعالى فضربان .

(أ) أحدهما ما يجب في ترك مفروض .

(ب) والثاني ما يجب في ارتكاب محظور .

(أ) أما ما يجب في ترك مفروض كترك الصلوة - إن تركها

حادثاً لوجوبها كان كافراً ، حكمه حكم المرتد يقتل بالردة

إلا الم يتب .

(ب) وأما ما يجب بارتكاب المحظورات فضربان : (٢)

١- أحدهما ما كان من حقوق الله تعالى وهي أربعة : حد الزنا ، وحد

الخمير ، وحد السرقة ، وحد المحاربة .

ما كان وهو

٢- والضرب الثاني/ من حقوق الآدميين/ شيعان : حد القذف بالزنا والقتل

(١) للمامردن عن ٢٢١ (٢) المرجع السابق

في الجنايات ، ويدخل هذا الحق في جرائم القصاص والدية ،
والجنايات خمس :

- (١) القتل العمد
- (٢) وشبه العمد
- (٣) والقتل الخطأ
- (٤) والجناية على ما دون النفس عمدا
- (٥) والجناية على ما دون النفس خطأ (١)

(١) قد اختلف الفقهاء في أقسام القتل ، وعدد الاقسام كالقسم
الثلاثي والثلاثي والرابع والخامس ، ولا نريد أن نفتح هذا
الباب ولنرجع الى الأستاذ عودة في التشريع الجنائي الاسلامي
ج ٢ ، ص ٧ ، وباب الجنايات في كتب الفقه لكل مذهب
من المذاهب .

المطلب الثالث : معنى الدرء

إن الدرء هو المنع ، أي منع انزاع العقوبة بسبب أو هذا السبب هو الشبهة كما سنعرّف . والدرء أو الإندراء معناه التعجيل ابتداءً والدفع أثناء القضاء ومنع الاستئناف بعد الحكم لأن الاستئناف إنما يجب حقا لله تعالى من تنه القضاء . أما لفظ الدرء فيورد في القرآن الكريم عدة مرات كتأنيده تعالى :

(وَإِذْ قَتَلْتُمْ نَفْسًا فَادْرَأْتُمْ فِيهَا) _____ (الآية) (٣)

وقوله تعالى (الذين قالوا لآخوانهم وقعدوا لو أطاعونا ما قتلوا قل فادعوا عن أنفسكم الموت إن كنتم صادقين) . (٤)

وقوله تعالى (والذين صبروا ابتغاء وجه ربهم وأقاموا الصلاة وأنفقوا مما

رزقناهم سرا وعلانية ويذرّون بالحسنة السيئة... الآية) (٥)

وقوله تعالى (أولئك يؤمنون أجراً مرتين بما صبروا ويذرّون بالحسنة

السيئة : الآية) (٦)

ولفظ الدرء في جميع هذه الآيات يطلق غالبا على معنى الدفع والمنع .

(١) نصل الألف ٣٢٢/٢١

(٢) قرينة المراء ٦٨٦

(٣) البقرة ٧٢

(٤) آل عمران ١٦٨

(٥) القصص ٥٤

(٦) الرعد ٢٢

المبحث الثاني

أصل قاعدة درء الحدود بالشبهات (اعتبار الشبهة شرعا)

=====

المطلب الأول : أدلة اعتبار الشبهة

عنده قاعدة شرعية مستقرة في التشريع الجنائي الإسلامي و أصلها في اعتبار

الشبهة والاعتداد بأثرها في الأحكام بناءً على الأحاديث النبوية الشريفة على صاحبها

التسليم ويستأنس بها أيضا بأقوال الصحابة والسلف رضوان الله تعالى عليهم أجمعين .

نقدم الأحاديث النامية الشريفة التي تدل على أن الشبهات تدرء الحدود :

روى عن عائشة رضي الله عنها قالت " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله ،

فان الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة " (١)

• عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

عليه " ادفعوا الحدود ما وحدتم لها مدفعا " (٢)

(١) رواه الترمذی ، الحاكم والدارقطني وقال البيهقي بأنه قد روى موقوفا والوقف

أصح - أنظر : السنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء

الحدود بالشبهات ٢٣٨ / ٨ (٢) رواه ابن ماجه كنيل الاوتار للشوكاني ٢٧١ / ٧

روى عن ابن عباس رضى الله عنهما " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عن بين العجلاني وامرأته فقال شداد بن الهاد هي المرأة التي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والسلام : لو كنت راجعا أحدا بغير بينة لرحمتها - قال : لا تلك المرأة كانت قد أعلنت في الاسلام - متفق عليه (١) وفي رواية (تلك امرأة كانت تظهر في الاسلام سوء)

وعنه أيضا قال " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو كنت راجعا أحدا بغير بينة رحمت فلانة فقد ظهرت الريبة في منطلقها وهيئتها ومن يدخل عليها (٢) وعن علي رضى الله عنه قال : قال رسول الله عليه وسلم " ادروا والحدود ولا ينيهي للإمام أن يعادل الحدود " (٣)

وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال " ادفعوا الحدود بالشبهات " (٤) وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : " لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب الى من أن أقمها بالشبهات " (٥) وروى ابراهيم عن ابن مسعود رض : " ادروا الحدود ما استطعتم فانكم أن تخلثوا في العفو خير من أن تخلثوا في العقوبة "

(١) انظر : جامع الاصول لابن الأثير ٧١٧/١ (٢) المرجع السابق (٣) أخرجه

البيهقي ونقل عن البخاري المختار بن نافع - راجع الكبرى للبيهقي ٢٣٨/٨

(٤) رواه ابن حزم - راجع المحلى ١٥٤/١١ (٥) نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي

(٦) أخرجه البيهقي وقال عنه منقطع وموقوف - راجع السنن الكبرى

وإذا وجدتم لمسلم مخرجا فادروا عنه الحد" (١)

وفي رواية أخرى عن عبد الله بن مسعود رضي : "ادروا الحدود بالشبهات -

ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم" (٢)

وهناك أحاديث متعددة ترور بروايات مختلفة عن غير واحد من كبار الصحابة

رضوان الله تعالى عليهم أجمعين تتعلق بموضوعنا وتكاد تتفق في الفاظها،

ولكننا قد اكتفينا بذكر بعضها فقط، أخذنا بعضها وتركنا أكثرها خوفا من

المالة الكلام وعلى من يريد استكمال مطالعتهما أن يرجع إلى ما

ذكرناه بالعامس . (٣)

والآن نأتى إلى أقوال السلف والفقهاء لتقوية موقفنا :

قال الشوكاني رحمه الله : "قد استدل المصنف من قوله على الله عليه وسلم ^صلو

كنت راحما أحدا بغير بينة لرحمتي" أنه لا يجب الحد بالتعم ولا شك أن إقامة

الحد اضرار بمن لا يجوز الا ضراره وهو قبيح عقلا وشرعا .

كما وضحنا في السطور السابقة فإن الشريعة الإسلامية تفيد الجاني بالشبهة

في إسقاط الحد عنه ، قد شجعت الشريعة على المسترو من ذلك ^{حجة} ألها ترك المرافعة

(١) أخرجه البيهقي وقال عنه منقأع وموقوف - راجع السنن الكبرى ٢٣٨ / ٨

(٢) سنن دارقطني ٣٢٥ / ٢ (٣) انظر : السنن الكبرى للبيهقي باب ما جاء

في درء الحدود بالشبهات - سنن أبي حنيفة سماها مسند الامام الأعظم رضي ، سنن

أبي داود ٩٨ / ٢

على الحشر

والشفاعة قبل المرافعة والتعريض - الشهادة و تلقين الرجوع للمقر - ويدل/قوله

صلى الله عليه وسلم : ((من ستر عورة مؤمن فكأنما استحيا مؤودة من قبرها)) (١)

ومعنى هذا الحديث : أن الجريمة إذا ارتكبت في غير إعلان يجب الاستمرار في

سترها ، ومنع كشفها ، وفي فتح الباب لإقامة الحد فيما استتر من جرائم ، تحرى

حرق الاثبات ، وإعلانها - من الأضرار أكثر مما في إقامة الحد في ذاته ، إذ فيه

(٢)

تجسس منهي عنه بقوله تعالى : (ولا تجسسوا) ، وقوله عليه السلام : (ولا تجسسوا ،

وكونوا عباد الله اخوانا) (٣) ورواه أبو داود عن ابن مسعود (أنا قد نهينا عن

(٤)

التجسس ولكن إن يظهر لنا شيء نأخذ به) وأن النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى

عنه كان يلتصق الستر على المجرم. لقد حرص بعض الناس ماعزا على الاقرار، فذهب وأقر أمام

النبي صلى الله عليه وسلم . وكان النبي صلى الله عليه وسلم يحاول أن يحمله على

الرجوع في اقراره ، وبالتفريغ فقال له (لعلك قبلت ، لعلك لامست ، ولما علم

(٥)

بالذي حرضه على الاقرار قال له : لو سترته بنبائك لكان خيرا لك)

ويروى أن ماعزا مزا على عمر رضى الله عنه قيل أن يقر فقال له عمر رضى : (أخبرت

أحدا قبلى ، قال : لا ، قال : فازدب فاستتر بستر الله تعالى ، تب الى الله ،

فإن الناس يغيرون ولا يغيرون والله تعالى يغير ولا يعير ، فتب الى الله ، ولا تخبره

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي - أنظر مختصر ابن كثير للصا بوني ٣٦٤/٣

(٢) الحشرات : ١٢ (٣) أخرجه البخاري والمام مالك انظر ابن كثير للصا بوني ٣٦٤/٣

عند آية الحشرات ١٢ (٤) السابق (٥) عن ابن عباس قال " لما أتى ماعز بن مالك إلى النبي

صلى الله عليه وسلم قال له لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا يا رسول الله قال أفنكتها

قال لا يكني قللي لا يكني قال نعم فمن ذلك أمر برحمه - رواه أحمد والبخاري وأبو داود

راجع نيل الأوطار ٧/٢٦٥

أحدا ، فذهب إلى أبي بكر رضي فقال مثل ما قال عمر رضي ، ثم ذهب إلى هذا الرجل الذي لا مه النبي صلى الله عليه وسلم ، فأمره بما أقر به وكان اللوم من النبي صلوات الله وسلامه عليه (١)

إن هذا الخبر مع ما سبقه يدل على أن التضييق في تطبيق الحدود أمر محبب في الإسلام - (٢)

هـ في إباحة ترك المرافعة قبل الدسوقي في مخرج كلة ختير (٣) إن الترك أي ترك

الرفع لا يجب بل أنه أولى في الحدود : كالزنا وشرب الخمر وهنا الستر المطلوب على جهة الندب لا على جهة الوجوب والإلزام كان الترك واجبا وهذا قول لبعضهم أن

ستر الإنسان على نفسه وعلى غيره واجب هـ حينئذ فيكون ترك الرفع واجبا - وفي صحيح مسلم (٤) لا يستر عبد عبدا في الدنيا إلا ستره الله يوم القيامة . (٤) وورد في كشف

القناع (٥) عن حواز الشفاعة قبل المرافعة : ولا بأس بالشفاعة فيه أي السارق إذا لم يبلغ الإمام لقوله صلى الله عليه وسلم : " تعافوا الحدود فما بلغن من حد وجب " (٦)

(١) انظر العقوبة لئلي زمرة ٢٩٠ (١) المراجع السابق (٣) حاشية الدسوقي

على الشرح الكبير ١٧٥/٤ (٤) مختصر صحيح مسلم رقم ١٧٧٧ ، ١٦٦٦ ج ٢ /

٢٣٣ (٥) كشاف القناع عن متن الإقناع للبيهقي ١٤٥/٦ (٦) رواه أبو داود

والنسائي والحاكم عن عبد الله بن عمرو ورواه أحمد والحاكم والبيهقي عن ابن مسعود

انظر صحيح الجامع لمصنفه الألباني رقم ٢٩٥١ ج ٣ / ٤٢

أما إباحة التعريض عن الشهادة فصرح السرخسي : ويستحب لشاخص السرقة أن لا يشهد عليه بذلك ليتدرج به الحد عندنا لما جاء في الحديث (ادرأوا الحدود ما استأعتم) وهذا خلاف عام لكن من تمكن من ذلك ولأنه بلا متناع عن أدائها الشهادة يقصد إبقاء المستر عليه أنه مندوب اليه (١) .

ويقول صاحب المصنف في كتاب النكاحات : لا يشترط عدد الأربعة فيما سوى الزنا والعقوبات غير العقوبات في ذلك سواء كان في ذلك معنى سوى أن الله سبحانه وتعالى يحب المستر على العباد ولا يرضى بإشاعة الفاحشة فلذلك شرط في الزنى زيادة العدد في النكاحية لهذا جعل السنة إلى هذه الفاحشة في الإجازة موجبا للحد . في الزوجات موجبا للعان بخلاف سائر الفواحش استر العباد بعضهم على بعض . (٢)

وبالنسبة لاستحباب تلقين الإمام الرجوع للمقر يقول الكاشاني (٣) : يستحب للإمام تلقين المقر الرجوع بقوله صلى الله عليه وسلم "لعلك أُمستها أو قبايتها" كما لقن رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا . كما لقن عليه الصلاة والسلام السارقا

(١) المصنف للسرخسي ١٤٦/٩ (٢) نفع الرجوع

(٣) بدائع الصنائع ٢٣٣/٧

والسارقة بقاءه عليه الصلاة والسلام ما أخاله سرق (١) أو سرقت قولي لا ولو لم يكن
 محتملا للرجوع لم يكن المتأقن معنى . فائدة فكان التأقن منه عليه أفضل التحية والتسليم
 احتيالا المدرء لذه أمرنا به بقوله عليه السلام "أدرءما الحدود بالشبهات" قوله عليه
 الصلاة والسلام "أدرءما الحدود ما استأقنتم" كذلك الرجوع عن الإقرار بالسرة
 والشرب لأن الحد واجب فيما حقق الله سبحانه . تعالى خالما فنصح الرجوع عن
 الإقرار بما - وعمو مذعوب المحمهور من الفقهاء - (٢)

والآن وقد انتعينا من عرض آراء القائلين بالشيعة والحقح التي استندوا إليها -
 نود أن نعرض آراء المخالفين الذين لا يعتبرون الشيعة

(١) رواه أبو داود والشماني في سننه الحق بن عبد الله بن أبي طلحة لم

يوثقه غير ابن حبان وباقى رجاله ثقات ، انوار جامع الاصول ٥٦٠/٣

(٢) راجع كتاب القضاء للبيهقي ١٤٥/٦ - المذهب للشيرازي ٣٤٥/٢

نيل الاوطار للشهكاني ٢٥٩/٢ - ٢٦٦

الحللب الثاني

أدلة المخالفين في اعتبار الشيعة :

يرى الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يحل أن يدرك بالشيعة و منع ابن حزم
 بأن الآثار المذكورة لا ثبات الدرء بالشيعة ليس فيها شيء عن النبي صلى الله
 عليه وسلم بل عن بعض الصحابة رسول الله عليهم أجمعين من أئمة لا خير فيها
 وقد استمر في ابن حزم الأدلة والآثار التي استند اليها القائلون بالشيعة فقد نها
 و وصف بعضها بالكذب وبعضها بالارسل بعضها بالانقطاع أي أنه لم يعتبر
 هذه الأدلة أدلة شرعية يعتمد عليها يقول :

” وذهب أصحابنا إلى أن الحد لا يحل أن تدرك الشيعة ولا أن تقام بشيعة
 وإنما هو الحق لله تعالى لا مزيد فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشيعة لقول
 رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم
 حرام) وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرك بالشيعة بقول الله تعالى (تلك حدود الله
 فلا تعتدوها) (١)

ويقول : ” اللفظ الذي يتعلق بالشيعة قد جاء من طرق ليس فيها عن النبي
 صلى الله عليه وسلم نص ولا كماله إنما هي عن بعض أصحابه من طرق كلها لا خير
 فيها كما نا حمام نا ابن مفرج نا الأثراس نا الدبري نا عبد الرزاق نا سفيان الثوري

(١) راجع الفصول لابن حزم ١٥٣/١١

عن ابراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب قال : (ادروا الحدود ما استطعتم) . به
 الى سفیان الثوري عن القاسم بن عبد الرحمن قال قال ابن مسعود : (ادروا الحدود
 ما استطعتم) . وعن ابن مرسر (ادفعوا الحدود ما وجدتم مدفعاً) . وعن ابن عمر
 قال : (ادفعوا الحدود بالنسيئة) ، وعن عائشة : (ادروا الحدود عن المسامحين
 ما استطعتم) . وعن عمر بن الخطاب و ابن مسعود كنا يقرآن : (ادروا عن عباد
 الله فيما منه عابكم) . (١)

وهي كما لا شك ، لما عن طريق عبد الرزاق فرسل : والذي من طريق
 عمر بن عمر كذلك عن ابراهيم بن عبد عمر ، ام بولد ابراهيم الا بعد موت عمر بنحو خمسة
 عشر عاماً : ما ذكره الذي عن ابن مسعود فرسل لأنه من طريق القاسم بن عبد الرحمن
 بن عبد الله بن مسعود ، وأما أحاديث ابن حبيب فصحيحة لو لم يكن فيها غيره
 لكفى قللاً مرسله .

"فحصل مما ذكرنا أن اللفظ الذي تعلقوا به لا نعلمه روى عن أحد أصلاً وهو
 ادروا الحدود بالنسيئة لا عن صاحب ولا عن تابع إلا الرواية الساقطة التي أوردنا
 من طريق ابراهيم بن الفضل عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر و ابراهيم ماقبل ، وإنما
 جاء كما ترى عن بعض الصحابة مما لم يصح ادروا الحدود ما استطعتم وهذا لفظ
 ان استطعتم ادى الى ابدال الحدود حملة على كل حال ، وهذا خلاف لإجماع
 أهل الاسلام وخلاف الدين وخلاف القرآن والسنن لأن كل أحد هو مستطيع على أن

يدراً كل حد يأتيه فلا يقيمه فبان أن يتعمل هذا اللفظ وسقط أن تكون فيه حجة لما ذكرنا ، وأما اللفظ الآخر في ذكر الشبهات فقد قلنا : ادراءوا لانعرفه عن أحد أصلاً إلا ما ذكرنا مما لا يجب أن يستعمل فقط لأنه باطل لا أصل له ، ثم لا سبيل لأحد إلى استعماله لأنه ليس فيه بيان ما هي تلك الشبهات فليس لأحد أن يقول في شيء يريد أن يسقط به حداً هذا شبهة إلا كان لغيره أن يقول : ليس هذا شبهة ولا كان لأحد أن يقول في شيء لا يريد أن يسقط به حداً : ليس هذا شبهة إلا كان لغيره أن يقول : بل هو شبهة ، ومثل هذا لا يحل استعماله في دين الله تعالى أنه لم يُلْت به قرآن ، ولا سنة صحيحة ولا سنة ، ولا قول صاحب ولا قياس ولا معقول مع الاختلاف الذي فيه كما ذكرنا . (١)

الفرع : في الرد على آراء المخالفين :

أما قول ابن حزم بأن الحديث لدرء الحدود بالشبهات لم يثبت مرفوعاً (٢) ، و . الترمذي ^{رواه} حديث عائشة رضي الله عنها وذكر أنه قد وُرى موقوفاً وأن الوقت أصح (٣) فيقول الزيلعي (٤) في جوابه : لا يضر ذلك إذا صح الرفع

(١) نفس المرحم ١٥٤ (٢) المحلى ١٥٣/١١

(٣) الترمذي وانظر مغنى المحتاج للشريني ١٦٢/٤ أنه يقول

في الحديث : صحح الحاكم أسنده

(٤) تبين الحقائق ١٧٥/٣

فيما

لا سيما/ لا يدرك بالرأى فإن الموقوف فيه محمول على السماع لأنهم كانوا يرفعونه
تارة ويغنون به أخرى قال عليه الصلاة والسلام : "ادفعوا الحدود ما وجدت لها
مدفعا".

وورد في شرح فتح القدير (١) : "إن الأرسال لا يقدر وأن الموقوف في
هذا أنه حكم المرفوع لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل
مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكر^٢ صاحب حمل على الرفع .
وأيضاً في إجماع فقهاء الأصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية ولذا قال
بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه ، أيضاً تلقته الأمة بالقبول وفي تتبع المروى
عن النبي صلى الله عليه وسلم والمحابة متأولح في المسألة من تلقين ما عزوغيره
الرجوع احتيالا للدرء بعد الثبوت ما يفيد القاع بثبوت الحكم."

فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتل في درءه بلا شك ومعلوم أن هذه
الاستفسارات الغفيدة لقصد الاحتياط للدرء كلما كانت بعد الثبوت لأنه كان بعد
صريح الإقرار بيه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار من قوله : ادروا
الحدود بالشبهات (٢)

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ٤/ ٤٠ - ١٣٩ ، انظر حاشية ابن عابدين

المطلب الثالث

الرأى المختار فى اعتبار الشبهة

قد بينا فيما سبى أن النبعة تدرأ الحدود و هذه قاعدة شرعية مستقرة فى التشريع الحناى الاسلامى ، أن روح التشريع الاسلامى تفتح باب التوبة للعاصى بوجه عام و تشير إلى ذلك الآيات الكريمة الآتية :

(كتب ربكم على نفسه الرحمة) (١) .

(قل يا عباده الذين أرفقا على أنفسهم لا تقنطروا من رحمة الله ، إن الله يغفر

الذنوب جميعا) انه هو الغفور الرحيم) . (٢)

(وما الله يريد* لما للعالمين) . (٣)

(ما يفعل الله بعذابكم إن كنتم* آمتم) . (٤)

(إن الله لا يغفر أن يشرك به ، يغفر ما دونه ذلك لمن يشاء) . (٥)

(وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) . (٦)

التى

و سبب أن قد منّا الأحاديث النبوية الشريفة تدل صراحة على درأ الحدود بالذنبات فلا تدرأ أن تطيل الكلام هنا ، نعيد هذه الأحاديث الطيبة مرة أخرى . و يفهم من الآيات الكريمة ، الأحاديث النبوية أن الإسلام لا يحب

(١) الانعام : ٥٤ (٢) الزمر : ٥٢ (٣) آل عمران : ١٠٨

(٤) النساء : ١٤٧ (٥) النساء : ٤٨ (٦) النساء : ١٠٧

المشهور بل يستحب الستر مطلقاً لما في حديث أبي هريرة عند الترمذي إضماراً

بل من حديث : " ومن ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة " (١) ومن قوله

عليه الصلاة والسلام : " من ستر عورة أخيه المسلم ستر الله عورته يوم القيامة ومن

كشف عورة أخيه كشف الله عورته حتى يفضحه في بيته " (٢) .

ويوضح الحديث المذكور أن الدين الاسلامي جاء لصلاح المجتمع الانساني

لا للعقوبات لكنه يشجعنا على الاصلاح والفلاح وعلى الأمور التي تنفع المجتمع

الانساني . ولا خلاف أن العقاب في الشريعة الاسلامية يتجه الى حماية المصلحة

العامة والمحافظة على الضرورات الخمس أي النفس والدين والعقل والنسل والمال .

والأحكام التي جاءت بها الشريعة تدور كلها حول حماية المصالح الانسانية

وصيانتها . وبناءً على هذا فلا بد من قيام الأحكام في باب الحدود على الجرم

واليقين لا على الظن والاحتمال ، ولا بد من قطعية أدلة الاثبات ، ولا بد من

التناسب بين السلوك الانساني ونتيجته أي التساوي بين الجريمة والعقوبة ولذا

شرط الفقهاء الشروط التالية في الدليل المثبت للحد :

١- أن يكون الدليل قاطعاً على ارتكاب الجريمة الموجبة للحد .

٢- أن يستمر الدليل قطعياً حتى يصدر الحكم وينفذ .

٣- أن لا يتقادم الدليل فيورثه ذلك شبهة -

ويتضح من كل ذلك أن الحد يدرأ بالشبهة ، وذلك أمر منطقي يتفق ، وهدأ

البرائة الأصلية لأن مقتضى الشبهة وجوب العودة الى الأصل العام وهو البرائة .

(١) وأخرجه الحاكم وانظر نيل الأوطار باب ما جاء في السارق يوهب السرقة بعد
وحوب القطع والشفع فيه ٣١٢ / ٧٠ (٢) رواه ابن ماجه عن ابن عباس مرفوعاً - انظر

نيل الأوطار - نفس الباب

كما أن مضمون ذلك أيضا أن الأحكام الجنائية ينبغي أن تنبثق على الجزم واليقين
 أى على حجية قلعية الشبهة تفيد الجزم واليقين لا الظن والاحتمال وخاصة في
 باب الحدود/ أن تكون أدلة الاثبات القائمة قبل المتعم قاطعة ومستمرة من وقت قيام
 الدعوى الى وقت الحكم بما لا يدان أكثر من الفقهاء يرون أن من الضروري استمرار
 قلعية أدلة الاثبات بلا تبعية حتى تمام تنفيذ الحد -

ولا سبيل الى الشك في هذا الأمر ، فإن الاسلام اعتبر جنابة القتل جنابة
 على المجتمع كله ولذا قال تعالى : (من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض
 فكأنما قتل الناس جميعا) - ومع هذا لا حظ الجانب الشخصي للمجنى عليه فقال
 تعالى : (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان
 منصورا) - وهكذا فإن قانون المساواة يوجب أن تتساوى العقوبة مع الجريمة وأن
 يتساوى الأدنى الذي نزل بالمجنى عليه مع الأدنى الذي ينزل بالجاني عقوبة له -
 وقد تنبثت **الآراء** في فكر المحدثين مثل ما حدث من قبل لدى الظاهرية بأن اعتبار
 الشبهات تفيد الجاني فقال : يعطيه من عقوبته فلا يعاقب الجاني في عصرنا هذا
 لأن الانسان قد أصبح قاسما والحيل الحديث لا يبالى بالشرعية كلية وفي تلك
 الأحوال فإن الشبهات تسفل الحدود ولا تقاع يد السارق أبدا ولا تنفذ حدود الله
 أبدا .

لكننا نجد الفرق ما حيا بين الشبهة والحيلة - والمحاكمة تراعى الشبهة
 ولا تسمع ولا تنفذ الى حيلة ولا شبهة أيضا شرعا خاصة وليس باب الاشتباه مفتوحا

على مصراعيه بدون دليل يؤخذ من ظروف الجريمة و محلها بل له شروط وفق الشريعة،
والشريعة لا تريد أن تقتل الناس بل أن تحافظ على حياتهم .

أما القصد من الحيلة فهو ابطال الأحكام وتحويلها الى شيء آخر هو الغرض
والظلم و منرى في باب الآثار أن الشريعة تعتمد دائما بقوة الشبهة. (١)

والشريعة العادية لا تريد العقوبة فقل بل عندها غرضان : غرض قريب

وغرض بعيد - فالغرض القريب أو العاجل هو ايلام المجرم لمنع من العودة الى

ارتكاب الجريمة ومنع الغير من الاقتداء به والغرض البعيد أو الآجل هو حماية

مصالح الجماعة، وأعمها الضرورات الخمس وهي : المحافظة على النفس وعلى الدين

وعلى العقل وعلى النسل وعلى المال ولا يذهب دم مدرا في الاسلام.

جمهور ماعد الظاهرية و

وقد اتفق الفقهاء المتقدمين/العلماء المحدثون على درء الحدود بالشبهات

ويؤيدنا الفكر القانوني الوضعي الحديث أيضا في ذلك كما يقول القاضي الباكستاني/

منير (٢) عندما ما يبحث عن الشبهة في اثبات الجريمة :

” لا يكون أى شخص حائيا أو مجرما إلا بعد اثبات الجريمة بدون أى شبهة

أه شك وفي معنى آخر إذا وجد الجاني مجرما كاملا لغير شبهة “.

وقد أخذ القانون الوضعي الحديث الذى جرى عليه العمل فى باكستان بمذهب

(١) الموافقات للشاطبي ٤ / ٢٠١

٢ . Munir-Evidence Act Section 3 P-27-28

جمهور الفقهاء والقواعد المسماة لديهم فاشترط أن تبين العقوبة على التأكد والقطع مع عدم الشك الذي قد ينشأ في ذهن القاضي أو المحكمة كما قدمنا في التعريف القانوني للشيعة . وقد أخذ القانون قاعدة كلية في شأن اعتبار الشيعة بمثل ما روى عن عائشة رضي الله عنها . . . (ان الامام لأن يخلئ في العقوبة خير من أن يخلئ في العقوبة) (١) ان الخطأ في الحكم بهرلة عشرة من المتعمين . ختم من أن يعاقب برز واحد (٢)

وقد بينا من قبل أن لا قيمة لاعتراض الظاهرية على صحة الأحاديث مع وجود اجماع فقهاء الأمصار واتفاقهم على قبول الأحاديث المتعلقة باعتبار الشيعة . أما قول الظاهرية : انه اذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشيعة لقول الله تعالى : (تلك حدود الله فلا تعتدوها) (٣) فعولاً يتعارض مع مذاهب الجمهور لأنهم يعتمدون بحدود الله بعد الاثبات ولكن الشيعة كما عرفنا من تعريفات الفقهاء هي : ما يشبه الثابت وليين بثابت .

ويبدو أن خلاف الظاهرية مع الجمهور لغطى كما وصفه الدكتور صوان (٤) : " مرجعه أنهم ثابوا أن الدرء بأي شيعة كما قال ابن حزم : (كل منعم لا يعجز عن

(1) Pl.see 1931 C.752=33 Criminal Law Journal 85.

(2) Munir - Evidence Act P.29.

(٣) النساء : ٣

(٤) قرينة البراءة : رسالة الدكتور أحمد سعيد محمد صوان ٦٨٢

انتحال شبهة فلا تقام الحدود (.....) وقد ذكرنا فيما سبق رأى الظاهرية بأن استعمال الشبهة يؤدي الى ابطال الحدود - والواقع أن الجمهور من الفقهاء يشترطون في الشبهة الدارئة شروطاً عامة ولا يتركونها مطلقة بلا شرط .

فالحاصل أن الأحاديث والآثار الكثيرة المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين تؤيد وتؤكد صحة هذه القاعدة ، وقد أجمع فقهاء الأمة الإسلامية على هذه القاعدة ولم يخالف في ذلك إلا فقهاء الظاهرية الذين يعتقدون أن الحدود لا تدرأ بالشبهة ولا تقام بالشبهة كما ورد في المأثور . ومن العرض السابق يتبين أن هذه القاعدة مستقرة في التشريع الإسلامي وأن أدلة مبدأ اعتبار الشبهة واضحة صريحة لا لبس فيها ولا غموض وهذا يؤكد أن شريعتنا الميمونة قد سبق القانون الوضعي الجنائي في هذه القاعدة المشهورة في الفكر القانون المعاصر .

ليس هذا فقط ، بل إن الظاهرية - خلاف التصور الشائع لموقفهم من الشبهة - قد اعترفوا ببعض أنواعها ، فابن حزم في تعريفه للزنا قد اعترف بنوعين من الشبهات : أولهما شبهة المحل المتمثل في وطء الحائض ، وثانيهما شبهة الجهل ، كما جاء في المأثور " فصح أنه ليس الوطء إلا ما حاشا لا يلام فاعله أو عبراني غير الفراش وههنا وطئان آخران ، أحدهما من وطئ فراشا ما حاشا في حال محرمة كواطئ الحائض والمحرمة والمحرم والمائم والمائنة كذلك والمعتكف والمعتكفة والشركة فهذا عاص

وليس زانيا باجماع الأمة كلها الا أنه وطئ* فراشاحرم بوجه ما ، فاذا ارتفع ذلك الوجه حل له وطئها ، والثاني من جهل فلا ذنب له وليس زانيا فعند هذين الوطئين فليس الا من وطئ* امرأته الجاحدة بعقد نكاح صحيح أو لمك يمين صحيح يحل فيه الوطئ* أو عاهر وهو من وطئ* من لا يحل له النظر الى مجردها وهو عالم بالتحريم فهذا هو العاهر الزاني (١) - . وسوف نتعرض في الفصل القادم لكون الاستثناء الاول عند ابن حزم يوافق شبهة المحل عند الحنفية (٢) والشافعية (٣) ، والثاني يتقارب مع شبهة الفعل عند الحنفية وشبهة الفاعل عند الشافعية* (٤).

(١) راجع المحلى لابن حزم رقم ٢٢٠١ - مسألة ما الزنى ٢٢٩/١١

(٢) انظر ص ١٤ في تقسيم الشبهات عند الحنفية (٣) راجع تقسيمات الشافعية ص ٥٤

(٤) انظر ص ٣٦ و ص ٥١

الفصل الثاني

أسماء الشيعة

وأولنا أن نفهم معنى الشيعة عند الفقهاء والقانونيين معرضنا أدلة القائلين والمحالين في اعتبار الشيعة قتلنا إننا نختار رأي الجمهور الذي أخذ به القانونيون خلافاً للفقهاء السابقين . وعرضنا أن خلاف الظاهرية لفظي فقط وأنعم اتفاقاً مع الجمهور عملاً .

وبعد أن أجمع الفقهاء على اعتبار الشيعة واتفقوا على قاعدة درء الحدود بالشدائد ، اختلفوا فيما يترتب على تسمية القاعدة في الأحكام فأوى هذا الخلاف إلى تقسيمه إلى تسميتين بأسماء مختلفة طبقاً لنظرة كل طائفة منهم .

بيد أن الفقهاء السابقين والحنيفة قد اعتمدوا بتقسيم الشيعة وبيان أنواعها المختلفة . أما المالكية والحنابلة فقد اكتفوا بالعرض للشيعة واحدة بعد أخرى بحسب العامة كلما بدد الشك في ذلك لزماً . وسنعمر بتقسيم بعض المحدثين كما ذكر الشيخ أبو زهرة ونحاول أن نقارن بين هذه التقسيمات

المبحث الأول

تقسيم الحنفية

قد قسم جمهور الحنفية الشيعة قسمين و هما :

(١) الشيعة في الفعل

(٢) الشيعة في المحل

وهناك نوع ثالث انفرد به الامام أبو حنيفة وهو :

(٣) شبهة العقد .

المطلب الأول

(١) شبهة الفعل :

شبهة

هو أول هذه الأقسام و سميت / اشتباه أو شبهة مشابهة أو شبهة التحليل

عند بعض المتأخرين (١) .

و عرف الجرجاني شبهة الفعل بأنها ما ثبت بظن غير الدليل دليلا . (٢)

(١) انظر المنتقى في الفتاوى لقاضي السفدي ج ٢ ، ص ٦٣٢

(٢) التبريفات للمحرر ج ١ ص ١١٠

وقال المزمعاني بأدعاء التحقق في حين من اشتبه عليه الفعل ومعناه أن يظن
غير الدليل دليلاً. (١)

وشرح بعض فقهاء الحنفية (٢) بأن شبهة الاشتباه هي أن يشتبه عليه الحال كمن
يظن أن امرأة أحسن ما تحل له - والمراد به - اشتبه عليه الحل والحرم ولا دليل
في السمع يفيد الحل بل ظن مير الدليل دليلاً كظن ^{حل} ولاء أمة أبيه وعمره ، أو كمن
يظن أن حارة امرأته تحل له بناء على أن الولاء نوع استخدام . واستخدامها حلال
فكذا الولاء (٣) . ويستمر الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء شبهة الفعل في باب
الزنا خاصة في ثمانية مواضع وهي :

ولاء حارية الأب، وجارة الأم ، ، وجارة المتكلمة ، وجارة المألقة وثلاثاً ما دامت في
العدة ، وأم المدة ما دامت معتدة منه ، والهد إذا وطئ حارية مولا ، والحرارية
المعروفة في رواية كتاب الرعي خلافاً لرواية كتاب الحدود ، وإتيان الزوج مطلقته البائنة
وهي في العدة - (٤) من شروط جواز الاعتداد بهذه الشبهة إذن :

أ - اعتقاد الجاني حين الفعل نكاح إتيان الزوج المألقة وثلاثاً في العدة توهماً
منه أدعاء تحل له ، أو ما دلت على ما في عدتها أنه المختلفة -
ب - عدم الدليل على الحرمة أصلاً .

(١) الهداية ج ٢ ، ص ١٠٠ ، (٢) راجع تصنيف الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ١٧٥

ونقل بهامشه النجاشي أسماء فقهاء من الاتفاق (٣) راجع البناية شرح الهداية

العلامة بدر الدين العيني ج ٢ ص ٦٨٠ - ٦٨١ (٤) نفي المرجع

ج - عدم العلم بحرمة الفعل لأن شبهة الفعل ترتفع بالعلم بالحرمة . (١)

وعلة تسمية هذه الشبهة بشبهة الفعل أنها صحت نفس الفاعل ولم تقم

بالمحل الذي لا شبهة تحريمه ولكن الآن قائم بذم الفاعل بسبب جهله بالشرع (٢)

وجاء في تبين الحقائق (٣) أن يسمى هذا النوع من الشبهة شبهة في الفعل لأن

الملك والحق غير ثارت في هذه الأمثلة (٤) . لأن حرمة المصلحة ثلاثا مقطوع بها

فلم يبق له فيما ملك ولا حق غير أنه بقي فيها بعض الأحكام كالنفقة والسكنى والمنع

من الخروج وشيئ النسب (٥) . (محرمة أختها وأربع سواها) وعدم قبول شهادة

كل واحد منهما (لما فيه) فحمل الاشتباه لذلك فأمرث شبهة إن ظن حله لأنسه

في موضع الاشتباه فيعذر بمثل عنه الحد ، لأن المحل خال

(١) التلخيص الحنائى ١ / ١١١ ، ١ / ٣٦٠ (٢) انظر التعزيز لعبد العزيز

عامر ص ٤٥ (٣) للزيلعي ج ٣ ص ١٧٦ (٤) كمعتمدة الثلاث ، وأمة أبويه

وزوجته وسيدته (٥) اعتقد أن العلامة الزيلعي ذكر هذا الأمر من الآثار خلافا

لأثر شبهة الفعل عموما ، لأن التسبب ^{بشئ} يثبت في شبهة المحل بالدعوى ولا في شبهة

الفعل وأم بالدعوى كما سبق في باب الآثار المترتبة بالشبهات - وكلام الزيلعي

بتعارف بكلامه في صحت النسب في الآثار ج ٢ ص ١٧٦ و ١٧٨

عن الملك فكان زنا حقيقة سرأه سقا الحد المعنى راجع اليه وهو الظن ولهذا

لوجاءت به للدلالة على التمسك (١) - ولا فرق في ذلك بين أن يوقع الثلاث
بخلاف

حيلة أو متفرقا فلا اعتبار من الذكر بقوة الحيلة فكمته مخالفا للقلبي (٢)

ومرأ في المسألة (٣) أن نسحا لا شتياه مؤثرة في حق من اشتبه

عليه دون من لم يشبهه ذلك كالفرد الذي ما عداه بشره من غير ما علم منهم أنه خير

يلزمه الحد ومن لم يعلم لا يحد .

والأصل في هذا حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رجلا تضيف

أهل بيت باليمن فأمرح بهم الناس أنه زنى بيرة البيت فكتب إلى عمر رضي الله عنه

فقال عمران كان يعلم أن الله حرم الزنا فحدوه وإن كان لا يعلم فعلموه فإن عاد فحدوه

فقد جعل من الحد في ذلك الوقت شبهة لعدم انتشار الأحكام فلأن يكون الظن في

موضع الاشتباه مبررا فهو أولى (٤) - ونقل ابن قدامة (٥) رواية عن عمرو وعثمان

وعلى أن لا حد على من لا يملك تحريم الزنا إلا على من علمه وبهذا يرى عامة أهل

العلم ، فإن ادعى الزنا من الجهل بالتحريم وكان يحتفل أن يجهله كحديث العهد

(١) التبيين ج ٣ ص ٦٧ (٢) المرجع السابق (٣) السرخسي ج ٩ ص ٥٣ - ٥٤

(٤) المرجع السابق وانظر المبدأ **للشمسرازي** ج ٢ ص ٢٦٧ - ٢٦٨ هـ في المذهب

يتتلف الالفاظ ومكان الحادث في الحديث كما يلي : " روى سعيد بن المسيب قال

ذكر الزنا باليمن فقال رجلا زنىت البارحة فقالوا ما تقول قال علمت أن الله عز وجل حرمه

فكتب يعني عمران كان يعلم أن الله حرمه فحدوه وإن لم يكن فأعلموه فإن عاد فأرجموه .

(٥) المغني ج ٨ ص ١٥٥ أخرجه البيهقي هذا الأثر في باب ما جاء في درء الحدود

بالشيعات من السنن الكبرى ج ٢ ص ٢٣٨ رواية عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى بن

بالإسلام والناسي بيادية قبل منه ، لأنه يجوز أن يكون صادقا ، وإن كان معنى لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناسي بين المسلمين وأهل العلم لم يقل لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه ، وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله لأن عمر قبل قول المدعى الجهل بتحريم النكاح في العدة ولأن مثل هذا الجهل كثير ويخفى على غير أهل العلم -

وإن لم يحث الحد وحج المهر لأن هذا الفصل في غير الملك لا ينفع عن
لهذا
عقوبة أو غرامة ، وإذا سقطت العقوبة وجب المهر (١) و سنعر في إن شاء الله
في باب النكاح .

المطلب الثاني

النوع الثاني عند الحنفية

الشبهة في المحل : وسيت الشبهة الحكمية وشبهة الملك :

وهي أن تكون الشيعة نائمة في المحل باعتبار أن المحل أعطى حكم الملك في اسقاط الحدود وإن لم يكن الملك ثابتاً حقيقة (١) . وقد عرفت بأنها ما تحصل لقيام الدليل الباقي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الحنفى واعتقاده (٢) ، من طلاق بائن كوله أمة ابنه ومعتدة بالكنايات (٣) لقوله عليه الصلاة والسلام : " أنت ومالك لأبيك " وقول بعض الصحابة أن الكنايات راجع ، أي إذا نظرنا إلى الدليل مع قلع النظر عن المانع يكون منافياً للحرمة ، سواء ظن الحل أو علم الحرمة ، لأن الشبهة ثابتة بقيام الدليل الشرعى في نفس الأمر لا بالعلم وعدمه . وتثبت هذه الشيعة مطلقاً لأن الدليل القائم يقتضى الحل وإنما امتنع من إفادته المانع .

(١) انظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق ج ٣ ، ص ١٧٥ (٢) شرح فتح القدير ج ٥ ، ص ١٤١ ، التمرينات للمرحاني ، ص ١١٠ (٣) السابق - أما معتدة الكنايات ففيها اختلاف الصحابة - فذهب عمر رضى الله عنه أنها رجعية والطلاق الملك الرجعى لا يزيل/ فاحتلافهم أورث شيعة وأن كان المختار قول على رضى الله عنه .
راجع بدائع الصنائع ج ٧ ، ص ٣٦ ، وتبين الحقائق ج ٣ ، ص ١٧٦

فمن شروط حواجز الاعتداد بهذه الشيعة :

- قيام دليل نافي للحرمة ذاتا .
- وجود حكم من أحكام الشرع يفيد حل الفعل المحرم .
- ولا يشترك في الفاعل ولا اعتقاده حل الفعل لأهل شيعة وجدت في المحل وإن علم حرمة ، لأن الشيعة إذا كانت في المولوءة يثبت فيها الطك من وجه فتنسحق هذه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها ، وهذا لأن الدليل المثبت للحد قائم وإن تخلف عن إثباته حقيقة المانع فأورث شيعة فلهذا سى هذا النوع شيعة المحل .

ويمثل الحنفية لهذا المانع من الشيعة في باب الزنا بسنة أمثلة (١) :

- لا يحب الحد فيها ومنها حارية ابنه ، والمطابقة للاقا بآئنا بالكنايات ، كما عرضنا آنفا ، ومنها الجارية السبيعة في حق البائع قبل التسليم لأنها في ضمانه ويده وتعود إلى ملكه قبل التسليم ، كان مسلطا على الملك واليد وقد بقيت اليد فتبقى الشيعة ، ومنها الجارية الممبورة (٢) في حق الزوج قبل القبض (مستذلا من الحقبة ذكرنا في المبيعة) ، منها الجارية المشتركة بينه وبين غيره لأن ملكه في البعض ثابتة حقيقة فتكون الشيعة فيما أظهر .

(١) راجع شرح فتح القدير ج ٤ ، ص ١٤٢ ، تبين الحقائق ج ٣ ص ١٧٦-١٧٧

(٢) الممبورة هي / التي جعلها / مهر الزوجته كما فسر ابن رفي رد المختار ج ٣ ص ١٦٦

ومنها المرمونة في حق المرتين في رواية كتاب الرهن (١) لأن استيفاء الدين يقع بما عند الملاك . قد اعتقد أنه سبب الملك في الحال فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع .

ونلاحظ من الأمثلة المذكورة أن شيعة المحل لا تتوفر في العصر الحاضر إلا إذا كانت الجريمة المالية للاقارئة بالكنائس لأن باقي الأمثلة تتعلق بموطأ الجوهري -

و يتفق جمهور الفقهاء مع الحنفية في معتدة الكنايات ويذا الفهم بعض

المالكية حيث إنهم لا يعتبرونها شيعة أصلاً . (٢)

والأحناف يضمنون أمثلة أخرى لهذا النوع/شيعة المحل من مثل

السرقه رغم أنما محرمة في القرآن لقوله عز وجل : (والسارق والسارقة فاقطعوا

أيديهما . . (٣) . قال السارق إذا كان أبا المسروق منه تسقط حد السرقه

لقوله عليه الصلاة والسلام : أنت ومالك لأبيك " (٤)

(١) قد ذكر هذا المثال أيضاً في شيعة الفعل في رواية كتاب الرهن وفي رواية

كتاب الحدود يحب الحد ولا يعتبر عنه - راجع بدائع الصنائع ج ٧ ، ص ٣٦

(٢) راجع التشريع الحنفى ج ٢ ، ص ٣٦٢ ، (٣) سورة المائدة : الآية : ٣٨

(٤) رواه ابن ماجه وغيره عن حابر أن رجلاً قال : يا رسول الله صلى الله عليه

وسلم ان لى مالا وولداً وأن أبى أريد أن يحتاج مالى فقال رسول الله صلى الله

عليه وسلم : " أنت ومالك لأبيك " راجع سنن ابن ماجه ١٦٧/١

المطلب الثالث

النوع الثالث فسي مذموب أبي حنيفة

شبهة العقد :

في أحد نصوص الشيعة الحكيمة فتشيت مألقا (١) بالعقد وإن كان

الفاعل

متفقا على تحريمه و عالم به (٢) لأن الشبهة فيه لدليل قائم به يقتضى الحل

فإنما امتنع من أفادته المانع ، سنعرر الأثلة لها .

وعرفها ابن عابدين بأنها " ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة " لأن

الشيعة هي ما يشبه الثابت بالدين بثابت فخرج ما وجد فيه العقد حقيقة . (٣)

أما سقوط الحد إلى عقوبة التعزير بشبهة العقد فيراهما الإمام أبو حنيفة

وبه قال صاحبه زهرو ابراهيم النخعي (٤) والأصل عند عم أن النكاح إذا وجد

من الأصل مضافا إلى محل قابلي لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد سواء كان حلالا أو

حراما ، وسواء كان التحريم مختلفا فيه أم محمضا عليه ، سواء ظن الحل فادعى

الاشتباه أو علم بالحرمة . (٥)

(١) انظر تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ص ١٧٦ (٢) شرح فتح القدير لابن

الهيثم ج ٤ ص ١٤٣ (٣) حاشية ابن عابدين الشامي ج ٣ ص ١٦٨

(٤) راجع موسوعة فقہ ابراهيم النخعي ج ٢ ص ٣٢٥ (٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥

و يمثلون له في باب قتل العمد اذا كان المقتول ابن القاتل لنفس السبب الذي
اعتبر في السرقة (١) .

كما يمثل له في باب القذف بما اذا قذف الأب ابنة فيمتنع الحد بالنهي
عن التأفف في قوله تعالى " ولا تقن لهما أب ولا تنفراهما " (٢) ان هو يفيد النهي
عن الشرب دلالة وكذلك حكم الشارة بالاحسان الى الوالدين في قوله تعالى :
" والوالدين احسانا " (٣) فقد تحريم إقامة الحد على الوالد ، لأن نفس المالبة
تتأفف مع الاحسان للمالدين وتحاللت النهي عن التأفف .

ولاحظ من الأمثلة السابقة أنه لا يجوز أن يعتقد المرتكب حل الولاء أو
السرقة أو القذف ^{لاء} ، لأن الحرمة مشكوك فيها بقاء دليل الحل - (٤)
والأمثلة السابقة التي أوردتها تتعامل مع ما نتجه اليه من أن الشبهة اذا
قامت حول الفعل ، فأنما تكون سببا في إسقاط الحد ، لأن الحدود كما علمنا
تدبر بالشبهات .

ثم انها تتغير على إسقاط الحد عن الوالد اذا وقعت جريمته في حق
ولده على اعتبار أنهما حبة واحدة .

(١) بدائع الصنائع ٢٣٥/٧ ، المهذب ١٧٤/٢ (٢) بنى اسرائيل : ٢٣

(٣) بنى اسرائيل : ٢٣

(٤) راجع شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤١-١٤٢

ومن أمثلة هذا النوع وكذا محرم نكحها أى عقد عليها أطلق في المحرم (١)

وهى أن يتزوج الرجل المرأة بنكاح فاسد يكون فسادها من قبل الشاهدين

أو من قبل الحرمة فيما يتعدى نسباً أم مصاهرة أو رضاعاً أو طناً أنها امرأة فيطأها

في هذه الوجوه (٢) فإن حكماً يقول الحد يثبت النسب ووجوب المهر كما

سنقدم في باب الآثار المترتبة على هذه الشبهات .

و جاء في فتح القدير "أما تزوج أمة على حرة أو محوسية أو

خصماً في عقد أو جمع بين أختين سواءً وقال علمت أنها حرام لا حد عليه عند أبي

حنيفة وعندهما يجب الحد" (٣) ويفرق بعض فقهاء الشافعية في أحكام وطء

ذات رحم محرم إذا كان بعقد الزواج أو بالملك كما ورد في المذهب : . . .

"وإن ملك ذات رحم محرم ولحقها فقه قولان، أحدهما أنه يجب عليه الحد لأن

ملكه لا يبيح ولحقها بحال فلم يسقط الحد، والثاني أنه لا يجب عليه الحد وهو

الصحيح لأنه ولأه في ملك فلم يجب به الحد كولي أمته السحاض ولأنه لا يتخلف

المذهب أنه يثبت به النسب وتحرير الحاربة أم ولد له فلم يجب به الحد" (٤)

(١) رد المختار على در المختار ج ٣ ، ص ١٦١ (٢) المرجع السابق ، الصفح

الفتاوى ج ٢ ، ص ٦٣٢ (٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٤ ، ص ١٤٣

(٤) المذهب ج ٢ ، ص ٢٦٨

ويخالف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ما حبا أبا حنيفة في شبهة العقد.

مرايما قال جمهور الفقهاء ومنهم الشافعي وأبو أيوب وابن أبي خثيمة وحابر بن

زيد، وإسحاق وأحمد، مالك، والحنيني رحمهم الله، والأصل عندهم أن النكاح

إذا كان محرماً على التأبيد أو كان تحريمه مجعلاً عليه يجب الحد وإن لم يكن محرماً

على التأبيد أو تحريمه مطلقاً، ولا يجب عليه (١) . ووجه قولهم أن هذا نكاح

أضيف إلى غير محله، بل هو دليل عدم المحلولة أن محل النكاح هي المرأة المحلولة

لقوله سبحانه وتعالى: (وَأَحْضِرُوا لَهُمْ مَا رَأَيْتُمْ خَيْرًا) (٢) . والمحارم محرمات على

التأبيد لقول الله تعالى: (وَحُرْمَةُ أُمَّهَاتِكُمْ وَأَبْنَاتِكُمْ) — (الآية) (٣) .

إلا أنه إذا ادعى الاستبراء قال: ثبت أنها محل ليرسقط الحد لأنه ظن

أن شيعة لغة النكاح من الأحرار في المحل دليل الحل فاعتبرا هذا الظن في

حقه وأن لم يكن مستتباً حقيقة أم لا لما رداً خلا الولء عن الشيعة فيجب الحد (٤)

وعندهم أن حرمة تلك المرأة تثبت بدليل قاطع وإخافته اليهن كإضافته إلى

الذكور لكونه صادف غير المحل فلهذا لأن محل التصرف ما يكون محلاً لحكمه وهو الحل

عنه، وهي من المحرمات فيكم ولو نما زنا حقيقة لعدم الملك فيها، والحق واليه الإشارة

(١) بدائع الصنائع ٣٥/٧، المهذب ٢٦٨/٩ - المغني ١٨٢/٨

(٢) النساء : ٢٤ (٣) النساء : ٢٣

(٤) البدائع ج ١، ص ١٥٥

بقوله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء) ما قد سلف انه كان فاحشة ^(١)

والفاحشة هي الزنا لقوله تعالى : (ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة) (٢) .

ومحرد انرافة العقد الى غير المحرم لا عبرة به . ألا ترى أن البيع الوارد على

الميتة والدم غير معسر مبرأ حتى لا يفقد شيئاً من أحكام البيع غير أنه اذا لم يكن

عالمًا يعذر بالاغتناء . (٣) .

أما انما لم يحتجنا من معه فمصرة العقد عند عدم تكفي بذاتها لإيجار

الشبهة بالنسبة للموافقة المحل في زواج المحرم ، ما دام العقد قد حصل بإيجاب

وقبول من يكون أحدهما ، ومن لم يدرك أحد اذا يتزوج رجل أمه أو أخته بمشبهة

العقد عند **هــ** ^{ولا} الفقهاء اعتماداً على المنقول والمعقول . وقد بين

الكاتب عنده هذا الرأي من قوله تعالى : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) (٤)

وقوله سبحانه ، تعالى : (وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى) (٥) ، فقد جعل الله

سبحانه وتعالى النساء على العموم والإطلاق محل النكاح والزوجية (٦)

من المعقوف أن ^{الأنثى} من بنات آدم عليه السلام ، محل صالح

لمقاصد عقد النكاح من السكنى والمال والتمحيين وغيرها ، فكانت كل أنثى محلاً

(١) النساء : ٢٢ (٢) بنى إسرائيل : ٣٢ (٣) راجع تبیین الحقائق ج ٣ ، ص ٨٠

المهذب ج ٢ ، ص ٢٦١ (٤) النساء : ٣ (٥) النجم : ٤٥

(٦) بدائع المنافع ج ٢ ، ص ٣٥ - ٣٦

لحكم النكاح أى قابلية للعقد ، لأن حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود من التصرف

فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوصل إلا أن الشرع

أخرجها من أن تكون محل النكاح شرعاً مع قيام المحلية حقيقة ، فقيام صورة العقد

والمحلية يورث شيعة ، إذا التسمية اسم لها يشبه الثابت وليس بثابت ، أى ما

يشبه الحقيقة لا الحقيقة نفسها ، أو نقول وجد ركن النكاح إلا عملية والمحلية

على ما بينا إلا أنه كانت تسمى المحلة فكان نكاحاً باسداء الولاء فى النكاح الفاسد

لا يكون زناً بالاجتماع ، وعلى هذا ينبغي أن يعطى فيقال هذا الوطء ليس بزناً

فلا يوجب حد الزنا قياساً على النكاح بغير شهود و سائر الأنكحة الفاسدة . (١)

ويقول الزياغى لجهار هذا النوع من التزويج الذى لم يثبت مالاً عندنا ولا على محل

للعقد ، ومع هذا لم اشتهر بهما شيئاً اعتبرت مالا فى حق انعقاد العقد حتى يملك

ما يقابلها لكونها مالا عند أهل الشام ، والأشئ من أولاد آدم محل للعقد فى حق

غيره من المسلمين فكانت أولى بمقارفة الشبهة ، ويرد الزياغى حجة صاحبين

والجمهور بكون الشاء محرمة على التأيد فهو لا تنافى الشبهة ، لأن لووطئ أمته

وعلى أخته من الرضاع عالماً بالحرم لا يجب عليه الحد والنكاح فى افادة ملك

المتعة أقوى من ملك اليمين ، أنه شرع له بخلاف ملك اليمين ، فكان أولى فى افادة

الشبهة لأن الشبهة تشبه الحقيقة فما كان أقوى فى اثبات الحقيقة كان أقوى فى اثبات

الشبهة . (٢)

(١) نفس المرجع (٢) تنبى الحقائق ج ٣ ، ص ١٨٠ (٣) السابق

هـ أما استدلال المخالفين بتسمية الفاحشة زنا ، فيجاب بأن الفاحشة

اسم للمحرم كما قال الله تبارك وتعالى : (ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن)^(١)

وقال تعالى : (والذين يحثيئون كبائر الأئمة والفواحش لا المم)^(٢) .

ولا يكون اسم الفاحشة مختصا بالزنا لم كان مختصا به فليس فيه دلالة على

ما قالوا لأن الذكاج حقيقة لله لا فيحمل عليه الذكاج المذكور في الآية لا على العقد

لأن العقد ليس بزنا اتفاقا ، ولا على الولاء بعد العقد لأن اللفظ لا يدل عليه لأن

الذكاج لم يذكر إلا مرة فيتنقل أحدهما على البذل ومن الجمع بينهما لا استحالة الجمع

بين الحقيقة والمحار ، والدليل على أنه ليس بزنا أن أهل الذمة يقرون عليه وكان

مشروعا في دين من قبلنا ، كما جاء في آيتين الحقائق^٣ ، والذي لا يقر على الزنا

ولم يسرع الزنا في دين من الأديان قال : فإذا لم يحب الحد عنده لما ذكرنا يبائع

في تعزيره إن كان عالما بذاته لأنه ارتكب ما "مرا فيه نسيان العالم" (٤) .

وننتهي من عرضنا ^{الشبهة} لأننا ^{لشبهة} عند الحنفية و سوف نحاول إن شاء الله أن نعرض

تقسيم الشافعية في المباحث الثاني .

(١) الأنعام : ١٥١ (٢) النجم ٣٢ (٣) التبيين ٣ : ١٨٠

(٤) المرجع السابق

المبحث الثاني

تقسيم الشبهة

إن الشبهة عند الشك فعية لها ثلاثة أقسام (١) .

- ١- شبهة الفاعل
- ٢- شبهة المحل
- ٣- شبهة الجهة أو الدارق

الدليل الأول

القسم الأول : شبهة الفاعل

عرف الشريعتي شبهة الفاعل بأنه الذي لا يوصف بمحل ولا حرمة ، كأن يكون

جامعاً (٢) .

قال صاحب المذهب لا يجب الحد على من لا يعلم تحريم الزنا لما روى عن

سعيد/المسيب (٣) قول عمر رضي الله عنه في اجتناب تنفيذ الحد على الجاهل

بالتحرية ولو أقر بالجرمة ، ثم مثل أيضاً هذا النوع من أحنية ظنها زوجته أو أمته (٤)

(١) راجع تحفة المحتاج ج ٩ ص ١٠٣ (٢) مغنى المحتاج ٤/١٤٤

(٣) انظر المذهب للشراز ج ٢ ص ٢٦٧ وقد عرضنا حديث سعيد بن المسيب

في صحت أدلة اعتبار الشبهة ، و أيضاً في كلامنا في شبهة الفعل عند الحنيفة .

انظر ٢٧٠ فيما سطر ، (٤) تحفة المحتاج ج ٩ ص ١٠٣

فلا حد عليه بلا خلاف وإن لم يقل هذه زوجته .

وتتوافر شعبة الفاعل لمن وحد على فراشه امرأة ظنها امرأته أو حاربتسه
فوطئها أو دعا زوجته فجاءته غير ما فهمها بأنها المدعوة أو اشتبه عليه ذلك
لعماء . فلا حد عليه عند الشافعية والحنبلية . حكى عن أبي حنيفة عليه الحدان
وطئ في محل لا مد له من (١) .

هـ هذا التمهيد يتعلق بإرادة الفعل المحرم ذاته لأن الفاعل ارتكب الفعل في

ظروف تورث شبهة تكفي لدرء الحد عنه .

ويبدو من التعريف أن أساس هذه الشبهة هو :-
عدم العلم بحرمة الفعل

وإن الفاعل حل الفعل .

وإن هذه الأمثلة المذكورة ما يقاوم أن يثبت على عدم العلم بمحل الفعل -

وعوما يسمى بالشبهة المحل - فاعلم لا تدل - في نظري - على عدم العلم

بحرمة الفعل -

- إن أن الذي دعا زوجته - مثلا إلى الفراش فجاءته غير ما فوطئها غانا

منه أنها زوجته، يعبر بحرمة الفعل، وإن قد تحققت عليه محل الفعل في ذاته .

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٦٨ ، المغني لابن قدامة ج ٨ ، ص ١٨٤ ، انظر البدائع

للمناقشة على هذا الخبر ، وبخرجه الامام الكاساني من شبهة الاشتباه بل هو بقيام

الدليل المبيح ، إذا قالت النساء إنها امرأته وثبت فيه النسب كما في شبهة المحل أو

الملك خلافا في شبهة الاشتباه - راجع ج ١ ص ٣٧

ومن ثم فإن الأمثلة لتساير التعريف ، وأولى من ذلك أن نقول إن الجاهل بالحرمة هو الذي لم يمرر بالحكم ، فأتاه ومن يثابح حله لا حرمة .

المطلب الثانيالقسم الثاني عند الشافعيةشبهة المحل

يمثل الشريعتي لشبهة المحل بظن أنها زوجته (١) ويعرف الشافعية هذه الشبهة بأن أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل عليه ومن امثلتها وطء شخص زوجته حائضا أو صائتة أو محرمة أو في دبرها (٢). أو أخته قبل الاشتراء أو جارية ابنه، ولم يجب عليه الحد لأن له فيها شبهة ويلحق نسب ولدها فلم يلزمه الحد بوطئها (٣). فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم لأن المحل ملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة، وإن لم يكن له أن يباشرها وهي حائضه أو صائتة أو أن يأتئها في الدبر كما ضربا، إلا أن ملك الزوج للمحل وحقه عليه يورث شبهة - وقيام هذه الشبهة يقتضي درء الحد سواء اعتقد الفاعل محل الفعل أو بحرمة، لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن بل محل الفعل وتسلط الفطلية كما قدمنا (٤).

- (١) مغنى المحتاج ١٤٤/٤ (٢) نتعرض للتعريف الشرعي للزنا في باب الآثار. أنظر ص... أما حكم وطء الزوجة الحائض فيمتنع لقوله تعالى : فاعتزلوا النساء في المحيض فلا تقربوهن حتى يطمهروا، ويحذر وطء الصائتة صيام الفريضة كما ورد في الهداية : من جامع في أحد السبيلين عامدا فعليه القضاء وعن أبي حنيفة أنه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه (الهداية ١/١٢٤) أما حكم اتيان الزوجة في دبرها فيمحاقب الجاني لعقوبة تمزيرية بدلا عن الحد وإن كان بعض الفقهاء - ومنهم أحمد وأبو يوسف ومحمد - يرون الفعل زنا ولكن تدرأ العقوبة بشبهة الطك ولا حنافة في حلية الفعل - عودة ٣٥٣/٢ (٣) المذهب ج ٢ ص ٢٦٨، تحفة المحتاج ج ٩ ص ١٢٠ (٤) انظر المرحومين السابقين وراجع صريح فيما سبق في التفرقة بين وطء محرم ذات رحم بعقد الزواج ويملكها .

المطلب الثالث

المادة الثالثة

شبهة الحر أو الشريف: وقد ساء شبهة المذهب

يعبرك هذا التبرأ من التبرأ من حال الفعل وجرته (١) ، ويمثل صاحب

مغنى المحتاج لهذا الجواب بالكتاب بلا ولي (٢) ، وأما في هذا النوع الاختلاف

بين الفقهاء على الحد والحرمة في الفعل ، فمن ولي من تزوجها بلا ولي أو بلا

شهود فلا حد في شبهة التحريم (٣)

فكل ما اختلف الفقهاء على حله أو جواز كان الاختلاف فيه شبهة يدرأها

الحد - وقد أورد في هذا الباب الشافعي ، ومنه جواز نكاح المتعة عند الشيعة ، في

رواية عن ابن عباس ^{حدد} لم يحد الفقهاء صحة هذه الرواية -

أما جمهور الفقهاء ممن حرّم هذه النكحة كلها ولكن الرأي المخالف وإن

كان مرجحاً أه صحتها يخرج تلك النكحة المختلطة عليهما من إقامة حد الزنا ،

لأن الخلاف يقوم شبهة تدرأ الحد ، يزيل أثر الحرمة في ذاته ، ولو كان الفاعل يعتقد

بحرمة الفعل (٤)

وبهذا ينتهي الكلام في تقسيم الشافعية ، ونعبر بالمقارنة بين

تقسيم الحنفية والشافعية قبل أن نقدم ان شاء الله تقسيم الفقهاء المحدثين .

(١) الأسماء الذائبة المسمى ١٢٠ (٢) الشريفي ١٤٤/٤

(٣) تحفة المحتاج ج ٦ ، ١٠٢ (٤) شرح فتح القدير

الموازنة بين المذممين في أنواع الشبهات

من هذا المبرهن نجد أن كل من الحنفية والشافعية في أنواع الشبهات

نستطيع أن نستدل ما يلي :

أولاً : أن شبهة الفعل عند الحنفية وشبهة الفاعل عند الشافعية تلتقيان فيما يلي :
(١) عدم العلم بحرمة الفعل ، وذلك لجهل الفاعل بالشرع ، ولا يؤثر اختلاف

التسمية في هذه النقطة ، إذ أن الحنفية يعدم من الشبهة تتعلق بالفعل نفسه حلاً

وحرمة ، بينما يعدم الشافعية الشبهة قائمة في ذهن الفاعل فلا يدرى إن كان

الفعل الذي يأتيه حلالاً أم حراماً .

ومع اقتراب هذا الاعتبار في كلا المذممين ، فأنتا نكاد نرى الأمثلة

فيهما متقاربة كذلك .

غير أن الأمثلة الشائعة التي خربها الحنفية في باب الزنا (١) تدل على

أن الفاعل يعتقد بحل الفعل لشبهة ملكية قائمة في المحل والأمثلة التي ضربها

الشافعية تدل على جهل الفاعل بحرمة الفعل أساساً (٢)

(٣) أن الشبهة تؤثر في حرمة من اشتبه عليه دون من لم يشتبهه ، وكلا المذممين

قد أوردوا حديث سعيد بن المسيب ، واستدلوا به هذه القصة ^١ أن هذا الرجل لما كان

جاهلاً بحرمة الزنا لم يجد ، ^٢ أن امرأته ^٣ أن كان لا يعلم فعله ، وإن عاد فخذوه ^٤

فدل هذا على أنه ^{بعد} بعد / علمه ، وإن الاشتباه عن ذهنه .

(١) انظر شبهة الفعل عند الحنفية ص ٣٦ (٢) انظر : شبهة الفاعل عند

الشافعية ص ٥١

ثانيا : يتفق المذمبان على شبهة المحل فيما يلي :

(أ) في التسمية : ويرجع ذلك الى تعلق شبهة محل الفعل .

(ب) ^{في} أن أساسها محل الفعل ، وتلك الفاعل عليه دون اعتقاده وظنه .

غير انهما عند الحنفية تحصل لقيام دليل نافي المحرمة ، فمن ولى "أفه ابنه

اعتمادا على قول الرمولى على الله عليه وسلم" أنت ومالك لأبيك " فقد نظر

الى هذا الدليل المنافى للمحرمة ^{فصل} المتعار عن المانع الذى يفيد الحرمة .

وقد كان هذا الدليل مراد من شروط الاعتداد بهذه الشيعة عند عدم .

أما قيام هذه الشيعة عند الشافعية ^{فإنه} يستوى فيه اعتقاد الفاعل محل الفعل أو

بحرمته (١) .

وإذا قامت هذه التبادلات بشروطها فى المذممين ، فإنها تقتضى درء الحد ،

فيستقضى مثلا عن الأب الذى سر ما مال ابنه أو قتله (٢) .

اخرى

ثالثا : انفراد كل من المذممين بفعل شيعى/ باسم ونوع مختلف :

فعلن المذموب الحنفى لشيعته سماعا " شعبة العقدة " لتعلقها به ، وان وجد

صورة لا حقيقة .

ومثلا ذلك يعنى يتزوج المرأة بنكاح فاسد ، فان حكمه سقوط الحد .

بل إن أبا حنيفة ، بعدما من أصحابه قد ذهبوا الى سقوط الحد عن يتزوج

(١) انظر شبهة المحل عند الشافعية ص ٥٤

(٢) انظر شيعية المحل عند الحنفية ص ٥٤ ، وعند الشافعية ص ٥٤

أمه أو أخته بشبهة العقد ، وما دام قد حصل بإيجاب وقبول .

كما عرض المدعي الشافعي أيضا لشبهة ثالثة هي : "شبهة الجهة أو

الطريق" ، وتعتمد من حيثها التمسك بالشك فيعلق بالفعل المختلف على حله وحرمة .

على اعتبار أن الاختلاف الفقهي حمل حكم من الأحكام من حيث الحل والحرمة من شأنه أن ينتج صيررا للذن الفاعل كما خرجها لهذه الشبهة مثلا بالنكاح بلا ولي ، ونكاح المتعة الذي يجزئه الشيعة .

والأمثلة عند الحنفية والشافعية تلتقي - في النهاية - على إنتاج شبهة من نوع واحد .

فقد ضرب الحنفية المثل على شبهة العقد بمن يتزوج المرأة بنكاح فاسد و ضرب الشافعية المثل على شبهةهم الأخيرة بمن ولي امرأة تزوجها بلا ولي ولا شهود .

فإذا عرفنا أن الولاية والشهادة من شروط صحة الزواج ، وبغيرهما يصير عقد الزواج فاسدا ، فإن المثلين يؤيدان إلى شيء واحد يسمى عند أبي حنيفة بشبهة العقد ، ويسمى عند الشافعية بشبهة الجهة أو الطريق .

وحيث لا تؤثر التمسك كثيرا على حقيقة الشبهة ، فالتنا نرى أن أنواع الشبهات تقسيماتها عند الحنفية لا تختلف كثيرا عنها عند الشافعية . والله أعلم .

المبحث الرابع

تقسيم الشيخ أبي زهرة

نحاول في هذا المبحث أن نقد لأقسام المذاهب ملخصاً من كلام ..

الشيخ أبي زهرة وأن نتكلم من القارة بين هذه الأنواع .

وقد قسم المذهب إلى زعماء المذاهب الدراية للحد إلى أربعة أقسام

أساسية وعلى : (١)

أولاً : نوع يتعلق بالمذهب الحنبلي في تحقق ركن الحرمة (أي الشيعة في الركن الشرعي)

ثانياً : نوع يتعلق بالمذهب الشافعي في ارتكاب (أي الشيعة

في الركن الخامس)

ثالثاً : نوع يتعلق بالامتناع .

رابعاً : نوع يتعلق بتأنيب النفس على الحزنيات والخفايا في التطبيق في بعضها.

المطلب الأول

نوه بتعلق بركن الجريمة (١) أن الشبهة في تحقق الركن الشرعي

هذا النوع عند الشك في زعم (٢) يشير إلى اعتبار الشبهة لجهل

بالركن الشرعي أو الذي ^{الذي} يحترق الجريمة ويرتب عليهما عقابا سواء أكان الحد أو

القصاص - وقد تماقت الشبهة عندنا بالتأويل التام -

(١) إن فقهاء القائلين الجنائي المسمى بحملون للجريمة أركاناً ثلاثة ، لا يعد

الفعل جريمة إلا إذا توافقت فيه هذه الأركان ، كما نقل أبو زهرة عن

الشيخ علي بن إدريس :-

أ - والركن الأول منه الركن الشرعي ومعناه أن يكون هناك وجود النص يخطر

الجريمة ، سواء كان أم سائر أخرى وجود الذي يحد الجريمة ويبين

الحزاء العقاب المترتب عليها -

ب - والركن الثاني منه الركن المادي والمراد به اتیان العمل المحرمة سواء

كان فعله أم امتناعاً أي سواء أكان هذا الأمر إيجابياً أم سلبياً ، فعلاً أصلياً

أو اشتراكاً ، جريمة تاماً أم نوبة -

ج - والركن الثالث منه الركن الأدبي ومعناه أن يكون الجاني مكلفاً أي

مسئولاً عن الجريمة ، فلهذا يتوافر عناصر المسؤولية الأدبية في شخصه من حيث

الإدراك والإرادة ، ومن حيث الخطأ العمدى وغير العمدى ، ومن حيث ارتكاب الأمر بسير حر يستلزمه أه واجب يؤديه - انظر " الجريمة " لأبي زهرة

ج ١ ص ١٤٤ ، والتأويل الجنائي الاسلامي لعودة ج ١ ص ١١٠

(٢) راجع " العقوبة " ص ٢٠٠

هـ يتقدم أئمة الخمسة الشيعة في ركز الحريمة إلى أربعة أقسام وعن :

أ- قسم الدليل

ب- قسم المأثر

ج- قسم الحق

د- قسم الصورة

و نعرف التعريف لكل قسم بالتفصيل في المقدمة المقارنة بين هذه

التقسيمات مع الأقسام عند الفقهاء المتقدمين في البحث القادم إن شاء الله

تعالى .

الفرع الأول

أ - شبهة الدليل

وعن أن يكون في الموضع دليلان متنازعان :

أحد مما يحرم وهم **الراحم** ، **الأوربيش** ، **وهو المرحوم** ، نفتاؤل الحلف الأثر (١) -

والمراد بنا دعوى الخلل في أصل الحل والتحريم -

ومن أمثلة هذه الشبهة عقد الزواج من غير شهيد عند المالكية -

وكذلك العقد من غير المال عند الأحناف ، ونكاح المتعة والشغار ، ونكاح الأخت

في عدة أحبتها من الأولاد ، ما من ، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ، ونكاح

المحوسبة -

أما

وأما هذه الشبهة القاعدة عند الفقهاء : إن كل فعل يختلف فيه

الفقهاء خلا وتحريما ، ولا يتحقق الركن الأول للحرية ، وهو كون الفعل محرما

ومحظورا بدون شبهة إذ الدليل المعارض ، وإن كان غير منتج للتحليل قد أنتج

الشبهة تمنع إقامة الحد (٢) .

(١) العقوبة من ٢٠١ - ٢٠٣ .

(٢) وهذه الشبهة من المراجع السابق في هذا القسم - انظر المغني ج ٨ ص ١٨٣ - ١٨٤ .

الفرع الثاني

ب - شبهة الطك (١)

وهي أن يكون الدليل سجع نوع ملكية في عين المجنى عليه، ومن أمثلة هذا القسم مرقاة من مال الله، مع أنهما من حرز مثله، وتواهزت كل أركان السرقة المتاعمة، فكان لا يفرق بينهما، لأن هناك دليلاً مبيناً لقوله عليه الصلاة والسلام: "أنت مالك لأنتك"

و قد تمثل هذه الشبهة في سرقة شخص جزءاً من الغنائم قبل توزيعها، ولو كان خفية تتحقق حريصة السرقة بصورة، ولكنه اعتبرت الملكية في جزء منه و ملكية صحيحة وله لم تتأكد بالقسمة، وهي كافية لاستقلال الحد، ومن أمثلته الولاء بحارية مشتركة.

وقد ذكر الشيخ أبو زهرة (٢) رواية عن الإمام أبي حنيفة نقلها صاحب "المفني" (٣) أن أجاز وطء المرأة المستأجرة أو المعارة، وردّها/ محتجاً بأنها غير منسوبة في كتب الحنفية وأورد من عبارة البدائع ما نصه: ((ولو وطئ المستأجر حارية الأجرة والمستجير حارية الأجرة والمستودع حارية الوديعة يحد، وإن قال المنت أنهما تحل لي لأن هذا من عري عن دليل فكان في غير موضعه فلا يعتبر^(٤)

(١) نعر بالتحليل من المرجع السابق في هذا النوع (٢) السابق ص ٢٠٣

(٣) ابن قدامة ج ٨ ص ١١١ (٤) الكاساني: بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧

ويتفقون بهذا القول أيضا مع من "المسؤول" الذي قال : (لو استأجر

أمة لتخدمه ، أمة استعارها فزنى بها فعلم الحد في الوجهين جميعا لانعدام شبهة الاشتباه فان ملك المتعة لا يتعدى الى ملك الحبل بحال " (١) .

وهذا مذهب جمهور الفقهاء ^(٢) ، بل يقول ابن حزم **إلى** حد الزنا واجب

على المستأجر والمتأجر ، بل جرمها أعاد من حرم الزاني ، الزانية بغير استئجار ،

لأن زاد المستأجر والمتأجر على ما في الزنا حراما آخر وهو أكل المال بالباطل ^(٣) .

وعلى أن وحدنا النص في هذا القول ابن قدامة ، بيد وأنه لم يرتجل هذا الرأي

لأننا نلاحظ من تفسير الإمام الحنابلة في ^(٤) قوله تعالى (٦) : **فانكحوهن** باذن

أهلهم وآتوهن أخور من ... الآية) يقول : " ان في تسمية الله البهرا جرا دليل

على صحة قول أبي حنيفة فمن استأجر امرأة فزنى بها أثم لا حد عليه ، لأن

الله تعالى قد سمى البهرا جرا فتمسك من قال أجرك كذا - وقد روى نحوه عمر بن

الخطاب ومثلهذا يكون نكاحا فامدأ أنه بغير شهود " .

(١) السرخسي : ج ٩ ص ٦١

(٢) انوار المذهب ج ١ ص ٢٦٨ ، والمغنى ج ٨ ص ٢١١

البحر الرائق ١٢/٥

(٣) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٢٥١

(٤) أحكام القرآن - باب المتعة - ج ٢ ، ص ١٤٦ (٥) النساء : ٢٥

الفرع الثالث

ج - شبهة الحق

هذا النوع الثالث من الشبهات المتعلقة بالركن ويعرفه الشيخ أبو زهرة (١)

"بأن يكون للمركب شعبة حق ، ولم يلاستصحاب".

، من أمثلة هذا النوع الثلاث الرجعى ، والبائن ، والمالقة ثلاثا ،

والطلاق على مال -

ويفسر الشيخ أبي زهرة هذه الأمثلة نقلا عن البدائع للكاساني (١)

الدخول بالمالقات عند الحنفية ينقسم الى أربعة أقسام لكل منها اذا كان

فى العدة :

أولا : اذا كان الثلاث رجعيا فهذا دخول بحق شرعى لا شعبة فيه .

ثانيا : اذا كان الثلاث بائنا وكانت الأولى أو الثانية فالدخول يكون شعبة

فى المحل ، وينقضى الحد ، وله كان يعلم التحريم ، لأن الشبهة قائمة ،

وعلى شعبة الحق باستصحاب حال الإباحة وبقاء الزوجية ببقاء العدة .

قال الشافعية ، الحنابلة ، بعد المالقة إنه طلاق رجعى كالسابق ،

ولكن

وقال الحنفية إنه بائن المألوم فيه بشعبة قوية .

ثالثا : الدخول بالمالقة ثلاثا فى العدة ، فان بقاء الحل غير ثابت ، ولا

شبهة فى المحل ، فلا تكون شعبة الا باشتباهه ، فاذا ادعاه فان الحد

(١) المعقبة ص ٢٠٤ - ٢٠٦ (٢) ج ٧ ص ٣٦

يسقط لما ساقه من دليل -

رابعاً : الملاقاة على مال ، فإن يشبه البطالة الكامل للثلاث من حيث أنه مجمع على أنه بائن ولم يختلف في ذلك فقهاء الأمصار ، ولم يختلف في ذلك المحابة - ويشبه الحكم فيه حكم البائن بينونة صغرى في الصحيح عند الحنفية ، خلافاً للكرخي الذي يفتيره بينونة كبرى . (١)

ويدخل في هذا النوع - السرقة من أموال ذي الرحم المحرم غير الإباء ، كما يدخل فيه سرقة أحد الزوجين ^{من} مال الآخر ، أو من أحد الأصول أو الفروع ، لأن لكل منهم نوع حق يسقط الحد وإن كان لا يثبت الملك . (٢)

وقد اعتبر أبو زهرة من قبل شعبة الحق من سرق من بيت المال ، وهو رأى الشعبي وأئمة الأحناف الثلاثة ، والشافعي ، وخالفهم مالك فرأى أن هذا الحق لا ينهين شبهة ، لأنها سرقة داخلية في عموم نفي القرآن . (٣)

ويقول الشيخ أبو زهرة في باب القمار (٤) بأن شعبة الحق يثبت في أربعة أحوال وهي :

شبهة الملك

وشبهة الحرزية

(١) العقوبة ٢٠٥ - ٢٠٦ (٢) المرجع السابق (٣) نفس المرجع - ونقدم الكلام عنها في باب الآثار - انظر ص ١٥٧
(٤) أنظر العقوبة ص ٤١٦ - ٤٣٣

وشبعة الزمحية

وشبعة رضاء المجنى عليه بالحرية .

وقد اختلف الفقهاء في أثر هذه الشبهات بالنسبة للقصاص ما بين

أخذ بها وبين مانع في بعضها - ونكتفي بعرضنا في شبعة الحق .

وننتقل إلى القسم الأخير من أنواع الشبهات التي تتعلق بركن المجزئة ،

وهي شبعة السمرة .

الفرع الرابع

د - شفعة الصورة

هذا هو النوع الرابع من الشفعات التي تتعلق بركن الجريمة وتحقيقها
 أن صورة العقد في الزواج ولو كانت المرأة حراماً على الزوج حرمة ثابتة بالاجماع
 تكون شفعة مضافة للحد ، وله أن التحريم على وجه التأييد ، لأن صدور العقد
 من أهله وإن لم يكن مثلاً للحد فهو مثبت للشفعة المضافة للحد وذلك يتحقق
 بوجود صورة العقد . (١)

ونقل أبو زهرة في "البدائع" (٢) "يتقدم رأى الإمام أبا حنيفة ورأى
 صاحبه مع أدلتهم في اعتبار شفعة العقد وعدم جوازها - ولنرجع إلى عرضنا
 عن شفعة العقد فيما سبق . (٣)

وقد انتهينا ^{من} التقسيم الأول للشيخ أبي زهرة ، وفي البحث الثاني
 نتكلم عن نوع يتعلق بالجهل النافي للمقصد الحائى في الارتكاب والمراد منه
 الشفعة بسبب الجهل في الركن الأخر للجريمة .

(١) السابق ص ٢٠٧ (٢) للكاساني ج ٧ ، ص ٣٥ - ٣٦

(٣) ص ٤٤ - ٥٠

المطلب الثاني

الشيعة بسبب الجهل (١) في الركن الأدبي (٢)

وقد تكلم الشيخ آية زهرة كلاماً مفصلاً عن هذا النوع من الشبهات،

وقسمها على النحو التالي :

- أولاً : الجهل بالأحكام الشرعية المحرمة مطلقاً (الجهل بأصل التحريم المجمع عليه)
- ثانياً : الجهل في موضع يحتاج فيه العلم بالحكم إلى نظر واستدلال وبحث -
- ثالثاً : الجهل باعتبار الأصل المسحة والمحرمة .

(١) الجهل بمد العلم ، وإثبات قرر الأصوليين أن العلم بأداة الأحكام الشرعية
 يترتب من سره التكليف - (انظر أصول الفقه لفضيلة الأستاذ الدكتور حسين حامد
 حسان ، ص ١٥٥) لا يتخذ الجاني على الفعل المحرم الا اذا كان ^{يعلم} علماتاً
 بتحريمه فانما جعل التحريم ارتفعت عنه المسؤولية - وجنبا الى حنب يقول الفقهاء :
 (لا يقبض داراً الا بسلام العذر بجهل الأحكام)^{في}

انظر التوسيع الحنابي للأستاذ عبد القادر عوده ج ١ ص ٤٣٠
 هذه القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية وكذا في القانون ولا استثناء لها .

غير أن منه ما عذر به المرء ومنه ما لا عذر به :

- فالجهل الذي لا عذر به صاحبه عنه الجهل بما قام عليه الدليل الظاهر

(٢) انظر ص ٧ ما تقدم في تعريف الركن الأدبي .

البين ، لأن الأهل أن الشكر لا يعذر به بخلاف الشرع ، وتطبيق هذه القاعدة الأصلية منع مؤاخذه من جهات التحريم حتى يصبح العلم ميسرا - ولذلك يرى الفقهاء قبول الاحتجاج بجهل الأحكام :

- (أ) إذا كان المجهل يقيم إقامة دائمة بدار الحرب ، كمن أسلم من أهل دار الحرب ، عا - في ياديه لا يختلط بمسلمين ، فلا يكلف بالكف عن أسباب العقوبات ، ولا يعاقب على ما ارتكبه من جنایات ، لأنه يعد عذرا يدفع التكليف عنه يمنع المسؤولية ، أي وفقا لشيعة تمنع العقاب -

- (ب) إذا كان المجهل من أسلم حديثا ولم يكن مقيما بين المسلمين أو قد أقام بدار الإسلام مدة قصيرة يغلب على الدان معها عدم تمكنه من العلم بالخطاب الشرعي . أو هذا الجاهل أين عذرا مانعا من التكليف ، ولكنه شيعة تدرأ العقوبة وفقا -

الجاهل الذي يعد عذرا فهو الجاهل في موضع الشيعة ، وهذا ما أبحث عنه في هذا المسألة معتمد على تقسيم الشيخ أبو زهرة -

رابعاً : الجهل بالأحكام الإسلامية في غير الديار الإسلامية . (١)

و خوفاً من أن تختل هذه التقسيمات ، نعرض هنا تلخيص كلام أبي زهرة

ونحاول أن نناقش في الفصل القادم في المقارنة -

الفرع الأول : الجهل بأصل التحريم المجمع عليه :

هذا القسم هو الذي لا يذرفه صاحبه ولا يعد شيعة ، ومنها سائر

العقوبات المقررة الشرع . ثم بالأساس العقوبة بالربط قطع لا يفيد الظن

بل يفيد اليقين .

والجهل بأصل من أصول الشرع أو دليل قطعي كما ذكرنا انما عوائم

ومعصية ولاثم أو المعصية لا يبرأ الثم أو المعصية . (٢)

و قد تتحول العقوبة المصداقية إلى المخففة في هذه الحالة لعذر الجهل

ان كان المرتكب حديث عهد بالإسلام ، أو بعيداً عن دار الإسلام ، كما قدمنا

آنفاً امرجعنا إلى كتب الأصول (٣)

فليذكر من دخل في الإسلام بعرض تفاصيل أحكام الميراث رغم ورود

أكثر مما يدل قطعاً -

فان
ومن ثم وجود المعصية في وسائل العلم قد يكون استثناء ،

(١) أنار " العقوبة " ص ٢٠٩ - ٢١٨ (٢) المرجع السابق ص ٢١٣

(٣) راجع إليها ص ٧٩ - ٧٥

هـ قد يكون كذلك جهة بما ليس فيه شيء من كتاب ولا سنة أو بما كان نصا ويحتمل

التأويل أنه القبان ولو ثبتت دلائل قاطعة ولكنه ظني الدلالة . (١)

الفرع الثاني : الجحيم في موضوعه من العلم بالحكم الى نظره واستدلاله وبهت :

هذا النوع الذي لم يثبت الأمر فيه بالنسبة القطعية ، يفيد الظن ويخفف

العقاب نحو الجحيم ببعض الأحكام التفسيرية مثل جهة البقي ، والباقي لا يحاسب

على تأليفه من نفسه أو مال عند الحنفية لأنه خرج من ولاية الامام ولا قصاص ولا عقاب

الا بوجود الولاية .

وخالفهم الجمهور لا يسقط العقاب عن الباقي عند هم لأنه مسلم ملتزم

بأحكام الاسلام ، وذكرني بالاشارة هذا الخلاف ، ويقول الشيخ أبو زهرة ان هذا

النوع من الجحيم لا يحق في الحدود ، لأن الحدود ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع (٢)

الجهل بتعارف الأدلة أو بعدم توافر أسباب العلم:

وقسم الشيخ هذا النوع من الجهل الى ثلاث شعب (١) :

أولها : أن يكون الأمر موضع اجتهاد و تنازع دليلان : دليل مانع و دليل

مهيح ، أحدهما أرجح و أقوى فهو يتبع ، والثاني دونه فلا يتبع ،

ولكن سمعنا بالثاني من الشبهة الناشئة من ذلك التنازع .

الثانية : أن لا تتوافر أسباب العلم ، وذلك كالجهل بالعلاقة المحرمة كالزناح

مع الأخت من الرضاة أو الأخت من النسب^(٢) فلا تلزم العقوبة بل يزول

ومث الجرمية ، لأن فيه ممدمة قهرة لعدم السبيل إلى العلم بوقوع الرضاة .

ومن أمثلة هذه الشبهة عقد الزواج اعتمادا على شهادة الشهود بأن

الزوجه - الأول أو الزوج الأول قد مات أو ماتت ، فهذا جهل سبب

التحرمة من حيث الحقيقة فقد تدرأ الحد - وكذلك امرأة المفقود اذا حكم

بمقتضى شروط بعد انتهاء العدول يتم الدخول بها ثم تبين أنه حي فان

الحد لا يكون من الحد وتوافر أسباب العلم

الثالثة : أن تقوم أسباب العلم من الجهل بأن الأدلة متعارضة رغم توافر أسباب العلم ،

و أمثلة فرعان :

١- المرجع السابق : ٢١٤

٢- وسدده أن هذا الجهل من جهل عدم العلم بأصل التحريم المجمع عليه كما

ذكرنا في الشرح الأول من هذا المبحث ص ٧١

- الأول : أن يكون ادعاء الجهل مع طائفة
- والثاني : ألا تكون طائفة الجهل كالسليم في الديار الإسلامية .
- أو ادعاء الجهل بالمحرمات على وجه التأييد أو زواج المسلمة
- بغير العلم ، فيه أمران :
- أولهما : أن تكون الحرمة منصوصة من الكتاب والسنة والجماع ، فلا تدرأ الحد
- مع طائفة الجهل ، لا تحت المصلحة .
- ثانيهما : أن تكون الحرمة من محل إجماع كزواج الأخت في عدة أختها لا خلاف
- الصحابة في صحتها ، أو مثل زواج خاتمة في عدة المطلقة للاقابائنا ،
- فإن حل ذلك معناه خلاف (١) .
- وكتفى بهذا المبرر في القسم الثالث في الجهل بتعارض الأدلة
- أو بعدم شأمرها ، أما المبرر في القسم الأخير في الشيعة
- بعدم الحل .

(١) نفس المرحوم ٢١٤ - ٢١٥

الفرع الرابع

الجهل بالأحكام الشرعية في غير الديار الإسلامية (١)

قد ثبتت صحة الحمل والنفاس في غير الديار الإسلامية لأن العلم بالأحكام فيها غير متيسر بخلاف ما إذا كان مقيماً في الديار الإسلامية ، كما عرضنا في الفروع الثلاثة السابقة .

والفرق بين نوتا الدمار وعدم معرفة الدليل فيما مضى في الفرع الثالث هو : أن أحدهما ينبغي على انتشاء ما ليس دليلاً ، والآخر يستدل بأن دار الحرب ليست بمحل استعانة أحكام الإسلام ، **فيصير** الجهل بالخطاب عذراً لأنه غير مقصر في طلب الدليل (٢) .

وقد اختلف الفقهاء بشأن محووب المبادات وقضاءها على من مكث في دار الحرب (٣) ، ولا داعي هنا للإفاضة في هذا .

وقد انتهينا في المالمين السابقين بتقديم كلام الشيخ أبي زهرة عن توافر التهمة بسبب الجهل في ركن الجريمة أو الأدب من الجريمة -
والآن نقدم التهمة في الأثبات كقسم ثالث من تقسيم الشيخ أبي زهرة -

(١) هذا الفرق يقارن بالمرء المؤمن عند الشيخ أبي زهرة لأن كليهما يشير إلى

الاستثناء بالصعوبة في إثبات العلم بالأحكام الشرعية ، وهذا الجهل كما عرضنا ليس عذراً مانعاً من التكليف ما كان تدرك العقوبة بالثبوت . راجع ص ٢١ - ٢٢ فيما سبق (٢) العقوبة ص ٢١٦ ، ملخصاً عن كثرة الأسرار على أصول فخر الإسلام (٣) المرجع السابق

المطلب الثالث

المسألة فـ في الاثبات (١)

أجد هذه المسألة هي (المسألة في الاثبات) عند الفقهاء الحنفية
والتي هي في تسميتها بالاثبات هي في الحقيقة

(١) بالرغم أن الاثبات هو من مجال هذه الدراسة ، نوضح مفهومه بإيجاز :

والاثبات هو : إقامة الدلائل على صحة (القاموس المحيل ١ / ١٤٤ - ١٤٥)

والإيجاب هو الدلائل التي (المنجد ص ٦)

وفي الشرح : هي الحكم بصدق أو بغير (التعريفات للجرجاني ص) ، وهو :

إقامة الحجة أمام الخصم بالبرهان الذي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب
ص ٥٥٦ - ٥٥٨

عليها آثار (فروع الفقه الإسلامي) ، وهي مجموعة الفقه الإسلامي ٢٠ / ١٣٦ -)

أهميته : سيلاحظ من الناحية ، أنه الجاهل أمام الأقوال الكاذبة والدعاوى الباطلة

في جميع الحقوق ، سواء كانت أم خاصة ، مالية أم عائلية ، مادية أم معنوية أو

أخرى ، فإذا تحقق حزن الدماء ، وحيات الأبرار ، وورد الحقوق إلى أصحابها ،

واستتباب الأمن في المجتمع ، وسمانة الطمأنينة والنظام ، ولقد جاءت في الشريعة

مكاملا في ذاته ومتصلا عن غيره (السابق)

وسائله وشروطه : يرى الفقهاء أن طرق الاثبات سبعة :

البينة ، والقرار ، واليمين ، والتكفل عنه ، والقسامة ، وعلم القاض . . . ٤ / ٤٦٢ -
والقراءن التي تميز الأمر في جزالة ما وقع به (السابق ص ٥٥٩) منسوبا إلى حاشية عابدين

ولعل الشيخ أبا زهرة كان ينفرد به أو بمجرد التسمية (١) وكذلك أكثر
الأقسام التي أورد بها الشيخ أنه زهرة أو زعنا مقابلتها بالأنواع الحاضرة لها
عند الأئمة المالكية (٢) -

و هذه النسخة في حقيقة الأمر هي أساس كل الشبهات ورغم أن الفقهاء
فرقوا بين الشبهات باعتبار اختلافها ، لكنها تعود في الغالب إلى عدم تحقق
أركان الحريضة المختلفة مما يستلزم جود القاطن -

و شبهة الأسماء التي قد وردت مراراً في الأقسام الأخرى عند الفقهاء ،

قد تكون مشيرة في أصل الدليل إلى عدم الحرمان ، عقبتها - وقد تكون موجبة

(مشيرة) إلى عدم تمايز أحد من الشروط التي ذكرنا بعضها فيما سبق مثل ثانية

الدليل أو مجرد معارض ، أو هي تتطابق مع الدلائل القائمة كمدول الشهود

عن الشهادتين ، أو المقرر عن إقراره ، أو قد يتخلف شرط من شروط الأدلة

كـ شرط الترتيب من الزمان المقرر عند الحنفية ، والتكرار في سائر الأقرارات عند

أبي يوسف رحمه الله - (٣)

(١) أنار العقيدة للشيخ أبي زهرة ص ٢١٩ - ٢٣٥

(٢) راجع المقارنة بين التقسيمات ص ٨١٤ و ٥٦

(٣) المرجع السابق

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (3) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (1) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (3) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (1) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (3) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (3) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (1) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (3) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (1) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (3) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (1) - 1971 - 1972

המחלקה הכלכלית והמנהלית, תל אביב, 1971 - 1972 (3) - 1971 - 1972

א

- ومنها قاطعية الدليل على وقوع الجريمة وارتكاب الحد ونسبتها للمتهم بكل صراحة سواء كان اقراراً أم بينة ، مع عدم دليل متعارض.
- ومنها استمرار الدليل القاطع حتى صدور الحكم وتنفيذه مع عدم العدول عن الشهادة أم الاقرار بدون الاكراه والضرورة ، والفقهاء يستدلون من قيامه عليه الصلاة والسلام في قصة ما عُنْدَ ما عَرَب من الرجم (مما تركتموه تنصب مناب الله عليه) (١)
- ومنها عدم التناقض إما في الدليله إما في الحكم وإما في الاستيفاء عند فقهاء الحنفية (٢) ، خلافاً للمشافعية ، وفيه كلام بين الفقهاء استنباطاً منه .

(١) المغنى ٨ / ١٩٧ - ١٩٨

(٢) شرح فتح القدير ٤ / ١٦١ - ١٦٢

المبادئ الرابع

الشيبة بسبب تطبيق النصوص

هو هذا القسم الأخير في تقسيم الشيخ أبي زهرة ، ويقول إن الحد لا يقام
 لشبهة الشمول ، مع وضوح أن الحرمة واقعة والأداة عليها قائمة ، ولا يثبت
 الحد بالقياس ولو كان القياس واضح العلة والدليل - وهذه الشبهات تتعلق
 بتطبيق النصوص ، أن التطبيق يضيء في مسائل كثيرة لدرء الحد بالشبهات ما
 أمكن - (١)

ومن أمثلة هذه الشبهة :

- عدم التخصيص والتفصيل في الزنا نحو عدم الإيلاج كالحيل في المكحلة -
- عدم إقامه الحد بالتمويه عند الحنفية والشافعية وأكثر الحنبلية .
- عدم اللعان في رمي الزوجة بغير المسامحة ، مع أن موجب اللعان ثابت بالنص .
- عدم الإغنيا في السرقة لشمس الحق مثل السرقة من بيت المال ، أو
 من ثوب رجم المموم أو من أمد الزوجين (٢) .

(١) المرجع السابق ٢٢٥ - ٢٢٧

(٢) نفق المرجع

المبحث الخامس

المقارنة بين تقسيم الشبهة/الشيخ أبي زهرة ^{عند}

و تقسيم الحنفية والشافعية .

=====

عزيمنا تقسيم بعض المحدثين و منهم الشيخ أبي زهرة رحمه الله الذي

قسم الشبهة الى أربعة أنواع أساسية هي : (١)

الشبهة في الركن الشرعي ، والشبهة/الركن الأدبي ^{في} للحرمة ، والشبهة

في الاثبات والشبهة في تأييد النصوص .

والآن نتعامل أن نأخذ من هذه التقسيمات من حيث التوسع والتضييق .

و نلاحظ أن الشيخ أبا زهرة قسم الشبهات تقسيما أكثره وضوحا

، لكن يبدو أن التقسيمات المذكورة عند أبي زهرة تختلف واحدا مع الآخر

في الدوام له كل الركن شيئا دقيقا جدا .

فلا في القسم الأول الذي يشير الى الجهل بالركن الشرعي للجريمة

قد توجد الجريمة بالتمارين في الدلائل ، وهذا الأصل لا تزال في المطالب

شئ كثيرة الدلائل أو الملك أو الحق أو الصورة . فلهذا يكرر الشيخ بعض

الأمثلة في جميعها كما يضرب المثل بسرة أب من مال ابنه لشبهة الدليل والملك

والحق . (٢) .

(١) انظر المبحث الرابع ص ٥٩ - ٨٠

(٢) راجع ص ٦١ ، ٦٧

أما القسم الثاني عند الشيخ أبي زعرة وهو الشبهة في الاثبات (١) ،
 التي اردتها المبررات في التسمية ، هي حقيقة أن ما من كل الشبهات لأنها
 جميعا تؤدي إلى عدم القاطعة الدلالة ، وجميع الشبهات تتعارض مع تعريف الاثبات
 وهو : أن القاطع يجب أن يأمرك بالاعتقاد في الشيء حدودها المبرمة على حق أو واقع
 تترتب عليها آثار (٢) . أما القسم الأخير عند الشيخ أبي زعرة وهو : الشبهة
 بسبب تأييد القاطع في الشبهة ، فإن تأييد الشبهة في عدم القاطعة الدلالة بعدم
 التأييد والتفكير في البرهنة أو تضيق الشبهة الحق (٤)
 ، فإن زعمنا أن القاطع لا يثبت القاطع عند الحنفية والشافعية
 انهاء اليقين عند الشيخ أبي زعرة التي تتعارض بالركن الأدبي أو الجهل النافي
 المقصد الجنائي في الارتكاز (٣) ، فأمدا الجهل يتعارض الأدلة المبيحة
 والمحرم .

(١) انظر ص ٧٦ فملاحظته (٢) انظر ص ٧٧ فيما سبق في الهامش

(٣) انظر ص ٨٠ فملاحظته (٤) انظر السابق ص ٦٥ (د) انظر ص ٦٩ - ٧٥

وبينهم أن هذه الأسماء من الشبهات تؤيد على التعارض بين الأدلة

ومن ثم فإنها تشمل الأقسام الثلاثة (١) عند الشيخ أبي زهرة ما عدا الجهل

بالركن الأدنى (٢) خارجا منه أيضا القسم في الأدلة المتعارضة (٣) .

أما شبهة العقد (٤) منفردا عند أبي حنيفة وزفر فهي التي اسماها

الشيخ أبو زهرة شبهة الصخرة (٥) وقد أطلق عليها شبهة الجهة أو الطريق (٦)

عند الشافعية .

(١) أنوار ص ٥٩

(٢) أنوار ص ٦٩

(٣) أنوار ص ٧٣

(٤) أنوار ص ٤٤

(٥) أنوار ص ٦٨

(٦) أنوار ص ٥٥

وعلى هذا نستطيع أن نقول أن أقسام الشبهات بالرغم من تعدد أسائها

فإنها تنحصر في شبهتين وهما :-

— الشبهة بعدم الدليل مطلقا - الشبهة في الدليل .

— والشبهة بتعارض الأدلة^{التي} يفيد السطن .

وقد يدخل كلا القسمين في شبهة الاثبات . وبهذا^{تكون} قد انتهينا من

عرضنا عن الباب التمهيدى وسوف نحاول أن نبحث عن أثر الشبهة في الباب

التالى ان شاء الله .

الكتاب الثاني

الآثار المترتبة على الشهادة

يُفترض في هذا المقام دراسة الآثار المترتبة على الشبهة ، ومن الطبيعي أن

تتنوع الآراء المتروكة على السبيل في القضايا التي لا يحسمها الأحكام ذاتها ؛

أولاً: ان كان المراد من قوله تعالى: ﴿فَلْيُحْكَمْ﴾: فليحكم الله تعالى، فيكون الحق قيمة الحق وصف

الحريّة منسوبة إلى الله، ما الذي جعل الحريّة منسوبة إلى الله؟

المعقبة ويمكن إجراء هذا العمل في صورة التالية :

١٥ إذا وجد المرء في الطريق الحريق فكمده من الشهود عن الشهادة أو الجاني

عن اقراره . . .

٢- أو إذا وجد في أحد أركان الجريمة أه مشروعيها كأنعدام القصد الجنائي مثل أن

يا أيها السراة سر وجهي منكم انما وجهي (٢) . أو أن يأخذ الأب مال ابنه (٣)

٣- إذا قامت الهيئة في هذا التمهيد للتحقيق على الفعل المنسوب

المشتمل على ما يلي: أورد في هذه الأقسام متعة مما اختلف الفقهاء

غورنما و دود

(١) البناء شرح البناء ٢/٣٦٢، المذهب ١/٣٤٠، حاشية الدسوقي ٤/٢٠٦.

۹۹۷ / ۱۰۰۰

(٢) مدة المصفاة: ١٠٢ / ٥ - المدة: ١٠٠٢

(٣) شرح في التقدير ١٠٣/٤، بشأن المحتاج - ٤٢٣/١، بداية الحتشد ٤١٣/٢

[illegible]

27 - 20/1 25/11/2019 1.2/2 - 20/11/2019 (8)

فالحالة الأولى تؤدي الى قوة الشبهة الحقيقية بعدم الدليل وفي الحالتين الآخرين
 لا دلة
 شبهة حكمية وهي التي تقوم عند تعارض المؤثرة في ثبوت الجريمة .

وثانيا : اذا كانت الجريمة ثابتة والشبهة ضعيفة فيبقى وصف الجريمة

ويندرى الحد كوجوب التعزير في شبهة العقد عند الامام أبو حنيفة (١) .

فقد تدخل تحت هذا الأثر عقوبة التعزير جسديا أو ماليا أو إعادة المحاكمة (٢)

بدلا من العقوبة المدنية -

وقد تؤثر الشبهة أثرا ايجابيا تجب فيه عقوبة تعزيرية لمجرد قيام الشبهة ،

وهي وحدها السبب في اعتبار المتهم مذنباً ومعاقبته بالتعزير انما هي لتفحصه في

موالين الشبهات -

والواقع أن آثار قيام الشبهة بوجه عام لا تقتصر على ذلك بل هي تؤثر ولولم

يكن في الأمر عقوبة ، وذلك كما أثرها في مسائل العقود أو الأقضية المدنية عند

الفقهاء والقانونيين كاليا ونحوه وكذا في باب النسب ،

بل انها قد تؤثر أثرا أخلاقيا بحثا والحال أنه ليس في الامر عقوبة ولا جنابة

وانما هو حرص المؤمن على نقاء ضميره وبعده عن موالين الشبهة تورعا واثقا ، وهذا

المعنى الآخر مروى عن النعمان بن بشير ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :

" الحلال بين والحرام بين وبينها أمور مشتهية ، فمن ترك ما يشتهيه عليه من الاثم

كان لما استهان أترك ، ومن احتراً على ما يشك فيه من الاثم أو شك أن

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ١٤٣/٤ ، تبين الحقائق ١٢٦/٣

(٢) انظر ص ١٠٧

يواقع ما استبان ، والمعاصي حين الله من يرتع حول الحصى يوشك أن يواقع^١ .
متفق عليه (١) .

وعلى ذلك ينهض الاجتناب المشتبه لخفاكه لانه ان كان في نفس الأمر حراما
فقد برى^٢ من التبعة وان كان حلالا فقد استحق الأجر على الترك لأن القصد
مختلف فيه حثرا وإباحة (٢) .

والآن نحاول أن نبحث عن آثار قيام الشبهة وبالاخص في المجال الجنائي
وان تعرضنا أحيانا لبعض المسائل المتعلقة بغير هذا المجال .

(١) نيل الاوطار للشوكاني " باب ما جاء في الشبهات " ج ٥ ، ص ٣٢٠ - ٣٢١

(٢) المرجع السابق

الفصل الأول : براءة المتهم من الجريمة

نتعرض في هذا الفصل لمعنى البراءة وأدلة أحكامها وفقا لمصلحتها بالشبهات

في التفريعات ، والبراءة معنا هي امحاء التهمة وزوال وصف الجريمة بعدم ثبوت

مستولية المتهم عنها وهو يرى اذا لم يثبت إدانته على وجه اليقين وأى شك

يفسر لمصلحته لان الاحكام في المواد الحاثية يجب أن تنبئ على الجرم واليقين لا

على الظن والاحتمال .

واذا كانت الشبهة قوية في عدم ثبوت الجريمة فعينفذ تطبيق قاعدة در

الحدود بالشبهات مع علاقتها بالقواعد الكلية التي عرضت في مقدمة هذه الرسالة (١)

وتلك القاعدة تنص على أن اليقين لا يزول بالشك فيزول وصف الجريمة فلا حد ولا

تعزير على المتهم لأن الشريعة الاسلامية تحمي حرية الانسان وتحذر من

توقيع العقوبة على المستهم الا ان ثبت ارتكابه للجريمة المنسوبة اليه ثبوتا قاطعا

تاماً ولا بد أن يكون دليل الاتهام واضحاً والهيئة ثابتة، ولذلك تستبعد الشريعة

العقوبة اذا قامت الشبهة لكن لا تنزل العقوبة الا بمسحقتها ولا تصيب الا المرتكب

الحقيق للجريمة كما حذر الشرع من ذهاب دم المسلم والمستأن هدر او منع من

ضرب انسان على ظهره الا بالحق بقوله عليه الصلاة والسلام من ضرب بسوط ظلما اقتص

منه يوم القيامة (٢) .

(١) انظر ص ٣٣ فيما تقدم (٢) رواه البخاري في الكبير والأوسط عن ابن هزيمة باسناد

جيد ، انظر الترغيب والترهيب للحنظلي ج ٣ ص ٣٠٥ ، وقرينة البراءة ص ٧٧

أثر شبهة العدول عن الشهادة .

المطلب الأول :

تعريف الشهادة وحكمها وشروط أدائها :

(١) تعرف الشهادة لغة بأنها إخبار قاطع بمعنى الإخبار بالشئ عن شهادة وعيان
لا عن تخمين وحيان . وفي الشريعة هي إخبار عن صدق بلفظ الشهادة في مجلس
القضاء والحكم .

والقياس يأنى أن تكون الشهادة حجة ملزمة لأنها خبر محتمل للصدق والكذب

والمحتمل لا يكون حجة إلا أن القياس تردده النصوص والاجماع (١) .

٢ - حكم الشهادة :

إن الشهادة فرض لقوله تعالى : (وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا

الشهادة لله) ، (٢) وقوله تعالى : (ومن يكتسبها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون

عليم (٣) وقال عليه الصلاة والسلام : " كاتم الشهادة كشاهد الزور ، وشهادة الكاذب

الزور من الكبائر - - - - - فيجب على المسلم اجتناب ذلك ، وفيه تدارك ما أظف

بالزور لأنه رجوعه مقبول في حق نفسه وإن لم يقبل في حق المدعى .

ثم ركن الرجوع أن يقول رجعت عما شهدت به أو شهدت بهزور فيما شهدت به

وشروطه أن يكون في مجلس القاضي ، وإن رجع الشاهد بعد القضاء فعليه التعزير

(١) راجع النهاية شرح الهداية لعيني ٣ / ٣١٤ (٢) الطلاق : ٢ (٣) البقرة : ٢٨٣

والضمان وإن رجع قبله فعليه التعزير ، بالضرب عند أبي يوسف ومحمد وبالتشهير عند أبي حنيفة - (١) .

أما شروطها فأنها تنقسم إلى أنواع: فبعضها يرجع إلى الشاهد وبعضها يرجع إلى الشهادة نفسها وبعضها يرجع إلى مكان الشهادة وبعضها يرجع إلى الشهود به . وأما الذي يرجع إلى الشاهد فأنواع بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض .

(٢)
ونحن لسنا بعداد معرض هذه التفاصيل . ويقسم الكاساني شروط

الشهادات نوعين : أولاً شروط تحمل الشهادة وهي السعقل والبصروقت التحمل خلافاً للشافعي في الثاني فالبصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء عند

وكون الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالشهود به وذلك يحصل بالسماع وجواز التحمل بمعاينة الشهود به بنفسه إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع إنما هو مستند من السنة (٣) .

ومع ذلك نعرض مراتب الشهادة الأربع ، منها الشهادة في الزنا التي لا بد فيها من أربعة رجال ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص حيث تقبل فيها شهادة رجلين ، ومنها ما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مالا ومنها الشهادة في موضع لا يطلع عليه الرجال عادة من أمور النساء حيث تقبل فيها شهادة امرأة واحدة ، وأكل منها أدلة منصوصة ومعقولة (٤) .

(١) راجع تبين الحقائق ٢٤٢/٤ - ٢٤٣ وانظر البسوط للمرخس ١٦/١٧٧ هـ

كتاب الرجوع عن الشهادة (٢) بدائع الصنائع ٦/٢٦٦ - ٢٨٢ (٣) نفس المرجع

(٤) النظر المرجع السابق وراجع الهداية ١/١٦٦ - ١١٧ وتبين الحقائق ٤/١٧٢ - ١٧٣

المطلب الثاني

مذاهب الفقهاء في درء الحد بالرجوع عن الشهادة

أما رجوع الشهود عن شهادتهم فيسقط الحد به إذا قبل التنفيذ كلهم أو بعضهم ما دام عدد الشهود الباقيين على شهادتهم أقل من أربعة في عقوبة الزنا ومن اثنين في سائر الحدود والقصاص (١) .

ويجوز الرجوع عن المسبب شهادة عند جمهور الفقهاء في الحدود والقصاص قبل الحكم أو بعده وقبل الاستئناف أو بعده وجوازه بالإجماع - فالرجوع إلى الحق خير من التماوى في الباطل (٢) .

أما أثر الرجوع فهو من ناحيتين :

أولاً من ناحية الجاني أو المشهود عليه فيدرأ عنه الحد أو العقوبة وإن بقي الضمان أو الدية لأن الرجوع يقبل في الحدود دون المال حيث تسقط شبهة الحد دون المال (٣) .

وثانياً من ناحية الشهود فيؤثر الرجوع عليهم أثراً إيجابياً بوجوب الدية عند الحنفية والقصاص عند الشافعية إذا اتلف النفس بشهادتهما وكذلك تجب الدية على من رجع بعد رجم المحصن وفقاً لحصة الربع لكل شاهد من الشهود الأربعة ولا

(١) انظر التشريع الحنفى الأسلامى ٤٥٤/٢

(٢) راجع البناية شرح الهداية ٣٦٢/٣

(٣) انظر بدائع الصنائع ٨٨/٧

غرامة على الشاهد الخامس للرجوع (١) .

وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم سقطت الشهادة بلا خلاف (٢) لأن الحق إنما يثبت بالقضاء أى بالحكم والقاض لا يقضى بكلام متناقض ومن ثم يبرأ المتهم مطلقاً إذا كان الرجوع في الحدود أو القصاص .

وان رجع شهود من بعد الحكم بشهادتهم وقبل الاستيفاء لم يستوف الحد لأن المحكوم به مقومة لا سبيل إلى جبرها إذا استوفيت بخلاف المال ، ولأن الرجوع عن الشهود شبهة لاحتمال صدقهم والحد يبرر بالشبهة وكذلك يسقط القصاص بالشبهة في هذه الحالة ولكن تحب الدية للشهود له لأن الواجب بالعمد أحد شيئاً ، وقد سقط أحدهما فتعين الآخر ويرجع المشهود عليه بما غرمه من الدية على الشهود (٣) ، ومعنى هذا أن يحصى وصف الجريمة إذا كان الرجوع قبل الحكم ولكن لا يبرأ المتهم بعد ذلك وإذا كان الشهود يعاقبون برجعهم بسعد قضاء الحكم .

(١) انظر الهداية ١٣٤/٣ تبين الحقائق ٢٤٢/٤ - ٤٥٠ النتف في الفتاوى

٨٠٤/٢

(٢) المرجع السابق - وانظر المذهب ٣٤٠/٢ حاشية الدسوقي ٢٠٦/٤

كشاف القناع ٤٤٤/٦ (٣) كشاف القناع ٤٤٣/٦

ووجوده صحيح مقبول في حقه وان كان مردوداً فيما يرجع الى حق غيره حتى اذا
رجع قبل القضا بشهادته بطلت بالرجوع واذا رجع بعد القضا لم يبطل برجوعه
حق المقضى له .

الشافعية : اذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل اما أن يكون
قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء أو بعد الاستيفاء والحكم فان كان قبل الحكم
لم يحكم بشهادتهم . وحكى عن أبي ثور أنه قال يحكم ، وهذا خطأ ، لانه يحتل
أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع ويجوز أن يكونوا صادقين في
الرجوع كاذبين في الشهادة ولم يحكم كما لو جهل عدالة الشهود .
فان رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فان كان في حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء
لان هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة فلم يجز الاستيفاء بالشبهة
معها وان كان مالا أو عقداً فالمندوس أنه يجوز الاستيفاء بمن أصحابنا من قال أنه
لا يجوز لان الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا خطأ لأن الحكم نفذ والشبهة لا
تؤثر فيه فجاز الاستيفاء وان رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم ولا يجب على
المشهدود رد ما أخذوه لانه يجوز أن يكونوا صادقين ويجوز أن يكونوا كاذبين وقد ائتمرن
بأحد الجائزين الحكم والاستيفاء فلا ينقضه برجوع محتمل (١) .

(١) المذهب ٢ / ٣٤٠ ، وانظر نفس المرحوم في الرجوع عن الشهادة في القتل

ويرى الشريعتان امتناع تنفيذ العقوبة إذا رجع الشهود قبل الاستيفاء ولو كان بعد
الحكم ويقول : "وأما الفسوخ فتستمر على امضاءها إذا رجعوا بعد الحكم وقبل
استيفاء العقوبة في شهادة بها سواء كانت لله تعالى أم لأحد من كحد الزنا وحد
الغذف فلا يستوفى تلك العقوبة لأنها تسقط بالشبهة والرجوع شبهة" (١) .

الحنبلية :

ذكر البيهقي الحنبل أن رجوع شهود قصاص أو شهود حد بعد الحكم
بشهادتهم قبل الاستيفاء لم يستوف القود ولا الحد لأن المحكوم به عقوبة لا سهيل
إلى خبرها إذا استوفيت بخلاف المال ولأن رجوع الشهود شبهة لا احتال صدقهم
والقود والحد يدركان بالشبهة وجبت دية قود للشهود له لأن الواجب بالحد أحد
شئتين وقد سقط أحدهما فتعين الآخر ويرجع المشهود عليه بما غرمه من الدية
على الشهود - ويستوفى القصاص أو الحد إذا فسقهم بعد الحكم بشهادتهم^{طراً} (٢)
وإن كان رجوعهم عن الشهادة أو فسقهم بعد الاستيفاء للمحكوم به لم يظل
الحكم لأنه قد تم بشروطه ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو
عقوبة لأن قول الشهود غير مقبول فنقص الحكم (٣).

فإن قال الشهود عدنا عليه بالزور لم يقتل أو يقطع فعلهم القصاص في

النفس أو الطرف .

(١) راجع مغني المحتاج للشريعتين الخطيب ٤/٥٦٦ - ٥٧٧

(٢) كشف القناع ٦/٤٤٣ (٣) نفس المراجع

وان قالوا عدنا الشهادة عليه ولم نعلم أنه يقتل بها وكان ممن يجوز أن
يجهل ذلك وجبت الدية في أموالهما مغلظة لا قرارهما بأن التلف حصل بهما
والعاقلة لا تحمل اقرارا- وإن قالوا أخطأنا فعليه دية ماتلف مخففة وتكون في
أموالهم لانه باقرارهم والعاقلة لا تحمله أرسله الضرب ان كان الحد جلدا أو حمل
به نقض (١) .

الحالكة :

صرح الدسوقي بسقوط الشهادة اذا قالا وهما أو غلطنا بعد الحكم و
قبل الاستيفاء في الدم لا في الحال في الدم أي اذا كانت الشهادة بدم وهذا احد
قولي ابن القاسم وهو الذي رجع اليه وهو خلاف ما عليه المصنف^(٢)
وحاصله أنه اذا كان رجوعهم بعد الحكم لا ينتقض مطلقا
وهو الذي عنه ابن القاسم (٣) .

ولا ينتقض الحكم برجوعهم عن الشهادة بعد الاستيفاء وكذا قبله في المال
قطعا، وفي الدم قولان . لاي ابن القاسم ، أحدهما عدم النقض وهو المرجوع عنه وهو
ظاهر كلام المصنف كالمدة والثاني نقض الحكم وهو المرجوع اليه وعليه أكثر أصحاب
مالك . (٤) .

والقول المرجوع اليه أنهما اذا رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء ينتقض

(١) كشف القناع للبهوتي ٤٤٣/٦ - (٢) سيد أحمد دردير صاحب الشرح

الكبير (٣) حاشية الدسوقي ٢٠٦/٤ (٤) السابق ٢٠٧/٤

الحكم عند ابن القاسم وأنشبه ولا يستوفى لحرمة الدم وحينئذ فلا يتأتى تفريم
الشهود الدية ، وإنما مشى المصنف على قول ابن القاسم المرجوع عنه أى عدم النقض
لأنه قول مالك كما قال المتيلى (١) .

الضمان على الشهود بالرجوع :

إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما بعد الحكم فى عتق أو دين أو قصاص
أوحد أو غير ذلك فأنهما يضمنان ضمان العتق والدين والعقل فى القصاص فى
أموالهما ، فظاهره إن كان الرجوع بعد الاستيفاء أو قبله ولا ينقض الحكم
إذا كان الرجوع قبله (٢) .

(١) المرجع السابق ٢٧/٤

(٢) نفس المرجع

التعزير للرجوع عن الشهادة في القانون الباكستاني :

يمنع القانون الباكستاني تنفيذ الحد على الجاني بعد تولي الشهود عن الشهادة ولكنه فرض عقوبة التعزير بدلا عن الحد (١) والمراد منه أن الرجوع عن الشهادة لا يبرئ المتهم من العقوبة مطلقا بل يؤدي الى إسقاط الحد فقط ولكن القانون قد سكت عن عقاب الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم، ومن أجل ذلك نستطيع أن نقول إن القانون يأخذ بمذهب الجمهور ويسقط الحد بـرجوع الشهود عن الشهادة .

ولكن أقصر على ذكر عدم تنفيذ الحكم دون تعرض لسائر التفاصيل الفقهية المتعلقة بوقت الرجوع وأثره على الجاني المتهم والشاهد .
وفيما يلي إشارة لهذه التفاصيل طبقا لما أخذت به المذاهب الفقهية :

الحنفية :

يشترط الحنفية أن يكون الرجوع في مجلس القضاة كما جاء في البسوط (٢) لأنه نسخ للشهادة التي أداها وقد اختصت الشهادة بمجلس القضاة فالرجوع عنها كذلك . وهذا لأن التوبة بحسب الحرية قال صلى الله عليه وسلم : " السر بالسر والعلانية بالعلانية " - فإذا كانت حرمة في مجلس القضاة جهرا فلتكن توبة بالرجوع كذلك ولا يمنع الاستحياة من الناس وخوف الائمة من اظهار الرجوع .

(١) مادة - ١١ (١٣) السرقة ، مادة - ٩ (١٢) قانون الزنا - مادة - ١٠

(ب) الخمر (٣) للسرخس ١٧٧/١٦ - ١٧٨ ٨ .

المبحث الثاني

أثر شبهة العدول عن الاقرار

العدول عن الاقرار يمنع تنفيذ العقوبة حيث يسقط الحد برجوع
المقر عن اقراره اذا كان الحد ثابتا بالاقرار سواء كان الاقرار صريحا أو ضمنيا ،
ويصح الرجوع حتى اثناء الامضاء أو وقت تنفيذ العقوبة بما أنه يصح الرجوع عن
الاقرار بالزنا يصح الرجوع عن الاقرار بالإحصان .

وفي المطلب الأول إشارة موجزة الى تعريف الاقرار وحججه شرعا
وقانونا كما ألخص في المطلب الثاني مذاهب الفقهاء وما أخذ به القانسون في
أثر شبهة الرجوع عن الاقرار وأدائه الى براءة المتهم .

المطلب الأول

تعريف الاقرار وحجته

تعريف الاقرار :

الاقرار لغة الاعتراف بالحق، مأخوذ من المقر كأن المقر جعل الحق في موضعة - وشعرا اظهار مكلف مختار ما عليه لفظا (١) وعرفه المرفيناني بأنه "اخبار عن ^(٢) وثبوت الحق للمغير على نفسه ولو كان هذا الحق سلبيا أى بطريق النفي كاقتراره بأنه لا حق له على فلان فإنه يثبت للمقر له على المقرحة في عدم مطالبته بشئ من الحقوق ^(٣) والاقرار من حيث هو اقرار ، اخبار ضد الانشاء ومن حيث هو تقرير ضد الانكار كما قاله السعدى (٤) . والاقرار باللفظ -ائز عند الفقهاء اتفاقا ولكنهم يختلفون في الاقرار بالكتابة أو الاشارة .

والاعتراف كما في بعض التعبيرات سيد الأدلة وهو أقوى حجة على المقر يؤخذ به ويحكم عليه بمقتضاء وحجته ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع إذ أمر الله تعالى بالشهادة على النفس وهي الاقرار عليها بالحق في قوله تعالى : "بأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم (٥)" - وفي السنة الصحيحة أن النبي صلى الله عليه وسلم ألزم معاذا رضي الله عنه الرجم باقراره وقبل من الغامدية اعترافها بالزنا ^(٦)

(١) كشف القناع ٤٥٢ / ٦ (٢) الهداية ١٨٠ / ٣

(٣) قرينة البراءة ٥٥٩ (٤) النتف في الفتاوى ٢ / ٢٦١ (٥) النساء : ١٤٥

(٦) كشف القناع ٤٥٥ / ٦ ، انار نيسل الأوطار ، كتاب الزنا

وأجمعت الأئمة بأنه حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه (١)

أى لا يفتد أثره الى من عداه فمن أقر على/بشئ^{غيره} لم يقبل اقراره (٢) .

ويقول قانون الحدود الباكستانى الاعتراف من المتهم (الجانى) أمام

المحكمة المختصة (٣) .

(١) المرجع السابق

(٢) قرينة البرائة ٥٦١

(٣) انظر القانون (٩٧٩ م) : مادة ٧ - الف فى السرقة - مادة ٨ - الف فى الزنا

مادة ٦ ، الف فى القذف ، مادة ٩ - الف فى شرب الخمر .

براءة المقر برجوعه عن الاقرار

نرى في الصفحات التالية أن جمهور الفقهاء ما عد الظاهرية يرون سقوط الحدود برجوع المقر عن الاقرار في حقوق الله تعالى خالصة ، ولكن در الحدود لا معنى زوال وصف الحرية بالكلية ، كما أن الرجوع لا ينافي مطالبة المقر بالحقوق العالية التي تثبت باقراره . أما الرجوع في حقوق الله تعالى المختلطة بحقوق العباد كالقصاص والقذف فلا يعتبر العدول عن الاقرار دليلاً للعقوبة المحدودة . ولا يخالف من الفقهاء في هذا الرأي الا الشيعة الامامية .

وللفقهاء مذاهب كما يلي :

مذهب الحنفية : يقبل العدول عن الاقرار عندهم ويسقط الحد به في العقوبات الخالصة لله تعالى كالزنا والشرب والسرقه ولا يقبل في حقوق العباد سواء كانت خالصة للأموال والقصاص أو كانت مشتركة بين الله عزوجل والعباد كحد القذف .

وقد أورد الكاساني في بدائع (١) أن الاقرار بعد وجوده يبطله بشيئين :

- ١- أحدهما تكذيب المقر له في أحد نوعي الاقرار وهو الاقرار بحقوق العباد لأن اقرار المقر دليل لزوم المقر به وتكذيب المقر له عدم اللزوم ، واللزوم لم يعرف بتوبة فلا يثبت مع الشك .

(١) بدائع الصنائع ٧ / ٢٢٢ - ٢٢٣

(٢) والثاني رجوع المقر عن اقراره فيما يحتمل الرجوع في أحد نوعي الاقرار

بحقوق الله تبارك وتعالى خالصة كحد الزنا لأنه يحتمل أن يكون صادقا في الانكار فيكون كاذبا في الاقرار ضرورة فيورث شبهة في وجوب الحد ، سواء رجع قبل القضا أو بعده قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت لما قلنا - وروى أن ما عزا لما رجم ببعض الحجارة هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال عليه الصلوة والسلام : " هلا خليتم سبيله " وفي لفظ آخر : " هلا تركتموه " (١) .

ولهذا يستحب للامام ^{تلقين} المقر الرجوع بقوله : ^{في الزنا} لعلك تستبها أو قتلتها كما لقن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عزا وكما لقن عليه الصلوة والسلام السارق والسارقة بقوله عليه الصلاة والسلام : " ما أخاك سرقت قال بل سرقت " (٢) - فلو لم يكن محتسبا للرجوع لم يكن للتلقين معنى وفائدة - فكان التلقين منه عليه أفضل التحية والتسليم احتيالا للدرا لأنه أمرنا به بقوله عليه الصلاة والسلام : ادروا الحدود بالشبهات وقوله عليه الصلاة والسلام : " ادروا الحدود ما استطعتم " (٣)

(١) رواه أحمد وابن ماجه والترمذي عن أبي هريرة قال حسن - أنظر نيل الأوطار

باب ما يذكر في الرجوع عن الاقرار ٢٦٨/٧٠ (٢) رواه أبو داود في المراسيل

وصله الدارقطني والحاكم والبيهقي بذكر أبي هريرة - قال الخطابي في استناده مقال وقال الحافظ في بلوغ المرام ورحاله ثقات راجع التلخيص الجبير ٦٦/٤ نيل الأوطار ، باب القطع بالاقرار وأنه لا يتكفى فيه بالمرة ٣٠٨/٧ (٣) رواه الترمذي والحاكم وصححه السيوطي ، قال البيهقي الصحيح أنه موقوف على ابن مسعود رضي ، انظر فيما مر في المبحث الثاني عن أصل قاعدة درا الحدود بالشبهات ص ١٧

وكذلك الرجوع عن الاقرار بالسرقة والشرب لأن الحد الواجب بهما حق الله

سبحانه وتعالى خالصا فيصح الرجوع عن الاقرار بهما الا أن في السرقة يصح الرجوع عنه فأما الاقرار بغير العباد فلا يصح الرجوع فيه -

وأما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه لأن للعبد فيه حقائق يكون منها

في الرجوع فلا يصح الرجوع عن سائر الحقوق المستحقة للعباد وكذلك الرجوع عن

الاقرار بالقصاص لأن القصاص خالص حق العباد فلا يحتل الرجوع (١) .

مذهب الحنبلية : ورد في كشف القناع "ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره

لمتعلق بحق المقر به بالمقربة الا فيما كان حدا لله تعالى فيقبل رجوعه عنه لأن الحد يدرك

بالشبهة وأما حقوق الآدميين وحقوق الله التي لا تدرك بالشبهات كالزكوات والكفارات

فلا يقبل رجوع المقر عن الاقرار بها (٢) .

والمنصوص عن أحدان القطع لا يسقط . لأنه ملك تجدد شبهه بعد وجوب

القطع أشبه العبة ولأن ذلك حيلة على إسقاط القطع بعد وجوبه فلم يسقط بها كالعبة (٣)

مذهب المالكية : اذا أقر المقر بما يوجب عليه الحد كالزنا والسرقة فله

الرجوع ولكنه يلزمه الصداق والمال ، فإذا أقر على نفسه وهو رشيد لئاع بمال أو

قصاص لزمه ولا ينفعه الرجوع (٤) .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٢/٧ - ٢٣٣ (٢) البهوتي: ٤٧٥/١

(٣) المغني ٢٧٠/٨ (٤) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ٥٦/٢ ،

مذهب الشافعية : جاء في الاشياء والنظائر للسيوطي (١) : " كل من أقربشى "

ثم رجع عنه لم يقبل الا في حدود الله تعالى .

" قلت : يضمن الى ذلك ما اذا أقر الأب بعين لابن فانه يقبل رجوعه كما

صححه النووي في فتاواه . "

مذهب الظاهرية : لا يجوز المدول عن الاقرار عند الظاهرية خلافا لجمهور الفقهاء

ويقول ابن حزم : " ومن أقر للاخر أو لله تعالى بحقه في مال أو دم أو بشركة وكان المقر

عاقلا بالغاً غير مكروه وأقر اقراراً عاماً ولم يملكه بما يفسده فقد لزمه ولا رجوع له بعد

ذلك فان رجع لم ينتفع رجوعه وقد لزمه ما أقر على نفسه من دم أو أحد أو مال . وأن

وصل الاقرار بما يفسده بطل كله ولم يلزمه شيء " لا من مال ولا من قود ولا حد " (٢) .

مذهب الزيدية : وهم يقبلون الرجوع في حقوق الله فقط لا فيما سواها (٣)

مذهب الامامية : الرجوع عن الاقرار عندهم غير مقبول الا في حدود الله تعالى

الخالصة ، وهم يقبلون الرجوع في القصاص ايضاً خلافا لجمهور الفقهاء " (٤) .

(١) الاشياء والنظائر ص ٤٦٤-٤٧٥ باب الاقرار (٢) المحلى ٢٥/٨

(٣) البحر الذخائر ٦١٥ (٤) المناوين لميرفتاح ٣٧٣ قرينة البرائة ٥٦٣

الحدول عن الاقرار في القانون :

أخذ القانون (١) بجواز الرجوع عن الاقرار في الحدود التي ضمن أحكامها وأسقط عقوباتها بذلك متفقا في ذلك مع ما ذهب اليه الجمهور (٢) غير أن القانون قد رتب على هذا الرجوع أثرا اضافيا بعد سقوط الحد هو إعادة المحاكمة (٣) . ولم يتحدث الفقهاء عن هذا الأثر الاضافي فيما أظن ولعله بهذه الصورة التي ألزم بها القانون غير موجود في الفقه الجنائي الاسلامي .

وبعد أعادة المحاكمة الذي أتى به القانون (٤) (١٩٧٩م) انما هو مستند في أساسه ما كان قضى به قانون المرافعات الجنائي الباكستاني (٥) حيث نص على حق المحكمة الأعلى في إعادة النظر فيما أصدرته المحكمة الأدنى في الدرجة من قرارات اذا استشعرت المحكمة الأعلى أن هذه القرارات لا تتفق ومقتضى العدالة أو المصلحة العامة واقتضت بأن ما حكمت به المحكمة الأدنى في الدرجة لم يكن مبررا . ويلاحظ أن هناك فارقا أساسيا بين ما أتى به قانون الحدود وبين

قانون المرافعات الجنائية، فان إعادة المحاكمة في قانون الحدود انما يقع أمام المحكمة

(١) انظر المادة ١١ - ١ - الف قانون السرقة، المادة ١٨ الحراية، المادة

٩ - ١ - الزنا المادة ١١ - ١ - الف قانون شرب الخمر، (٢) راجع ما مر في الرجوع

عن الاقرار في الفقه (٣) المادة : ١١ - ٢ قانون السرقة، المادة ١٨ قانون الحراية،

المادة ٩ - ٣ قانون الزنا، المادة ١٠ - ٢ قانون شرب الخمر (٤) المراجع السابقة

(٥) المادة ٤٢٣ قانون المرافعات الجنائي .

نفسها على حين لا بد من اختلاف درجة التقاض فيما قرره قانون المرافعات الجنائية.
 وقد اقتضت نصوصه على ثلاث حالات ندر أن تعرض في العمل وأغلقت
 صورة هامة يثبت فيها جلياً وقوع خطأ قضائي يقض العدل وتتقضى المصلحة بموجب
 تداركه (١) .

(١) انظر قرينة البراءة لاحد سعيد صوان . ص ٦٢٠ - ٦٢٢

البحث الثالث

برائة المتهم لشبهة الاكراه والاضطرار

يؤثر الاكراه والاضطرار في المسئولية الجنائية للمكروه والمضطر وتوافر الشبهة بسببها له أثره في درء العقوبة مطلقاً أو تخفيفها.

ونحاول أن نبحث عن المقصود بالاكراه والاضطرار وأنواع الاكراه وشروطه ثم نقتس^{عن}/أثر الاكراه في الحكم ببرائة المتهم .

معنى الاكراه : هو في اللغة اثبات الكره (١) والكره معنى قائم بالمكروه ينافي

المحبة والرضا؛ ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال الله سبحانه وتعالى:

(وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم) (٢) ، ولهذا

قال أهل السنة إن الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصي أي لا يحبها ولا يرضى

بها وإن كانت الطاعات والمعاصي بإرادة الله عز وجل .

وهو في الشرع عبارة عن الدعا^ة إلى الفعل بالإيعاد والتهديد مع وجود

شرطيهما (٣) - وعرف المرغيناني الاكراه بأنه " اسم لفعل يفعل المرء لغيره فينتفي

به رضا^ه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكروه تحقيق

ما توعد به " (٤) - ويعرفه البعض بأن يفعل بالإنسان ما يضره^ه ويؤلمه (٥) ويرى

البعض أن حد الاكراه هو أن يهدد المكروه القادر على الاكراه بمعاجل من أنسواع

(١) بدائع الصنائع ١٧٥/٧ (٢) البقرة : ٢١٦ (٣) بدائع الصنائع ١٧٥/٧

(٤) الهداية ٢٧٥/٣ (٥) مواهب الجليل ٤٥/٤ عبد القادر عودة : التشريع

العقاب يؤثر العاقل لأجله الاقدام على ما أكره عليه ويغلب على ظنه أن يفعل به

ما هدد به اذا امتنع عما أكرهه عليه (١) -

الاكراه عند الأصوليين عارض مكتسب من عوارض الأهلية ، لا يناقض أهلية

خطاب الوضع بمناعها الانسان ولا يعدم أهلية خطاب التكليف بمناعها العقل

والتمييز ، ومع ذلك يسوثر في القصد والاختيار يمنع منه التكليف لأنه كما عرف حمل

الانسان على ما يكرهه ولا يبريد مباشرته لولا الحمل عليه بالوعيد (٢) .

أما الاكراه في الفقه الجنائي الاسلامي فهو سبب من الأسباب لرفع العقوبة

رغم أن الفاعل يرتكب فعلا محرما معاقبا عليه ولكن الشارع يعفيه من العقاب بحالة

قائمة فيه لأن فعله لا يتوافر فيه القصد الجنائي فأساس الاعفاء من العقوبة صفة قائمة

في شخص الفاعل بعكس الأمر في أسباب الإباحة فان الإباحة أساسها وجود صفة

في الفعل لا تجعله محرما (٢) .

أنواع الاكراه : يتقسم الاكراه الى نوعين : ١- اكراه تام أو ملجئ وهو

الذي ينتفي به الرضا ويفسد الاختار وهو نوع يوجب الإلحاح والاضطرار طبعيا

كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العفو قتل الضرب أو كثر ومنهم

من قدره بعد ضربات الحد وأنه غير سديد لأن المعول عليه تحقيق الضرورة فاذا

تحققت فلا معنى لصورة العدد (٣) .

(١) التشريع الجنائي الاسلامي ١/٥٦٣ ، وأنظر أسنى المطالب ، وحاشية

الشهاب الرملي ٣/٢٨٢ (٢) حسين حامد حسان : أصول الفقه : والحكم الشرعي

٢١٤ ، (٣) عبد القادر عودة : ١/٥٦٢ - ٥٦٣ (٤) بدائع الصنائع ٧/١٧٥

٢- اكره ناقص أو غير ملحق وهو الذى يعدم الرضا أيضا لكنه لا يفسد الاختيار، وهو نوع لا يوجب الإلجا، ولا اضطراب وهو الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى أنه يلحق منه الاغتنام البين من هذه الاشياء أعنى الحبس والقيد والضرب (١) .

الأكراه الملحق مجمع عليه بين فقهاء الأنصار وهو نوع وحيد (٢) عند الشافعية، ويرى بعض الحنفية أنه قسم ثالث من الأكراه الذى لا يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار كالتهديد بحبس أبيه أو ابنه أو زوجته أو قيدها وهو مؤثر فى بعض الحالات فالحق به بأحد القسمين السابقين ولم يعتبره البعض الآخر أكراها مؤثرا مطلقا ، يقول ابن النجيم (٣) فى البحر: هذا القسم الثالث عن البيزوى وذكر السرخسى فى المبسوط أن القسم غير داخل فى هذا المعنى شرعا لعدم ترتب الأحكام للأكراه عليه شرعا وذكر غيره أن القسم الثالث داخل فى معنى الإكراه لغة وأطلقه فى الإنسان فمثل الصبي والمجنون والمعتوه .

ويرى بعض الحنابلة فى رأيهم المرحوح أن الأكراه يقتضى شيئا من العذاب مثل الضرب والخنقة وعصر الساق وما أشبه وأن التوعد بالعذاب لا يكون كرها ، ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على الشرك فأبى عليهم فلما غلبوه فى الماء حتى كادت روحه تزهد أقامهم إلى ما طلبوا فانتبه إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فجعل يسح الدموع من عينيه ويقول : "أخذك المشركون فغطوك فى الماء" وأمروك أن تشرك بالله ففعلت ، فان أخذوك مسرة

(١) المرجع السابق (٢) الأستاذ حسين حامد حسان . الحكم الشرعي ٢١٥

(٣) البحر الرائق شرح الكنز ٢٠ / ٨

فأفعل ذلك بهم (١) .

و يستدلون أيضا بما قاله عمر رضى الله عنه ليس الرجل على نفسه اذا أجمعت
أو ضربته أو أوثقته - فهو لا "الغفها" يرون أن الاكراه يستلزم فعلا ما دوما يقع على المكره
فيحصله على اتيان ما أكره عليه فلا يعتبر الفاعل مكرها في رأيهم -

حكم الاكراه :

يختلف حكم الاكراه باختلاف الجرائم ففي بعض الجرائم لا يكون للاكراه أى
تأثيره في بعضها ترتفع المسؤولية الجنائية ويباح الفعل وفي بعضها تبقى
المسؤولية الجنائية وترتفع العقوبة فالجرائم بالنسبة للاكراه على ثلاثة أنواع :-

(١) نوع لا يؤثر فيه الاكراه فلا يبيحه الاكراه ولا يبرخص به -

(٢) نوع يبيحه الاكراه فلا يعتبر جريمة -

(٣) نوع يبرخص به الاكراه فيعتبر جريمة ولكن لا يعاقب عليه (٢) .

و ورد في البدائع بيان^(٣) (حكم) ما يقع عليه الاكراه بأن الاكراه في الأصل

نوعان . حسى وشرعى وكل واحد منهما على ضربين معين ومخير فيه .

أما الحسى المعين في كونه مكرها عليه فالاكل والشرب والشم والكفر والاتلاف

والقطع عينا . وأما الشرعى فالطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والرجعة واليمين

والنذر والظهار (و سائر العقود)

(١) التشريع الجنائى ٥٦٤/١ منسوبا الى المغنى ٢٦٠/٨ - الشرح الكبير

٢٤٠/٨ - انظر انهاء فى ص ١١٧ (٢) التشريع الجنائى الاسلامى ٦٨/١

(٣) للكاسانى ١٧٦/٧

أما التصرفات الحسية فيتعلق بها حكمان :

- ١- أحدهما يرجع إلى الآخرة .
 - ٢- الثاني يرجع إلى الدنيا .
- والتصرفات الحسية التي يقع عليها الإكراه في حق الأخيرة ثلاثة أنواع :-

- ١- نوع مباح
- ٢- نوع مريض
- ٣- نوع حرام ليس بمباح ولا مريض .

شروط الإكراه : هناك شروط ترجع إلى المكروه (بالكسر) وشروط ترجع إلى المكروه (بالفتح) فأما الذي يرجع إلى المكروه وفعل الإكراه ذاته فهو أن يكون قادرا على تحقيق ما أوعده لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة فإن لم يكن المكروه قادرا على فعل ما عده به فلا إكراه ويشتري الإمام أبو حنيفة أن يصدر الإكراه من السلطان لأن غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعده به حيث أن المكروه يستغني بالسلطان فإذا كان المكروه هو السلطان فلا يجدعونا (١) . وخالفه أصحابه فلم يشترط في المكروه أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدده لا بصفة المكروه ولأن الإكراه ليس إلا إيعادا بالإحاق بالمكروه وهذا يتحقق متى كل سلط عندهما . (٢)

ونقل الكاساني أنه لا خلاف بينهم في المعنى إنما هو خلاف زمان ففي زمن أبي حنيفة رضى لم يكن غير ذي سلطان قادرا على الإكراه ثم تغير الحال في زمانها

(١) بدائع الصنائع ١٧٦/٧ (٢) السابق (٣) نفس المرجع

فتغيرت الفتوى على حسب الحال (١) .

وأما الذى يرجع الى المكروه فهو أن يقع فى غالب رأيه وأكثر ظنه أنه لو لم يجب الى ما دعى اليه تحقق ما أوعده، لأن غالب الرأى حجة خصوصا عند تعذر الوصول الى التعمين حتى إنه لو كان فى أكثر رأى المكروه أن المكروه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الاكراه شرعا، وان وجد صورة الابعاد لأن الضرورة لم تتحقق. ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن فى أكثر رأى المكروه أنه لو لم يفعل تحقق ما أوعده يثبت حكم الاكراه لتحقق الضرورة ولهذا لو أنه كان فى أكثر رأيه أنه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر الى أن يلحقه الجوع المهلك لأزيل عنه الاكراه لا يباح له أن يعمل بتناولها وان كان فى أكثر رأيه أنه وان صبر الى تلك الحالة لما أزيل عنه الاكراه يباح له أن يتناولها للحال ، دل على أن العبرة لغالب الرأى وأكثر الظن دون صورة الابعاد . (٢)

وأضيف الى هذين الشرطين ، الشرطان الآخران المتعلقان بطبيعة الاكراه وهما أن يكون الوعيد ملجئا أى ما يلحقه ضررا كبيرا بحيث يعدم الضرورة كالقتل والضرب والقيد والوعيد بآء تلافى المال فانه يعتبر اكراها عند الأئمة الثلاثة (٣) . وه قال بعض الحنفية خلافا للجمهور منهم لأن محل الاكراه الاشخاص لا الاموال عندهم والوعيد باتلاف المال ليس اكراها ولو كان فيه ضرر جسيم لصاحبه . (٤)

(١) نفس المرجع (٢) بدائع الصنائع ١٧٦/٧

(٣) المغنى ٢٦١/٨ - أسنى المطالب ٢٨٢/٣

(٤) عودة ٥٦٥/١ - ٥٦٧ - البحر الرائق ٧٢/٨

ويفرق الفقهاء على هذا الشرط وجوب الوعيد بفعل محذور أو غير مشروع فان كان الفعل المهدد به مشروعا فلا يعتبر الفاعل مكرها بل يعتبر أنه قد أتى الفعل بمحض رغبته (١) .

ويشترط الفقهاء أيضا أن يكون الفعل يوشك أن يقع إن لم يستجيب المكره فان كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة اكراه لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بارتكاب الفعل ويرجع في تقديره ما اذا كان الوعيد حالا أو غير حال إلى ظروف المكره وإلى ظنه الغالب الصني على أسباب معقولة (٢) -

(١) التشريع ٥٦٧/١ رد المختار ١٢٠/٥ ، المغني ٢٦٠/٨ ،

أسنى المطالب ٢٨٢/٣

(٢) التشريع ٥٦٧/١ حاشية ابن عابدين ١١٩/٥

المطلب الثاني

أثر الاكراه في الحكم ببراءة المتهم

الفرع الأول - الجرائم المرخصة :

هذا نوع من الدرائم التي يعتبر فعلها رخصة مع الاكراه مع بقاء الحكم -

بالحرمة ومنها اجراء كلمة الكفر على اللسان مع الحسنان القلب بالايمان اذا كان الاكراه

تاماً وهو في نفسه مع ثبوت الرخصة (١) .

فأثر الرخصة في تغيير الحكم على الفعل وهو المؤخذة لا في تفسير وصفه وهو

الحرمة لأن كلمة الكفر ما لا يحتمل الا باحالة بحال - فكانت الحرمة قائمة الا أنه سقطت

المؤاخذه لعذر الاكراه قال الله تبارك وتعالى : (من كفر بالله من بعد ايمانه الا من

اكرهه قلبه مطمئن بالايمان ولكن من شر بال كفر صدرنا فعليه غضب من الله ولهم

عذاب عظيم) (٢) .

والامتناع عنه أفضل من الاقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً لأنه جاد

بنفسه في سبيل الله تعالى يرجح أن يكون له ثواب المجاهدين بالنفس هنا وبالعجة

في هذه الرخصة من حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلى به لما أكرهه الكفار

ورجع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف

وجدت قلبك قال مطمئناً بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد (٣) . ومن هذا

(١) بدائع الصنائع ١٧٦/٧ - ١٧٧ الهداية شرح الهداية ٢/٧٧٠ (٢) النحل : ١٠٦

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک في تفسير سورة النحل وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وأخرجه البيهقي في المعرفة وأبو نعیم في الحلية - انظر أيضاً البدائع والبنایة - ص ١١١ - ١١٢ ما تقدم .

النوع شتم النبي عليه الصلاة والسلام مع العُثمانيين القلب بالايان ومنها صب المسلم وقذفه ، لأن عرس المسلم حرام التعرض له في كل حال ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : " كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله " .

ومنها اتلاف مال المسلم والسرقة ولصاحب المال أن يضمن المكره دون المكره اذا كان الاكراه تاما لأن المكره المأمور بمنزلة الآلة سلوب الاختيار ايثار أو ارتقاها للمكره الذي هو المتلف من حيث المعنى - وان كان الاكراه ناقصا فالضمان على المكره (الفاعل) لأن الاكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره لأنه لا يسلب الاختيار أصلا فكان الا تلاف من المكره فكان الضمان عليه (١) .

الفرع الثاني : الاكراه في الزنا :

ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحد في قول الامام أبي حنيفة لأن الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة والاكراه لا يؤثر فيه فكان طائعا في الزنا فكان عليه الحد ، ولا يجب في قول زفر رحد - ثم رجع الامام وقال لا يجب عليه اذا اكرهه السلطان وان اكرهه غيره يجب تبعا لما أخذ به في مفهوم الاكراه كما سبقت الاشارة الى مذهبه هذا عن ذكر شروط الاكراه ، ووجه هذه الرواية عنه أن الحد للزجر ولا حاجة اليه مع الاكراه فكان قصده بهذا الفعل رفع الهلاك عن نفسه لا اقتضا الشهوة فيصير ذلك شبهة في الاسقاط وانتشار الآلة قد يكون طبعيا بالفعولة التي خلقها الله عزوجل في الرجال كما أن النائم تنتشر آلته لا اختيار له في ذلك ولا قصد -

ويرى أبو يوسف ومحمد صاحباً بين حنيفة بأنه لا يجب عليه الحد في الوجهين أى
يتحقق الاكراه من السلطان أو غيره . (١) .

ويرى الاثني الثلاثة ماعدا الحنفية أن الرجل اذا أكره على الزنا فيه وجهان .
أحدهما : أنه لا يجب الحد على المكره ولا كراه يعفى الرجل من عقوبة الزنا
لان التهديد والتخفيف يكون على ترك الزنا لا على اتيانه والفعل في ذاته لا يخاف
منه فليس شيء ما يمنع الانتشار (٢) .

والرأى الثانى وهو المرحوح ، يجب الحد على المكره (كما يرى أبو حنيفة
أولاً) وحجتهم أن الوطء لا يكون الا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار (٣) .
أما المرأة اذا أكرهت على التمكن من الزنا فلا يجب عليها الحد اتفاقاً لقوله
عليه الصلاة والسلام :: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (٤) .
ولأنها مسلومة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالثالثة (٥) - ويقول الكاسانى في حق
المرأة بأن لا فرق بين الاكراه التام والناقص ويدراً الحد عنها في نوعي الاكراه لانه
لم يوجد منها فعل الزنا بل الوجود هو التمكن وقد خرج عن أن يكون دليل
الزنا بالاكراه فهدراً عنها الحد ، هذا الذى ذكرنا اذا كان المكره عليه معيناً فأما اذا
كان مخيراً فيه بأن أكره على أحد فعلين من الأنواع الثلاثة غير معين فنقول وبالله التوفيق -
(٦)

(١) البحر الرائق ٢٧٧/٨ والمرجع السابق (٢) المهذب ٢٦٧/٢ التشريع

٥٧٣/١ (٣) المهذب ٢٦٧/٢ تحفة المحتاج ٩١/٤ المغنى ١٥٨/١٠

(٤) صحيح رواه الطبرانى انظر صحيح الجامع للألبانى رقم ٣٥٠٩ ، ١٧٩/٣

(٥) المهذب ٢٦٧/٢ (٦) بدائع الصنائع ١٨١/٧

وورد في البسوط : اذا شهد الشهود على رجل أنه استكره المرأة فزنى

بها حد الرجل دون المرأة لأن وجوب الحد للزجر وهي منزجرة حين أبت التمكن

حتى استكرهها ولأن الإكراه من جهتها يعتبر في نفي الإثم عنها وان التمكن اذا

أكرهت بوعيد متلف والحد أقرب الى السقوط من الإثم فاذا سقط الإثم عنها فالحد

أولى ويقام الحد على الرجل لأن الزنا التام قد ثبت عليه وجنايته اذا استكرهها

أغلظ من جنايتها اذا لم يمتنع ، ولا يقال : قد سقط الحد عنها فنهى أن يسقط

النكاح

عنه كما لو ادعت النكاح وهذا لأن الشبهة بدعوى/تتمكن في الفعل والفعل مشترك

بينهما ، فأما كونها مكرهة لا يتمكن به شبهة في الفعل ولا يخرج فتعمل الرجل من

أن يكون زنا محضا لأن المرأة محل الفعل ولا تنعدم المحلية بكونها مكرهة وهو كما

لوزن بسبية أو نائمة يقام عليه الحد وان لم يحجب عليها (١) .

(١) راجع البسوط للسرخسي ٥٤/٩

القسم الثاني

الحرائم المباحة :

وان اكره على أن يأكل الميتة أو الدم أو لحم الخنزير أو يشرب الخمر باكره
 ملحق* تام بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فيرفع هذا الاكراه
 المسئولية الجنائية -

تلك

لأن هذه المحرمات مما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة فانه تعالى
 استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله سبحانه وتعالى : (وقد فصل لكم ما حرم
 عليكم الا ما اضطرتم اليه) - (١) أى دعتم شدة المجاعة الى أكلها والاستثناء من
 التحريم اباحة وقال تبارك وتعالى : (فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم
 فان الله غفور الرحيم) (٢) - يتحقق الاضطرار بالاكره ولا يباح له الامتناع عن
 مطاوعة المكروه لأن ان قتلوه أو اتلفوا عضوه ولم يأكل فهو اثم ونهى عنه من قوله
 تبارك وتعالى : (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة) (٣) - ولانه كان بالامتناع
 معاوناً لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة - وبه قال الشافعي في
 قول صحيح وأحمد في رواية (٤) ومالك ٢ وعن أبي يوسف أنه لا يأثم وبه
 قال الشافعي في قول وأحمد روايتهما -

(١) الانعام : ١١٩ (٢) المائدة ٣ (٣) البقرة : ١٩٥ (٤) ملاحظة

يبدو أنه نقل مذهب المالكية وتسامح فيه حاشية الدسوقي ٣٥٢/٤

لان الاقدام على ذلك رخصة اذا لحرمة بصفة أنها ميتة أو خمر قائمة فاذا

امتنع عن ذلك فيكون أخذا بالعزيمة فلا يمسأثم . (١)

ونقل عبدالقادر عودة اختلاف الفقهاء في شرب الخمر فقال : والاكراه

يبيح الفعل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد ولكن مالكا لا يرى إباحة الفعل

بل يذهب لرفع العقوبة فقط لانعدام الاختيار وعدم التكليف (٢) .

(١) البناية شرح الهداية ٧٦٩/٣ بدائع الصنائع ١٧٦/٧ ، المذهب ٢/٤٤٥ -

١٣٩ (٢) التشريع الجنائي ٥٧١/١ نقلا عن مواهب الجليل ٣١٨/٥

وتبصرة الحكام ٢/٢٢٧

الجرائم التي لا تنجح ولا ترخص بالاكراه أصلاً

عليها

وهي التي يأتى الاقدام/ولا تزال حراماً بعدم تأثير الاكراه على العقوبة فيها
 كقتل المسلم بغير حق سواء كان الاكراه ناقصاً أو تاماً لأن قتل المسلم بغير حق لا
 يحتمل الاباحة بحال ، قال الله تبارك وتعالى : (ولا تقتلوا النفس التي حرم
 الله الا بالحق) (١) -

وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك ، قال الله سبحانه وتعالى :
 (والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتفلوا بهتاناً وإثماً مبيناً) (٢) .

وكذلك ضرب الوالدين قتل أو كسر قال الله تعالى : (فلا تقل لهما أف
 ولا تنهرهما الآية)^(٣) فالنهي عن التأفف يقتضى النهي عن الضرب
 بدلالة النص من باب أولى فكانت الحرمة قائمة فلا يرخص الاقدام عليه ولو أقدم بأثم (٤) .
 ورغم أن الفقهاء اتفقوا على حرمة هذه الجرائم وعدم سقوط عقوبتها ولكنهم
 اختلفوا في تعيين العقوبة كما يرى الامام أبو حنيفة ومحمد عدم القصاص وجوب
 عقوبة التعزير على المكروه والقصاص على المكروه قال الشافعي في قوله المرجوح وعند
 أبي يوسف تجب الدية على المكروه ولا يجب القصاص عليهما ويرى زفر القصاص على المكروه
 المأمور دون المكروه وهو رواية عنه وفي رواية أخرى عنه يجب القصاص على المكروه والمكروه
 جميعاً وبه قال مالك وأحمد ، رحمهما الله .

(١) الانعام : ١٥١ (٢) الاحزاب : ٥٨

(٣) بنى اسرائيل : ٢٣ (٤) بدائع الصنائع ١٧٢/٧

ويقول الشيرازي في المذهب : " وان إكراه رجل على قتل رجل فقطه فان قلنا إنه يجب القود عليهما فللولي أن يقتل من شاء منهما وياخذ نصف الدية من الآخر لانهما كالشركيين في القتل اذا كان من أهل القود وان قلنا لا يجب القود الا على المكروه الآ مردون المكروه فللولي أن يقتل المكروه وياخذ من الآخر نصف الدية لانهما كالشركيين غير أن القصاص يسقط بالشبهة فقط عنه والدية لا تسقط بالشبهة فوجب عليه نصفها " (١) .

(١) المذهب ١٩٢ / ٢ ، التشريع ٥٦٩ / ١ نقلا عن مواهب الجليل ٢٤٢ / ٦ المغني ٣٣١ / ٩ تحفة المحتاج ٧ / ٤ الاقناع ١٧١ / ٤ - في المراجع المذكورة :
ونكتفي بذكر المذاهب فقط ولو توجد وجهة النظر لكل أصحاب الرأي .

الفرع الثالثالأكراه نفس القانون

لا يعاقب السارق في حالة الأكراه المادي والأدبي فمن يجبر ماديا على سرقة شيء أو يهدد بالقتل ان لم يسرقه لا يعاقب عليه اذا سرق تحت تأثير التهديد لانعدام الارادة أو عيها - ولا يعاقب الجاني أيضا اذا كان مضطرا بمجاعة أو عطش (١) - وهكذا أخذ القانون بمذهب فقهاء الأمصار (٢) .

ويستثنى القانون من حد شرب الخمر اذا سبقت الجريمة الأكراه والاضطرار ولا يشترط في تعريف الشرب بأن يكون فيه قصد جنائي (٣) .

ويشترط القانون في تعريف الزنا أن يكون بالقصد (٤) ، ويخرج من جريمة المعاقبة للحد اذا كان هناك الحبر والأكراه سواء كان أخذ الرضا به أو لم يأخذ مطلقا (٥) .

(١) انظر المادة : ١٠ الف (ن -) قانون السرقة والمادة : ٦ قانون شرب

الخمر (٢) انظر بدائع الصنائع ٨٨/٧ وحاشية الدسوقي ٣٤٤/٤ .

(٣) انظر مادة ٦ قانون شرب الخمر

(٤) انظر مادة ٤ قانون الزنا -

(٥) راجع نفس القانون مادة : ٦

المبحث الرابع مראה المتهم بالشبهة في السرقة :

المطلب الأول

تعريف السرقة وعقوبتها وشروطها : السرقة جريمة محددة محرمة بنص

من القرآن والسنة والاحكام : قال الله تعالى : (والسارق والسارقة فاقطعوا

أيديهما حزا بما كسبا نكالا من الله ، والله عزيز حكيم) . (١)

وقال عليه الصلاة والسلام : " تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا " .

روته السيدة عائشة رضي الله عنها ورواه الجماعة (٢) .

واجمع المسلمون على وجوب قطع السارق في الجملة (٣) .

ومعنى السرقة اخذ مال الغير خفية ، ويسمى السرقة الصغرى بخلاف جريمة

الحراية أو قطع الطريق فسمى السرقة الكبرى .

والظاهر من التعريف أن السرقة الصغرى لها ركبتان كما جاء في البدائع (٤)

وهو أن يكون الأخذ على سبيل الاستخفا كما قال تعالى في سورة الحجر (٥)

(إلا من استرق السمع) - سمى سبعاك وتعالى أخذ المسروع على وجه الاستخفا

استرقا (٦) .

(١) المائدة : ٣٨ (٢) نيل الأوطار كتاب القطع في السرقة ج ٧ ص ٢٩٦

(٣) المغنى ج ٨ ص ٢٤٠ (٤) ج ٧ ص ٦٥ (٥) الآية ١٨

(٦) انظر المرحوم السابق ، وقانون السرقة مادة ٥ .

وأما شرائطها : فأنواع كما ذكر الكاساني (١) .

- ١- بعضها يرجع الى السارق كالعقل والبلوغ ، شرطان لأهلية وجوب القطع
- ٢- وبعضها يرجع الى المسروق (٢) - فنها (أ) أن يكون المأخوذ مالا مطلقا (ب) وأن يكون المسروق متقوما مطلقا (ج) وأن يكون المسروق معصوما ، ليس للسارق فيه حق الأخذ ، ولا تأويل الأخذ ولا شبهة التأويل (د) وأن يكون المسروق غير مملوك للسارق لا بالملك ولا بالتأويل ولا بالشبهة (هـ) وأن يكون المسروق نصابا (و) وأن يكون المسروق محرزا مطلقا خاليا عن شبهة العدم مقصودا بالحرز (ز) وأن يكون المسروق مقصودا بالسرقة بتعافر القصد الحائقي .

٣- وبعضها يرجع الى المسروق منه وهو أن يكون له يد صحيحة كيد الملك ، أو الأمانة أو الضمان .

- ٤- وبعضها يرجع الى المسروق فيه وهو المكان ، ويشترط العنفية أن تكون السرقة في دار العدل غير دار الحرب ودار البغى لأنه لا يد ، أى لا سلطة للإمام في دار الحرب أو البغى (٣)

(١) راجع البدائع ج ٧ ، ص ٦٧ - ٨٠

(٢) نفس المرجع

(٣)

(٢) المرجع السابق

يتفق الفقهاء على عقوبة السرقة بأنها موجبة للحد (قطع اليد) ولكن يلزم أن تكمل هذه الجريمة بتوافر ركنها و شروطها فان لم تتوافر لا يجب الحد لعدم ثبوت الجريمة ، ^{هذه} ففي الاحوال تثبت الجريمة ظاهرا ولكن تستنع العقوبة للشبهة اما في الركن و اما في الشروط .

(١)

ولا يكفي ان يتوافر ركن جريمة السرقة (وهو أخذ المال على سبيل الاستخفاف) بل يجب لوجوب الحد شروط أخرى كثيرة . اذا لم يوجد بعضها سقط الحد بل يسقط اعتبار الفعل جريمة في بعض الأحيان .

ويلاحظ في هذه الحالة ان سقوط العقوبة يكون اما باسقاطها تماما كما نتعرض في هذا البحث . اما تخفيفها الى عقوبات أخرى غير الحد - كما نقدم في الفصل الثاني ان شاء الله تعالى .

وكذلك نرى أن الحد في الزنا يدرأ بوجود شبهات عديدة ، وأنواعها شتى ، وكذلك القلع في السدة يدرأ - شبهات ثلاث :-

اما لشبهة في الحرز

واما لشبهة في الملك

واما لشبهة ترجع الى شخص الجاني .

المطلب الثاني

السرقه في القانون

من الآثار العامة لوجود الشبهة الحكم بسقوط الحد ووجوب التعزير في القانون يجري تقسيم السرقة إلى ما سار عليه في الحد و الأخرى لمبقا لنص المادة الرابعة الى نوعين اولهما السرقة المحمية بالحد. والثاني السرقة الموجبة للتعزير -

وتعدد المادة الخامسة و السابعة (و الثامنة المتعلقة باشتراط النصاب) الشروط الواجب توافرها في النوع الأول المتعلقة بأحوال وجوب الحد .
 وحينما لا يتوحد شرا من هذه الشروط فمعناه عدم اقامة حد السرقة
 وانما يجب التعزير بدلا من الحد حسبها نص القانون (١) .
 ومن هذا يمكن ان نقول بأن القانون قد أنشأ كثيرا من الشبهات التي لم تكن في الفقه معدودة كذلك (٢) .

(١) راجع مادة ١٣ قانون السرقة وهذا ما سار عليه القانون في تقسيمه للزنا الى النوعين الحار اليهما انظر مادة ١٠ في باب الزنا وهذا الذي سار عليه في القذف المادة ١٠ . وكذلك اتبع القانون هذا من نص قانون الخمر مادة ١١ في شرب الخمر وكذلك في المادة ٢٠ - ٢١ قانون العراية والمادة ٢٢ شروع والمادة ٢٢ للحص و عن جميعها التي تتعلق بوجوب التعزير بدلا من الحد (٢) انظر مادة ١٠ في الزنا والمادة ٦ ما لم تكن عقوبة الحد قائمة .

المطلب الثالث

امثلة الحالات التي يحكم فيها براءة العتيم

سرقة الأب من مال ابنه :

وهذا وجه من الأوجه التي يعود عليها ، فإذا سرق الوالد من مال ابنه فإنه لا يعتبر سارقاً طيقاً لقوله عليه الصلاة والسلام : " أنت ومالك لأبيك " (١) ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : " إن أظلم ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه " (٢) - وفي لفظ : " فكلوا من كسب أولادكم " (٣) -

وهذا قول جمهور الفقهاء ماعدا الظاهرية وأبا ثور وابن المنذر (٤) ، والتفصيل أن جمهور الفقهاء لا يرون القلع على الأصول وإن علون من الفروع وإن سفلوا . وحجتهم المنقولة من الأحاديث المذكورة أن للاب حقا في مال الابن فكأنه أخذ مال نفسه فلا يجب عليه الحد ولا التعزير بل لا يعد الفعل جريمة ، لأن الإضافة في قوله عليه السلام : " أنت ومالك لأبيك " بلام التملك يقتضي ثبوت الطك للأب السارق من كل وجه (٥) .

- (١) رواه ابن ماجه وسيره عن حابر أن رجلا^{قال} يا رسول الله ان لى مالا ولدا وان أبى يريد ان يحتاج مالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت ومالك لأبيك . انظر سنن ابن ماجه ١/١٦٧ (٢) و (٣) سنن ابن ماجه ١/١٦٧ نصب الرأية ٣/٢٣٧ نهاية المحتاج ٧/٤٢٣ (٤) انظر المغنى ٨/٢٨٥ ، شرح فتح القدير ٤/٢٣٨ بدائع الصنائع ٧/٧٠ المحلى لابن حزم ١١/٣٤٥ ، ٣٤٦ (٥) البدائع ٧/٧٠

ولهم أيضا أن فيه شبهة استحقاق النفقة أو شبهة لعدم الحرز والحدود تدرأ بالشبهات وأعظم الشبهات أخذ من مال جعله الشرع له وأمره بأخذه وأكله (١) .

و يدخل فيه جميع الأصول سواء كان الأب أو الأم أو الجد أو الجدة وإن علون (٢) وسواء كان السارق حراً أم عبداً كما صرح به الزركشي وسواء اختلف دينهما أم لا كما يقول الشيرازي الشافعي (٣) -

وظاهر قول الخرق ومالك أن يقطع في الجميع إلا أن يسرق الوالد من مال ولده فإنه لا يقطع ، وحسبهما أن شبهة الولد في مال أبيه ضعيفة لأنه إن وطئ جارية أبيه أو أمه حد بخلاف الأب يطلا حارية ابنه فإنه لا يحد لقوة شبهة الأصل في مال فرعه (٤) .

(١) المغني ٢٧٥/٨ (٢) المراجع السابقة (٣) نهاية المحتاج ٤٢٣/٧

(٤) النتف في الفتاوى ٦٤٨/٢ ، المغني ٢٧٦/٨ ، حاشية الدسوقي

أما الظاهرية وأبو ثور وابن المنذر ، فهم يرون أن العقوبة لا تسقطها
 مثل هذه العلاقة بين السارق والمحتن عليه لان القطع على كل سارق بظاهر الكتاب
 من عموم قوله تعالى : (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) (١) - وعموم
 قوله عليه الصلاة والسلام : " ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام (٢) " - فليس
 في قوله تعالى ولا في قوله رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناء وتخصيص ابن
 من أحنن ولا أحسن في الاموال مال أحنن من مال ابن ، (وما كان ريك نسباً) -
 ولأنه لو اراد الله تعالى تخصيص الأث والابن لاظهره ولا أهمله قال الله تعالى :
 (تهبانا لكل شيء) (٤) .

ولان الحديث " انت ومالك لأبيك " منسوخ بايات المواريث وغيرها - ويقول ابن
 حزم أن القطع فرض واجب على الأب والأم اذا سرقا من مال ابنهما مالا - حاجة بهما
 اليه (٥) -
 ويطلق ابن حزم قياس اخذ المال على الأكل في قوله تعالى : (ولا على
 أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أه بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم) (٦) - لان الأخذ
 حرام والاكل حلال - وقياس حكم الحرام المتنوع على حكم الحلال المباح -
 (٧)

(١) المائدة : ٣٨ / (٢) المولى ٣٤٥ / ١١ ، المغنى ٢٨٦ / ٨

(٣) مريم : ٦٤ (٤) النحل : ٨٩ (٥) انظر المولى ٣٤٥ / ١١ - ٣٤٦

المغنى ٢٧٦ / ٨ (٦) النور : ٦١ (٧) المولى ٣٤٦ / ١١ - ٣٤٧

سرقة الأصول أو الأعداد فنى القانون :

أخذ القانون (١) هنا برأى الجمهور من الفقهاء وأصله قول الرسول عليه الصلاة والسلام : أنت و مالك لبيك * - ولانه مأذون له بالدخول فى منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزا فى حقه وقال عليه الصلاة والسلام أن الطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه * - وفى لفظ فكلوا من كسب أولادكم (٢) .

(١) راجع المادة ١٠ الف ٢ - قانون السرقة

(٢) راجع ما مر فى دراسة آراء الفقهاء ص ١٣٩

المبحث الخامس

برائة المتهم بالشبهة فسى الزنا

المطلب الأول : تعريف الزنا* وحرمة وعقوبته وشرائط المحصن للرجم.

تعريف الزنا : اختلف الفقهاء في تعريف الزنا كما يلي :

الحنفية : الزنا عند هم اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل من التزم أحكام الاسلام ، العارى عن حقيقة الطك وعن شبهته وعن حق الطك وعن حقيقة النكاح وشبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الطك والنكاح جميعا (١) .

وحا* في تبين الحقائق * الوطء* الموجب للحد هو الزنا وهو عند أهل اللغة والشرع وطء الرجل المكلف في قبل المشتبهة في غير الطك وشبهته (٢) .
ومعنى ذلك أن الحنفية جعلوا الزنا مختصا بالقبل دون الدبر ومن ثم

يخرج اللواط وانما ان البهية من تعريف الزنا الموجب للحد -

الشافعية : وهم يعرفون الزنا بأنه "هو تخريب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر من لا عصمة بينهما ولا شبهة" (٣)

(١) بدائع الصنائع ٢٣/٧

(٢) شرح كنز الدقائق للزيلعي ٣ / ١٧٥

(٣) أحكام السلطانية للماوردي ٢٢٣

وعرف النووي في المنهاج الزنا بأنه " الإلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال

عن الشبهة مشتبه طبعاً بوجوب الحد ، ودبر ذكر وأنثى كقبل على المذهب (١) .

المالكية : والزنا عندهم عبارة عن : " كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة

نكاح ولا ملك يمين " - هذا ماورد في بداية المجتهد (٢) ، وزعم أن هذا متفق

عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود ما ليس

بشبهة : دائرة . (٣)

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤) : " الزنا وطء مكلف

مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمداً وان كان لواطاً أو اتيان أجنبية بدبر

أو اتيان ميتة غير زوج أو صغيرة يمكن وطئها أو مستأجرة لوطاً أو غيره .

الحنبلية : يعتبر الزنا في مذهب الحنبلية بأنه : " كل فعل الفاحشة في قبل

أو دبر " وهو من الكبائر العظام (٥)

الظاهرية : وجرمة الزنا عندهم " هو " وطء من لا يحل له النظر الى مجردها

وهو عالم بالتحريم فهذا هو العاهر الزاني " - ويقول ابن حزم : انما العاهر ما كان

في محرمة العين فقط " فالمقصود بذلك أن وطء محرمة العين يوجب الزنا اذا كان

الفاعل يعلم التحريم بصرف النظر عن العقد أم غيره (٦) .

(١) راجع نهاية المحتاج الرطب ٧/٤٠٢ - ٤٠٢ ومغنى المحتاج الشريفي

١٤٤٣/٤ - ١٤٤٤ (٢) لابن رشد ج ٢ ص ٣٩٦ (٣) المرجع السابق

(٤) ج ٣ ص ٣١٣ - ٣١٤ ، انظر متن الشرح بهامش حاشية الدسوقي (٥) راجع

كشف القناع على متن الاقناع لليهوتي ج ٦ ، ص ٨٩ (٦) راجع المحلى ج ١١

ص ٣٢٩ - ٢٥٦

القانون : ويعرف القانون الباكستاني الزنا بأنه وطء الرجل المرأة برضا *

الطرفين في غير نكاح صحيح (١) .

جريمة الزنا وحرمة : الزنا جريمة و معصية من الكبائر منهي عنها بقوله تعالى (٢)

(ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة و ساء سبيلا) (٣) وقال تبارك وتعالى :

(والذين لا يدعون مع الله الها آخرا ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا

يبنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما) . (٤)

والعقوبة الواردة في القرآن تدل على أن الزنا جريمة في قوله تعالى :

(الزانية والزاني فاحلدوا كل واحد منهما مائة حلدة ولا تأخذكم بهما رافة في

دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) (٥) .

وأساس عقوبة الزنا في الشريعة الاسلامية ، المحافظة على العرض والنسل ان

أنه حرب و قتل للنسل ولأنه أخطأ على حياة الانسان ونظام الأسرة التي تقوم عليها

الجماعة ولان فيه اشاعة للفاحشة تهدم الأسرة و تفسد المجتمع وتسبب له التحلل (٦) .

أما العقوبة في القوانين الوضعية فأساسها أن الزنا من الامور الشخصية

تخالف حق الفرد ولا تمس صوالح الجماعة فلا معنى للعقوبة عليه مادام عن تراض

الا اذا كان أحد الطرفين زوحا ففي هذه الحالة يعاقب على الفعل صيانة لحرمة

الزوحية (٧) .

(١) انظر المادة ٤ في قانون الزنا الصادر ١٩٧٩م (٢) انظر المغنى ٨/١٥٦

كشاف القناع ٨٩/٦ (٣) بنى اسرائيل ٣٢ (٤) الفرقان : ٦٨ (٥) النور : ٣

(٦) انظر التشريع الحنائى الاسلامى ج ٢ ص ٣٤٧ (٧) راجع مادة ٣٧٥

قانون الحنائى الباكستانى (PPC)

وكانت هذه الفكرة نفس القانون الجنائي الباكستاني نسخت منه هذه المادة

بقانون الحدود الصادر (١) ١٩٧٩ م.

عقوبة الزنا : وحد الزنا عند الحنفية على نوعين ، جلد ورجم وعند الجمهور جلد مع التعريب ، فالجلد على وجهين للحرمة جلدة والعبد خمسون جلدة ، والرجل والمرأة فيهما سوا ، والرجم على وجهين الرجل والمرأة فاما الرجل فانه لا يحفرله وأما المرأة فانه يحفرله في قول أبي حنيفة وصاحبيه ، ولا يحفرله في قول الشافعي (٢) -

الاحصان : والرجم لا يقوم الا بالمحض ، وفي الاحصان شرائط ، ومنها :-

١- ان يكونا حريين .

٢- مسلمين

٣- وبالضيق

٤- وناكحين بنكاح صحيح

٥- ومدخولين بدخول مستتم .

هذه الشروط عند الحنفية ، وهم يعتبرون كمال الطرفين ايضا كشرط

من شرائط الاحصان والمراد به أن يكون الزوجان محضين ويصح قال الحنفية .

وفي قول أبي عبد الله ومالك والشافعي الاسلام ليس من شرائط الاحصان

(٣)

لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم يهوديا ويهودية (٢) وكذلك كمال الطرفين .

(١) انظر مادة ١٩ قانون الزنا (٢) النظر التنقيح في الفتاوى ج ٢ ، ص ٦٣٣

(٣) المرجع السابق ، انظر التشريع الجنائي الاسلامي ج ٢ ص ٣٨٩ - ٤٩٤

المطلب الثانيأمثلة الزنا المؤدى الى براءة المتهم

يعتبر الزنا على وجهين .

صریح وشبهة

فالصریح على وجهين :

كرها وطوعا

وقد عرضت حديثا عن الاكراه وعلاقته بالشبهة في بحث مستقل-أما الزنا
طوعا فهو ليس من محشنا في هذه الرسالة فلا نتعرض له ولا شك في وجوب الحد
على هذا النوع .

وأما براءة المتهم وزوال وصف الحرمة عنه بشبهة قوية ، فمنها

أولا : ارتكاب الزنا بشبهة الفعل أو شبهة اشتباه (١) عند الحنفية وبشبهة
الفاعل عند الشافعية وبأنواع الشبهات عند أبي زهرة التي تتعلق بالركن الأدبي (٢)
أو الجهل النافي للقصد في الارتكاب (عند الجهل بتعارض الأدلة المبيحة
والمحركة) وهذه الشبهات تتقارب أساسا في العناصر الثلاثة ، وهي :

— عدم العلم بحرمة الفعل

— ظن الفاعل ظل الفعل

(١) انظر تعريفها فيما مر في تقسيمات الشبهة ص ١ ، (٢) انظر فيما تقدم في
الأنواع ص ٣٦ والمقارنة بين التقسيمات الحنفية والشافعية ص ٥٩ (٣) انظر فيما
تعرض في تقسيمات أبي زهرة ص ٥٩ - ٨٠ والمقارنة بين تقسيمات الثلاثة ص ٨٤

— عدم الدليل على الحرمة أصلاً —

ومن أمثلة هذه الشبهات : الأمثلة الثانية التي ضربها الحنفية في باب

الزنا (١) والتي تشترك جميعها في أنها تدل على أن الفاعل يعتقد بحل الفعل بشبهة ملكية قائمة في المحل نحو اتیان الزوج مطلقته البائنة وهي في العدة (٢) أو أن ينكح امرأة في عدتها ، والأمثلة التي ضربها الشافعية تدل على جهل الفاعل بحرمة الفعل أساساً نحو العلم بتحريم (٣) الزنا كحديث العهد بالإسلام (٤) .

وكذلك ضرب أبو زهرة الشبهة بسبب الجهل في الركن الأدبي

وتحتته : الجهل بالأحكام الشرعية المحرمة مطلقاً ،

والجهل في موضع يحتاج فيه العلم بالحكم إلى نظر واستدلال وبحث .

والجهل بالأحكام الإسلامية في غير الديار الإسلامية (٥)

(١) انظر شبهة الفعل عند الحنفية ص ٣٦ (٢) راجع البناية للمعيني ٢/٢٧٠ -

٦٧١ وانظر فيما تقدم ص ٣٧ (٣) راجع المذهب الشيرازي ٢/٢٦٧ - وانظر ما مر

في أنواع الشبهات ص ٥١ (٤) راجع المغني ٨/١٨٥ (٥) انظر ص ٧٥

فيما تقدم وراجع العقوبة لكثير زهرة ص ٢٠٩ - ٢١٨ وقد خرجنا القسم الآخر

تحت هذا الجهل وهو الجهل بتعارض الأدلة الصحيحة الذي يتقارب مع الشبهات

الحكمية عند الاحناف -

وثانياً : ارتكاب الزنا بشبهة المحل عند الحنفية (١) والشافعية (٢) سميت
شبهة الملك أو الشبهة الحكيمة، وبثلاثة أقسام الشبهات عند أبي زهرة ماعدا الجهل
بالركن الأدبي. وإن يشمل من هذا النوع أيضاً القسم في الأدلة المتعارضة تفيد الجاني
لسقوط العقوبة الحائثة عنه ويرجع ذلك إلى تعلق الشبهة بمحل الفعل بأن أساسها
محل الفعل وتسلط الفاعل عليه دون اعتقاده وظنه غير أنها عند الحنفية تحصل
لقيام دليل ناف للحمة .

فمن وطئ * أمة ابنه اعتماداً على قول الرسول عليه الصلاة والسلام * أنت
ومالك لأبيك * فقد نظر إلى هذا الدليل المناق للحرمة وخص النظر عن المانع الذي
يفيد الحرمة . وكذلك مثل الحنفية بستة أمثلة (٣) لشبهة الملك في باب الزنا
نحو المطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات .

(١) انظر ص ٤١ (٢) انظر ص ٥٤ فيما تعرض ص ٩٠ - ٩١ و ص ٧٥ - ٨٠

و ص ٧٣

(٣) انظر شبهة المحل عند الأحناف ص ٤١ فيما تقدم

الفصل الثاني

مع إسقاط الحد بالشبهات إمامان التعزير

نحاول أن نتعرض في هذا الفصل إلى أن تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات قد ينتج أثرا مختلفا عن سابقه هو تخفيف العقوبة ومعنى ذلك أن تقوم الشبهة المؤدية إلى سقوط الحد وإن كانت لا تصل إلى إزالة وصف الجريمة حيث أن المتهم مسئول ولو حذرنا عن التهمة المنسوبة إليه وإن لم يكن على وجه الجزم واليقين كما أنه قد يكون هناك احتمال قيام التهمة بالمتهم مع قيام احتمال مساو بعدم التحريم للمفعل ومن أجل ذلك تحولت العقوبة الحدية إلى عقوبة تعزيرية جسدية كانت أو مالية -

المبحث الأول

درء الحد والمستم بالتعزير (١) جسديا -

المطلب الأول : التعزير في السرقة

يتفق جمهور الفقهاء في الحكم بالتعزير عند استحالة القطع إذا لم يتجمع
الشروط المعتبرة الموجبة للقطع في السرقة، فإنَّه الجاني يعزر بدلا عن قطع اليد
والرحلين -

حالة
والقانون لا ينفذ الحد في هذه الحالة كما يمنع التنفيذ في /عدم صحة اليد
المسرى أو الرجل اليمنى (٢) -

و نعرض في الأوراق التالية السرقات التي يسقط فيها الحد ، وتتحول العقوبة
على التهمة الى عقوبة تعزيرية - وقبل الكلام في ذلك المبحث ينبغي أن نلاحظ أن
الشريعة الاسلامية لا تحدد التعزير بل تتركه الى القاضي الحق في تقديره بينهما .
نجد القانون (٣) قد عين مقدار التعزير بعد سقوط الحد وفقا للقانون
الجنايى الباكستانى .

وهذه المادة تتعارض في ظاهرها مع الفقه الاسلامى وان كانت في حقيقتها
غير متعارضة لأن التعزير مجموعة عقوبات يلاحظ القاضي عند توقيعها على المجرمين أن
يتخير ما يناسب كل فرد اذا كان من أحد العرصة فلا بأس بالجرائم التي فيها

(٢) المادة - ١١ - (١) - د

(١) المادة - ١١ - (٣)

(٣) المادة - ١٤

بحوز لولى الأمر أن يقلل الشفاعة وأن يعفو عن الجاني المرتكب للجريمة التعزيرية~
خلافًا للحدود (١) -

سرقة الفروع من الأصول والاقارب الأدنى من غير الأصول

لو سرق الفرع من الأصل كان سارقاً ولكن لا يقام عليه الحد في رأى الجمهور
ماعدا المالكية والخرق الحنبلى في قول وأبى ثور الشافعى وابن المنذر الذين
انضموا الى الظاهرية في ايجاب العقوبة ما دامت الجريمة قائمة (٢) -

و جمهور الفقهاء يستدلون^{على} بسقوط القطع عن - - الفرع من الأدلة على براءة
الأصول معللا - - وهن الحرز لعموم قوله تعالى : (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من
بيوتكم أو بيوت آبائكم) (٣) - الآية

معناه ان اطلاق الأكل مطلقا ورفع الجناح عن الأكل يمنع قطع القريب ثم
هو ان ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان قوله عليه الصلاة والسلام :
" أنت ومالك لأبيك " - (٤) وبانتفاء الشبهة للقطع في السرقة لقوله عليه الصلاة
والسلام " ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم (٥) " .

(١) اعتبر عبد القادر عودة التشريعات الجنائية الوضعية في غير مواطنة وجوب تطبيق
الحدود نوعا من التحديد اسلطة القاضى التقديرية في التعزير، ١٦٣/١ (٢) راجع
شرح فتح القدير ٢٣٨/٤ كشف القناع ١٤١/٦ المغنى ٢٨٦/٨ المهذب ٢٨١/٤
نهاية المحتاج ٤٢٣/٧ (٣) النور : ٦١ (٤) شرح فتح القدير ٢٣٩/٤، انظر سنن ابن
ماجة ١٦٧/١ وانظر ايضا ما تقدم في البحث الرابع من براءة المتهم بالشبهة في السرقة
ص ١٢٩ (٥) رواء الترمذى والحاكم والبيهقى والدارقطنى وذكرانه قدروى موقوفا والوقف
أصح قال قدروى عن غير واحد من الصحابة رض انهم قالوا مثل ذلك راجع السنن الكبرى
للبيهقى ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات ٢٣٨/٨
وانظر ما تقدم في اعتبار الشبهة ص ١٧

و القربة بين الأصول والفروع تنبع شهادة أحدهم للآخر وكذا القربة كالتابع

للحد ولو جوب النفقة في مال الأب لابنه وبعدم جواز اتلافه حفظا للمال (١)

ويقول الكمال ابن الهمام : " إن الاذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة

وصلة الرحم ولذا حل النظر منها الى مواضع الزينة الظاهرية والباطنة كالعصفد

للدملوج والصدر للقلادة والساق للخنخال وما ذلك الا للزوم الحرج ولو وجب سترها

عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاوله الاعمال وعدم احتشام احدهما من الآخر. وأيضا

فهذا الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها

بدرته مذكوره في الكافي - (٢) .

اما القائلون باقامة الحد وعدم سقوط العقوبة مطلقا فذكرنا أدلتهم آنفا في

سرقة الأصول من الفروع ومنها عموم آية القطع (٣) وعموم الحديث لعرة الدم والمال (٤)

ونسخ حديث ملكية الفرع لأصله ثابتة بآيات الموارث وغيرها (٥) .

واما سائر الأقارب دون الأصول والفروع كالأخوة والأخوات ومن عداهم فتبقى

العقوبة من القطع عند جمهور العقهاء ماعدا الحنفية الذين لا يعتبرون القطع على

من سرق من ذى رحم محرم سواها كان بينهما ولادة أو لا (٦) . وحجة الجمهور أن

(١) انظر المرجع السابق (٢) شرح فتح القدير ٢٣٨/٤ (٣) قوله تعالى : (والسارق

والسارقة فاقطعوا أيديهما) (٤) قوله عليه الصلاة والسلام : ان دماكم و اموالكم عليكم

حرام - المحلى ٣٤٥/١١ (٥) المحلى ٣٤٦/١١ - ٣٤٧ - راجع ص ٢٤

فيما سبق (٦) بدائع الصنائع ٧٥/٧ المغنى ٢٧٦/٨ كشاف القناع ١٤١/٦

بداية المجتهد ٤١٣/٢ ، المحلى ٣٤٦/١١ ، ٣٤٩ - ٣٥٠

القطع كقرابة غيره و فارق قرابة الولادة . (١)

وعرضا آراء الظاهرية في عدم اعتبار الشبهة مطلقا (٢) وعدم سقوط القطع

في السرقة عندهم وأبي ثور وابن المنذر لعموم آية السرقة في قوله تعالى : (السارق

والسارقة فاقطعوا أيديهما) (٣) وعموم الحديث في حرمة الدم والمال في قوله

عليه الصلاة والسلام : (إلا أن دماءكم وأموالكم عليكم حرام) - (٤) ونسخ حديث

: " أنت ومالك لبيك " - بآيات الموارث وغيرها (٥) وإبطال قياس الأخذ على الأكل

في قوله تعالى : (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم . . . الآية) (٦) . لأنه قياس

حكم الحرام الممنوع على حكم الحلال المباح وهذا مستحيل - (٧) .

وعرضا أيضا أن شبهة عدم الحرز أو شبهة الطك وفقا لقوله عليه الصلاة

والسلام : " أنت ومالك لبيك " - تتوافر في سرقة الأصول من الفروع فقط عند المالكية

وبعض الحنابلة كالخرقي . (٨) .

ويشتمل الحكم بسقوط القطع جميع الأصول والفروع دون سائر الأقارب عند

جمهور الشافعية ماعدا أبا ثور وابن المنذر . أما الحنفية القائلون بسقوط القطع على

جميع المحارم من ذوى الأرحام فهم يستدلون بنفس الأدلة التي يبرأ بها الأصول فليس

(١) المغنى ٢٧٦/٨ (٢) انظر المحلى ١٥٣/١١ وأيضا بحث هذه الرسالة

من أدلة المخالفين في اعتبار الشبهة - ص ٦ (٣) المائدة : ٣٨

(٤) المحلى ٣٤٥/١١ (٥) السابق (٦) النور : ٦١ (٧) المحلى

٣٤٦/١١ - ٣٤٧ وانظر أدلة الظاهرية في المطلب عن سرقة الأصول من مال

الفروع ص ١٣١ ، ص ٦ (٨) حاشية الدسوقي ٣٣٧/٤ ، المغنى ٢٧٦/٨

وانظر ص ١٣٩ في المطلب عن سرقة الأصول والفروع .

السرقه من الفروع وعكسها وأعمها قوله تعالى : (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من
بيوتكم الآية) (١) .

_____ قاله تعالى رفع الجناح على الداخل في بيت الاخوة والأعمام والأكل منه
فظاهر هذا يقتضى الاباحه ، والظاهر وان ترك لقيام الدليل يبقى شبهة الاباحه
على وزن قوله عليه الصلاة والسلام : أنت ومالك لأبيك " (٢) .

وجاء في المصنوع (٣) أنه عطف بيوت الاخوة والأعمام على بيوت الأبا
والأولاد وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ، ولا يدخل قوله تعالى في آخر الآية
" أو صديقكم " لأن الصداقة لا تبق مع السرقة فلا نعدام السبب عند السرقة تنتفى
الشبهة هناك . فاما الاخوة فتبقى مع السرقة كالأبوة والمعنى أن بينهما قرابة محرمة
للنكاح فكانت كالولاد .

وتأثيره أن البعض يدخل بيت البعض من غير استئذان ولا حشمة ولهذا
ثبت حل النظر الى موضع الزينة الطامعة والباطنة بهذه القرابة كما في الأولاد ،
فينتقض معنى الحرز في حقهم وهو على أصلنا مستقيم لأنه يتعلق استحقاق النفقة

(١) النور : ٦١ (٢) أنظر سنن ابن ماجه ١/١٦٧ ، شرح فتح القدير

٢٣٩/٤ .

(٣) للسرخسي ١٥٤/٩

(٤) النور : ٦١

بهذه القرابة والعشق عند دخوله في الحثك فذلك دليل على ثبوت الحق لبعضهم

في مال البعض من وجه - وأدنى الشبهة تكفي لدرء الحدود (١) .

وان كان أحد المارقين ذا رحم محرم من المسروق منه أو شريكاً له يدرأ

الحد عنه بالشبهة ويدرأ عن الآخر للشبهة للشركة لأنها سرقة واحدة فلا يكون بعضها

موجباً للعقوبة وبعضها غير موجب كالخاطئ مع العائد إذا اشتركا في القتل (٢) .

(١) المسوق للسرخس ١٥٢/٩

(٢) نفس المرجع

سرقة الأولاد والفروع في القانون

أخذ القانون هنا أيضا برأى جمهور الفقهاء حيث لا يقطع الابن عند الجمهور ماعدا المالكية وبعض الشيعة الزيدية والظاهرية بسرقة مال والده وان علا ، لأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظا له فلا يجوز اتلافه حفظا للمال . (١)

ويستثنى القانون الاخوة والاخوات لأب ولأم (٢) وكذلك الاخوة والاخوات وأولادهم (٣) من وجوب الحد مستندا ذلك من رأى الحنفية ، أما الاخت من الرضاة كالأم من الرضاة فلا استثنا ، انما هو عند الامام أبي يوسف فقط ولذا لم يأخذ القانون برأيه (٤) . فالقانون انما يأخذ بالراجح من مذهب الأحناف غالبا .

(١) المادة ١٠ الف ٣ و انظر ما مر من مراجع الفقهية في الفصل السابق .

(٢) المادة ١٠ الف ٤

(٣) المادة ١٠ الف ٥

(٤) بدائع الصنائع ٧٥/٧

السرقاٲ من الأقارب فى القانون

تحدد حكم هذا السفرع الماده ١٠ من قانون السرقة (١) ففبها أنه لا قطع على من سرق من ذى رحم محرم ممن ىءءل بعضهم على بعض دون اذن عاده فكأن هناك إءنا ضمنا بالءءول فتكون السرقة من غير ءرز فضلا عن أن القطع بسبب السرقة ىفضى الى قطع الرحم و ذلك ءرام والقاعءة أن ما أنضى الى ءرام فهو ءرام كما سبق بآانه فى الفصل السابق عند ذكر آراء الفقهاء فى السرقة من الأقارب (٢) و ىتفق هذا الذى أخذ به القانون فى هذا الصءء مع مذهب الأءناف .

(١) و توجد الجنايات فى نفس الملة فى مائه ١٨ قانون العرابة والمائه ٩ قانون

الزنا والمائه ٩ قانون القذف .

(٢) انظر ما مر فى الفصل السابق - و راجع البءائع الصنائع للكاسانى ٧٥/٧

السرقه بين الزوجين

وتلتحق هذه المسائل بمسئلات الحد الى عقبة أخرى فاذا سرق الزوج من امرأته أو المرأة من زوجها فانه لا قطع في ذلك بل يعزر عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية في رأى من آرائهم الثلاثة والحنبلية في رأى من الرأيين وفي مذهب مالك بشرط حدوث السرقة من البيت الذى يسكنه الزوجان ، ولا يكونان محجورين عنه (١) .

ولا يفرق هؤلاء الفقهاء بين السرقة من البيت الذى يسكن فيه الزوجان أو من بيت آخر اعتمادا على الشبهة لعدم الحرز ووجود الخلل في الملك حيث يتوافر الاذن في الدخول عادة ، ولتبادل المنافع بينهما ، ولأن بينهما بسطة في الأموال عادة ودلالة ، فانها لما بذلت نفسها وعن أنفس من المال كانت بالمال أسج ، ولأن بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين (٢) ، ولأن شهادة احدهما لا تقبل على الآخر لا اتصال المنافع (٣) ويستدل الفقهاء بحديث هند حين قال لها النبي صلى الله عليه وسلم : " خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف " (٤) وحجتهم من المأثور عن الصحابة أن عمر رضى الله عنه منع قطع الخادم اذا سرق بعض متاع البيت فاذا لم يقطع خادم فالزوج أولى السبب نفسه (٥) .

(١) شرح فتح القدير ٢٤٩/٤ ، نهاية المحتاج ٤٢٤/٤ ، المغنى ٢٧٦/٨ ، كشف

القناع ١٤٢/٦ بداية المجتهد ٤١٣/٢ (٢) المراجع السابقة (٣) الفقه على المذاهب الاربعة لعبد الرحمن الحيزى ١٩٠/٥ (٤) رواه الجماعة الا الترمذى عن عائشة رضى الله عنها ان هند ا قالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أبنا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى و ولدى الا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف * راجع نيل الأولار باب المرأة تنفق من مال الزوج بغير علمه اذا منع الكفاية (٥) حاشية الزرقانى على مؤالا مالك ٢١/٤ المغنى ٢٧٦/٨ - ٢٧٧

كشف القناع ١٤١/٦ ، بداية المجتهد ٤١٣/٢

وفي رأى آخر عند الشافعية أن الزوج يقطع بسرقة مال زوجته ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج لأن لها النفقة والكسوة عليه في ماله وورد في نهاية المحتاج : " فان فرض أن لها شيئاً من ذلك حال السرقة وأخذته بقصد الاستيفاء لم تقطع كدائن سرق مال مدينه بقصد ذلك " (١) -

وأما الظاهرية فذهبهم عدم اعتبار الشبهة فيرون لذلك وجوب القطع في هذه الحالة سواء أخذ من حرز أو من غير حرز (٢) -

وهي الشافعية في رأيهم الراجح والمالكية والحنابلة في رأى وجوب القطع اذا سرق أحد الزوجين من الآخر بشرط أن يكون المال محرراً ومحجوراً عنه أو اذا كان كل واحد منهما في بيت مستقل عند المالكية لعموم أدلة القطع للسرقة ، ولا أثر لشبهة استحقاق النفقة والكسوة لأنها مقدرة محدودة (٣) .

وهذا كله مخصوص بحالة قيام الزوجية. أما اذا كانت السرقة قد حدثت بعد الزوجية أو قبل قيام الزوجية فالفقهاء آراء أخرى ، أخصها فيما يلي :-
اذا حدثت السرقة بعد انتهاء العدة ففيها القطع بلا خلاف -

أما اذا حدثت السرقة في حال قيام العدة سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً بينونة صغرى أو كبرى فلا يجب العدة لأن النكاح في هذه الحال قائم من وجه أو أنه أثره قائم وهو العدة وقيام النكاح من كل وجه أو قيام أثره يورث شبهة - (٤)

(١) نهاية المحتاج للرملي ٤٢٤/٤ (٢) راجع المحلى ٢٥٠/١١

(٣) المغنى ٢٧٧/٨ ، بداية المجتهد ٤١٣/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٤/٤

(٤) بدائع الصنائع ٧٦/٧

ثم اذا وقعت السرقة ولحقها تزوج الجاني والمجنى عليه ففيه حالتان :

أولاً : ان تزوج السارق أو السارقة مع المسروق منه قبل الحكم بالقطع لم يقطع .

لأن لجريان الزوجية شبهة مانعة من القطع كقرانها (١) .

ثانياً : اذا كان التزوج بعد حكم القلع وقبل استيفائه فلا ينفذ الحكم عند الامام

أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف رحمه الله .

وعنده الامام أبي حنيفة أن الامضاء في باب الحدود من القضاء فكانت الشبهة

المعتضة على الامضاء كالمعتضة على القضاء وكان الطوارئ على الحدود وقبل

الامضاء بمنزلة الموقوف قبل القضاء ويقوى رأي أبي حنيفة بسقوط الحد عن القاذف اذا

زنى المقدوف قبل اقامة الحد على القاذف وجعل الزنا المعتز على الحد كالموجود

عند القذف (٢) .

والامام أبو يوسف يرى القطع لأن الزوجية القائمة عند السرقة انما تمنع وجوب

القطع باعتبار الشبهة وهي شبهة عدم الحرز أو شبهة الطك فالطرفة لو اعتبرت مانعة

لكان ذلك اعتبار الشبهة وأنها ساقطة في باب الحدود (٣) -

(١) نفس المرجع

(٢) السابق ، ويبدو أن القانون يأخذ برأي أبي حنيفة في اعتبار الامضاء جزءاً

من القضاء حيث حكم بسقوط القطع اذا رجع المدعى عن دعواه في السرقة قبل امضاء

حكم القطع وتنفيذ هذا الحكم - انظر مادة ١١ - (١) - د قانون السرقة

(٣) المرجع السابق .

سرقة الزوجين في القانون

وقد أخذ القانون في بحر^١ ما ذهب اليه جمهور الفقهاء^٢ في سقوط الحد حيث حكم بأن لا قطع على أحد الزوجين اذا سرق من مال صاحبه سوا^٣ سرق من البيت الذي هما فيه أو من بيت آخر لأن كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه وينتفع به عادة وذلك يوجب خلا في الحرز وفي الملك ايضا . (١) .

هذا عند ما تكون الزوجية قائمة ولكن ما الحكم عند ما تنتهي بحدوث الطلاق قبل أو بعد الدخول وخلال العدة أو بعد انتهائها ؟ هذا ما سكته عنه القانون عنه ونعتقد أن سكوته ربما يسبب بعض المشاكل في التطبيق وان كان الواجب بوجه عام على القضا^٤ والمتقاضين الرجوع في ما سكته عنه القانون الى المصادر الفقهية وخاصة الحنفية (٢) -

وقد سبق تقرير مذهب الحنفية في مسألة حدوث السرقة بعد انتهاء العدة وأن القطع واجب في هذه الحالة كما سبق أن القطع لا يجب اذا حدثت السرقة . مال قيام العدة اما اذا حدثت السرقة قبل الزواج وقبل امضا^٥ القطع فلا يذكر القانون صراحة الحكم الذي يجب تطبيقه في هذه الحالة وقد سبق اختلاف أبي حنيفة مع أبي يوسف في هذا الامر ويبدو أن القانون قد أخذ برأي أبي حنيفة فقد أشار في مناسبة أخرى الى اعتبار الامضا^٦ جزءا من القضا^٧ (٣) حيث اعتبر رجوع المدعى عنه دعواه قبل القطع موجبا لا سقاط الحكم بالقطع وان قرر العقاب بالتميزير . (٤)

(١) راجع ما مر في المرجع السابق وانظر المادة ١٠ الف - ١ من القانون السرقة .
(٢) نفس المرجع وانظر أيضا التشريع الجنائي ٥٧٦/٢ - ٥٧٧ (٣) انظر مادة : ١١ - (١) - د - وبدايع الصنائع ٧٦/٧ (٤) انظر مادة ١١ - (٣) في نفس القانون

سرقة الضيوف :

لا يقطع في سرقة ضيف اذا سرق متاع من أضافه كما لا يقطع في أجبر اذا سرق
 من موضع/لسه في دخول له لان الاذن بالدخول أخرج الموضع من أن يكون حرزا في
 حقه لكونه مأذونا في دخوله ، ولأنه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة .
 أطلقه فشمط ما اذا سرق من البيت الذي أضاف فيه أو من بعض بيوت الدار سواء كان
 مغفلا أو من صندوق مقل ، ويحتج ايضا بأن الدار كلها حرز واحد فلا يمسد من
 الاخراج بينها وما في يد صاحبها معنى فتمكن شبهة عدم الأخذ فيه بالسرقة لأنه
 يجب الضمان على الغاصب بمجرد الأخذ وان لم يخرج من الدار هو الصحيح لأنه
 يجب مع الشبهة (١) .

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٥٩/٥ ، شرح فتح القدير ٢٤٢/٤

المنية ٧٥٤/٢ ، المهذب ٢٨١/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٣/٧ ، مغنى المحتاج

للشربيني الخطيب ١٦٢/٤ ، المفتى لابن قدامة ٢٧٥/٨ ، كشف القناع ١٤٥/٦

بداية المجتهد ٤١٣/٢ حاشية الزرقاني على الموطأ المالك ٢١/٤

سرقة الضيوف في القانون (١) .

وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور (٢) في هذه الجريمة ، فلو سرق ضيف من أضافه لا يقطع لأن البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مازونا في دخوله ولأنه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة وقد أطلق القانون النص هنا فشملا ما إذا سرق من البيت الذي أضيف فيه أو من بعض بيوت الدار سواء كان مقلدا أو من الصندوق مقلدا -

(١) المادة - ١٠ - ب

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ٥٩/٥ ومبادئ الصنائع ٧٥/٧

وانظر المحلى ٣٥/١١ والمغنى ٢٧٥/٨

الخد هو الأجر :

أما الخد هو الأجر فعولجت سألتهم على الأسس السابقة ذاتها بأنهم
 يلتحقون بمن هم مأذون لهم بالدخول في بيوت ساداتهم للخدمة فلم يكن بيت
 مولا هم حرزا في حقهم فلو سرقوا شيئا أثناء قيام هذا الاذن لما قامت في حقهم عقوبة
 القطع ، وقد ورد في البدائع أن : لا قطع في سرقة خادم من قوم اذا سرق متاعهم (١)
 وكذا الأجير اذا أخذ المتاع المأذون له في أخذه من موضع لم يأذن له بالدخول
 فيه لم يقطع لأن الاذن يأخذ المتاع يورث شبهة الدخول في الحرز ولأن الاذن بالأخذ
 فوق الاذن بالدخول وذا يمنع القطع فهذا أولى (٢)
 واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدرا عنه الحد أن يكون يلى الخدمة
 لسيده بنفسه (٣) .

والشا فعي مرة اشترط هذا مرة لم يشترطه (٤) وقال أبو ثور يقطع ولم
 يشترط شرطا (٥) وبه قال ابن حزم لأن القطع عند الظاهرية واجب على كل ذي
 رحم محرمة أو غير محرمة مالم يبح له أخذه (٦) وأخذ القانون مذهب الجمهور
 استنادا الى شبهة الاذن بالدخول في الحرز (٧) .

(١) بدائع الصنائع ٧٥/٧ (٢) نفس المرجع (٣) حاشية الدسوقي ٣٣٧/٤

الزرقاني شرح مؤلف المالك ٢١/٤ (٤) نهاية المحتاج ٤٢٣/٧ (٥) كشاف القناع

١٤١/٦ ، بداية المجتهد ٤١٣/٢ (٦) المحلى ٣٥٠/١١ (٧) راجع مادة
 ١٠ - ج قانون السرقة

ويستحق بهذه الحالات العبد في سقوط الحدود ، ويوافق فيها جمهور
 الفقهاء ماعدا الظاهرية (١) وأما ثور في رواية عنه كما يذكر ابن رشد في سرقة
 العبد من مال سيده قال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطا (٢) .
 وكذا نقل صاحب المذهب مع دليله من عموم الآية وقال هذا خطأ
 لما روى عن أثر سيدنا عمر رض الله تعالى عنه ويقول ابن قدامة ضد رواية الأئمة :
 إذا سرق العبد من مال سيده فلا قطع عليه في قولهم جميعا ووافقهم أبو ثور عليه^(٤)
 وكذا يذكر الشرييني إجماع الفقهاء ولم ينفرد أحد : ولا قطع أيضا بسرق
 رقيق مال سيده له بالاجماع كما حكاه ابن المنذر (٥) .

(١) راجع كشف القناع ١٤١/٦ ، المحلى ٣٥٠/٨

(٢) بداية المجتهد ٤١٣/٢

(٣) الشيرازي ٢٨١/٢

(٤) المغنى ٢٧٥/٨

(٥) مغنى المحتاج ١٦٢/٤

المساومة أو شبهة الملك في المال المشترك والسرقة من بيت المال :

ولا يقطع السارق عند أبي حنيفة والشافعي في الأصح وأحمد والشيعة إذا سرق مالا مشتركا مع المجنى عليه لأن السارق يملك المسروق على الشيوع مع المجنى عليه فيكون هذا شبهة تدرأ القطع (١) .

لا يقطع السارق من بيت المال عند أبي حنيفة والشافعية والحنبلية وبهم قال الشعبي والنخعي والحكم ويروى ذلك عن عمرو بن رضى اللغنيهما وقال حماد ومالك ، وابن المنذر يقطع بظاهر الكتاب (٢) .

وحجة القائلين بعدم القطع أنه مال العامة وهو منهم وحرمة المال العام حكمها حكم المال المشترك عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة الزهيدية لأن للسارق حقا في هذا المال وقيام هذا الحق يعتبر شبهة تدرأ عنه الحد ، أما مالك فيرى قطع السارق من بيت المال أو من مال المغنم ويرى ذلك الظاهرية أيضا بالشروط التي يشترطونها في المال المشترك (٣) -

صرح الزيلعي الحنفى بأن "لا يقطع في مال بيت المال أو في مال للسارق فيه مشتركه لأن له فيه شركة حقيقه أو شبهة شركة فان مال بيت المال مال المسلمين وهو منهم وإذا احتاج له الحق فيه بقدر حاجته فأورد ذلك شبهة والحدود تدرأ بها" (٤)

(١) التشريع الجنائي ٥٩٢/٢ (٢) الهداية ١١٩/٢ - ١٢٠ البناء ٧٤١/٢

٧٥٠/٢ شرح فتح القدير ٢٣٥/٤ حاشية الدسوقي ٣٣٧/٤ رد المختار ١١٩/٤

(٣) التشريع الجنائي ٥٩٣/٢ (٤) الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق

وكذلك الشركة العامة التي كانت في الصيد قبل الاحراز وفيما يوجد جنسه
باحا (يعني باحا للعامة) لقوله الصلاة والسلام : الصيد لمن أخذه " - فكان
كمال بيت المال فلا قطع فيه (١) -

وكذلك صرح الرطبى الشافعى وان سرق من حرز شريكه مشتركا بينهما فلا قطع
عليه في الاظهر وان قل نصيبه لأن له في كل جزء حقا شائعا فاشبهه وطء أمة مشتركة
وخرج بالمشارك سرقة ^{ما} يخص الشريك فيقطع به على ما قاله القفال لكن الأوجه ما جزم به
المأوردى أنه ان اتحد حرز هما لم يقطع أى ما لم يدخل بقصد سرقة غير المشترك
أخذاما بأتى قبل قوله اجنبى المصوب والاقطع (٢) -

وشبهة الملك أو المساعدة تدراً الحد عند الشافعية ايضا وهم في ذلك
كالجمهور ولا يقطع المكذب لدعوى رفيقه الملك له كما لو قال المسروق منه أنه ملكه
يسقط القلع كما تورث شبهة في دعواه الزوجية أو ملك المزنى بها .

ولو أنكر السرقة الثابتة بالبينه قطع لانه مكذب البينة صريحا بخلاف دعوى
الملك (٣) - وكذلك صرح البهوتى الحنبلى بأنه لا يقطع بالسرقة من مال له فيه
شرك كالمال المشترك بينه وبين شريكه لأنه اذا لم يقطع الاب بسرقة من مال ابنه لكونه
فيه شبهة فلا يقطع بالسرقة من مال شريكه من باب أولى او بسرقة من مال احد من
لا يقطع بالسرقة منه ما فيه شرك مشترك كمال لابيهِه اولابنه لان له فيه شبهة (٤) .

(١) البناية ٧٤١/٢ (٢) نهاية المحتاج ٤٢٣/٧ (٣) السابق

(٤) كشف القناع ١٤١/٦ - ١٤٢

ولكن صرح الدسوقي في سقوط القطع بأنه لا قطع على شريكه ولو سرق من محل حجره الفرع عن أصله لأن الحجر المذكور لا ينفى شبهة ملكية الأصل لمال فرعه فلا قطع على شريكه لوحود شبهة قوية في ملكية المال (١) - ويشترط القائلون بهذا الرأي أن يكون مال الشركة محرزاً عنه .

فإن كان المال المشترك مثلاً فلا قطع إلا أن يسرق نصاباً أكثر من نصف المال ، وإن كان المشترك قيمياً قلع إذا كان ما سرق يبلغ نصابين ، ولو لم يكن المسروق كل المال المشترك (٢) -

ولذلك قال المالكية والشافعية في قول إذا سرق من بيت الشريك قدر النصاب يعني زيادة على حقه أي بشرط أن يأخذ نصاباً أكثر من حقه ففيه القطع - ويرى المالكية أن لا يقطع من مال شركة إن حجب عنه بأن أو دعاه عند أمين أي أجنبى منهما أو حمل المفتاح عند الآخر أو قال له لا تدخل للمحل إلا معي ، وإن سرق فوق حقه نصاباً كان يسرق منه اثني عشر درهما بينهما تسعة فيقطع - ويشترط المالكية بأن لا بد في القطع من كون النصاب مملوكاً لغير السارق وأن يكون ذلك الغير يملكه بتماه كما ذكر الدردير صاحب الشرح الكبير تام الملك لا شبهة له فيه وأن لا يكون للسارق فيه شبهة ضعيفة ومن هذا يعلم أن من ورث بعض النصاب قبل خروج من الحرز وورث أخوه مثلاً باقية لم يقطع ولا وجه لتنظير عبق في ذلك - تأمل . (٣)

(١) حاشية الدسوقي ٢٣٥/٤ (٢) التشريع الجنائي ٥٩٣/٢

(٣) حاشية الدسوقي للشرح الكبير للدردير ٣٢٧/٤

أما القانون فقد أخذ برأى المالكية وقول عند الشافعية في المال المشترك

يسقط القطع بشرط أن لا يأخذ نصاباً أكثر من حقه (١) .

ونلاحظ أن قانون الحدود لم يوصي إلى السرقة من بيت المال فهل يعتبر

شبهة لشركة فيسه أم لا ؟ قد سكت القانون عنها مطلقاً ولعل في هذا السكوت ما

يدل على أن القانون لا يفرق بين سرقة الأموال العامة والخاصة وعلى ذلك فإن

من سرق نصاباً من الأموال العامة كان معرضاً للعقاب بالحد .

سرقة مال الدين : تثبت شبهة حق الأخذ في مذهب الحنفية ولا يجب القطع

على الجاني إذا سرق من دينه قدر دينه من جنسه والدين حال لأنه استيفاء لدينه

وله ذلك من غير رضا منه عليه إذا ظفريه ، وإن كان الدين موجلاً يقطع قياساً لأنه

لا يباح له أخذه نصاراً خذه من غيره ولا يقطع استحساناً لأن دينه ثابت في ذاته

والتأجيل لتأخير المطالبة وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكاً

فيه فيصير شبهة وكذا المماثلة من حيث الوصف حتى لو سرق من جنس حقه أو

أرواً لا يقطع .

وإن سرق من خلاف حقه فإن كان نقداً لا يقطع في الصحيح لأن النقدين

جنس واحد حكماً . ويسقول ابن نجيم في البحر الرائق منسوباً

إلى المجتبى بأن : " ابن أبي ليلى والشافعي يطلقان أخذ خلاف جنس

حقه للمجانسة في المالية ، وما قالوا هو الأوسع ويجوز الأخذ به وإن لم يكن مذهبنا

فإن الإنسان يعذر في العمل به عند الضرورة " (٢) .

(١) المادة - ١٠ - هـ قانون ^{السرقة} (٢) البحر الرائق ٥٦/٥

ولهذا كان للقاضي أن يقضى دينه من غير رضا المطلوب ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة وإن كان عرضا يقدح لانه ليس باستيفاء أى ليس له ولاية الاستيفاء وإنما هو استبدال فلا يتم إلا بالتراضى ، وعند أبى أبويوسف أنه لا يقطع لكون اختلاف العلماء فيه (أى في العروض) شبهة ، فإن عند ابن أبى ليلى له أن يأخذه بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية ومن العلماء من يقول : له أن يأخذه رهنا بحقه فأورث شبهة -

قلنا هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به

حتى لو ادعاه ورئى الحد عنه لوجود الظن في موضع الاجتهاد (١) -

الحنبلي : لهم رأيان ، إذا سرق رب دين من مال من له عليه دين والخاص والمدين باذلان غير متنعين من أدائه أو قدر المالك على أخذ ماله فتركه وسرق من مال المتعدى من غير حرز ماله أو سرق من مال الغريم فعليه القطع لعدم الشبهة وإن عجز رب دين عن استيفائه أو عجز المجنى عليه عن استيفاء أرش جنابته فسرق قدر دينه أو قدر حقه أو أرش جنابته فلا قطع لأن بعض العلماء أباح له الأخذ فيكون الاختلاف في إباحة الأخذ شبهة تدرأ الحد كالوطء في نكاح مختلف في صحته وإن سرق رب الدين أكثر من دينه فكالمفصوب منه إذا سرق أكثر من دينه بمعنى من عين ماله على ما مضى (قاله في الشرح) -

(٢) سرق قبلا
ومن قطع بسرقة عين فعاد فسرقها قطع سواء سرقها من الذي منه أو من غيره -

(١) تهيين الحقائق ٢١٨/٣ - ٢١٩ ، الهداية ١٢٢/٢ ، ابن نجيم: البحر

الرائق ٥٦/٥ ، الهدائع ٨٢/٧ - (٢) كشف القناع ١٤٣/٦

الشافعية : ولا يرى الشافعي قطع الدائن إذا أخذ من المدين الجاحد أو
المساطل أكثر من حقه نصابا كما صرح أبين حجر الهيتمي: «إذا سرق دائن/ مال مدينه
لا يقطع بزائد على قدر حقه» أخذه معه وإن بلغ الزائد نصابا: «و هو مستقل لأنه إذا
تمكن من الدخول والأخذ لم يبق المال محرزا بقصد الاستيفاء» إن حل وجحد الغريم،
وقضية القطع بسرقة مال غريمه الجاحد للمدين المؤجل وكذا سرقة مال غريمه غير
المساطل لأنه حينئذ ما دون له في أخذه شرعا وبه يعلم أنه لا بد من وجود شروط
الظفر، ولو قبل قصد الاستيفاء وحده كان لم يعد لأن يعد شبهة وان لم يبح الأخذ
نظير شبهة كثيرة ذكروها، وإن لم توجد شروط الظفر كما اقتضى إطلاقهم (١)
وصرح الشيرازي: «أن كان على رجل دين فسرقت الدائن من ماله (المدين)
فإذا كان جاحدا له أو ما ظلاله لم يقطع لأن له (الدائن السارق) أن يتوصل
إلى أخذه بدينه، وإن كان مقرا ملما قطع لأنه لا شبهة له في سرقة»^(٢)
«وإن غصب مالا فأجرزه في بيت فنقب المغصوب منه البيت وسرق مع ماله نصابا
من مال الغاصب ففيه ثلاثة أوجه: أحدها أنه لا يقطع لأنه هتك حرزا كان له
هتكه لأخذ ماله - والثاني أنه يقطع لأنه لما سرق من مال الغاصب علم أنه قصد

(١) تحفة المحتاج بشرح المنهاج للهيتمي ١٣٠/٩ - ١٣١

(٢) المهذب للشيرازي ٢٨٢/٢

والثالث أنه ان كان ما سرق متميزا عن ماله/لأنه لا شبهة له في سرقة وان كان مختلطا بماله لم يقطع لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع بما لا يجب فيه فلم يقطع (١) .

المالكية : لا يقطع ان سرق قدر حقه أو فوطه من دون نصاب ولومن غير جنس شبهة من مال جاحد لحقه أو من ماطل لحقه اذا ثبت أن له عنده مالا وجعده أو ما طله فيه سواء كان ذلك الحق الذي جعده وديعة أو غيرها كدين من قرض أو بيع اذا كان له مال على ائتمان من دين أو دية فجعده أو ما طله فيه وأخذ منه بقدره وثبت الاخذ عليه فقال الأخذ انما اخذت الحق الذي جعده ، أو ما طلق فيه وثبت أن له عنده مالا وجعده أو قال الماخوذ منه أنه أخذ حقه وأنا كنت جاحدا له كاذبا في جعدي فيعتبر اقرار رب المال ولا قطع وليس هذا مخالفا لقوله ولو كذبه به لأن ذاك كان الأخذ مقررا بالسرقة ورب المال ينفىها حصنا اتفاقا على نفيها (٢) -

والحاصل في رأى مالك أنه لا قطع على من أخذ قدر حقه من مدينه الماطل أو الجاحد سواء كان ما اخذه من جنس حقه أو من غير جنسه فان زاد ما أخذه على قدر حقه نصابا قطع به كذلك يقطع اذا لم يكن الدين حالا أو لم يكن المدين ماطلا أو جاحدا (٣) -

(١) الفيروز ابادى الشيرازى : المذهب في مذهب الامام الشافعى ٢٨٢/٢

(٢) حاشية الدسوقي ٣٣٧/٤ (٣) التشريع ٥٩٤/٢ - شرح الزرقانى ٩٨/٢

سرقة مال المدين (١) -

يعتمد القانون في هذا الاستثناء أيضا على رأى الامام مالك ورأى مرجوح

في مذهب الشافعى في شرط للنصاب -

ويرى مالك أنه لا قطع على من أخذ قدر حقه من مدينه الماطل أو الجاحد

سواء كان ما أخذه من جنس حقه أو من غير جنسه فان زاد ما أخذه على قدر حقه

بمقدار نصاب قطع به (٢) -

(١) المادة - ١٠ - و

(٢) نهاية المحتاج ٤٢٣/٧ والتشريع الجنائى ٥٩٣ / ٢

سرقة الاشياء المباحة والا موال التافهة

ولا يقطع عند الحنفية في الاشياء المباحة (١) والتافهة (٢) كالخشب

والحشيش والسك والطير والزرنج والمغرة والنورة (٣) .

(١) الاشياء المباحة هي التي لا مالك لها أصلا وتكون ملكا لمن يضع يده عليها

ويحتازها كالماء فهو مباح أصلا ولكنه يصبح مملوكا لمن يحتازه ويضع يده عليه .

التشريع الحناني ٦٥٤/٢ .

(٢) والتافهة هو ما يخر فيه العاقل بين التحصيل والترك في دار السلام كما جاء

في الهداية ١١٩/٢ والبنية ٧٣٩/٢ وفسر المرغيناني التافهة أي الحقير وما

يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورة غير مرغوب فيها وزاد المعنى حقير بمعنى

ثقل الرغبات فيه واللبائع لا تضمنه . احترازا عن الذهب والفضة لوجود الرغبة فانتفعت

الحقارة عنهما وكذلك اللؤلؤ وسائر الجواهر - البنية ٧٤٠/٢ -

ويرى ابن الهمام ان التافهة هو الحقير الخسيس من باب ليس - فتح القدير ٢٢٦/٤ -

فقلما يوجد أخذ على كره من المالك ولا ينسب الى الجنابة بناء على أن

الضئنة بها تعد من الخماسة (المرجع السابق)

(٣) الهداية ١١٩/٢ البنية ٧٣٩/٢ - ٧٤٠

والأصل في عدم القطع في تلك الاشياء حديث عائشة رضي الله عنها قالت :

لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الشيء التافه (١) -

ولأن التافه خلل في الحرز لانه لا يحرز عادة يحرز حرا^ء الخطر والحرز المكلف شرط

وهو خلل كذلك في الركن وهو الأخذ على سبيل الاستخفاف لأن أخذ التافه ما لا

يستخفى منه فيتمكن الخلل والشبهة في الركن (٢) .

والتفاهة تورث شبهة في المال عند الحنفية (كما ذكرنا) فتد^ءرأ الحد عن السارق

وتوجب التعزير بدلا من القطع .

ولا يقطع عندهم في التبن والحشيش والقصب والخطب وأشباهها لأن الناس

لا يتولون هذه الاشياء ولا يضمنون بها لعدم عزتها وقلة خطرها عندهم بل يعدون

الضنة بها من باب الخساسة (٣) .

..... ولا يقطع في التراب والطين والجص واللين والنورة والآجر والفخار

والزجاج لتفاهتها (٤) .

(١) علق العيني بأن هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في مسنده ومسنده :

حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة ، رضي الله عنه عن عائشة رضي الله عنها

قالت لم يكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه

وزاد في مسنده ولم يقطع في أي شئ حجة أو ترسي - انتهى ، ورواه مرسلا أيضا

النهاية ٧٣٩/٢ - ٧٤٠ (٢) البدائع للكاساني ٦٧/٢ - (٣) الكاساني : بدائع

الصنائع ٦٨/٢ (٤) السابق ، المرغيناني ، الهداية : ١٢٠/٢

ولا يقطع فيها سرق من كل ما يوجد حنسه تافها ومباحا في دار الاسلام عند
أبي حنيفة ومحمد ، لأن كل ما كان كذلك فلا عزله ولا خطر ولا يتموله الناس فكان
تافها والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة (١) ، ولكن غيرهما من فقهاء
المذهب يرون الاعتماد على التفاهة دون الاباحة لأن الذهب والفضة واللاكي والجواهر
مباحة الحنس ولا شك أن فيها القطع (٢) -

وعند الامام الشافعي يقطع في كل مال حرم على السارق وكذلك يقطع في
مال مباح بعد تملكه (٣)

ولأجل عدم الحاجة أي الزاهر في سرقة ما يوجد حنسه مباحا في الأصل لم
يجب القطع بسرقة ما دون النصاب لا شتراكهما في المعنى الموجب لنفي القطع ولأن
الحرز في الأشياء المذكورة وهي الخشب والقصب الى آخره ناقص (٤)
وأوضح المرغيناني نقصان الحرز فيها بأن الخشب بصورته الأولى يلقى على
البواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز ، وزاد ابن الهمام أن ذلك في
زمانهم وأما في زماننا فتحرز في وكاكين التجارة وصرح العيني أن الساج والبنوس
ما يقطع بسرقة لأن العادة حاربة باحرازهما وكذلك يقطع في الخشب المعمول لانه
وجدت فيه صفة تزيد قيمته عن قيمة الأصل (٥)

(١) البدائع ٦٨/٢ (٢) التشريع ٥٤٦/٢ - مرجعا عن البدائع ٦٩/٦ -

فتح القدير ٢٢٦/٤ (٣) الأحكام السلطانية ٢٢٦ (٤) العيني : البناء :

٧٤١/٢ (٥) السابقين

و يلتحق الطير بذلك فانه تغل فيه الرغبات وكذلك الصيد الذى يهر (١) -
 ويدخل فى السمك المالح والطرى و فى الطير الدجاج والبط والحمام لأن الطير
 يطير والصيد يفر فالطيران والفرار دليل على نقصان الحرز فلا يقطع ولا إطلاق قوله
 عليه الصلاة والسلام : "الا قطع فى الطير" (٢)

ونقل العيني عن أبي الليث فى شرح الجامع الصغير اختلاف المشاوخ فيه
 (الطير) فقال بعضهم أرادوا به الطائر الذى يكون طيرا سوى الدجاج والبط فيجب
 فيهما القطع لأنه بمعنى الأهلئ وقال بعضهم لا يجب القطع فى جميع الطيور وهذا
 القول أصح وذكر فى كتاب : ولو سرق شيئا من الدجاج أو البط أو الحمام لا يجب
 القطع (٣)

(١) السابقين (٢) وقال العيني هذا غريب مرفوع ورواه ابن أبي شيبة فى
 مصنفه ، وعبدالرزاق موقوفا على ضمان فانه قال لا قطع فى الطير وأخرجه البيهقى عن
 أبي ذر أنه مرسل وقال ابن الهمام فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبدالرزاق بسند
 فيه جابر الجعفى عن عبدالله بن يسار قال أتى عمر بن عبدالعزيز برجل سرق دجاجة
 فأراوا أن يقطعه فقال له سلمه بن عبدالرحمن قال عثمان لا قطع فى الطير ورواه ابن
 أبى شيبة عن عبدالرحمن بن مهدى عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال : أتى
 عمر بن عبدالعزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى فى ذلك السائب بن يزيد فقال ما
 رأيته احدا قطع فى الطير وما عليه فى ذلك قطع فتركه عمر ، فان كان هذا ما لا مجال
 للرأى فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابى عندنا واجب لما عرفه راجع ما مر
 فى فتح القدير .

(٣) العيني : البناية ٢/٧٤٢

وعن أبي يوسف أنه يحب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين كما

ذكر صاحب الهداية (١) وزاد ابن الهمام رواية عنه إلا في الماء والتراب والطين والجص والمعارف والنهيد لأن ماسوى هذه الأموال متقومة محرزة فصارت كغيرها والاباحة الأصلية زالت وزال أثرها بالاحراز بعد التملك (٢) -

وقال الشافعي ومالك وأبو ثور يقطع بسرقة كل مال يبلغ قيمته نصابا إلا

التراب والسرقين (٣) -

أما الجنبلية فيقطع عندهم بسرقة ملح و تراب بقصد عادة كالطين الأرض والمغرة والأحجار واللبن (بكسر الهمزة جمع لبنه) وسرقة سرجين ظاهر وثلج وصيد وفاكهة وبطيخ وذهب وفضة ومتاع وخشب وقصب سكر فارس ونورة وجص وزرنوخ وفخار وتوابل وهي ما يوضع على الخبز من شمر ونحوه وزجاج حيث بلغت قيمة المسروق من ذلك نصابا لعموم النصوص (٤) .

(١) المرغيناني : الهداية ١٢٠/٢

(٢) شرح فتح القدير ٢٢٧/٤ - النهاية ٧٤١/٢

(٣) السابقة البناية

(٤) كشف القناع ١٢٩/٦

ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد ولا خلاف فيه عند جمهور الفقهاء^(١) إلا الأشهب
المالكي فإنه قال بعدم القطع في المنه عن اتخاذه فأما المازوني في اتخاذه لكلب
الصيد والماشية فيقطع سارقه (١) .

ويرى الأحناف إباحته بحسب الأصل وأنه غير مرغوب فيه فإن من يجده يتركه وإن
كان قادراً على أخذه وصرح العيني أن هذا الدليل يمشى في الكلب غير المعلم
أما في الكلب والفهد فلا يمشى فليُنظر فيه (٢) -

وعندهم أيضاً أن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث هذا
الاختلاف شبهة هي دائرة للحد (٣) -

أما الاختلاف فعند الشافعي وأحمد ومالك في رواية وراود لا مالية في
الكلب ولهذا حرموا شئنه لأن بيعه باطل .

وعند عطاء وإبراهيم النخعي وأبي حنيفة وصاحبيه يجوز بيع الكلب الذي
ينتفع به وتباح أثمانه فهذا يدل على أن فيها المالية (٤) وصرح الرملي الشافعي :
ولو سرق خمر أو خنزير أو كلباً ولو مقتنيا وحلده ميتة بلا دبح فلا يقطع لأنه ليس بمال
وصرح الإمام السرخسي الحنفي أن لا قطع في الهازي وسائر الطيور ولا في الوحوش
من الدليور لحدث عبد الرحمن بن عوف رض قال : لا قطع في الطير ولأن هذا يوجد
باح الأصل بصورته غير مرغوب فيه ولا يتم إحرازه في الناس عادة ولأن فعله اصطفاة منه

(١) شرح فتح القدير ٢٣٢/٤ ، النهاية ٧٤٧/٢ ، الهدايع ٦٨/٧

(٢) النهاية ٧٤٧/٢ (٣) المراجع السابقة (٤) النهاية ٧٤٧/٢ ، الزرقاني

شرح الموطأ ١٩٧/٤ - ١٩٤ (٥) نهاية المحتاج ٤٢١/٧

وبه والاصطحاب مباح، وظاهر قوله صلى الله عليه وسلم: "الصيد لمن أخذه" يورث شبهة والقطع يندرى بالشبهة وكذلك الفهد والكلب فان الفهد من جنس الصيد والكلب هياد فلما لم يجب القطع بسرقة الصيد كذلك بسرقة الصياد، وبين العلماء اختلاف ظاهر في مالية الكلب وجواز بيعه وظاهر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب يورث شبهة (١).

وكذلك لا قطع في سرقة الملاحى من الطبل والدف والمزمار ونحوها وان بلغت قيمتها مفصلاً نصاباً، لأن هذه الاشياء ما لا يتحول أو في ماليتها قصور كراهة الاشتغال بها ولانها معصية اجماعاً ولا قيمة لهذه الاشياء عند أبى يوسف ومحمد حتى لا يضمن متلفها عندهما وعند أبى حنيفة ربح وان كان يجب الضمان على المتلف باعتبار معنى آخر سوى اللهب والمقصود التلحق به ولا يمكن اعتبار القطع باعتبار المقصود ولا للأخذ تأويلاً في أخذه لأنه يقصد به النهى عن المنكر وهو استعماله للتعلق فيصير ذاك شبهة (٢).

وبه قال المالكية بأنه لا قطع في مال غير محترم كأدوات الملاحى الا اذا بلغت قيمتها نصاباً بعد كسرها (٣).

(١) البسوط ١٥٥/٩

(٢) البسوط ١٥٤/٩

(٣) التشريع ٥٥٠/٢ مراجع ابن الزرقانى ٩٧/٨

ولا قطع عند الامام أبي حنيفة في أدوات الملاحى من طبل ودف ومزمار ونحوها
لان هذه الاشياء ما لا يتموله الناس عادة أو لأن في ماليتها قصورا لكراهة الاشتغال
بها ، كذلك يرى الامام انه لا قطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسارع اليه الفساد
ولا يبقى من سنة الى سنة فلا قلع عنده في سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه
الزطبة واللحم والخبز والرباحين وما أشبهه .
ولا قطع شطرنج ذهب أو فضة لأن ما لا يحتمل الادخار يقل خطره عند الناس
فيعتبر تافها عن أبي حنيفة ومحمد (١) .

(١) بدائع الصنائع ٦٩/٧ ، ١٦٩/٧ ، البسوط ١٣٩/٩

الاموال التي يتسارع اليه الفساد : يسقط القطع عند أبي حنيفة ومحمد فيما لا يحتل
 الادخار ولا يبقى من سنة الى سنة بل يتسارع اليه الفساد كالمبني واللحم والفواكه الرطبة
 والطعام الرطب والبقول والخبز وما أشبهه لان ما لا يحتل الادخار لا يعد مالا
 وحجتها قوله عليه الصلاة والسلام: لا قطع في ثمر ولا كثر^(١) * والتمر ما كان في
 الشجر والكثير الجمار وقيل الودي .

(١) وهذا الحديث أخرجه الترمذي

عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن ابن عينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن
 محمد بن يحيى بن حبان عن محمد واسع بن حبان أن غلاما سرق وولى من جائط فرفع
 الى مروان فقص بقطعه فقال رافع بن جريج قال النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في
 ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه - عيني شرح الهداية ٢/٢٤٢ وجا^٢ في شرح
 الزرقاني على الموطأ وهذا الحديث أخرجه أحمد والاربعة وصححه ابن حبان من
 طرق عن مالك وغيره كلها عن يحيى بن سعيد قال ابن العربي فان كان فيه كلام فلا
 يلتفت اليه وقال الطحاوي تلقتها الكفة بالقبول - وقال ابو عمرو هذا حديث منقطع لان
 محمدا لم يسمع من رافع وتابع مالكا عليه سفيان الثوري والحماران وأبو عوانة ويزيد بن
 هارون وغيرهم والحال الكلام في ذلك في التمهيد والظاهران هذا الخلاف غير
 قادح كما قد يشير اليه قول ابن العربي فان كان فيه كلام لا يلتفت اليه ، وأما المتن فصحيح
 كما أشار اليه الطحاوي وأبو عمرو في آخر كلامه وله شاهد من حديث عبد الله بن عمرو بن
 العاص عند أبي داود ومن حديث أبي هريرة عند ابن ماجة واسناد كل منهما صحيح
 العلامة الزرقاني على الموطأ ٤/٢٢ .

وعن الحسن رحمه الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا قطع في

الطعام المهيأ ، فان ذلك ما يتسارع اليه الفسار ولا يمكن ادخاره " (١)

وقد أخذ القانون برأى أبى حنيفة ومحمد والحسن بدر حد السرقة فيما

لا يحتل الادخار ويتسارع اليه الفسار (٢)

ما أخذ به القانون في المال المباح أو المستهلك أو غير المتقوم أو ادوات

الملاهي (٣) لا يخالف القانون مذاهب جمهور الفقهاء القائلين بأنه لو لم يكن المال

ملوكاً لأحد ، كالأموال المباحة أو المتروكة فان أخذها لا يعتبر سرقة ولو كان خفية (٤) -

و يدخل في الاموال المباحة الكلاً والأسماك والطيور (٥) والخمر والخنزير

غير الى ذلك ولا يذكر القانون حكمه في سرقة هذه الاموال على نحو مباشر فانه لم يشتمل

على حكم كلي عام وانما اكتفى بذكر أمثلة جزئية يمكن استنباط الحكم الكلي منها ويمكن

تصنيف الأمثلة الجزئية التي ذكرها القانون في الامور الثلاثة الآتية :

أ - بعضها من المباحات وهي (الكلاً - السمك - الطير)

ب - بعضها ما لا قيمة له معتبرة في الشرع وهي (الكلب والخنزير وادوات الملاهي)

ج - بعضها ما لا يفتى طويلاً ولا يدخر وهو المأكولات غير المحفوظة والتي يتسارع

اليه الفسار -

(١) البناية للمعنى ٧٤٢/٢ - ٧٤٣ (٢) انظر المادة : ١٠ - د قانون السرقة

(٣) المادة : ١٠ - د (٤) التشريع الجنائي ٥٢/٢

(٥) نفس المرجع ٥٤٦/٢ نهاية المحتاج ٤٢١/٧

وعن أبي يوسف ان فيه القطع وبه قالت الأئمة الثلاثة ، ولا قطع في الثمر المعلق

عند مالك ولا في الزرع قبل حصاده فاذا حز الثمر وحصد الزرع فلا قطع في السرقة الا

اذا وضع في الجرين على رأى ، أو كسوم اكوا ما بعد حصاده حتى يصير كالشيء الواحد . (١)

والفواكه الرطبة كالبلخ والفواكه على الشجر والزرع الذي لم يحصد حيث بلغت

قيمة المسروق نصابا بعموم النصوص واحتجوا بما روى في شرح الآثار أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فقال : لا قطع فيه الا ما آواه الجرين وبلغ ثمنه

المجن ففهيها القطع ، وما لم يبلغ ثمن المجن فعليه غرامة مثله وجلدات نكال (٢) .

أما الظاهرية فيقطع عندهم في سرقة المال سواء كان تافها أو باح الأصل

أو معرضا للتلطف وعم يرون القلع في سرقة كل ثمر وفي كل كثر معلقا كان في شجرة أو

مجزؤا أو في حرين أو غير حرين و يرون القطع في كل طعام سواء كان ما يفسد أولا يفسد

ويرون القطع في الزرع مطلقا وعندهم في ذلك قول الله تعالى : (والسارق والسارقة

فاقطعوا أيديهما) - وحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم : يقطع السارق عموما - وكذلك

يقطع عندهم في سرقة الطير اذا كان ملوكا للمجنى عليه وفي سرقة الصيد الذي يملكه

المجنى^{عليه} فالقطع فيها واجب عندهم كما في سائر الأموال (٣) -

(١) التشريع الجنائي ٥٥١/٢ الزرقاني ١٠٥/٨ البناية ٧٤٢/٢ (٢) وهذا

الحديث غريب بهذا اللفظ وروى مالك في الموطأ قال أبو مصعب أخبرنا مالك

عند عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال لا قطع في ثمر معلق ولا مشدودة حبل فاذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيها

بلغ ثمنه المجن - (نفس المرجع) (٢) المعلى ٣٣٢/١ (٣) السابق ١١/١١ ،

٣٣٢/١١ ٣٣٣/١٠ ٣٣٤/١١

ومذهب الشيعة الزيدية قريب من مذهب مالك والشافعي فعندهم أن الحال

المسروق يعاقب عليه بالقطع إذا كان ما يجوز للمحني عليه تملكه في الحال فإذا لم

يكن يجوز له أن يملكه كالخمر والخنزير والميتة وغيرها فلا قطع فيه إذا سرق من

مسلم وأما إذا سرق من ذمي فلا قطع إذا سرق من بلد ليس الذي سكنه فإذا سرق

من بلد لهم سكنه فهناك خلاف في القطع (١) -

ويرى الزيديون أن لا قطع في سرقة النابت أو في أخذه من منبته ، ولا فرق

بين أن يكون شجرا أو زرا (٢)

(١) السابق ١١/٨ - التشريع ٥٥٣/٢ - شرح الأذهار ٣٦٥/٤ - ٣٦٦

(٢) السابق ٣٦٩/٤

رد المسروق قبل المرافعة

الحنفية : إذا ردت السرقة قبل المرافعة إلى صاحبها أي قبل أن يرفع السارق إلى الإمام ثم رفع إليه لم يقطع عند أبي حنيفة ومحمد وأحدى الروايتين عن أبي يوسف لأن تيمته قد تحققت برد المال وقد نص الله تعالى في السرقة الكبرى (الحرابة) على سقوط الحد بالتوبة قبل قدرة الإمام عليه ففي الصغير (السرقة) أولى . ولأن الإمام لا يتكس من إقامة الحد إلا بعد ظهور السرقة عنده ولا تظهر إذا رد المال قبل أن يرفع إليه لأن السرقة لا تظهر عنده إلا بالخصومة في المال ولا خصومة بعد استرداد المال ولأننا اقد بينا أن الخصومة شرط وانعدام الشرط قبل القضاء يمنع القاض من القضاء بالقطع (١) -

وروى عن أبي يوسف، هو رأي أبي الليث وهو قول ابن أبي ليلى وسه قالت الثلاثة والشيعة الزيدية أنه يسقط اعتبارا بما إذا رده بعد المرافعة (٢) . ويوجه الكاساني ما ورد عن أبي يوسف بأن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع فرد المسروق بعد ذلك إلا يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط الواجب كما لو رده بعد المرافعة -

وذكر أحمد الشلبي في حاشية تبين الحقائق قول الفقيه أبي الليث في شرح الجامع الصغير وهو قول ابن أبي ليلى إذا رد قبل أن يرفع إلى القاض أو بعد ما

(١) السرخسي : المسوك ١٧٦/٩ - الكاساني : الهدائع ٨٨/٧ - حاشية

الشلبي على التبيين ٢٢٩/٣ (٢) الهداية ١٢٨/٢ ، شرح فتح القدير ٢٥٥/٤

رفع لا يسقط القطع ، ووجهه بأن القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة قياسا على الزنا وقياسا على ما بعد المرافعة ، وهذا هو القياس ووجه الاستحسان أن حق الله تعالى يثبت ضمن حق العبد وحق العبد لا يثبت بدون الخصومة وقد ارتفعت الخصومة ببرد السروق الى المالك ، فلما لم يثبت حق العبد لم يثبت ما في ضمنه (١) - بخلاف ما اذا رد بعد المرافعة ، لأنه فعل ما يفعله الحاكم لان الحاكم يقطع ويرد المال الى ماله ان كان قائما فلا يكون فائدة في رد السارق فلا يسقط القطع قياسا واستحسانا (٢) -

و صرح ابن النجيم أن المراد بالخصومة الدعوى أو الشهادة أو الاقرار فلو ادعى ولم يثبت ثم رده ينفي أن لا يقطع لعدم ظهورها عند القاضى .
فهى رباعية التقسيم لأن الرد اما أن يكون بعد الترافع الى القاضى قبل الدعوى أو بعدهما قبل القضاء أو بعد الثلاثة ، فلا قطع فى الاولين ويقطع فى الآخرين (٣) .
واطلقه فى الرد فمثل الرد حقيقة والرد حكما كما اذا رده الى أصوله وان علاكوالده و جده و والدته وجدته سواء كانوا فى عيال المالك ، ألا لأن لهؤلاء شبهة الطك فثبت به شبهة الرد وشبهة الرد كالرد بخلاف ما اذا رده الى عيال أصوله فانه يقطع لانه شبهة الشبهة وهى غير معتبرة (٤) -

ومن الرد الحكيم اليه الرد الى فرعه وكل ذى رحم محرم منه بشرط أن يكون فى عياله والا فليس يرد ومنه الرد الى مكاتبه وعنده ومنه الرد الى مولاة لو كان مكاتبها لأن ماله له رقبته (٥) -

(١) تبين الحقائق ٢٢٩/٣ (٢) السابق حاشية الشلبى (٣) ابن النجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦٣/٥-٦٤ (٤) السابق الزيلعى . تبين الحقائق شرح كنز

الدقائق ١٢٩/٣ (٥) السابقين .

جمهور الفقهاء ماعدا الحنفية

الجمهور : أما المالكية والشافعية والحنبلية فالرد لا يؤثر في رد الحدود عندهم ، لان مالكا لا يعتبر المخاصة ، وهي شرط للحكم لا للقطع عند الشافعي وأحمد ، فاذا خاصم المحنى عليه وجب القطع ولورد الحانى المسروق ، ولو كان الرد قبل المرافعة (١) الشافعية : وصرح العلامة الرطبي : "وعلى السارق رد ما سرق وان قطع لخبر" على اليد ما أخذت حتى تؤديه " - ولأن القطع حقه تعالى والغرم حق الآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر ومن ثم لم يسقط انضام والقطع عنه برده المال للحرز فانه تلف ضمه كمنافعه من مثل في المثلث وأقصى قيمته في التقويم (٢) -

وصرح الشيرازي في حاشية النهاية والهيتمي في شرح المنهاج : "وقد يخرج قوله برده الخ ما لو أخذه المالك قبل الرفع للمقاضي كان رماه السارق خارج الحرز فأخذه المالك فلا قطع لتعذر طلب المال والفرق أنه لا يبدأ برده للحرز قبل وضع المالك يده عليه (٣) -

المالكية : ان المسروق اذا كان موحودا بعينه وجب رده لربه اجماعا بلا أى تفصيل وليس للسارق أن يتمسك به ويدفع له غيره سواء قطع السارق أم لا (٤) .

(١) عودة - التشريع ٢ / ٦٣١ (٢) نهاية المحتاج ٧ / ٤٤٣ (٣) السابق -

الهيتمي ، شرح المنهاج ٩ / ١٥٤ (٤) الدسوقي : حاشية الشرح الكبير

الحنبلية : ترد العين المسروقة الى مالكها قال في الجدة بغير خلاف نعلمه ان كانت باقية ، وان كانت تالفة وهي من الخثليات فعليه مثلها وان لم تكن مثلية فقيمتها ، قطع أولم يقطع موسرا كان أو معسرا - (١)

فهذه النصوص ^{من} هذا عاب الشافعية والمالكية والحنبلية تشير الى رد مال السروق فقط وعند الشيعة الزيدية ان رد السروق الى الحرز بعد اخراجه يجب القطع فيه (٢) .

رد المسروق قبل المرافعة في القانون (٣) -

أخذ القانون في رد السارق المسروق الى المالك قبل المرافعة برأى الحنفية عدا رواية عن أبي يوسف ^و يسقط القطع لأن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع ولما رد المسروق على المالك فقد باطلت الخصومة بخلاف الرد بعد المرافعة (٤) -

(١) كشف القناع ١٤٩ / ٦ (٢) عودة : التشريع الجنائي ٦٣١ / ٢

(٣) المادة - ١٠ - ح

(٤) بدائع الصنائع ٨٨ / ٢ - وانظر المراجع فيما مر ص ١٧٧

اسقاط الحدود بالشبهات مع بقا التهمة في جريمة الزنا

جريمة الزنا التي لا شبهة في تحريمها هي موضع مؤاخظة، وهناك حالات أخرى تسقط الحد أو العقوبة ولكن لا يسقط كل آثار المخالفة، وإذا سقطت عقوبة الحد بشبهة ضعيفة فورا* ذلك عقوبة التعزير .

ومن أمثلتها شبهة العقد عند الامام أبي حنيفة وشبهة الجبهة أو الطريق عند الشافعي فإذا تزوج احدى المحرمات على التأبيد وحصل دخول بهذا العقد الصوري . وكان يعلم بهذا النوع الزواج أن الحد يسقط ولكن تجب عقوبة تعزيرية هي أشد عقوبات التعزير (١) . وكذلك من ادعى الجهل في غير مظنة الجهل بتحريم المحرمات عليه على التأبيد . فإن الحد يسقط عنه عند بعض الفقهاء ، ولكن يجب التعزير والفرق بينه وبين المثل السابق أن هنا يعزر على الجهل الذي ادعاه وليس له عذر فيه ، ولأن الشبهة لم تمنح وصف الزنا ، فثبت الجريمة ، ولكن خف عقابها ، فانه إذا ثبتت الجريمة كان لا بد من عقاب عليها . (٢) . ويقاس على أمثلة المحرمات على التأبيد في ذلك عقد غير المسلم على المسلمة ، معارضا لقوله تعالى : (لا من حل لهم ولا هم يحلون لهن) . (٣)

(١) انظر تبين الحقائق للزيلعي ١٨٠/٣ ، بدائع الصنائع ٢٥/٧ - ٢٦

وراجع فيما مر من أنواع الشبهات ص ٥٥ ، ٥٥

(٢) العقوبة للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٠

(٣) المستحنة : ١٠

وكذلك العقد على من هي في عصمة الغير اذا كان يعلم ذلك ، ففي هذه الصور
اذا حصل العقد مستوفيا الشروط ماعدا شرط الحل ، فان العقد يكون شبهة
مستقلة للحد غير ما حيه لوصف الحرية ، لأنّ تحريم هؤلاء ثابت بدليل قطعي لا شبهة
فيه قط وليس في حرمتهم ما يسمح بوجود شبهة المحل قط ، فاذا كانت شبهة
فهي شبهة اشتباه أو شبهة فعل . وقد اشترط أبو يوسف ومحمد لوجود هذه
الشبهة أن يكون جاهلا بالتحريم كمجوس أسلم حديثا ، وهو لا يعلم بالمحرمات
في الاسلام ، ووطن الحل ، أو فوضي معن يعتقدون الشركة في النساء جهل بالتحريم
في الاسلام ، ففي هذه الأحوال توجد شبهة الاشتباه فاذا لم يكن جاهلا بالتحريم
فانه في هذه الحال لا يكون شبهة عند الصالحين . أما أبو حنيفة فانه
لا يشترط الجهل بالتحريم ، بل تثبت الشبهة ولو كان عالما بالتحريم ، لأنّ
صورة العقد شبهة ضعيفة عنده وهي كشبهة الاشتباه في حكمها . (١)

(١) راجع بدائع الصنائع ٣٥/٧ - ٣٦ واحوال الشخصية : لابي زهرة

والقانون يأخذ بالآثار المترتبة على الشبهات في إسقاط الحد ووجوب التعزير

على الجرائم التي لا يعاقب عليها الحاشي بالحد (١) -

ونعرض البعض على سبيل التمثيل :

منها ارتكاب الجريمة الزنا عن الصغير (٢) -

ومن هنا العقوبة التعزيرية التي تحب لا بسبب سقوط الحد ولكن بشبهة

ارتكاب الجريمة -

ويعزر الحاشي سدا للذريعة الى الجريمة وسنعرض هذا في فصل أخير

من هذا الرسالة ان شاء الله -

(١) راجع مادة : ١٠ - (١)

(٢) راجع مادة : ٧ قانون الزنا

المبحث الثاني : العقاب بالتعزير المالي

المطلب الأول : العقوبة المالية أو الضمان

التعزير بالأموال أو الغرامة من العقوبات المالية المشروعة والأصل في جوازها قوله عليه الصلاة والسلام : "ومن خرج بشئ فعليه غرامة مثلية والعقوبة" (١) .

ومن المسلم به أن الشريعة عاقبت على بعض الجرائم التعزيرية بعقوبة الغرامة ، من ذلك أنها تعاقب على سرقة التمر المعلق بغرامة تساوى ثمن ما سرق مرتين فوق العقوبة المحددة للسرقة وفقا بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام المذكور آنفا .

واختلف الفقهاء فيما اذا كان من الجائز جعل الغرامة عقوبة عامة يمكن الحكم بها في كل جريمة ، فرأى البعض أن الغرامة المالية يصح أن تكون عقوبة تعزيرية عامة ، ورأى البعض الآخر أنه لا يصح أن تكون الغرامة عقوبة عامة ، والذين يقولون بالرأى الأول يقررون أن الغرامة لا تصح الا في الجرائم البسيطة ولم يجادلوا أن يضعوا للغرامة حداً أعلى تاركين ذلك لولى الأمر وتقدير القاضى (٢) .

(١) التشريع الحنafi ٨٠٥/١

(٢) المرجع السابق

و تطبق العقوبة المالية في الحدود كما عرضنا في ورقة الأشياء المباحة

والأموال التافهة في اسقاط الحد مع إمكان التعزير (١) -

ومنها الضمان في سرقة آلة لهو كطنبور مثلاً إلا إذا كان المتخلف منه الكسر

تبلغ قيمته القلع فإنه يقطع -

والآلات الملاحى مضمونة بالاتلاف عند أبي حنيفة ومن أتلف يضمن قيمته غير

مصنوعة ، وهذا يقول المالكية وهو الأصح عند الشافعية -

ومنها كسر آنية الخمر أو إتلافها وإراققتها وعدم ماليتها ، فإن الحنفية

والمالكية يقولون بالضمان على المتلف لو كانت الخمر ملوكة لذى (٢) -

وإذا أخذ المماريون المال وأقيمت فيهم حدود الله تعالى . فإن كانت

الأموال موحودة ردت إلى مالكها وإن كانت تالفة أو معدومة وجب ضمانها على

أخذها - وهذا مذهب الشافعي ومقتضى قول أصحاب الرأي بأنها إن كانت

تالفة لم تلزمهم قيمتها (٣) -

ويجب الضمان على الآخذ دون الرد لأن وجود الضمان ليس بحد فلا

يتعلق بغير المباشر له كالفصب والنهب (٤) -

(١) انظر ما مر ص ١٦٥ وراجع المغنى ٢٧٣/٨

(٢) بدائع الصنائع ١٦٨/٧ ، انظر الموسوعة الكويتية في باب الاتلاف ١١/١-١٢

(٣) المرجعين السابقين

(٤) المغنى ٢٩٨/٨

المطلب الثاني : الحصر بين الحد والضمانالضمان في السرقة :

لا خلاف في ضمان السارق لما سرق و وجوب رد على ماله ان تعذر استيفاء الحد منه لوجود الشبهة ، فان لم يتعذر ذلك وعوقب بقطع يده و وجد العين المسروقة في يده يرد بها الى صاحبها أيضا - أما اذا قطع وكانت العين المسروقة قد خرجت من ملكه أو تلفت في يده أو استهلكها ففي هذه الحالة خلاف بين الفقهاء على مذهبين :

أولهما : ضمان السارق قيمة العين المسروقة .

وثانيهما عدم ضمان قيمة هذه العين بناء على المبدأ القاضى بأن القطع

والضمان لا يجتمعان -

وفي ذلك خلاف المذاهب :

الحنفية : روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يجب الضمان على السارق اذا تلف المال في يده أو أتلفه و روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يضمن اذا أتلفه ، لأن انعدام المالية والتقوم حق للعبد في أصل السرقة بعد القلع فكذلك فيما يكون اتاما للمقصود به بخلاف بيع المسروق منه وعبته فانه ليس باتام المقصود بالسرقة بل هو تصرف آخر ابتداء (١)

الحنبلية : يجتمع القطع والضمان على السارق لانهما حقان يجبان لمستحقين فجاز اجتماعهما كالحزاء والقيمة في الصيد الحرم المملوك (٢) واذا اقطع فان كانت

(١) الجسوط للسرخسي ١٥٧/٩ في كلام رد المسروق قبل القطع .

(٢) كشف القناع ١٤٩/٦

العين المسروقة باقية ردت الى مالكيها وان كانت تلفت فعليه قيمتها سواء كان موسرا
أو معسرا (١) .

الشافعية : هم يرون بجمع القطع والضمان وجاء في المذهب : " اذا اُتلف السروق في
يد السارق ضمن بدله و قطع ولا يمنع أحد عما الآخر لأن الضمان يجب لحق الآتي
والقطع يجب لله تعالى فلا يمنع أحد عما الآخر كالدية والكفارة (٢)

المالكية : جاء في بداية المجتهد بأن فرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسرا تبع
السارق بقيمة السروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا أثرى واشترط مالك دوام المسر
الى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم^(٣) ، وورد في حاشية الدسوقي : " فان استمر
يساره من حين الأخذ لحين القطع فكذاك يجب الرد سواء قطع أم لا ، وان أعسر
في كل المدة بل ولو في بعضها ، فكذاك أي يجب رده بعد ثبوت السرقة " . (٤)

(١) المفتي ٢٧٠/٨ (٢) الشيرازي ٢٨٤/٢

(٣) بداية المجتهد ٤١٤/٢

(٤) حاشية الدسوقي ٣٤٧/٤ وانظر جوامع الاكليل شرح مختصر خليل المالكي

ما أخذ به القانون :

وقد أخذ القانون هنا أيضا بمذهب الحنفية الذين لا يرون الجمع بين القطع والضمان في سرقة واحدة . فقد أوجب رد المسروق ان كان في يد السارق ، سواء أقيم عليه الحد أم لا . أما ان هلك المسروق أو استهلك أو تلف في يده ، فانه يضمنه في حالة عدم اقامة الحد عليه . فان كان الحد قد أقيم عليه فانه لا يضمنه ، حتى لا يحتج القطع والضمان عليه (١)

(١) انظر : المادة ٢١ - (٢) قانون السرقة ، مواد ٣ و ٤ و ١١ - ب

الفصل الثالث

الأثر الإيجابي للشبهات : التعزير لمجرد قيام الشبهة

في هذا الفصل نحاول البحث في الأثر الإيجابي للشبهات المبذويعني أن الشبهة هي السبب في تعزير المتهم بعد أن رأينا أثرها السلبي المسقط للحدود . إن الأثر الأساسي للشبهات هو إسقاط الحدود اعتماداً على الأصل الشرعي القاضي بحرمة دم المسلم وعرضه وماله إلا إذا تأكد القاضي من مسئولية المتهم الجنائية . أما هنا فإن الشبهة هي وحدها السبب في اعتبار المتهم مذنباً ، ومعاقبته بالتعزير إنما هي لتقحمه في مواطن الشبهات .

والأصل العام الذي قرره النبي صلى الله عليه وسلم بوضوح كامل في خطبة الوداع هو أن المسلم كله - دمه وماله وعرضه - حرام ومع ذلك فإن المسامحاً أمور يتوقى الشبهات والبعد عنها فإن خالف ذلك ولم يتوقها كان عاصياً فمن خالط القتل - ولولم يقتل - كان مرتكباً لمعصية تجيز تعزيره ، فإن الله سبحانه وتعالى قد أمرنا بعدم مخالطة الكفار والمنافقين والعصاة والمذنبين ، لقول الله تعالى :

" وقد نزل عليكم في الكتاب أن إذا سمعتم آيات الله يكفر بها ويستنهز أياًها فلا تقعدوا معهم حتى يخوضوا في حديث غيره ، انكم إذا مثلهم ،

ان الله جامع المنافقين والكافرين في جهنم جميعاً (١) .

وقال تبارك وتعالى : " وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم

حتى يخوضوا في حديث غيره وأما ينسبك الشيطان

فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين (١) .

وفي تفسير القرطبي أنه دل بهذا على وجوب اجتناب أصحاب المعاصي ،

لان من لم يحتجبهم فقد رضى فعلهم ، والرضا بالكفر كفر ، والرضا بالمعصية

معصية (٢) .

وذكر الجصاص بأن " ذلك عميم في النهي عن مجالسة سائر الظالمين من

أهل الشرك وأهل الطلعة لوقوع الاسم عليهم جميعا . فغير جائز لأحد مجالستهم

مع ترك التنكير سواء كانوا مظهرين في تلك الحال للظلم والقهاج أو غير مظهرين له

لان النهي عام في مجالسة الظالمين لان في مجالستهم اختارا مع ترك النكير

دلالة على الرضا بفعلهم " (٣) .

وهكذا فان التعزير بالشبهة لا ينافي الأصل العام المتمثل في حرمة

عقاب المسلم قبل ثبوت مسئولية الجنائية -

ويستدل على ذلك أيضا بواقعة حبس النبي صلى الله عليه وسلم لرجل اتهم

بسرقه بغير ثم الغلافه سراحة بعد ذلك عند ما ظهرت براءته من التهمة .

(١) الأنعام : ٦٨ (٢) راجع الجامع الأحكام القرآن للقرطبي ٤١٨ / ٥

(٣) راجع أحكام القرآن للحصاني ٢ / ٣ - باب النبي عن مخالطة الظالمين

ومع أن هذه الواقعة تشبه ما هو معروف في القانون بالحبس الاحتياطي (١)

فإن الحبس في حد ذاته يعتبر عقاباً أيضاً -

وقد استحق الرجل هذه العقوبة فيما يبدو نظراً لوضعه نفسه في موضع التهمة -

وروى عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس في تهمة يوماً وليلة

استنظهاً وطلباً لاظهار الحق بالاعتراف (٢) -

ويقول الشوكاني : والحاصل أن الحبس وقع في زمن النبوة وفي أيام

الصحابة والتابعين فمن بعدهم إلى الآن في جميع الأعصار والأصاغر من دون انكار

وفيه من المصالح ما لا يخفى لو لم يكن منها الاحتفاظ أهل الجرائم المشتبهين

للمحارم الذين يسمعون في الأضرار بالمسلمين ويعتادون ذلك ويعرفون

أخلاقهم ولم يرتكبوا ما يوجب حداً ولا قصاصاً حتى يقام ذلك عليهم فيراح منهم العباد
لكن

والبلاد/ فهؤلاء^{١٠} ان تركوا وخلق بينهم وبين المسلمين بلغوا من الأضرار بهم إلى

كل غاية وان قتلوا كان سؤك دماهم بدون حقها فلم يبق الاحتفاظهم في السجن

والحيلولة بينهم وبين الناس بذلك حتى تصح منهم التوبة أو يقض الله في شأنهم

ما يختاره ، وقد أمرنا الله تعالى بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والقيام بهما

في حق من كان كذلك وهذا لا يمكن بدون الحيلولة بينه وبين الناس بالحبس كما

يعرف ذلك من عرف أحوال كثيرين من هذا الجنس -

(١) انظر مادة - ١٠ - الدستور الباكستاني الصادر ١٩٧٣م ومادتي ١٥١، ١٥٢

(٢) راجع نيل الأوطار ٢١٨/٩ في باب مشروعية الحبس - قانون المرافعات الجنائي

وقد استدل البخارى على جواز الربط بها وقع منه صلى الله عليه وسلم من ربط

ثمامة بن أقال بسارية من سواري مسجد الشريف كما فى القصة المشهورة فى

الصحيح (١) .

وورد فى معين الحكام أن المشروع من الحبس ثمانية أقسام :-

الأول : حبس الحائى لغية المحنى عليه حفظا لمحل القصاص .

الثانى : حبس الآبق

الثالث : حبس المستنق من دفع الحق الحائى له .

الرابع : حبس من أشكل أمره فى العسر والمسر اختيار الحالة فان ظهر حاله

حكم عليه بموجبه عسرا أو يسرا .

الخامس : حبس الحائى تعزيرا وردعا عن معاصى الله .

السادس : حبس من امتنع من التصرف الواجب الذى لا يدخل النيابة كحبس من

على أختين أو على عشر نسوة أو امرأة وابنتها وامتنع من التعيين .

السابع : حبس من أقرب بمجهول عين أو فى الذمة أو امتنع من تعيينه فيحبس حتى

يعينه فيقول المقر به هذا الثوب أو هذه الدابة ، أو الشئ الذى

أقررت به فى ذمتى هو دينار .

الثامن حبس المستنوع من حق لله تعالى -

قال بعضهم وماعدا هذه الثانية لا يجوز الحبس فيه ويضاف الى ما ذكره
قسم تاسع وهو حبس المتنازع فيه ، وذلك اذا ادعى رجلان نكاح امرأة فانها توقف
عن النكاح حتى يتبين وجه الحق في ذلك و تكون المرأة عند امرأة سالحة ان امكن
والا فالحبس-

وقسم عاشر وهو من حبس اختيار الما ينسب اليه من السرقة والفساد ولا يجوز
الحبس في الحق اذا تمكن الحاكم من استيفائه مثل أن يمتنع عن الدين ونحن نعرف
ماله فانا نأخذ منه مقدار الدين ولا يجوز لنا حبسه فان في حبسه استمرار ظلمه
ودوام المنكر في المثل و ضرره مع امكان الا يتقى بشئ من ذلك كله (١) .

(١) معين الحكام لابن خليل الطرابلسي ص ١٩٤ (الطبعة الأولى بالمطبعة

المصرية ببولاق مصر المحمية - سنة ١٣٠٠ هـ

فما يجسد الناس بدا من هذا -

وحسب التعزير بشبهة الجريمة في القانون :

ويوجد أثر الشبهة ايجابيا في القانون كما يوجد في الشريعة ونذكر بعض

الأقضية على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر:

منها وحسب التعزير في قانون الزنا على رجل فاحش أو امرأة فاحشة اذا آجر

فتاة ليجعلها تحترف مهنة الاعادة بعد ذلك أو أى مهنة أخرى غير أخلاقية

وتدل القرائن على أن ذلك هو الأكثر احتمالا ، فانه يعاقب بالسجن مدى الحياة

والجلد فيما لا يزيد عن ثلاثين جلدة - كما أنه قد يعاقب بالفرامة العالية (١)

وكذلك يعاقب قانون شرب الخمر على ملكية الخمر والمسكر لا احتفال شرهه

أو بشبهة التجارة فيه (٢)

ومن ذلك العقاب في جرائم الاختلاف والاعتصاب ، سواء كان المجنى عليه

امراة لى تكره على الزواج أو الزنا أم كان أى شخص بهدف الاكراه على اللواط.

وفي الحالة الأخيرة يعاقب القانون بموت الحائى (٣)

(١) راجع مادة ١٤ - التوضيح في قانون الزنا

(٢) انظر مادة ١٥ قانون القذف ومادة ٢٥ - (١) قانون شرب الخمر

(٣) راجع مادة ١١ ومادة ١٢ قانون الزنا

خاتمة

أهم النتائج التي وصلت اليها في بحثي هذا هي :

- ١- أن قاعدة درء الحدود بالشبهات تتفق مع روح التشريع الاسلامي حيث تفتح باب التوبة للعاصي وتلزم بقيام الأحكام على الجرم والميقين خاصة فسي الحدود والقصاص لكيلا يذهب دم انسان هدرا والقاعدة الأساسية هي أن الأصل هو براءة المتهم فلا يؤخذ في حربه الا اذا ثبت ارتكابه لها ثبوتا يقينيا .
- ٢- يمثل قانون الحدود الباكستاني الصادر في سنة ١٩٧٩ م الخصائص الأساسية للأحكام الشرعية في مجال الحدود ، وبعض تلك الخصائص يتعلق بعدم العقوبة الا على ما ثبت من الجرائم ثبوتا قاطعا وتقسيماته والأسلوب الذي أخذ به هذا القانون هو تقسيم الجناية الى قسمين اولهما الجناية الموجبة للحد وهي التي استجمعت الشروط والاركان بحيث لا يرد شك في ثبوت الجريمة على الجاني ولا في وجوب معاقبته بالحدود طبقا لأحكام الشريعة وثانيها الحناية الموجبة للتعزير وذلك في أحوال سقوط الحدود لوجود شبهة في الاثبات أو في الحكم بالحد . وهكذا فانه يأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات على نحو واضح تماما .
- ٣- تختلف تقسيمات الشبهات في المذاهب الفقهية غير أن هذا الاختلاف انما يعود

في الحقيقة الى اختلاف زاوية النظر واسلوب الدراسة والواقع ان الشبهات
برغم تنوع تقسيمات الفقهاء (والقانونيين) والاصطلاحات التي اطلقت على

أنواعها فانها تنحصر في شيئين أساسيين - هما

(الف) الشبهة في الدليل على كون الفعل جريمة بعدم ثبوت الحرية

أصلاً أو بجهل الجاني مطلقاً ، وهذا ما ساء الحنفية شبهة حقيقية

أو شبهة اشتباه أو شبهة الفعل ، وساء الشافعية شبهة الفاعل -

(ب) والشبهة الناشئة من تعارض الأدلة حيث يفيد بعضها الحل وبعضها

الآسار الحرية ، وهذا ما ساء الحنفية الشبهات الحكيمة وان فرق

أبو حنيفة بين الحكم وصورته وسى الثاني (الحكم الصورى)

شبهة العقد ، وكذلك ذهب الشافعية الى تسميتها بشبهة الحل

أو الطريق أو الجهة -

٤- ولم يرق القانون بتقسيم أنواع الشبهة وان امكن استخلاص هذه الأنواع من

الأمثلة التي اعتبرها القانون شيهاً مسقطاً للحد وتحتوى على شبهة الجهل

وشبهة الفعل - وأساس الشبهات في القانون أيضاً لا يخرج عن الشبهتين

السابقتين -

٥- أدت هذه الشبهات الى انتاج آثار معينة اختلفت باختلاف أنواعها قوة وضعفاً -

وأهم هذه الآثار في باب الحدود والتعازير هي :

أ- يسقط الحد ولا يعاقب المتهم على الجريمة المنسوبة اليه وذلك كما

إذا كان في اثبات الجريمة ضعف كبير مثلاً سرقة الأب من مال ابنه فإنه لا يحدد

ولا يعاقب بأى عقوبة وكما إذا رجع الشهود أو المقر في إقراره وليس هناك

وسيلة أخرى لإثبات التهمة على المتهم .

ب — وأحياناً تنتج الشبهة تخفيف العقوبة عن الجاني فيسقط الحد ويعاقب

بالتعزير : وهنا قد يكون التعزير حسداً مثل الحبس والجلد .

ج — وقد يكون بالغرامة كإحباب الدية أو المهر ، وقد تثبت المسؤولية المدنية

على الجاني مثل وجوب النفقة وثبوت النسب في الوطء بشبهة المحل .

د — وأحياناً تسقط العقوبة عن المتهم وإن وجب على المحكمة أن تعيد النظر

كيلاً يضيع حق المعلن عليه تحقيقاً لما تقضى به العدالة ومصلحة المجتمع في

محاسبة الجاني والحكم ببراءة من ليس مسئولاً عن الجريمة .

هـ — وهناك أثر آخر يتمثل في وجوب التعزير أصالة لا نيابة عن الحد وذلك

كما إذا ارتكب فعلاً لا يوجب الحد أصلاً بل التعزير هو الواجب كما في

عقاب من يخالط اللصوص والقتلة دون أن يثبت ارتكابه لأى من الجرائم التي

يرتكبها أيضاً هؤلاء ، وهو ما أطلقنا عليه الأثر الإيجابي للشبهة .

٦- أن قاعدة درء الحدود بالشبهات تطبق على جرائم التعزير فالحكم الشرعي

العام هو أن الشك يفسر لصالح المتهم فلا تستطع الدولة زيادة العقوبة

التعزيرية إلى مستوى العقوبات المقررة في الحدود وكذلك تختلف النتائج

لدى الفقهاء بحسب قوة الشبهة وضعفها وفي هذا اختلاف بينهم .

- ٧- لم يخالف قانون الحدود الباكستاني الصادر سنة ١٩٧٩ م الشريعة الإسلامية في الأصول وقد استمد أحكامه غالباً من مذهب الحنفية وإن كان لم يقتصر على ذلك دائماً فقد أخذ ببعض الأحكام التي انتهى إليها فقهاء الأئصار المخالفة لما في المذهب الحنفي ، ومن ذلك مثلاً ما أخذه في تعريف الخمر.
- ٨- ويلاحظ أن هذا القانون لم يتقصد الأحكام الفقهية في تقنينه كما أنه لم يشير إلى الأصول التي يجب الاعتماد عليها لاستكمال هذا النقص وهذا أمر يجب على السلطات التشريعية في بلدنا الالتفات إليه .
- وهناك أمر آخر أود أن ألفت النظر إليه وهو وجوب الإسراع بإصدار قانون للمرافعات والأدلة يكون مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية للقضاء على تلك الازدواجية الناشئة من تطبيق قانون موضوع مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية قوايين مع تطبيق/شكليمة مستمدة أساساً من القانون الانجليزي .
- تلك أبرز نتائج البحث وأشكر الله عز وجل على هذا السعي ، وادعوا الله سبحانه وتعالى أن أكون قد وفقت في بحثي ، فإن ظهر خطأ أو تقصير أو غفلة فهي مني ، وإن ظهر غير فهو بفضل الله وتوفيقه - وله الحمد في الأولى والآخرة - (أسأل الله الحليم الكريم أن يجعل علي خالصاً لوجهه وأن يبرئه من كل رياء ظاهر وخفي وأن يغفر لي ولوالدي ولأستاذتي ومن علموني أو ساعدوني في طريق العلم .

وَأَسْأَلُ اللَّهَ رَبَّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ أَنْ يَهْدِيَنَا إِلَى فَهْمِ شَرِيعَتِهِ
وَالْعَمَلِ بِأَحْكَامِهَا ، وَالْيَقِينِ الْمَصِيرِ ، وَصَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَى
سَيِّدِنَا رَسُولِ اللَّهِ خَاتَمِ الْأَنْبِيَاءِ وَعَلَى أَصْحَابِهِ وَالتَّابِعِينَ
وَمَنْ تَبِعَهُمْ أَجْمَعِينَ -

وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ .

فهرس المصا در والمراجع

القرآن الكريم :

أهلا - كتب التفسير

— أحكام القرآن :

لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠ هـ

مطبعة دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان

— الجامع لأحكام القرآن :

لأبي عبدالله محمد بن أحمد الثماري القرطبي . المتوفى سنة ٦٧١ هـ

مطبعة احياء التراث العربي بيروت - لبنان ١٩٦٧

ثانيا - كتب الحديث

— جامع الأصول في أحاديث الرسول :

رئاسة ادارات البحوث العلمية والاقتاء والدعوة والارشاد ، مكتبة الحلواني

مطبعة الملاح ، مكتبة دار البيان - ١٣٩٠ هـ ، ١٩٧١ م .

— سبل السلام شرح بلوغ المرام :

لمحمد بن اسماعيل بن صلاح الأمير الكحلاني الصنعاني . المتوفى سنة

١١٨٢ هـ . طبعة رابعة مطبعة مصافق الباب الحلي ١٠

— سنن أبي داود :

لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحق الأزدي السجستاني . المتوفى
سنة ٢٧٥ هـ . طبعة أبي سنة ١٣٧١ هـ ١٩٥٢ م طبعة الحلبي .

— سنن ابن ماجه :

للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٣ هـ .
مطبوعة عيسى الحلبي سنة ١٣٧٣ هـ ١٩٥٣ م تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

— السنن الكبرى :

لأبي بكر أحمد بن الحسين الميهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ طبعة أولى
سنة ١٣٥٥ هـ مطبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد بالهند .

— شرح الزرقاني على الموطأ :

للشيخ محمد الزرقاني . المتوفى سنة ١١٢٢ هـ . المطبعة الخيرية
سنة ١٣١٠ هـ .

— صحيح الجامع الصغير وزيادته :

للألباني ، الطبعة الأولى ، منشورات المكتب الاسلامي - ١٣٨٨ هـ ١٩٦٩ م

— فتح الباري شرح صحيح البخاري :

لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني
المتوفى ٨٥٢ هـ طبعة أولى سنة ١٣١٩ هـ المطبعة الخيرية .

— نصب الراية لأحاديث الهداية :

لجمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي ، المتوفى سنة ٧٦٢ هـ

الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧ هـ ١٩٣٨ م مطبعة دار المؤمن .

— نبأ الأئمة شرح منتقى الأخبار :

لمحمد بن علي بن محمد الشوكلي ، المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ

مطبعة دار الحلين ، بيروت ، ١٩٨٣ م .

— مختصر ابن كثير للمناوي

الطبعة السابعة ، دار القرآن الكريم ١٤٠٢ هـ ١٩٨١ م .

ثالثا : كتب اللغة

— القاموس المحييل :

لأبي طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي المتوفى سنة ٧١٧ هـ ، المكتبة

دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٨ هـ ١٩٧٧ م .

— تاج المصروف من حوامير القاموس ، للزبيدي .

— لسان العرب :

لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري

المتوفى سنة ٧١١ هـ ، دار صادر و دار بيروت للطباعة والنشر سنة ١٣٧٤ هـ

١٩٥٥ م .

— المصباح المنير في نيرب الشرح الكبير :

لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ طبعة

خامسة سنة ١٩٢٢ م المطبعة الأميرية .

— المنجد في اللغة والأعلام :

الطبعة الثالثة ، الشربين ، دار المشرق ، بيروت

رابعاً : كتب أصول الفقه

— الأحكام في أصول الأحكام :

لأبي محمد علي بن حزم الطائفة - دار الفكر العربي ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م .

— الأحكام في أصول الأحكام :

لأبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي ، المتوفى سنة ٩٣١ هـ

مطبعة المعارف سنة ١٣٣٢ هـ ١٩١٤ م .

— أصول الفقه :

للأستاذ الدكتور حسين حامد حسان ، دار النهضة العربية ١٩٧٠

— أصول الفقه :

لأحمد أبي زعرة ، دار الفكر العربي

— التلويح على التوضيح :

لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ، المتوفى سنة ٧٩٢ هـ مطبعة محمد علي صبيح .

— الموافقات في أصول الشريعة :

لأبي أسحاق الشافعي المالكي المتوفى سنة ٢٩٠ هـ ، الطبعة الثانية .

سنة ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر .

— المستقصى من علم الأصول :

للإمام أبي حامد محمد بن محمد الفزاري طبعة أولى سنة ١٣٢٢ هـ

الطبعة الأميرية .

— خامسا : كتب الفقه

أ - كتب الفقه الحنفي

— الأنباه والنظائر :

لزين الدين بن ابراهيم بن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ الطبعة

دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٠ هـ ، ١٩٨٠ م

— بدائع المنافع في ترتيب المراجع :

لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاشاني . المطب بملك العلماء المتوفى

سنة ٥٨٦ هـ ، طبعة أولى سنة ١٣٢٨ هـ ١٩١٠ م ، ايج - ايم سعيد

ايند كمنى ، كراتشي ، باكستان ١٤٠٠ هـ .

— البحر الرائق شرح كنز الدقائق :

لزين الدين بن ابراهيم بن نعيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ . طبعة أولى
سنة ١٣١١ هـ المطبعة العربية لاغور ، مكتبة الماحدية كوتة ، باكستان

— المنية المشهور العيني في شرح البداية :

لبدر الدين العيني ، مطبعة العالي ، الكهنوء ، الهند .

— تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق :

لفخر الدين عثمان بن علي الزياصي المتوفى سنة ٧٤٣ هـ ، طبعة أولى
سنة ١٣١٣ هـ ، مكتبة امدادية ، ملتان ، باكستان

— تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق :

لمحمد بن حسين بن علي الشهير بالهروي . طبعة أولى سنة ١٣١١ هـ
المطبعة العربية ، مكتبة الماحدية كوتة ، باكستان

— حاشية الشافعي على تبيين الحقائق :

شهاب الدين أحمد الشافعي عامر مطبوع على كتاب تبيين الحقائق . طبعة
أولى سنة ١٣١٣ هـ ، مكتبة امدادية ، ملتان

— رد المختار على الدر المختار :

لمحمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ ، المكتبة
الماحدية ، كوتة ، باكستان

— شرح العناية على الهداية :

للأجل الدين محمد بن محمود البابرقي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ ، مطبوع بهامش
فتح القدير ، طبعة أولى سنة ١٣١٧ هـ المطبعة الكبرى الأميرية ، ببولاق
مصر المحمية ١٣١٨ هـ ، والمطبعة اليمنية ١٣٣٩ هـ .

— قرّة عيون الاختيار تكملة رد المختار :

لمحمد علاء الدين عابدين المتوفى سنة ١٣٠٦ هـ طبعة ثانية سنة ١٣٢٦ هـ
المكتبة الماحدية ، كوتة ، باكستان

— المبسوط :

لشمس الدين محمد بن أحمد السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠ هـ ، الطبعة
الثانية دار المعرفة - بيروت ، لبنان .

— المجلة أحكام العدلية :

ناشر نور محمد كارخانه تجارت كتب ، آرام باغ ، كراتشي .
— شرح المجلة تسليم رستم باز الليناني طبعة ثالثة ، المطبعة الأدبية ، بيروت
سنة ١٩٢٣ .

— معين الأحكام :

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن خليل اللرابلسي ، المتوفى ٨٤٤ هـ ، طبعة
أولى سنة ١٣٠٠ هـ المطبعة الأميرية .

— الهداية شرح بداية المبتدى :

لشيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، المتوفى سنة ٥٩٣ هـ
مطبوعة الحلبي سنة ١٣٥٥ هـ ١٩٣٦ م . و مطبوع بهامش فتح القدير .

ب - كتب فقه المالكي

— بداية المجتهد ونهاية المقتصد :

لأحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
المتوفى سنة ٥٩٥ هـ ، مكتبة التحارية الكبرى ، بمصر .

— تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام :

للقاضي برهان الدين ابراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون
المالكي المدني ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ طبعة ثانية سنة ١٣٥٦ هـ ١٩٣٧ م
مطبوعة الحلبي .

— حواهر الاكليل شرح مختصر خليل :

لصالح عبدالسميع الأبي الأزهرى - دار الاحياء كتب العربية عيسى البابي الحلبي
الحلبي

— حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

للشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ ، وبهامشها
الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ مطبوعة
عيسى الحلبي .

— مواهب الجليل شرح مختصر خليل :

لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب ، المتوفى
سنة ٩٥٤ هـ ، طبعة أولى سنة ١٣٢٩ هـ مطبعة السعادة .

ح - كتب فقه الشافعي

— الأحكام السلطانية : لأبي الحسن بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى ٤٥٠ هـ

دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان

— الانباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية :

لحلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١ هـ ، الطبعة الأولى

سنة ١٣٩٩ هـ ، ١٩٧٩ م مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان

— الأم :

لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ مطبعة

دار الشيعب ، طبعة أولى سنة ١٣٢٥ هـ المطبعة الأميرية .

— تحفة المحتاج بشرح المنهاج :

لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي المتوفى سنة ٩٧٢ هـ ، مطبعة دار صادر

— حاشية الشرواني على تحفة المحتاج :

لعبد الحميد الشرواني ، مطبعة دار صادر .

مفنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج :

للشيخ محمد الترسى الخطيب المتوفى سنة ٩٩٧ هـ ، مطبعة المكتبة

الإسلامية صاحبها الحاج ريان الشيخ .

— المهذب :

لأن السحر ابراهيم بن على بن يوسف السيرازى ، المتوفى سنة ٤٧٦ هـ

مطبعة عيسى الحالى .

— تهذيب المحتاج الى شرح المنهاج :

للمرحوم الدين محمد بن شباب الدين الرملى المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ، مطبعة

المكتبة الإسلامية صاحبها الحاج ريان الشيخ .

د - كتب الفقه الحنبلى

— القواعد :

لأن الفرح عبدالرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ هـ ، الطبعة

الأولى سنة ١٣٩١ هـ ١٩٧١ م ، مطبعة مكتبة الكليات الأزهرية

— كتابات القضاء عن متن الاقناع :

لمصطفى بن بونان بن ادريس البهيمى الحنبلى ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـ ،

مطبعة مكتبة الناصر الحديثة ، الرباط .

— المعنى (على مختصر الخرق) :

تأليف محمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي عفي ، المتوفى

سنة ٥١٦ هـ ، مائة مكتبة الريا الحديثة ، الريا

— كتاب الفقه المالكي

— المجلد

تأليف محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، طبعة

مكتبة دار الفكر .

— كتاب الفقه الشافعي

— تهذيب الأحكام في فروع الفقه

تأليف أحمد بن محمد بن الحسن النعماني المتوفى ٤٦٠ هـ ، الطبعة الثالثة

دار الكتب العلمية ، بيروت .

— مأثورات الفقه في فروع الفقه

تأليف أحمد بن الحسن النعماني المتوفى سنة ١١٠٤ هـ دار احياء التراث

العربي ، بيروت لبنان .

- أحمد فتحي بهنسي :
العقوبة في الفقه الحنائي الاسلامي ، مطبعة دار الكتاب العربي ، بمصر .
- عبد الرحمن الحمزي :
كتاب الفقه على المذاهب الأربعة دار الفكر العربي ، المكتبة التجارية الكبرى ، بالقاهرة .
- دكتور عبد العزيز عامر :
التعزير في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٠ م .
- عبد القادر عودة :
التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، دار الكتاب العربي ، بيروت
- علي حسن الصريان :
تكملة كتاب الفقه على المذاهب الأربعة " (كتاب الحدود) ، دار الفكر العربي ، المكتبة التجارية الكبرى ، بالقاهرة
- محمد أبو زهرة :
- الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (الجريمة) مكتبة دار الفكر العربي .
- الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (العقوبة) مكتبة دار الفكر العربي
- الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي

سابعة : بحوث و مجموعات

— التف في الفتاوى :

لناصر علي بن الحسن بن محمد السعدى المتوفى سنة ٤٦١ هـ ١٠٦٨ م
طبعة الارمان بغداد ١٩٧٦ م .

— دائرة معارف قرن العشرين :

لمحمد فريد وحيد ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان

— قريبة المراءى وأسمائها في المحال الجنائى :

رسالة دكتوراة لأحمد سعيد محمد صوان ، جامعة الأزهر كلية الشريعة ،
١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م .

— موسوعة جمال اعيد الناصر فى الفقه الاسلامى :

يتمدرجا المجلس الأعلى للشئون الاسلامية . القاهرة ١٣٨٦ هـ .

— موسوعة فقه ابراهيم النخعى

بقلم الدكتور محمد رواح قلعه جى ، الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م
الهيئة المصرية العامة للكتاب .

۷۱۲
BIBLIOGRAPHY

- "Crimined Procedure Code" F.L.D., Lahore
- "Decennial Digest" 1967 to 1976, Pakistan Annual Law Digest, Lahore.
- Emmanual Zafar "Law & Practice of Islamic Hudood" Khyber Law Publishers, Lahore 1974.
- "Islamic Criminal Laws"(of Pakistan 1979.)
 - The offences Against Property (Enforcement of Hudood) Ordinance 1979 (VI of 1979).
 - The offence of Zina (Enforcement of Hudood) Ordinance, 1979 (VII of 1979).
 - The offence of Qazf (Enforcement of Hadd) Ordinance, 1979 (VIII of 1979)
 - The Prohibition (Enforcement of Hadd) order, 1979 (P.O. No.4 of 1979)
- J.W. Cecil Turner, "Russal on Crime" Stevens & Sons London, 1964
- Mohammad Anwar Choudhary, "Criminal Court Practice & Procedure", Lahore Law Times publication, Lahore.
- Mohammad Ilyas Khan, "Hand Book of Legal Terms and Phrases" Lee Law Publications, Karachi, 1968.
- Mohammad Mazhar Hussain Mirza, Commentary on "The Pakistan Penal Code" (1973-74), P.L.D., Lahore
- M. Munir, "Constitution of Islamic Republic of Pakistan, 1973" Law Publication Company, Lahore, 1973

Session No.

- M. Munir, "Principles & Digest of the Law of Evidence" Law publishing company, Lahore 1974.
- Ratan Lal & Dhiraj Lal "The Law of Crimes" (commentary on Penal Code) The Bombay Law Reporter (Private) Ltd. Bombay 1961.
- Ratan Lal and Dhiraj Lal "The Law of Evidence 1872" The Bombay Law Reporter office, Bombay, 1958.
- Shaikh Abdul Halim "Criminal Law" 1964-1977) Law Publishing Company, Lahore.
- "Words and Phrases" Permanent Edition, St. Paul, Minn, West Publishing Co. 1977-78 vols. 5 and 11.