14394

إستعارة

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة وهران

كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية

السياسة العقابية

بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

مذكرة لنيل درجة الماجستير
قسم العلوم الإسلامية
تخصص : شريعة و قانون

إعداد الطالب: العشبي قويدر

تحت إشراف : د .لشهب أبوبكر
و
أ .حوالف عكاشة

السنة الدراسية : 2005/2004

أتقدم بالشكر والتقدير إلى :

- الدكتور الشهب أبو بكر الذي أشرف على هذه المذكرة ، و زينها بتوجيهاته القيمة و الهادفة ، و ملاحظاته الدقيقة .

- الأستاذ حوالف عكاشة الذي ساير البحث من أوله إلى آخره ، بنصائحه القيمة ، و إرشاداته الصائبة ، شاكرا و مقدّرا له صبره و جهده الذي قدّمه طوال مراحل البحث .

- الدكتور لخضاري الذي أبدع في تقديم المعلومات النفيسة ، و التي كانت بمثابة المنارة التي أنارت طريق البحث .

- أساتذة و مكتبة المعهد الإسلامي لتكوين الإطارات الدينية بغليزان ، و أخص بالذكر : الأستاذ مقمس لحسن .

- و إلى كل من قدّم لي المساعدة من : أساتذة محامين و طلبة القانون .

لا يستعار

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقدّمة

الحمد لله الذي وفقني لما صرت إليه و ما أولاني به من نعم ، و أشكر له فضله وكرمه و أستغفره و أتوب إليه من كل ذنب الذي يوجب زوال نعمه و حلول نقمه ، وأصلي و أسلم على النبي الذي بعثه الله رحمة للعالمين ، و بشيرا بالجزاء الحسن لمن عمل خيرا ، و نذيرا بالعقاب لمن عمل شرا ، و على آله و صحبه الذين اهتدوا بهداه .

أما بعد :

من المسلمات التي استقر عليها علماء الأصول ، أن الأحكام الشرعية وضعت مراعاة لمصالح الناس الضرورية و الحاجية و التحسينية .

و من الأحكام التي شرعت لحفظ ما هو ضروري للناس ، أحكام العقاب باعتبارها وسائل للكف عما يقع على الناس من أضرار تمس ما تقام به حياتهم ، زجرا لمن سولت له نفسه انتهاكها و تشديدا لمن اعتدى عليها .

موضوع البحث :

و لما كان العقاب من الأمور التي تتعلق بالنفس البشرية بالإتلاف و إلحاق الضرر ، حدد الشارع الحكيم بعضها و قدرها ، فليس للفقهاء الزيادة فيها أو الإنقاص منها، و أمر الحكام بتنفيذها مع التثبت فيها على البينة الواضحة حتى لا يقع الظلم عليها ، و ترك البعض الآخر لإجتهاد الفقهاء و القضاة على حسب أحوال وظروف العصاة .

جامعة وهران
المكتبة المركزية
T1759
14/03/2006

و استقراء الفقهاء للنصوص الشرعية التي تتعلق بجانب العقاب دلّ على أن الشارع الحكيم أراد من ذلك معان و مقاصد كانت تمثل المبادئ و الأهداف التي استرشدت بها السياسة العقابية ، و ذلك من خلال تصرفات النبي ﷺ التي تدخل من ضمن تصرفات الإمامة ، و عمل الخلفاء الراشدين من بعده .

و أما فقهاء القانون ، فقد استقرؤوا الوقائع التاريخية ، فتبين لهم أنه قد وقع ظلم عظيم على النفس البشرية بذرائع مختلفة .

فتارة بذريعة المحافظة على النظام العام ، و تارة أخرى باسم الإنتقام و إشباع ما تكنّه الأنفس البشرية من غريزة الإنتقام .

فتوصلوا إلى أنه لا بد من وضع مبادئ و رسم أهداف تسترشد بها السياسة العقابية ، تجمع بين ردع العقوبة و البحث عن وسائل تخفف من خطورة الجاني ، و لم يبقى العقاب الوسيلة الوحيدة لمعالجة ظاهرة العقاب ، و إنما أبدعوا وسائل أخرى تسعى إلى إصلاح الجاني و البحث عن أسباب الجريمة .

ففرضوا على القاضي استقصاء عوامل الإجرام حتى يكون حكمه عادلا لمكافحة الجريمة .

أهمية البحث و أهدافه :

نقل فقهاء القانون النظام العقابي من فكرته التقليدية التي تعتمد على و سيلة العقاب كوسيلة رادعة للكف عن الإجرام ، إلى البحث عن تدابير تسعى إلى إصلاح المجرم .

و لقد أبدع فقهاء القانون في ربط الجانب القانوني للنظام الجزائي بالجانب الإجتماعي و النفسي ، فأصبح للعقوبة معنى اجتماعي ، من خلال البحث عن أسباب الجريمة و مراعاة ظروف و أحوال المجرم ، و جعل بجانب وظيفة الردع الأساسية للعقاب وظيفة أخرى و هي : إصلاح الجاني .

و ما زال النظام العقابي في الفقه الإسلامي يطرح بالشكل الذي قسمه الفقهاء مراعاة لظروف تاريخية مرت بها الحضارة الإسلامية ، لكن أضحى هذا التقسيم معول يعول عليه بعض الوسائل الإعلامية .

وبدأ يطرح النظام العقابي وفق ذلك المنهج التقليدي ، فبدا لبعض الناس أن العقاب في الفقه الإسلامي مقصود لذاته .

و مما زاد في ذلك ، وقوف بعض الكتّاب على ظواهر نصوص العقاب دون الولوج إلى مقاصدها و معانيها .

و قد تناول بعض الكتاب هذا الموضوع بوضعه في أطر عامة كانت تمثل المبادئ و الأهداف التي قامت عليها السياسة العقابية في الشريعة الإسلامية، من غير تفصيل في ذلك .

فهذا البحث يزيل تلك التصورات غير الكاملة للعقاب في الفقه الإسلامي من خلال طرح هذا الموضوع طرحا آخر يعتمد على ربط النظام العقابي بتلك المقاصد و المعاني التي تمثل المبادئ و الأهداف ، و التي أشارت إليها الفروع الفقهية والأحكام القضائية و القواعد الكلية .

و لا نريد أن نقف عند هذه التصورات ، و إنما نريد أن نجعلها واقع يلاحظ فيه هذا الربط من خلال اختيارنا لعقوبة السرقة نموذجا .

أسباب اختيار الموضوع :

الذي دفعني إلى اختيار هذا الموضوع دون غيره ، ما سمعته من بعض أساتذتنا الكرام و قد أفاض في موضوع العقاب ، و في الأخير قال : بأن هذا الموضوع قد طرح بشكل تقليدي دون ربطه بما تقرر في الفروع الفقهية و الأحكام القضائية و القواعد الكلية للتشريع الإسلامي .

فوقع ذلك في نفسي و بدأت أفكر في ذلك طوال دراستي النظرية في الماجستير .

أما سبب اختياري لعقوبة السرقة نموذجا ، فلحادثة وقعت لأحد من أقاربي و قد

عصمه الله من ذلك ، وترك في نفسي أثرا دفعني إلى التأمل في هذه العقوبة ، فوجدت فيها ما كنت أطمح إليه ، و هو أن هذه العقوبة كان لها ثمرتين :

- **ثمرة فقهية** ، تتمثل في تلك الضوابط و القواعد التي وضعها الفقهاء في إثبات حكم السرقة .
- **ثمرة أصولية** ، تتمثل في تلك المعاني و التوجيهات التي استخرجها علماء الأصول من خلال تصرف خليفة المسلمين عمر بن الخطاب ﷺ وذلك في رفعه لحكم القطع في عام المجاعة مع ثبوت الحكم على السارق .

و ما كنت أطمح إليه هو: الجمع بين التفريعات الفقهية و ربطها بأصولها .

الصعوبات التي واجهت البحث :

موضوع البحث من الموضوعات العامة التي تحتاج إلى جمع كمّ كبير من المصادر و المراجع ، خاصة المصادر الأصلية في كل من الشريعة الإسلامية و القانون ، و قد كان ذلك عسير جداً ، مما حتم علي السفر و التنقل بحثا عنها ، خاصة كتب الإجتهادات القانونية .

و الأمر الذي زاد من صعوبة البحث ، كثرة الفروع الفقهية ، حتى أن الناظر إلى بعض المسائل الفقهية لا يجد لها ضابطا ، و استقراء تلك الفروع يحتاج إلى وقت وجهد مشترك ، و هذا قد أثر على مدة إنجاز هذا البحث .

إشكالية البحث :

الفكرة الجديدة التي ناد بها فقهاء القانون و المتمثلة في : البحث عن تدابير تسعى إلى إصلاح الجاني ، و تجنب العقوبة التقليدية و إعطائها بعدا اجتماعيا ، و تفريد العقاب الذي أعطى للقاضي سلطة تقديرية يراعى فيها أحوال الجاني و ظروف الجناية ، قد غيرت من مجرى النظام الجزائي بأكمله ، و تأثرت بها السياسة العقابية

و لما كانت طبيعة البحث هي : مقارنة التشريع الإسلامي بالقانون ، فإن هذه الفكرة يصعب فهمها مقابلة مع الفقه الإسلامي .

لأن الناظر إلى العقوبات المقدرة كالحدود ، يجد في ذلك شدة و غلظة ، فيعتقد أن السياسة العقابية في التشريع الإسلامي قد أهملت جانب آدمية الجاني .

لكن إذا نظرنا إلى ما أثبتته النصوص الشرعية التي من جانب تصرفات النبي ﷺ و التي تتعلق بجانب الإمارة و قد رفع الحكم في عدة صور ثبت فيها العقاب ، و ما تقرر من عمل خليفة المسلمين عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي لم يترل حكم القطع على السارق الذي سرق في عام المجاعة ، و ما وضعه الفقهاء من طرق لإثبات الجرائم و أخذهم بالحيطة و الحذر فيها ، و تضييق من نطاق العقوبات ، قد يجعلنا نقف عند هذه الوقائع .

فالجمع بين ما هو ظاهر في عقوبات الحدود و بين تصرفات النبي ﷺ و عمل الخلفاء الراشدين و ما تقرر عند الفقهاء ، يفضي إلى التساؤل عن فلسفة السياسة العقابية ، وعن مبادئ و أهداف العقاب في الفقه الإسلامي ، و عن مسوغات الحيطة و الحذر التي تقررت عند الفقهاء ، و عن أوجه الإتفاق و الإختلاف بين الفكرة الجديدة التي ناد بها فقهاء القانون و بين ما جاء في التشريع الإسلامي .

منهجية البحث :

لم اكتف بمنهج واحد في هذا البحث ، و إنما استعمل المنهج التحليلي في المواضع التي تقتضي ذلك خاصة عند تحليل الكليات إلى جزئيات ، و استعملت المنهج الإستقرائي و ذلك عند ربط الجزئيات بكلياتها ، و استعملت المنهج الإستدلالي عند بناء المسائل على المسلمات و القواعد .

و لما كانت طبيعة البحث هي المقارنة ، استعملت الطريقة المباشرة ، فجعلت منطلق البحث الشريعة الإسلامية كمادة أصلية للبحث ، ثم مقارنتها مع ما تقرر في القانون .

و من حيث التفصيل ، قد اتبعت المنهجية التالية :

- تقيدت في المقارنة مع القانون ، بقانون العقوبات الجزائري ، و أشرت في بعض المواضع إلى القوانين العربية و قانون العقوبات الفرنسي .
- حصرت المقارنة في غالب الأحوال في المجال الذي يشترك فيه القانون مع التشريع الإسلامي ، بعيدا عن المواضع التي تثير الجدل العقيم ، فركزت عن المقاصد باعتبارها موضع التوافق .
- اعتبار الجانب العقلي لبعض المصطلحات ، مثل مصطلح المصلحة ، فالمقصود منها في هذا البحث هو : ما يلاءم الطبع أو ينافره و ليس المصلحة التي هي موجبة للمدح و الذم الشرعيين .
- الاعتماد على شروحات قانون العقوبات الجزائري .
- الاعتماد على المراجع التي تتحدث عن فلسفة القانون ، خاصة التي تتحدث عن علم العقاب و علم الإجرام .
- التركيز على الإجتهادات القانونية .
- عدم التفصيل في المسائل الفرعية الفقهية التي لها عدة صور مختلفة .
- ربط المسائل الفقهية بمآخذ الفقهاء و بيان محل النزاع فيها .
- الابتعاد عن مواطن الخلاف الفقهي و الاعتماد على القواعد الفقهية و الأصولية ، باعتبارها موضع الاتفاق .
- الاعتماد على المذاهب الفقهية الأربعة .
- بالنسبة لتخريج الأحاديث ، فقد اختصرت على ذكر الكتاب و رقم الحديث.

خطة البحث :

قسمت البحث إلى ثلاثة فصول :

- **الفصل الأول** : فيه بيان الجانب الشكلي للسياسة العقابية ، انطلاقا من مفهومها القانوني ، من خلال بيان سندها ، و مبادئها و إجراءاتها .

- **الفصل الثاني** : بينت النظام العقابي لعقوبة السرقة باعتبارها النموذج ، من خلال بيان ضوابطها ، فذكرت ضابطها الشرعي و المادي و المعنوي .
- **الفصل الثالث** : تضمن الجانب التطبيقي للسياسة العقابية من خلال إنزال تلك التصورات التي تقررت في الفصل الأول على عقوبة السرقة .

أسأل الله ﷻ التوفيق في عملي هذا ، فهم خير معين .



الفصل الأول

تصور عام للسياسة العقابية

من خلال مبادئها وإجراءاتها



و يخصص هذا الفصل البحث عن مفهوم السياسة العقابية حتى يخلص القصد منها في هذا البحث، وعن سندها في الشريعة الإسلامية و القانون، وعن مبادئها و إجراءاتها.



المبحث الأول

مفهوم السياسة العقابية

لما كانت السياسة العقابية كلمة مركبة من السياسة و العقوبة ، فقد كان لزاما تعريف السياسة و تعريف العقوبة في التشريع الإسلامي حتى يتبين المفهوم العـــام للسياسة العقابية .

المطلب الأول

تعريف السياسة

السياسة في اللغة : من سوس ، و السين و الواو و السين أصلان ، أحدهما فساد الشيئ ، و الآخر جبلة و خليقة .

فالأول « ساس الطعام يَسَاسُ و أساس يُسيسُ و سَوَّسَ يُسوّسُ ، إذا وقع فيه السُّوسُ ، و السُّوسُ العُثَّة التي تقع في الصوف و الثياب و الطعام»[1].

« و ساسَت الشاة ، تَساسُ سَوساً و إساسةً ، و هي مَسيسٌ ، كثر قَملُها»[2].

أما الثاني « فالسُوس بالضم ، هو الطبيعة و الأصل ، يقال : هذا من سوس فلان أي من طبعه»[3] .

و السَّوسُ بمعنى الرياسة ، يقال : « ساسوهم سَوساً ، و إذا رأسوه قيل : سوَّسوهُ ، أساسوه ، و ساس الأمر سياسةً ، قام به ، و قد أنشد ثعلبة:

---

(1) – معجم مقاييس اللغة ، أبي الحسين أحمد بن فارس ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون (دار الجيل ، بيروت) م3 ص: 119 .

(2) – لسان العرب ،ابن منظور، ط3 (دار صادر ، بيروت : 1993) ، م6 ص: 107-108 .

(3) – القاموس المحيط ، الفيروزابادي ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1995) ،ج2 ص: 350 .

سادة قادة لكل جميع ساسة للرجال يوم القتال

و سوَّسَه القوم : جعلوه يسوسهم ، و سُوّسَ الرجل أمور الناس ، على ما لم يسم فاعله ، إذا ملك أمرهم ، و يروى قول الحطيئة :

لقد سوست أمر بنيك حتى تركتهم أدق من الطحين .

و في الحديث الشريف ﴿ **كان بنو إسرائيل يسوسهم أنبياؤهم** ﴾[1] كما فعل الأمراء و الولاة»[2].

و سُست الرعية سياسة ، أمرتها و نهيتها ، و فلان مجرب قد ساس ، و سيس عليه ، أدب و أُدب[3] .

و السياسة «القيام على الشئ بما يصلحه»[4] .

أما في الإصطلاح : فالسياسة لها معنيين ، معنى عام و الآخر خاص .

فالمعنى العام يتعلق بالمقصد المتوخى من السياسة ، فعادة تطلق السياسة بما فيه رجو الصلاح للخلق ، لأنها أصلا وضعت لإستصلاح الخلق ، و ذلك بالإرشاد إلى الطريق المنجي سواء كان في العاجل أم الآجل .

قال ابن عقيل : « السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد ، و إن لم يضعه الرسول ﷺ و لانزل به وحي»[5] .

و المعنى العام يتصل بالدولة و الولاية[6] ، لأن المقصود من الولاية كما بين ابن تيمية هي:« إصلاح دين الخلق الذي متى فاتهم خسروا خسرانا مبينا ، و لم ينفعهم

---

(1) – صحيح البخاري ، تحقيق : مصطفى ديب البغا (دار ابن كثير ، اليمامة : 1987) كتاب : أحاديث الأنبياء بلفظ : عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء .. ، رقم: 3268.

(2) – لسان العرب ، م6 ص: 108 .

(3) – القاموس المحيط ، ج2 ص: 350 .

(4) – لسان العرب ، م6 ص: 108 .

(5) – نقلا من : الطرق الحكمية ، ابن قيم الجوزية (مكتبة دار البيان ، ب.ت) ، ص: 12 .

(6) – ينظر : الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الكويت ، ب.ت) ، ج25 ص: 296 .

ما نعموا به في الدنيا و إصلاح ما لا يقوم الدين إلا به من أمر دنياهم»[1] .

و قد أطلق على السياسة أسماء مختلفة ، **كالأحكام السلطانية** ، و **السياسة الشرعية** و **الطرق الحكمية** ، و قد رسمت بأنها « القانون الموضوع لرعاية الآداب و المصالح وانتظام الأموال»[2] .

و أما **المعنى الخاص** ، فقد اتصل بالعقوبة ، أو ما أطلق عليه بالسياسة الجنائية و هي معنى فقهي ، لأنها تتصل بعمل الأمراء و الولاة ، و هي فعل شيء يأتي من الحاكم و فق المصالح التي يراها و إن لم يرد في ذلك دليل جزئي[3] ، فدل ذلك على أن السياسة الجنائية عمل اجتهادي ينبني على مراعات المصالح .

و المقصود من السياسة بالمعنى الخاص ، التوسعة على الولاة بناءً على المصالح التي تحقق المقاصد الشرعية[4] .

و ذهب الطرابلسي على أنها شرع مغلظ ، الغرض من ذلك العدل ، في إخراج الحق من الظالم و ردع أهل الفساد[5] .

فاعتبارها شرع مغلظ ، لأن المعنى الخاص للسياسة يتعلق بتحقيق المقاصد الشرعية الضرورية للناس و المحافظة عليها ، و هي – على سبيل التلميح – :

- صيانة الوجود من العدم ، فشرع لحفظ ذلك القصاص في النفوس والأطراف.
- صيانة الأنساب ، فشرع لحفظه حد الزنا .

---

(1) – السياسة الشرعية ، ابن تيمية (قصر الكتب ، البليدة ، ب .ت) ، ص : 26 .

(2) – البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم (دار الكتاب الإسلامي ، ب. ت) ، ج5 ص: 76 .

(3) – ينظر: الموسوعة الفقهية ، ج5 ص: 298 .

(4) – ينظر: الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، د. أحمد فتحي بهنسي (دار النهضة العربية ، بيروت : 1991) ج3 ص: 253 .

(5) – ينظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، علاء الدين الطرابلسي (دار الفكر ، ب.ت) ص: 169 .

- صيانة الأموال ، فشرع لحفظه حد السرقة .
- صيانة الأعراض ، فشرع لحفظه حد القذف .
- صيانة العقول ، فشرع لحفظه حد الخمر .
- و هناك ما شرع للردع و الزجر[1] ،و باب السياسة في هذا واسع القصد منه الاستصلاح كما سيفصل في المباحث القادمة .

و الملاحظ من خلال البحث عن المراد بالسياسة الشرعية في بطون الكتب التي تتعلق بالأصول و القضاء ، أنه تأصيلا يراد بها التشوف إلى مقاصد الشرع ، بناءً على أن الأحكام الشرعية مبنية على التعليل[2] ، و قضاءً تعلق بها مسمى العقوبة بما يتصل بعمل الأمراء و الولاة،تماشيا مع ما تقتضيه المصلحة ، و هذه النظرة هي نظرة الفقهاء .

فالفقهاء أرادوا بالسياسة الشرعية التوسعة في عمل الولاة و الأمراء و الحكام على ما تقتضيه المصالح التي لا تتعارض مع النصوص الشرعية ، و إن لم يرد في ذلك دليل جزئي[3] .

و أما غير الفقهاء فأرادوا بها المعنى الأعم و هو تدبير مصالح العباد بما يحقق مقاصد الشرع الحكيم .

---

(1) – ينظر :تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام ، إبن فرحون (دار الكتب العلمية ب.ت) ، ج2 ص : 140 .

(2) – الملاحظ في نصوص التشريع في الكثير الغالب ، أنها لا تربط الحكم بنفس المصلحة المقصودة منه ، و إنما تربطه بأمر ظاهر يحقق تلك المصلحة ، فمثلا : أن الله ﷻ ما ربط إباحة الفطر في رمضان بدفع المشقة ، و إنما ربطه بالسفر أو المرض ، لذلك نجد الأصوليين قد اصطلحوا على تسمية المصلحة المقصودة من تشريع الحكم (حكمة الحكم و مئنّته) ، و اصطلحوا على تسمية الأمر الظاهر الذي ربط الحكم به (علة الحكم و مناط الحكم و مظنته) قال الآمدي: « الإجماع منعقد على صحة الأحكام بالأوصاف الظاهرة المنضبطة المشتملة احتمال الحكم ، كتعليل وجوب القصاص بالقتل العمد العدوان ، لحكمة الزجر أو الجبر » نقلا من كتاب : الإحكام في أصول الأحكام ، الآمدي ط2 (دار الكتاب العربي ، بيروت : 1986) ، ج3 ص: 225 .

(3) – ينظر: الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي ، ج3 ص : 253 .

أما السياسة عند فقهاء القانون فعادة يأتي معناها بالإضافة ، فيقولون السياسة الإقتصادية ، السياسة الإجتماعية ، السياسة المالية ، و أما ما يتصل بموضوع البحث فعادة يطلق عليها مسمى السياسة الجنائية .

و المقصود بالسياسة الجنائية ، أنها مشتملة على أهداف و وسائل تتابعها الدولة تجاه ظاهرة الجريمة ، فالأهداف تتمثل في مثلا الوقاية و الإصلاح و الردع والوسائل تتمثل في تحقق تلك الأهداف عن طريق العقوبات و تدابير الأمن[1] .

المطلب الثاني

تعريف العقوبة

العقوبة في اللغة : من عقب ، و العين و القاف و الباء أصلان ، أحدهما يدل على تأخير شيئ و إتيانه بعد غيره ، و الآخر يدل على ارتفاع و شدة و صعوبة

فالأول : « كل شيء يَعْقُبُ شيئاً فهو عَقيبُهُ ، كقولك ، خلف يخلف ، بمنزلة الليل و النهار إذا مضى أحدهما عَقَبَ الآخر ، و يعقّبان ، إذا جاء الليل ذهب النهار»[2] .

والعُقْبة « الدُّولة ، و النوبة »[3]، و « عاقَبْتُ الرجل معاقبة و عقابا..و إنما سميت عقوبة لأنها تكون آخر و ثاني الذنب و تَعَقَّبَهُ أي أخذه بذنب كان منه»[4]

---

(1) – ينظر : معجم المصطلحات القانونية ، جيرار كونو ، ترجمة منصور القاضي ، ط1 (المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر بيروت : 1998) ، ص:927

(2) – مقاييس اللغة ، م4 ص: 77 .

(3) – لسان العرب ، م1 ص: 218 .

(4) – القاموس المحيط ، ج1 ص: 146 .

والعُقْبى جزاء الأمر[1] و العَقْبُ الجري بعد الجري[2] .

و العقاب و المُعاقَبة « أن تجزئ الرجل بما فعل سوءاً ، و الإسم العقوبة»[3].

و اعْتَقَبَ الشيئ « حبسه عنده ، و اعتقب البائع السلعة ، أي حبسها عن المشتري حتى يقبض الثمن»[4].

و أما الثاني : فالعَقَبة « طريق في الجبل ، و جمعها عقاب ، و هي الطرق في الجبال الوعرة ، ثم رد إلى هذا كل شيء فيه علو أو شدة»[5].

و العُقاب « الراية و الحرب ، و علم ضخم»[6].

و العُقاب « الطير ، سميت بذلك لشدتها و قوتها»[7].

فالعقوبة في **المعنى اللغوي** تعلق بالأمور التي فيها معنى القوة و الشدة و ما يفعل من سوء .

أما في **الإصطلاح** ، فالعقوبة هي « الألم الذي يلحق بالإنسان ، مستحقا للجناية و عرفها بعضهم بالضرب و القطع و نحوهما»[8].

و عرفها الدكتور بهنسي عن طريق بيان هدفها على أنها جزاء من وضع الشارع الحكيم ليردع من ارتكب ما نهى عنه ، و من ترك ما أمر به[9] .

---

(1) – لسان العرب ، م1 ص: 611 .

(2) – القاموس المحيط ، ج1 ص: 141 .

(3) – لسان العرب ، م1 ص: 619 .

(4) –المصدر نفسه ، م1 ص: 622 .

(5) – مقاييس اللغة ، م4 ص: 84 .

(6) –لسان العرب ، م1 ص: 621 .

(7) – مقاييس اللغة ، م4 ص: 85 .

(8) – الموسوعة الفقهية ، ج10 ص: 269 .

(9) –ينظر :العقوبة في الفقه الإسلامي ، د. أحمد فتحي بهنسي ، ط5 (دار الشروق ، بيروت : 1983) ، ص: 13.

وعرفها الأستاذ عبد القادر عودة في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي من خلال اعتبارها حـــق من حقوق الله ﷻ بمعنى آخر : أنها الجـــزاء الذي وضع لمصلـــحة الجماعة عند عصيان أمر الشارع الحكيم[1] .

ولفظ الجزاء أعم من العقوبة ، لأن الجزاء قد يكون لحسنة و قد يكون لمعصية وأما العقوبة ، فهي جزاء على ما فعل من معصية ، و تسمية العقوبة جزاءً ، هي من المعاني التي أطلقها القرآن الكريم على العقوبة ، مثل قول الله ﷻ :﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءً بِمَا كَسَبَا نَكَـٰلًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[2].

و العقوبات عند الفقهاء ، تطلق على الجزاء المقدر و يعبر عنه بالحد ، و غير المقدر و يعبر عنه بإسم التعزير ، و كذلك تطلق بما يدل على مقصدها الأصلـــي باعتبارها زواجر تعتمد على قاعدة درئ المفاسد ، و باعتبارها جوابر تعتمد على قاعدة جلب المصالح[3] .

و لذلك قرر العلماء على أن العقوبة أذى شرع لدفع المفاسد ، الذي هو في حد ذاته مصلحة[4] ، رغم أن العقوبة واقعة مادية لا تخلو من أذى ، لكن قانون المصلحة و المفسدة يحتم إنزال العقاب بفاعلها ، حتى أن بعض العلماء ذهب إلى أن « العقوبات رحمة من الله ﷻ بعباده ، فهي صادرة عن رحمة الخالق و إرادته والإحسان إليهم ، و لهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم ، أن يقصد بذلك

---

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

(2) – سورة المائدة ، الآية :38 .

(3) – ينظر : رد المحتار على الدر المختار ، ابن عابدين (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ،ج4 ص: 3 ، العناية شرح الهداية ، محمد البابرتي (دار الفكر ، ب.ت) ج5 ص : 211-212 ، تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق ،الزيلعي (دار الكتاب الإسلامي ، ب. ت) ، ج3 ص: 163 . فتح القدير ، ابن الهمام (دار الفكر ، ب.ت) ، ج5 ص: 208 . درر الحكام شرح غرر الأحكام ، محمد بن فرموزا (دار إحياء الكتب العربية ، ب.ت) ،ج2 ص: 63

(4) – ينظر : العقوبة ، أبو زهرة (دار الفكر العربي ، ب.ت) ، ص:10 .

الإحسان إليهم و الرحمة لهم ، كما يقصد الوالد تأديب ولده و كما يقصد الطبيب معالجة المريض»[1].

أما في **المصطلح القانوني** : فإن تعريف العقوبة تعلق ببيان هدفها المتمثل في الوقاية و قمع من اعتدى على النظام الإجتماعي[2] ، و تعلق كذلك بالمؤسسة التنفيذية المتمثلة في القضاء[3] ، و يترتب على تنفيذ هذه العقوبة المحافظة على المصلحة .

و أراد د. عبد الله سليمان أن يلمّ بالتعريف من خلال بيان رسم مبادئها فقال :« إنها جزاء تقويمي تنطوي على إيلام مقصود ، تتنزل بمرتكب جريمة ذي أهلية لتحملها بناءً على حكم قضائي يستند إلى قانون يحددها ، و يترتب عليها إهدار حق لمرتكب الجريمة أو مصلحة له ، أو يعطل استعمالها»[4].

إن القانونيين عندما عرفوا العقوبة ، عرفوها من خلال رسمها ، على أنها واقعة مادية يقررها القانون ، و ينفذها القضاء على المجرم ، و تعاريف أخرى – كالتعريف السابق – بينت الآثار التي تتركها العقوبة عند تنفيذها ، و هي تحقيق المصالح ، وهذه النظرة لا تختلف مع ما تقرر في تعريفها عند الفقهاء ، فهم يتفقون على أنها واقعة مادية ، هدفها مراعات مصالح العامة ، أو بتعبير القانونيين المحافظة على النظام الإجتماعي .

و إنما الاختلاف ، هو إختلاف مبدئي ، يتجلى في : أن العقوية في الشريعة الإسلامية تستمد شرعيتها على أساس مراعات حق الله في الغالب ، المعتمد على

---

(1) – فتاوي بن تيمية ، (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ج5 ص: 521 .

(2) – ينظر : معجم المصطلحات القانونية ، ج2 ص: 1110 .

(3) – ينظر :شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. عبد الله سليمان، (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر :1995) ج2 ص: 417 .

(4) – الأحكام العامة للنظام الجزائي ، د.عبد الفتاح مصطفى ، ط1 (جامعة الملك سعود ، الرياض :1995) ص: 483 .

النصوص الشرعية الثابتة التي لا تتغير كالحدود ، و منها مايتغير كالتعازير ، فإن للقاضي في ذلك مجال واسع في تقدير العقوبة كما سنرى في المباحث القادمة .

بخلاف القانون ، فإن الذي يقرر شرعية العقوبة هو القانون ، فهي جزاء يقرره القانون و يوقعه القضاء على المجرم .

و النظر إلى هذه الجهة ، و من هذا المنطلق ليس هو مقصود هذا البحث، إنما الهدف هو النظر إلى المقصد المتوخى من العقاب ، و قد تبين أنهما يشتركان في المطلب ، المتمثل في : أن المقصود هو المحافظة على مصالح الناس ، و لذلك كان النظر إلى المقاصد المشتركة أسهل طريقة للمقارنة .

المطلب الثالث

مفهوم السياسة العقابية

إذا تقرر ما سبق ، فإن كلا الحدين (السياسة و العقوبة) قد اتفقا على المقصد العام ، و هو البحث عن مصالح الناس و درء المفاسد عنهم ، ووفق هذا الأساس يدور المفهوم المركب للسياسة العقابية .

و قد أطلق الفقهاء على السياسة العقابية – كما تقرر في تعريف السياسة اصطلاحا – بالسياسة الجنائية التي تقوم على التوسعة في عمل الولاة و الحكام وفق ما تقتضيه مصالح الناس و لا يتعارض مع النصوص الشرعية ، و كذلك أرادوا بها مسمى العقوبة ، و هو ما يتعلق بعمل القضاء في تنفيذ العقوبات .

فإنزال العقوبات – سواء كانت حدودا أو تعازير – يقتضي معرفة ملابسات الجريمة ، و ظروف الجاني ، وهو يقترب من تسمية : **الأخذ بمبدأ الوقاية و تقويم المجرمين** المقرر عند فقهاء القانون ، أو ما يسمى **بمبدأ التفريد في العقاب** الذي وسع من سلطة القاضي في النظر في العقوبات ، و هذا ما سنراه في المباحث القادمة .

و قد تعلقت السياسة العقابية بعمل الدولة المتمثل في وضع الأهداف التي ترسمها و الأسس التي يقوم عليها العقاب ، و هذا هو المفهوم الخاص عند الفقهاء ، وهي نفس نظرة القانونيين ، فلقد عرفوها على أنها : موقف الدولة إزاء الجريمة[1] و أرادوا أن يبين العبارة الأدق فقالوا أنها : علم التقنين الجنائي[2] .

و الوصول إلى التعريف بالحد و الإلمام بالماهية ، عسير صعب ، لأن السياسة العقابية تنبني أصلا على المقاصد ووضع الأهداف النسبية و الإضافية ، و التي تتسم بالتغير و التحول ، فاعتماد نظام معين على سياسة عامة للعقاب ، يرسم من خلالها الأهداف و المبادئ ، تختلف عن الأهداف و الأسس التي يرسمها نظام آخر ، و من جهة أخرى فإن السياسة العقابية تتأثر بالأسباب و الظروف الإجتماعية[3] ، و هذه الأخيرة لاتستقر على أمر ثابت لاختلاف أحوال الناس فيها.

و لا بد من الإشارة إلى أنه لا يوجد مفهوم خاص للسياسة العقابية في الفقه الإسلامي كما هو مبين عند فقهاء القانون ، فقد أعطوا تصورا عاما لها من خلال بيان المبادئ و الأهداف من العقاب .

فالملاحظ من خلال ما كتبه القانونيون[4] في محاولة إيجاد مفهوم للسياسة العقابية و الإلمام بذلك ، أنهم عرفوها من خلال عناصر معينة ، هي :

- أنها تضع القواعد و المبادئ اللازم السير عليها في تحديد الأفعال المجرمة وترتب العقوبات لها من خلالها تحدد الخصائص .

---

(1) – ينظر : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، د. محمد عوض، د. محمد زكي ،(الدار الجامعية ، بيروت : 1992 ص: 363 ، و ينظر: معجم المصطلحات القانونية ، ص: 927 .

(2) – ينظر : الأحكام العامة للنظام الجزائي ، ص:13 .

(3) – ينظر :السياسة الجنائية المعاصرة و مبادئ الدفاع الإجتماعي من منظور إسلامي ، د. نادره محمود سالم ، (دار النهضة العربية ، القاهرة : 1995) ، ص: 40 .

(4) – ينظر : المرجع السابق نفسه ،ص: 39 ، الأحكام العامة للنظام الجزائي ص: 13 ، المجرم تكوينا و تقويما د . رمسيس بهنام (منشأ المعارف ، الإسكندرية ، ب.ت) ص: 265 .

- تضع أهداف العقاب من خلال اتباع وسيلة الوقاية من الإجـــرام ، و تقـــويم المجرمين .

و ستكون هذه العناصر مباحث هذا الفصل كله ، وقبل الخوض في ذلك ، فإن السياسة العقابية كان لها الأثر الكبير في بيان حق العقاب ، و اعتباره حقـــا مـــن حقوق الدولة ، فكان لزاما أن نبحث على سند هذا الحق في الشريعة الإسلامية و في القانون ، قبل الخوض في بيان المبادئ و الإجراءات العقابية والوقائية و التقويمية.

المبحث الثاني

سند السياسة العقابية

و يتضمن هذا المبحث ، معرفة الفلسفة العقابية التي يقوم عليها العقاب كل من التشريع الإسلامي و القانون .

المطلب الأول

سندها في الشريعة الإسلامية

إن العمل بالسياسة العقابية أمر شهدت له مجموع النصوص الشرعية من الكتاب و السنة ، فتبين للفقهاء أن العمل بها واجب لتشوف الشارع الحكيم لها من خلال أمره بالعدل و القسط .

قال ابن قيم الجوزية :« إن الله أرسل رسله ، و أنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط و هو العدل الذي قامت به السماوات و الأرض ، فإذا ظهرت أمارات الحق وقامت أدلة العقل ، و أسفر صبحه بأي طريق كان ، فثم شرع الله و دينه ورضاه و لا نقول أن السياسة العادلة مخالفة للشريعة الكاملة ، بل هي جزء من أجزائها ، و تسميتها سياسة أمر اصطلاحي»[1].

و لقد اتفق فقهاء الحنفية[2] و فقهاء المالكية[3] و فقهاء الحنابلة[4] على جواز العمل بها بخلاف ماهو مقرر في أصول فقهاء الشافعية ، إستنادا على قول نقل في مشهور المذهب ، إلا أن فروعهم دلت على خلاف ذلك .

---

(1) – إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد (المكتبة العصرية ، بيروت : 1998) ،ج4 ص: 372 .

(2) – ينظر : معين الحكام ، ص: 169 .

(3) – ينظر : تبصرة الحكام ، ج2 ص: 154 .

(4) – ينظر : الطرق الحكمية ، ص: 15 .

فقد نقل السيوطي ، أن الإمام الشافعي قال :« مترلة الإمام من الرعيـــة مترلـــة الولي من اليتيم»[1] .

و من فروع المذهب ما جاء على لسان الصيمري ، و أورده الماوردي ، في أنه إذا رأى المفتي أن من المصلحة أن يفتي لعامي بما فيه تغليظ ، و هو ممـــا لا يعتقـــد ظاهره ، و له في ذلك تأويل ، جاز زجرا له ، و إذا أراد الإمام أن يصل قوما لتعود صلاتهم بمصالح المسلمين كالرسل و المؤلفة ، جاز أن يصلهم من مال الفيء[2].

و ليس هذا موضوع البحث ، فقد نقل الإمام ابن قيم الجوزية ، أدلة من المذهب تدل أن الإمام قد أخذ بالسياسة الشرعية باعتباره لقرائن الأحوال في أكثر من مائة موضع [3].

و إنما الذي يهم أن العمل بالسياسة الشرعية قد تقرر عند الفقهاء الأربع ، لمـــا وجدوه من أدلة قائمة من الكتاب و فعل النبي ﷺ ، و عمل الخلفاء الراشدين من بعده ، و تفصيله فيما يلي :

- المعلوم عند علماء الأصول ، أن أحكام الشارع الحكيم شرعت لمقاصد منها ما أدركناه و منها ما خفي علينا ، رعيا للمصالح و درءا للمفاســـد ، تفـــضلا لا واجبا ، و من هذه الأحكام ما شرع للسياسة و الزجر ، و هي ستة أصناف:

- **الصنف الأول** : شرع لصيانة الوجود ، كالقصاص و الأطراف ، فقال اللهﷻ: ﴿ ولكم في القصاص حيوةٌ يأولي الالباب لعلكم تتقون ﴾[4] ، قال قتادة:«جعل الله تعالى

---

(1) – ينظر : الأشباه و النظائر ، السيوطي (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ص: 121 ، المنثور في القواعد الفقهية الزركشي (وزارة الأوقاف الكويتية ، ب.ت) ص : 309 .

(2) – ينظر : المجموع شرح المهذب (دار المنيرية ، ب.ت) ،ج1 ص: 88 ، و الأحكام السلطانية ، الماوردي (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ص: 164 .

(3) – ينظر : إعلام الموقعين ، ج4 ص: 378 .

(4) – سورة البقرة ، الآية : 179 .

هذا القصاص حياة و نكالا و عظة ، لأهل الجهل ، فكم رجل همَّ بداهية لـــولا مخافة القصاص لوقع فيها»[1].

- **الصنف الثاني** : شرع لحفظ الأنساب ، كحد الزنا ، قال اللهﷻ:﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾[2].

- **الصنف الثالث** : شرع لـــصيانة الأعـــراض ، قـــال اللهﷻ : ﴿ والذين يرمون المحصنت ثم لم يأتوا بأربعة شهدآء فاجلدوهم ثمنين جلدة ﴾[3].

- **الصنف الرابع** : شرع لصيانة الأموال ، فشرع لحفضها حد السرقة ، قال اللهﷻ: ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزآءً بما كسبا نكلا من الله والله عزيز حكيم ﴾[4].

- **الصنف الخامس** : شرع لحفظ العقل ، فشرع لذلك حد الشرب ، و قد ورد في السنة بيان حده[5]، و قد نهى اللهﷻ عنه في قوله تعالى : ﴿ إنما الخمر و الميسر﴾ إلى قوله ﷻ : ﴿ فاجتنبوه ﴾[6]، دلالة على التحريم .

- **الصنف السادس** : و هو ما شرع للردع و الزجر ، و هو في باب التعزيـــر والأخذ فيه بالسياسة واسع ،لأنه مبني على مبدأ الموازنة بين المصالح و المفاسد وقد أعطى العلماء في ذلك مثالا في قوله ﷻ:﴿يأيها الذين ءامنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [7]

---

(1) – ينظر إلى : تبصرة الحكام ، ج2 ص: 139- 140 .

(2) – سورة النور ، الآية : 2 .

(3) – سورة النور الآية :4 .

(4) – سورة المائدة ، الآية : 38 .

(5) – من ذلك ما جاء في سنن الترمذي : عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال : ﴿ إن من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد في الرابعة فاقتلوه ﴾ الجامع الصحيح ، للترمذي ، حققه و صححه : عبد الرحمن محمد عثمان ، ط2 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1983) باب : ما جاء من شرب الخمر ، رقم : 1472 .

(6) – سورة المائدة ، الآية : 90 .

(7) – سورة المائدة ، الآية : 95 .

وقوله ﷻ : ﴿ والذين يظهرون من نسآيهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماآسا ذالكم توعظون به ﴾[1] .

و من السنة : ماثبت أن النبي ﷺ قد عاقب بعقوبة التعزير في الوقائع التي كانت تحدث ، فقد حبس في تهمة و عاقب في أخرى ، و ذلك لما تبين له مايصرف عن العقوبة لما وجد من الأمارات و القرائن على المتهم ، و من بين ذلك :

- ما روي أن رجلا من مزينة أتى النبي ﷺ فقال : يارسول الله كيف ترى في حريسة الجبل فقال : ﴿ **هي و مثلها و النكال و ليس في شيء من الماشية قطع إلا فيما آواه المَرَاح فبلغ ثمن المجنّ**[2] **ففيه قطع اليد و ما لم يبلغ ثمن المجنّ ففيه غرامة مثليه و جلدات نكال** ﴾[3] ، فدل هذا أن رسول الله ﷺ أضعف الغرم على السارق ما لا قطع فيه نكالا و عقوبة .
- عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال:﴿**ضالة الإبل المكتومة غرامتها ومثلها معها** ﴾[4] فأضعف الغرم لضالة الإبل لقرينة الكتم عن صاحبها .
- و قال في تاركي الزكاة :﴿ **في كل إبل سائمة ، في كل أربعين إبنة لبون لا يفرق إبل عن حسابها ، من أعطاها مؤجرا فله أجرها ، و من أبى ، فإنا آخذوها و شطر إبله عزمة من عزمات ربنا لا يحل لآل محمد ﷺ منها شيء** ﴾[5] ، ووجه الدلالة في قوله ، آخذوها و شطر إبله عزمة ، فأضعف الغرم لقرينة المنع .
- و أمر بقتل شارب الخمر بعد الثالثة و الرابعة ، فعن عبد الله بن عمرو أن

---

(1) – سورة المجادلة ،الآية: 3 .

(2) – المجنّ ، بكسر الميم و فتح الجيم : التُرس ، مفعل من معنى الإجتنان ، و هو الإستتار و الإختفاء ، و ما يقارب ذلك ، و كسرت ميمه ، لأنه آلة في الإجتنان ، كأن صاحبه يستتر به عما يحاذره . نقلا من : إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، محمد بن علي تقي الدين (ابن دقيق العيد) (مطبعة السنة المحمدية ، ب .ت) ،ج2 ص : 246 .

(3) – سنن النسائي ، النسائي (دار إحياء التراث العربي ، ب.ت) كتاب : قطع السارق ، رقم : 4873 .

(4) – سنن أبي داود ، أبو داود (المكتبة العصرية ، بيروت : ب.ت) كتاب : اللقطة ، رقم : 1460 .

(5) – سنن النسائي ، كتاب : الزكاة ، رقم : 2401 .

النبي ﷺ قال : ﴿ **من شرب الخمر فاجلدوه ، و من شرب الثانية فاجلدوه ثم من شرب الثالثة فاجلدوه ، ثم من شرب الرابعة فاقتلوه** ﴾[1] و هذا قد تكلم الفقهاء فيه في باب التعزير بالقتل ، فقد استدلوا على أن ذلك تغليظا للجاني الذي تكررت منه الجريمة[2].

- و أمر المرأة التي لعنت ناقتها ، أن تخلي سبيلها ، فعن عمران بن حصين قال: ﴿**بينما رسول الله ﷺ في بعض أسفاره و امرأة من الأنصار على ناقة فضجرت فلعنتها فسمع ذلك رسول الله ﷺ فقال : خذوا ما عليها و دعوها فإنها ملعونة ، قال عمران : فكأني أراها الآن تمشي في الناس ما يعرض لها أحد**﴾[3] .
- و أمر النبي ﷺ بقتل الذي كان يتهم بأم ولده ، فلما تبين له أنه كان خصيا تركه ، فعن أنس﴿ **أن رجلا كان يتهم بأم ولد رسول ﷺ فقال رسول ﷺ لعلي : اذهب فاضرب عنقه ، فأتاه علي فإذا هو في ركيّ (بئر) يتبرد فيها فقال له علي:اخرج فناوله يده ، فأخرجه فإذا هو مجبوب ليس له ذكر فكف علي عنه ثم أتى النبي ﷺ فقال : يارسول الله إنه لمجبوب ماله ذكر**﴾[4] .

فهذه الأدلة كلها فيها دلالة على أن النبي ﷺ قد عمل بالسياسة الشرعية ، لأن العمل بالقرائن و مراعات الأحوال و اعتبارها جزء من السياسة .

و من عمل الخلفاء الراشدين مايلي :

- كتب خالد بن الوليد ﷺ ، إلى أبي بكر ﷺ ، أنه في بعض نواحي العرب رجلا ينكح كما تنكح المرأة ، فاستشار الصديق أصحاب رسول الله ﷺ و فيهم علي بن أبي طالب ﷺ و كان أشدهم قولا ، فقال : إن هذا الذنب لم تعص به أمة من

---

(1) – مسند الإمام أحمد بن حنبل (بيت الأفكار الدولية ، الرياض : 1998) ، مسند المكثرين ، رقم : 7003

(2) – ينظر الفصل الثالث ، ص: 198 وما بعدها .

(3) – صحيح مسلم ، الإمام مسلم (دار إحياء الكتب العربية : 1985) كتاب : البر و الصلة و الآداب رقم :4799

(4) –المصدر نفسه ، كتاب : التوبة ، رقم : 4975 .

الأمم ، إلا واحدة ، فصنع الله ما قد علمتم ، أرى أن يحرقوا بالنار ، فاجتمع رأي أصحاب رسول الله ﷺ على أن يحرقوا بالنار ، فكتب أبو بكر إلى خالد فحرقهم[1] .

– و حلق عمر ﷺ رأس نصر بن حجاج ، و نفاه من المدينة لتشبب النساء به و قد نظر بعض الباحثين إلى هذه القصة على أن فيها نظر ، و لابد لها من تحقيق يتماشى و أصل العقوبة الوقائية التي نفذها عمر ﷺ[2] .

– و ضرب صبيغا بن عسيل التميمي على رأسه لما سأل عما لا يعنيه ، و صادر عماله ، فأخذ شطر أموالهم لما اكتسبوه بجاه العمل ، و اختلط ما يختصمون به بذلك ، فجعل أموالهم بينهم و بين المسلمين شطرين[3].

– و ألزم الصحابة أن يقلوا الحديث عن رسول الله ﷺ ، لما اشتغلوا به عن القرآن سياسة منه .

– و من ذلك تحريق علي ﷺ الزنادقة و الرافضة ، و هو يعلم سنة رسول الله ﷺ في قتل الكافر ، و لكن لما رأى الأمر عظيما ، جعل عقوبتهم من أعظم العقوبات ، لزجر الناس عن مثله ، و لذلك قال :

لما رأيت الأمر أمرا منكرا أججت ناري و دعوت قنبرا[4] .

فهذه الأدلة – سواء كان من القرآن أو السنة أو عمل الخلفاء الراشدين– قد استدل بها العلماء على شرعية السياسة العقابية في الشريعة الإسلامية ، و إن كان فيها ما يدعوا إلى الاعتراض عليها خاصة في قصة عمر بن الخطاب ﷺ مع نصر

---

(1) – ينظر : الطرق الحكمية ، ص: 18 .

(2) – لمزيد من توجيه هذه الرواية ينظر : : العقوبة في الفقه الإسلامي ، احمد فتحي بهنسي ، ط5 (دار الشروق ، بيروت : 1983) ، ص:132 .

(3) – ينظر : الطرق الحكمية ، ص: 18 .

(4) – المصدر نفسه ، و الصفحة نفسها .

ابن الحجاج ، و مسألة القتل بالتحريق ، سيأتي بيان ذلك لاحقا .

و الملاحظ أن السياسة العقابية ، صبغت بصبغة التشديد و التغليظ في عمل الخلفاء الراشدين على الصفة التي صبغت بها الحدود ، و على عذاب الله ﷻ بالنسبة للأمم السابقة ، و لذلك اعتبر بعض العلماء أن السياسة شرع مغلظ لأنها تردع أهل الفساد و يتوصل بها إلى المقاصد الضرورية و الشرعية للعباد[1] .

المطلب الثاني

سندها في القانون

عادة فقهاء القانون عندما يبرهنون على حق الدولة في العقاب ، فإنهم يبرهنون على ذلك من خلال بيان السند التاريخي و السند العقلي للسياسة العقابية حتى يعطوا لها الصفة الشرعية ، و الأمر الذي لا يمكن إنكاره أن القانون قد وصل من خلال جهود بعض فقهاء القانون إلى بعض القضايا ، التي أعطت تفسيرا آخر لمفهوم العقاب ، فأصبح يتضمن مقصدا آخر إلى جانب الردع و الزجر .

و لقد شهد القانون عدة نظم وضعية ، تأثرت بمبدأ عام ، يتمثل في : أنه يخضع إلى ما يطرأ على المجتمع البشري من تحولات أساسية في كل المجالات ، قديما وحديثا .

و علماء القانون يقيمون الصفة الشرعية للسياسة العقابية و فق سندين ، السند التاريخي للنظم الوضعية السابقة ، و السند العقلي من خلال فلسفة المدارس الوضعية المشهورة .

---

[1] – ينظر : معين الحكام ، ص: 169 .

الفرع الأول

السند التاريخي

مما هو مقرر في النظم القانونية ، أن المجتمع القديم عرف نظام المدنية المتكونة من اتحاد مجموعة من العشائر و القبائل ، ثم – من خلال مراحل معينة تاريخية – توصل إلى نظام الدولة .

و ماهو معلوم عند فقهاء القانون ، أن النظام العقابي في فترة البداية ، قد بلغ من القسوة الشديدة ، ما دفع بعض علماء القانـــون الحديث إلى إلغاء فكـــرة العقاب و إحلالها فكرة أخرى كما سببينن في السند العقلي .

فالشرائع الصينية القديمة ، كان السارق يعاقب بقطـــع رجلـــه ، ثم أصـــبح في الإمكان قتله ، و ذلك في مرحلة دفاع الشخص عن ماله أو عرضه أو نفسه[1] .

و ينص قانون مانو الهندي على قتل السارق في السرقة للمرة الثالثة[2] .

و تضمن تشريع حمورابي عقوبات مشددة لجرائم النصب و الإحتيال و الغـــش فكان يطبق حكم الإعدام على من يقبض عليه متلبسا بالسرقة [3].

وكان لهذه العقوبات أغراض عنصرية و دينية و سياسة .

فقد كانت القوانين خلال هذه الفترة ، تمتاز بمعاملة عقابية خاصـــة ، تختلـــف باختلاف الوزن الإجتماعي ، ففرقوا بين إقاع العقوبة على العبيد و على الأحرار.

و نص قانون حمورابي ، على أن الرجل الحر الذي حطم أسنان رجل آخر حـــر يفقد أسنانه ،ولكنه يكتفي بدفع ثلث كيل فضة إذا كانت الضحية أقل رتبة منه[4]

---

(1) – ينظر: فلسفة العقوبات في القانون و الشرع الإسلامي ، د . على محمد جعفر ، ط1 (المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت : 1997) ، ص: 9 .

(2) – ينظر : تاريخ النظم القديمة ، د. دليلة فركوس (أطلس للنشر ، الجزائر : 1993) ص : 32 .

(3) – ينظر : فلسفة العقوبات في القانون و الشرع الإسلامي ، ص: 9 ، و تاريخ النظم القديمة ، ص : 76

(4) – ينظر :فلسفة العقوبات في القانون و الشرع، ص: 10 .

و في قانون مانو الهندي في الضرب ، يعاقب الضارب بعقوبة مالية إذا كان المضروب من طبقة أدنى من الضارب ، أما إذا كان من طبقة أعلى فتقطع يد الضارب[1] .

واتخذت العقوبة خلال هذه الفترة طابعا دينيا، فأصبحت الجريمة عصيانا دينيا على الأفراد قبول الجزاء الذي تقرره السلطة الدينية مهما بلغت قسوتها .

فالمصريون يعتقدون ، بأن الآلهة التي كانوا يعبدونها هي التي وضعت جميع القوانين[2] .

و عند العبرانيين ، كان القاضي يمثل الآلهة ، لأن القانون في نظرهم ، وحي من الإله ، يتولاه الكهنة[3] .

وكان الغرض من ذلك ، هو المحافظة على النظام الإجتماعي و عدم الإخلال بأمنه و استقراره ، و من ذلك ظهرت فكرة المحافظة على هيبة السلطة القائمة و احترام القوانين التي تشرعها .

ففي روما القديمة ، كان أساس العقاب هو القصاص و المحافظة على النظام الإجتماعي ، و ظهر إلى جانب نظام القصاص ، نظام الدية ، و بدأ يتقلص الطابع الديني ، و يتقوى تدريجيا الطابع السياسي ، فنادى بعض فقهاء الرومان بأن يكون للعقوبة – إلى جانب الردع كوظيفة أساسية – وظيفة أخرى ، و هي تقويم الجاني و إصلاحه[4] .

و القانون الروماني – في بداية ولادته – ميز بين الجرائم العامة و الجرائم الخاصة الجرائم العامة هي التي فيها اعتداء على الديانة و الإخلال بنظام الدولة

---

(1) – ينظر : المرجع نفسه ، و الصفحة نفسها .

(2) – ينظر : المرجع نفسه ، ص: 11-12 .

(3) – ينظر : المرجع نفسه ، و الصفحة نفسها .

(4) – ينظر : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، د. عوض محمد و د. محمد زكي أبو عامر (الدار الجامعية ، بيروت : 1992) ، ص: 388 .

والجماعة ، كجرائم القتل العمدي و الحريق ، فهذه بقيت من اختصاص أجهـــزة الدولة ، و الجرائم الخاصة ، التي كانت أقل أهمية منها ، و يحق للمعتـــدي عليـــه ملاحقة المعتدي و الإقتصاص منه[1] . و هذه المرحلة الأخيرة تعتبر منطلقا أساسيا لمفكري السياسة العقابية الحديثة .

الفرع الثاني

السند العقلي

إن السياسة العقابية في الفكر الحديث ، هي ثمار تلك المدارس الفكرية المشهورة في الفكرالوضعي ، و التي أقامت فكرها على نهايات الفكر القديم .

و أشهر هذه المدارس :

- **أولاً : المدرسة التقليدية الأولى (القديمة) :**

هناك ظروف موضوعية ساعدت على ظهور هذه المدرسة من بينها :

الظروف السياسية : فقد أخذت الأنظمة الإقطاعية تتداعى أمام زحف الأنظمة الجديدة ، و الظروف الإقتصادية : و المتمثلة في التحول من اقتـــصاد زراعـــي إلى إقتصاد صناعي ، و الظروف الإجتماعية المتمثلة في : بروز الأفكار المشبعة بـــروح الحرية والمساواة وميلاد فكرة العقد الإجتماعي .

كل هذه الظروف ، صنعت جوًّا مناسبا لنضج بعض الأفكار التي كـــان لهـــا الأثر الواضح في القوانين[2] .

و أشهر فلاسفة هذه المدرسة : بيكاريا ، فويرباخ وسميث . و سميـــت هـــذه المدرسة بالمدرسة الكلاسكية .

فقد انطلق بيكاريا من الأساس الفلسفي للسلطة في الجماعة ، و هو أســـاس

---

(1) ــ ينظر : فلسفة العقوبات في القانون و الشرع الإسلامي ، ص: 13 .

(2) ــ ينظر : شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. عبد الله سليمان ، ج2 ص: 29 .

سلطة الدولة في العقاب ، و قد تأثر بفكرة العقد الاجتماعي ، فأفراد المجتمع قد تعاقدوا على العيش في سلام و ولاء لسلطة موحدة ، و بالتالي فإن الجريمة تعتبر خرقا لهذا العقد ، و يعطي حق اللجوء إلى العقاب[1] .

و أعطى بيكاريا مفهوما اجتماعيا ، فلا يقصد من العقاب الإيلام و التعذيب و إنما القصد منها منع المجرم من العودة إلى الجريمة ، و ردع الآخرين من اقترابها[2]. بمعنى أن فائدة العقاب لا علاقة لها بالجريمة ، و إنما في نفعه في منع وقوع الجريمة مستقبلا .

و قد نادى بمبدأ التناسب بين الجريمة و العقوبة ، بناءً على حملته الشديدة لقسوة العقوبات ، التي كانت تأخذ بها الدول الأوربية قبل ذلك ، فنادى بإلغاء كل صور التعذيب التي كانت تصاحب التنفيذ لعقوبة الإعدام[3] .

و انطلق العالم بنتام من تقريرات بيكاريا ، و زاد على ذلك فكرة **نفعية العقوبة** استنادا إلى أن العقوبة لا تحقق نفعا للجماعة ، إلا إذا اتسمت بالقسوة التي تكفي لإقناع الشخص بأنه إذا أقدم على ارتكاب الجريمة فسيخضع لعقوبة تفوق بأذاها المنفعة التي يتحصلها من الجريمة ، بناء على رجحان إيلام العقوبة على الفائدة المتوقعة من الجريمة[4] .

و مهمة التشريع عنده لا ينبغي أن تتعلق بتحقيق المعاني المجردة ، كالعدل، إنما في كفالة الحد الأقصى من الحرية للمواطن ، كي يحقق أكبر قدر ممكن من اللذة الحسية و المعنوية ، كالسمعة الحسنة ، بغض النظر عن العدالة و الأخلاق[5].

---

(1) – ينظر : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، ص: 392 .

(2) – ينظر : شرح قانون العقوبات الجزائري ، ص: 30 .

(3) – ينظر إ : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، ص: 392 . و شرح قانون العقوبات الجزائري ، ص: 30 .

(4) – ينظر : الأحكام العامة للنظام الجزائي ، ص: 29 .

(5) – ينظر : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، ص: 394 – 395 .

موضوعية لا سلطة للقاضي في تطبيقها ، و بهذا تجاهلت مبدأ العدالة و هي التي لا تحقق إلا بمراعاة الظروف و الأحوال التي أحاطت بالجريمة و المجرم .

- تركيزها على أن وظيفة الجزاء ، يرتبط بوظيفة الردع دون النظر إلى طبيعة الجزاء ، على أنه شر لا بد منه ، فينبغي أن يكون علاج المجرم و تقويمه ، من بين الوظائف التي يستهدفها الجزاء[1] .

- ثانياً : المدرسة التقليدية الحديثة :

تعرضت المدرسة التقليدية الأولى ، إلى النقد و التجريح ، لاعتمادها على التجريد و الموضوعية ، و ذلك باعتبارها الجريمة كائن قانوني مجرد له طبيعة ثابتة و مستقلة و أغفلت الظروف و الأحوال التي تعترض المجرم ، فاصطدمت لذلك بمبادئ العدالة[2] .

و تحت أنقاض هذا النقد ، نشأت المدرسة التقليدية الحديثة ، و تقوم فلسفتها على **العدالة كأساس لمشروعية العقاب** ، و كان هذا استلهاما من الفلسفة المثالية الألمانية (كانت)[3] .

و هذه المدرسة لم تهمل ما تقرر في المدرسة السابقة في اعتبار نفعية العقوبة،فقد أقاموا مدرستهم على أساس الجمع بين فكرة العدالة و فكرة المنفعة الإجتماعية فالعدالة مصدر سلطة المجتمع في العقاب ، في حين أن المنفعة هي الضابط الذي يرسم الحدود التي تستعمل في نطاقها تلك السلطة[4] .

و تنتهي هذه المدرسة إلى نتيجتين :

- وجوب الإعتراف بالمسؤولية الجنائية المخففة ، و مراعاة الحالة الخاصة لكل مجرم على حدى ، في ضوء سلامة إرادته و كمال إدراكه و تمييزه ، و ما أحاط

---

(1) – ينظر : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، ص: 396 . و الأحكام العامة للنظام الجزائي ، ص: 30 .

(2) – ينظر :شرح قانون العقوبات الجزائري ، ص : 33 .

(3) – ينظر :المصدر نفسه ، و الصفحة نفسها .

(4) – ينظر : الأحكام العامة للنظام الجزائي ، ص: 31 . و شرح قانون العقوبات الجزائري ، ص: 34 .

بسلوكه الإجرامي أو عاصره أو لحق به من ظروف و ملابسات ، و استبعاد العقوبات القاسية[1] .

– ثالثاً : المدرسة الوضعية :

تعرضت المدرسة السابقة للإنتقادات منها :

– عدم فاعلية الفكرة التي نادت بها ، و ذلك من خلال زيادة نسبة العود للإجرام.

– إهتمام المدرسة بعدالة العقوبة ، جعل مهمة القاضي ، تتجلى في البحث عن مقدار الجزاء الذي يستحقه الجاني لا الجزاء الذي يصلحه[2] .

و في خضم هذه الإنتقادات برزت المدرسة الوضعية ، و التي كانت تعتمد على المنهج التجريبي ، و أقامت نظريتها على الفلسفة التالية :

– يقوم أساس المسؤولية الجنائية على أن الإنسان مسير لا مخير ، أي لا يقوم على حرية الجاني في اختيار الجريمة ، و إنما يقوم على **خطورة الجاني الإجرامية** واحتمال عودته للإجرام مرة أخرى[3] .

– ليست الجريمة هي الظاهرة التي تستوعب العقاب عليها ، فهذه و قعت و لا يمكن إزالتها و إنما الشخص الذي ارتكبها ، هو الذي يستوجب الإهتمام والعناية.

– المناداة بما يسمى التشبع الإجرامي ، و مفاده أنه إذا وجدت عوامل عضوية نفسية و شخصية معينة ، و أضيفت إليها عوامل خارجية مادية معينة ، و أخرى اجتماعية ، فلا بد من وقوع عدد معين من الجرائم في الوسط الإجتماعي[4] .

---

(1) – ينظر : المصادر السابقة نفسها .

(2) – ينظر : شرح قانون العقوبات الجزائري ، ص: 35 .

(3) – ينظر : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، ص: 405 .

(4) – ينظر : الأحكام العامة للنظام الجزائي ، ص: 33 .

- إحلال مكان العقوبة ، **التدابير الوقائية** ، تحمي المجتمع مستقبلا من خطـــورة الجاني .

- إستبعاد المسؤولية الأخلاقية ، و إحلال مكانها المسؤولية القانونية ، لاعتبارها أن المجرم مسير لا مخير ، مما أدى إلى استبعاد فكرة الردع العام ، رغـــم أهميتـــه في مكافحة الجريمة[1] .

- إستبعاد فكرة العدالة و المنفعة ، و أقاموا مبدأ السياسة العقابية على فكـــرة **الدفاع الإجتماعي ضد الجريمة** ، و ذلك بوسيلة التدابير الوقائية كـــالعفو، ووقـــف التنفيذ ، و الإفراج تحت شرط الإيداع في مكان خاص لمدة معينة غير محددة[2] .

و قد تعرضت هذه المدرسة إلى عدة إنتقادات ، نظرا لأنها بنت فكرتها على أساس الاحتمال القائم على اعتبار الخطورة الإجرامية ، فيخضع الشخص لجزاء جنـــائي عن جريمة لم تقع بعد .

- و أن فكرتها تقوم على فلسفة مثارة للجدل ، و هي قضية :هل الإنسان مخير أم مسير؟

- و كذلك استبعادها للمسؤولية الأخلاقية .

- رابعاً : حركة الدفاع الإجتماعي :

ظهرت هذه الحركة في النصف الأول من القرن العشرين ، و قد تعدد منظّريها إلا أن المشهور فيهم و أكبرهم العالم جراماتيكا و مارك أنسل .

نظرية جراماتيكا : قد رفض هذا العالم كل مسلمات المدرستين السابقتين وأحل كل ما هو اجتماعي محل كل ماهو جنائي ، و غير المصطلحات ، فغير مـــصطلح الجريمة بمصطلح الفعل اللاّاجتماعي ، و قانون الدفاع الإجتماعي بدلا من القانون

---

(1) – ينظر : الأحكام العامة للنظام الجزائي ، ص : 37 .

(2) – ينظر : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، ص: 406 .

الجنائي ، و الفرد الإجتماعي بدلا من المجرم ، و المسؤولية الإجتماعية بدلا من المسؤولية الجنائية ، و تدابير الأمن الإجتماعي بدلا من العقوبة[1] .

فهو يرى ضرورة تعديل القوانين الجنائية و العقابية ، بشكل يستبعد تحمل الإنسان المسؤولية على أساس الفعل الإجرامي أو نتائجه[2] .

و تقوم نظريته على :

- أن الدولة تتحمل عبء استبعاد أسباب انحراف الفرد اجتماعيا ، و تأهيله للحياة الإجتماعية ، دون اللجوء إلى العقاب ، و يجب عليها أن تساعد على التخلص من القلق ، و الضيق ، و أن تساعدهم على التكيف الإجتماعي السوي و الفعال[3] .

- استخدام التدابير الوقائية و التعليمية و العلاجية ، و أن يقوم الإصلاح على أساس دراسة كل منحرف على حدة و دراسة ظروفه[4] .

- أساس المسؤولية الجنائية ، يستند إلى فكرة **الإنحراف الإجتماعي** ، لا الخطأ كما قالت المدرسة التقليدية و لا الخطورة الإجرامية كما قالت المدرسة الوضعية[5].

و لم تسلم هذه النظرية من النقد ، فقد قامت على أساس مفترض ، على أن السلطة تتعارض دائما مع مصلحة الفرد ، و هذا لا يصدق على الأنظمة كلها .

كذلك إلغائها للنظام العقابي ، الذي قد يعرض ذهابه ، مصالح الناس إلى الخطر و هذا يناهض فكرة مبدأ شرعية العقوبة[6] .

---

(1) – ينظر : الأحكام العامة للنظام الجزائي ، ص: 39 .

(2) – ينظر : علم اجتماع العقاب ، د. نبيل السمالوطي ، ط1 (دار الشروق ، جدة :1983)، ج1 ص: 70 .

(3) – ينظر : المرجع نفسه ، ص: 71 .

(4) – ينظر : المرجع نفسه ، ص: 72 .

(5) – ينظر : شرح قانون العقوبات الجزائري ، ص: 41 .

(6) – ينظر : الأحكام العامة للنظام الجزائي ، ص: 40 .

و قد انطلقت من فكرة التصور المبني على التجريد و التعميم ، عندما ألغى نظام العقوبات ، و أحل محلها الإصلاح الإجتماعي و التأهيل الثقافي و اعتباره حقا للمنحرف ، فقد تكون العقوبات في ذاتها و سيلة للإصلاح[1] .

نظرية مارك أنسل : و تقوم نظريته على مايلي :

- التأكيد على المعنى الفردي للمسؤولية ، فهو يرى أن حرية الإرادة أساس المسؤولية الجنائية ، و اعتبار الجزاء على قدر الخطأ[2] .

- ضرورة التخلص من الصياغات القانونية الجامدة ، و ذلك بعدم الإقتصار على المناهج القانونية أو الصياغات النصية فقط ، بل يجب الإستعانة بالعلوم الإجتماعية و النفسية[3] .

- يرى أن الدفاع الإجتماعي لا يستهدف العقاب على الضرر الناجم عن الجريمة بل يستهدف أولا حماية المجتمع ، و ذلك من خلال تفهم عوامل الجريمة و الظروف التي وقعت فيها ، و احتمالات إصلاح الجاني[4] .

- فحص الجاني علميًّا ، و ذلك بأن يطلب القاضي تقريرا عن شخصية الجاني من مختلف الجوانب البيولوجية و النفسية و الإجتماعية ، مع تزايد الأخذ بالتدابير الإحترازية ، لمنع العودة للإجرام[5] .

و نقدت هذه النظرية من جهة : أنها تأثرت بالمذهب البرجوازي الفردي في مجال العلوم الإجتماعية ، عندما أعطى قيمة للفرد ، فجعله منطلق البحث وهدفه.

و أفقدت لقانون العقوبات الخاصية القانونية لاعتمادها على فكرة الدفاع

---

(1) – ينظر : علم اجتماع العقاب ، ص : 82 .

(2) – ينظر :شرح قانون العقوبات الجزائري ، ص : 41 .

(3) – ينظر : علم اجتماع العقاب ، ص: 75 .

(4) – ينظر : المرجع نفسه ، و الصفحة نفسها .

(5) – ينظر : المرجع نفسه ، و الصفحة نفسها .

الإجتماعي ومنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة ، بفرضه على القاضي تحديد التدابير الملائمة قدرا و نوعا ، مما يؤثر على حرية الأفراد التي دافع عنها بشكل واضح[5].

المطلب الثالث

المبادئ المشتركة بين الشريعة الإسلامية و نظرية الدفاع الإجتماعي

إن هذه النظرية الأخيرة ، تعد من أخصب النظريات السابقة ، و رغم الإعتراضات التي وجهت إليها ، إلا أنها أقرت بعض المبادئ التي غيرت من هدف العقوبة ، فأصبح المراد منها ليس الردع وحده فقط، و إنما كذلك البحث على وسائل تختلف عن معنى الإيلام و التعذيب ، كالوقاية و العلاج و التقويم ، وهي عبارات تحمل معنى الإصلاح و إستصلاح حال المجرم ، أو بعبارة أخرى التأهيل الإجتماعي .

و هذه المعاني هي التي يراد البحث عنها في التشريع الجنائي الإسلامي .

ما لاحظه بعض فقهاء العصر الحديث[1] ، و المهتمين بمجال المقارنة بين التشريع الإسلامي و القانون ، أن هذه المدرسة تتماشى و مبادئ التشريع الإسلامي لكن في مجال معين والذي يُسمَّى في المعنى الفقهي بالتعازير .

لأن المقصود من التعازير ، هو الإهتمام بشخص الجاني ، و المقصود منه ليس التلف كما في بعض الحدود ، كحد الرجم ، و إنما المقصود منه الإستصلاح وسيأتي التفصيل في ذلك في المباحث القادمة .

و لقد عرف الفقهاء مبدأ تفريد العقاب ، و الذي يجعل العقاب متلائما مع

---

(1) – ينظر : المرجع نفسه ، ص: 82 .

(2) – ينظر : موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي ، د. بهنسي ، ط2 (دار الشروق ، بيروت :1984) ص : 143 .

حالة كل مجرم و ظروفه الخاصة ، في باب التعزير .

بقي توضيح شيئاً آخر، هو أن هذه النظرية – على رأي بعض فقهاء المعاصرين[1] لا تسري على العقوبات المقدرة ، و خاصة التي تعلق بها حق الله ﷻ خالصا وهو المسمى بالحدود ، فإذا ارتكب الشخص جريمة السرقة أو الزنا أو القذف فإنه لا يراعى فيه حالة الجاني ، و لا يعطي لظروفه مسوغا لإسقاط العقوبة ، و هذا كمبدأ عام ، لأنه سيتبين من خلال المباحث اللاحقة أن الشارع الحكيم قد راع عند إقامة الحدود مبدأ الإحسان من خلال مراعاة حالة الجاني من مرض أو حمل ، وسيتبين أن الفقهاء قد رجحوا مصلحة المحافظة على الأطراف في حالة وجود الشبهة .

فقد دلت الفروع الفقهية على أن الفقهاء نظروا إلى الحدود وفق نظريتين :

- **نظرية تنبني على مراعاة النفس البشرية من الهلاك باعتبارها نفس محترمة.**
- **نظرية تنبني على مراعاة الصالح العام باعتبار أن حق الله ﷻ هو المعتبر و الغالب في الحدود .**

وهذا الاستدلال قد يتضح من خلال بيان مبادئ السياسة العقابية التي تقوم عليها عقوبات الحدود ، و هي موضوع المبحث القادم ، و سيتضح في الفصل الثالث بشيء من التفصيل .

---

[2] – ينظر : المرجع السابق نفسه ، ص: 143 .

المبحث الثالث

مبادئ السياسة العقابية

يمكن من خلال ما تقرر في سند السياسة العقابية لكل من التشريع الإسلامي و التشريع الوضعي، أن يستخلص المبادئ الكبرى التي يقوم عليها العقاب في كلا من التشريعين .

و الملاحظ – خاصة من جانب الفلسفة العقابية التي يقوم عليها التشريع الوضعي – أن هناك تركيز هام على بعض المبادئ مثل مبدأ شرعية العقاب و مبدأ تفريد العقاب ، و إن كان التشريع الإسلامي لم يصغها الصياغة المعروفة عند فقهاء القانون ، إلا أنه من خلال النصوص الشرعية و من خلال اجتهادات الفقهاء على ضوء هذه النصوص ، تبين أن الفقهاء أشاروا إلى هذه المبادئ و كأنها أصول عامة يقوم عليها العقاب، لم تثر جدلا بينهم على غرار ما وقع بين فقهاء القانون خاصة و أنهم قد أبدعوا في بعضها تحت قاعدة عامة: الحدود تدرأ بالشبهات .

المطلب الأول

مبدأ شرعية العقوبة

هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تقوم عليه السياسة العقابية ، و هو من بين النتائج التي توصلت اكتسبتها الجهود البشرية في ميدان العقاب ، خاصة في تقليص سلطان القاضي في تقدير العقوبات ،كما تقرر في السند العقلي للسياسة العقابية عند فقهاء القانون و المقصود من هذه القاعدة – بوجه عام – أن لا جريمة و لا

عقوبة بغير نـــص شرعي ، و أن العقاب محظور على صور السلوك التي لم يـــرد فيها نص بتحريمها[1].

و تقرير هذا المبدأ في التشريع الجنائي الإسلامي ، لم يكن عن طريـــق الـــنص الصريح ، الواضح الدلالة من الكتاب و السنة ، و إنما كان من طريق الاعتماد على مجموع نصوص شرعية ، و استنتاجا من قواعد أصولية .

الفرع الأول

الأحكام التي تنص على الجريمة وعلى العقوبة

يقسم علماء الأصول الأحكام الشرعية إلى قسمين : أحكام تكليفية ، و أحكام وضعية .

و **الحكم التكليفي** هو: ما اقتضى طلب فعل أو الكف عنه ، أو التخـــيير بـــين الفعل و الكف عنه ، و سمي بذلك ، لأن فيه إلزام المكلف إتيان الفعل .

أما **الحكم الوضعي** فهو: ما اقتضى جعل شيء سبب الشيء ، أو شـــرطا لـــه أو مانعا.

و الحكم التكليفي إنما هو متوجه إلى المكلف ، و لا يسمى الإنسان مكلفا إلا بتوفر شروط عامة هي :

– القدرة على فهم دليل الخطاب[2] ، أي باســـتطاعته أن يفهـــم النـــصوص الشرعية فيخرج من ذلك كل عاجز عن الفهم ، كالمجنون ، و الجـــاهل بالحكم الذي لم يبلغه الخطاب .

---

[1] – ينظر : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، د. محمد سليم العوا ، ط2 (دار المعارف ، القاهرة : 1983) ص:59 .

[2] – ينظر : البحر المحيط ، الزركشي (دار الكتبي ، ب.ت) ج2 ص: 57 .

– أن يكون ذا أهلية لاستقبال هذا الخطاب ، بحيث يستطيع تحمل تبعـــاته بأن يكون أهلا للمسؤولية ، و أهلا للعقوبة .

و أما الحكم الوضعي ، فقد وضع لربط الأسباب بالمسببات ، ووضع الـــشروط للمشروطات ، ووضع الموانع .

فقوله ﷻ: ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾[1]، قد اقتضى هذا الحكم جعل السرقة سببا في قطع يد السارق .

و قوله ﷺ :﴿ **لا قطع إلا في ربع دينار** ﴾[2] ،اقتضى هذا الحكم أن يشترط لقطع يد السارق ، أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فأكثر .

و قوله ﷺ : ﴿ **لا قطع في ثمر معلق** ﴾[3] ، فهذا يقتضي أن أمر تعليق الثمر أي عدم حصد الحاصدات و الثمار ، مانعا من تطبيق الحكم الذي هو القطع.

و الذي يهم في هذا الأمر – بعد هذا التعريف العام للحكمين – هو وظيفة كل من الحكم التكليفي و الحكم الوضعي .

قبل بيان ذلك ، فإن النصوص الشرعية ، قد تشتمل في آن واحد على حكـــم تكليفي و حكم وضعي ، مثل آية السرقة ، قد اشتملت على حكم تكليفي الذي هو طلب الكف عن السرقة ، و على حكم وضعي و الذي يتمثل في وضع عقوبة السرقة التي هي القطع[4] .

فإذا تبين ذلك ، فإن وظيفة الأحكام التكليفية هي التنصيص على الجريمة وذلك بالنسبة للأحكام التي جاءت على وجه الطلب اللازم فعله أو الكف اللازم تركه ،

---

(1) – سورة المائدة ، الآية : 38 .

(2) – الموطأ ، رواية يحي بن يحي الليثي ، كتاب الحدود ، ط6 (دا رالنفائس ، بيروت :1982) ، رقم :1529 .

(3) – الموطأ ، كتاب الحدود ، رقم : 1515 .

(4) – لمعرفة الفرق بينهما ، ينظر : البحر المحيط ج1 ص: 172 . و شرح الكوكب المنير ، أبو البقاء الفتوحي (مطبعة السنة المحمدية ، ب.ت) ، ص: 654 .

أما الأحكام التي جاءت على سبيل التخيير فلا يعاقب على تركها أو إتيانهـــا و لا يعتبر تركها جريمة على الرأي الراجح[1] .

أما التنصيص على العقوبة ، فهي وظيفة الحكم الوضعي ، فإنه يبين العقوبات في معرفة أسبابها و شروطها و موانعها .

الفرع الثاني
مبنى الأحكام الشرعية التكليفية و الوضعية

تبين لعلماء الأصول ، أن الأحكام الشرعية – سواء كانت تكليفية أو وضـــعية وبعد استقراء النصوص الشرعية في ذلك – أن الثواب و العقاب مبني على قاعدة أن : **لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع** ، و معناها : أن موجب الحكم لا يكون إلا بعد البيان و السمع ، و العقاب لا يكون حقا ، و لا يستحقه صاحبه إلا بعد سماع خطاب الله ﷻ ، و ذلك بواسطة الرسالة ، ثم جاء بعدها العصيان[2].

أو بمعنى آخر ، أن أفعال المكلف لا توصف بالجرم ، و لا يقع عليها العقاب إلا بعد التنصيص عليها بـــواسطة النصـــوص الشرعية ، أو أن كـــون الفعل يثـــاب عليه أو يعاقب عليه ، لا يعلم إلا بالشرع ، و هذا عند جمهور علمـــاء الأصـــول والفقهاء[3] .

و تبين كذلك ، أن الأحكام الشرعية بنيت على قاعدة : **لا يكلف شـــرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف و كان أهلا لما كلف به** ، و لا يكلـــف

---

[1] – المسألة أصولية جرى فيها الخلاف ، بيانه : هل المباح واجب فيكون تركه معاقب عليه ؟ و لتفصيل المسألة ينظر: البحرالمحيط ج1 ص: 365 ، الفصول في الأصول ، للجصاص (وزارة الأوقاف الكويتية ، ب.ت) ج2 ص: 165 ، الفروق ، للقرافي (عالم الكتب ، بيروت ، ب.ت) ، ج3 ص: 131 .

[2] – ينظر إلى : البحر المحيط ، ج1 ص: 179 .

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

شرعا إلا بالأفعال التي تدخل تحت قدرة المكلف ، و هذه القواعد تضع الشروط اللازم توفرها في المكلف .

و مصدر هذه القواعد ، استقراء النصوص الشرعية التالية :

- قوله ﷻ :﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾[1].
- قوله ﷻ : ﴿ وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم ءايتنا ﴾ [2].
- قوله ﷻ : ﴿ ليلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾[3] .
- قوله ﷻ : ﴿لا يكلف الله نفسا الا وسعها ﴾[4].
- قوله ﷻ : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ [5].

ومن هذه الأدلة ، تبين للفقهاء ، أن استحقاق العقاب متوقف على سبق العلم به فلا تكليف إلا بعد وصول الخطاب الشرعي ، و منها استخرجت قاعدة : **لاجريمة و لا عقوبة بغير نص** و إن النظام العقابي في التشريع الإسلامي ، قد تقرر كله بنصوص خاصة .

الفرع الثالث

تطبيق القواعد السابقة على العقوبات

أولا : جرائم الحدود : طبقت القاعدة الشرعية في الحدود ، تطبيقا نصيا وحرفيا لا يحتاج إلى تأويل و خصص لكل حد عقوبة ، لايجوز الزيادة فيها و لا النقصان و لا يجوز فيها العفو و الإسقاط .

---

(1) – سورة الإسراء ، الآية : 15 .

(2) – سورة القصص ، الآية : 59 .

(3) - سورة النساء ، الآية : 165 .

(4) – سورة البقرة ، الآية : 286 .

(5) – سورة الأنفال ، الآية : 38 .

– فجريمة الزنا يعاقب عليها بالجلد ، كعقوبة أصلية ، و التغريب كعقوبة تبعية و هذا في حالة عدم الإحصان ، فإن كان الفاعل محصنا كانت عقوبته الرجم .

قال الله ﷻ : ﴿ الزانية والزا فاجلدوا كل وحد منهما مائة جلدة ﴾ [1].

ويقول الرسول ﷺ : ﴿ **خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلدة مائة ونفي سنة ، و الثيب بالثيب جلد مائة و رجم** ﴾ [2] .

– و جريمة القذف ، تكون في حالة عدم ثبوت الزنا ، فيعاقب جانيها بعقوبة أصلية و هي الجلد ، و بعقوبة تبعية و هي الحرمان من أداء الشهادة ، قال الله ﷻ: ﴿ والذين يرمون المحصنت ثم لم يأتوا بأربعة شهدآء فاجلدوهم ثمنين جلدة ولا تقبلوا لهم شهدة ابدا ﴾ [3].

– و جريمة الشرب ، عقوبتها الضرب ، لقوله ﷺ : ﴿ **فاجلدوه** ﴾[4] ، و لم يؤثرعنه ﷺ تحديد مقدار الضرب ، قد روي أنه ضرب أربعين ، و في عهد عمر ﷺ أنه ضرب شارب الخمر ثمانين جلدة ، قياسا على القاذف ، لأن الشارب إذا سكر هذى ، و إذا هذى افترى ، و هذا كان باعتبار أن السنة و عمل الصحابة مصدر من مصادر التشريع الإسلامي .

– و جريمة السرقة ، عقوبتها القطع ، لقوله ﷻ : ﴿و السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزآء بما كسبا ﴾[5].

– و جريمة الحرابة عقوبتها النفي و القطع و القتل و الصلب و في ذلك تفصيل في تحديد نوع العقوبة على جنس الفعل مفصل في كتب الفقه و قد تقرر ذلك في

---

(1) – سورة النور ، الآية : 2 .

(2) – صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، رقم : 3199 .

(3) – سورة النور ، الآية : 4 .

(4) – ينظر : مطلب سند السياسة العقابية في الشريعة الإسلامية ، ص: 26.

(5) - المائدة ، الآية : 38 .

مبدأ التغليظ .

– و هناك جريمة أخرى ، تعرض المصلحة العامة للخطر ، و هي جريمة الردة لما فيها من مفاسد عظيمة ، تعود على الناس بأكملهم بالفساد ، أو بتعبير قانوني ، يؤثر على النظام العام ، يقول النبي ﷺ ﴿ **لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث :النفس بالنفس ، و الثيب بالثيب ، و المارقمن الدين التارك للجماعة** ﴾[1].

–جريمة البغي ، وهي الخروج عن الحاكم مما يؤدي إلى فتنة القتل ، و يعرض الأمة إلى الهلاك و السقوط[2] ، قال النبي ﷺ :﴿ **من أتاكم و أمركم جميع على رجل واحد ، يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم ، فاقتلوه** ﴾[3].

فهذه الحدود ، لا دخل لقاضي الزيادة فيها ، و لا النصان عليها ، و لااعتبار لظروف الجريمة و المجرم أصلا ، و لايحق فيها العفو ، و لهذا سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقا لله سبحانه و تعالى، أو مافيها مصلحة للعامة و الجرائم التي تمس المصالح العامة ، لا يراعى فيها ظروف المجرم .

ثانيا :جرائم القصاص :

و جرائم القصاص هي القتل العمد ، الذي توفر فيه قصد العدوان ، و إتلاف الأطراف عمدا ، و الجرح العمد .

– ففي جريمة القتل العمد،يقول الله ﷻ :﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾[4]

---

(1) – صحيح البخاري ، كتاب الديات ، رقم : 6484 .

(2) – عرفها القرافي بقوله : هم الذين يخرجون على الإمام يبغون خلعه ، أو منع الدخول في طاعته ، أو تبغي منع حق واجب بتأويل . ينظر : الفروق ، للقرافي ،ج4 ص: 172 .

(3) – ينظر : صحيح مسلم ، كتاب : الإمارة ، رقم : 3443 .

(4) – سورة الانعام ، الآية : 151 .

و قال أيضا : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾[1].

و يقول النبي ﷺ : ﴿ **ومن قتل له قتيل ، فهو بخير النظرين إما أن يفدي وإما أن يقيد** ﴾[2] .

- و جريمة إتلاف الأطراف عمدا و الجرح عمدا ، قال ﷻ : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾[3]، و قال أيضا : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ [4] .

ثالثا : جرائم الدية :

و تكون في جريمة قتل الشبه لمن قال به ، و قتل و قطع الأطراف و الجرح عن طريق الخطأ .

ففي جريمة قتل شبه العمد ، قوله ﷺ : ﴿ **ألا و إن قتيل الخطأ شبه العمد بالسوط و العصا و الحجر ، مائة من الإبل** ﴾[5]، فهذا نص على تحريم شبه العمد و فيه تشريع لعقوبته .

و في جريمة قتل الخطأ ، يقول الله ﷻ : ﴿ وما كان لمومن ان يقتل مومنا الا خطأ ومن قتل مومنا خطأ فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى أهله ، إلآ أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مومنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما ﴾[6].

---

(1) – سورة المائدة ، الآية : 45 .

(2) – صحيح البخاري ، كتاب اللقطة ، رقم : 2302 .

(3) – سورة البقرة ، الاية : 194 .

(4) – سورة النحل ، الآية : 126 .

(5) –سنن النسائي (دار البشائر الإسلامية : 1986) ، كتاب القسامة ، رقم : 4711 .

(6) – النساء الآية : 92 .

ويقول الرسول ﷺ : ﴿ **و في دية الخطأ عشرون حقة ، و عشرون جذعة وعشرون بنت مخاض ، و عشرون بنت لبون ، و عشرون بني مخاض ذُكُر** ﴾[1].

و في جريمة قطع الأطراف و الجراح خطأً ، فقد حدد النبي ﷺ العقوبة ، فقال ﴿**في الأنف إذا أوعب جدعه (قطعه كاملا) الدية** ﴾ ، و قال : ﴿ **في اللسان الدية** ﴾ وقال أيضا:﴿ **في الصُلب الدية** ﴾ ، و قال : ﴿ **في اليدين الدية** ﴾ ، و قال : ﴿ **في الرجل الواحدة الدية** ﴾ ، و قال أيضا : ﴿ **في الشفتين الدية ، و في البيضتين الدية ، ...وفي العين خمسون من الإبل** ﴾ ، وقال:﴿ **في السن خمس من الإبل** ﴾[2].

و أوجب ﷺ في إذهاب المعاني كالسمع و البصر و العقل الدية ، و أما الجوارح فقد جعل لإرش الموضحة خمسا من الإبل[3] ، و إرش الهاشمة عشرا من الإبل[4].

و في الآمة و الدامغة ثلث الدية ، و جعل كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية[5] .

و الموضحة : هي ما تكشف العظم ، والهاشمة: هي الشجة التي تهشم العظم[6].

رابعا : جرائم التعازير

و التعزير – بتعريف بسيط – هي المعاصي التي لا حد لها و لا كفارة ، و لم تطبق مثل ما طبق في الحدود و القصاص و الدية ، لإعتبارين :

– **الأول:** أن المصلحة العامة تقتضي التوسع و عدم التضييق ، و طبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع ، فلا يقوم على جرائم مقدرة .

---

(1) – سنن أبو داود (المكتبة العصرية ، بيروت : ب.ت) ، كتاب الديات ، رقم : 3939.

(2) – سنن النسائي ، كتاب القسامة ، رقم : 4770 .

(3) – المصنف ، أبي شيبة (دار الفكر ، ب.ت) ج6 ص: 277 . و نيل الأوطار ، الشوكاني (دار الحديث ، ب.ت) ج7 ص: 74 .

(4) – ينظر : نصب الراية تخريج أحاديث الهداية ، الزيلعي (دار الحديث ، ب.ت) ج6 ص: 403 .

(5) – ينظر : المصنف ، ج6 ص : 404 . و نيل الأوطار ج7 ص : 63 .

(6) – ينظر : المدونة ، ابن القاسم (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ج4 ص: 566 ، الأم ، الشافعي (دار المعرفة ، ب.ت) ،ج7 ص: 334 . المنتقى ، الباجي (دار الكتاب الإسلامي ، ب.ت) ، ج7 ص: 89 .

– **الثاني** : وهي تتعلق بالأحكام التكليفية ، أكثر من تعلقها بالأحكام الوضعية ، فهي تنص على الجريمة ، و تقرر الأفعال المجرمة ، و لا تنص على العقوبة ، و إنما يترك تقديرها إلى السلطة المختصة في تحديد نوع العقاب ، تراعى فيه الظروف والأحوال و مكان و شخص الجاني .

– و هي مبنية تحت القواعد العامة للتجريم و العقاب ، كالنهي عن الفحشاء و المنكر و البغي و تحريم الخبائث و الظلم و العدوان .

فعدم التنصيص لا يخرجها من الشرعية ، و إنما هي من ضمن قواعد عامة نصت عليها الشريعة الإسلامية ، في إطار العقوبات المسموح بتوقيعها فلا ترقى إلى مرتبة الحد .

و لذلك ، إذا تحقق أن شخصا ما ارتكب نوعا من المحرمات ، التي حرمتها الشريعة الإسلامية ، و التي تمس مصلحة من مصالح العامة ، أو المصلحة الخاصة يتقرر فيها حق العباد ، فعاقبت السلطة المختصة في الدولة ، على ضوء القواعد العامة للشرع ، فهي تعاقب بعقوبة تعزيرية على جريمة سبق تحريرها بنصوص شرعية .

و قد تقرر مبدأ الشرعية في القانون الجزائري في المادة 46 من دستور 28 نوفمبر 1996 جاء فيه « لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب العمل المجرم » .

فالقانون هو الذي ينص على العقوبة و يحدد نوعها و مقدارها، و لا دخل للقاضي في تقديرها إلا بناء على نص تشريعي صريح[1] .

و إن القول بهذا المبدأ أفرز نتائج تتعلق بالمؤسسة القضائية من بينها :

– تحديد سلطة القاضي في تفسير النصوص الجنائية .

– تفسير قواعد التجريم و العقاب تفسيرا ضيقا .

---

[1] – ينظر : شرح قانون العقوبات الجزائري ، عبد الله سليمان ، ج2 ص: 421 .

و من حيث التنظير فهذه النتائج التي توصل إليها القانون مطابقة لما تقرر في التشريع الإسلامي خاصة في الحدود ، لكن من حيث إنزال التشريعات على الواقع فهناك إخلال بهذا المبدأ من طرف القانون يتمثل في :- من حيث تفسير نصوص التجريم و العقاب ، و جد غموضا في ذلك ، فأحيانا المشرع (بالمصطلح القانوني) قد يمس بمبدأ التفسير الضيق للقوانين الجزائية ، فقد وجد كثيرا من القواعد القانونية الجزائية تعرف الجريمة بصفة غامضة مما يترك للقاضي حرية كبيرة في التطبيق مثل : الجرائم الماسة بالأمن للدولة و كذا الجرائم الماسة بالدفاع الوطني و الإقتصاد خاصة في المجتمعات التي يسودها نظام الإقتصاد الموجه[1] .

- و هناك ما يسمى تطبيق العقوبات بالإحالة (La pénalité par renvoi)

ومقتضاها : أن المشرع يقرر لجريمة ما العقوبة المنصوص عليها أصلا لجريمة أخرى و يطلب من القاضي الإحالة إلى النص الذي يعاقب على هذه الجريمة الأخرى مثل ما هو موجود في قانون العقوبات الفرنسي في شأن جريمة إصدار شيك بدون رصيد كاف ، فيحيل القاضي فيها نص متعلق بجريمة النصب[2] .

المطلب الثاني

مبدأ الشبهة

يعتبر هذا المبدأ من جملة القواعد الفقهية الكبرى التي بني عليها إثبات الجرائم و إن جرى الاختلاف في ثبوتها باعتبارها نظرية[3] .

---

(1) – ينظر : مبادئ القانون الجزائي العام ، ص: 41 .

(2) – ينظر : النظرية العامة لقانون العقوبات د.سليمان عبد المنعم (دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية : 2000) ص: 699 .

(3) – ترى الظاهرية بخلاف الجمهور ، أن الحدود لا تدرأ بالشبهات ، و إنما هو حق لله تعالى و لا مزيد . ينظر : المحلى بالآثار، ابن حزم (دار الفكر ، ب.ت) ج12 ص: 58 .

فجمهور الفقهاء يرون أن واجب الأخذ بها ، بناء على قاعدة :**كلما تشدد الشرع في العقوبات على جرائم الحدود ،كلما ضيق من نطاق توقيعها** ، يتضح ذلك جليا من خلال الشروط الخاصة للإثبات ، و بناء على قاعدة الستر في الذنوب و عدم إفشاء الفاحشة ، فلا يقام الحد إلا إذا قامت الأدلة البينة ، الثابتة المستمرة في ثبوتها و الشبهة في المعنى الفقهي ، ما يشبه الثابت و ليس بثابت[1] ، وهي عدة أنواع نجملها من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول
الشبهة التي تتعلق بالدليل

و مبنى هذا الفرع ، أن الإختلاف بين الفقهاء بين الحلة و الحرمة ، يوجب سقوط الحد ، باعتباره شبهة تمنع إقامته ، و هذا ليس على إطلاقه ، و إنما مقيد على أن الخلاف الذي بين الفقهاء إنما يكون في مأخذ الخلاف و أدلته المتقاربة[2].

و من جملة الفروع التي استحكمت فيها شبهة الدليل :الإختلاف في النكاح بلا ولي و لا شهود ، و نكاح المتعة و الشغار و التحليل ، فإن الأدلة فيها متقاربة .

و الضابط لذلك ، أن الخلاف الذي وقع بين الفقهاء يكون شبهة موجب لمنع الحد إذا كان في أصل الحل و التحريم ، بخلاف إن كان اختلافهم في هل هذا الأمر شبهة أو ليس بشبهة ، فهذا لا يمنع إقامة الحد .

فالإختلاف في الحد ، كحد الخمر ، لا يعتبر شبهة تسقط الحد ، و الخلاف في الشيء المسروق لا يمنع وجوب القطع و أداء حق الله ﷻ في ذلك ، بخلاف النكاح

---

(1) – ينظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج5 ، ص: 13

(2) – قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، عبد العزيز بن عبد السلام (دار الكتب العلمية ، ب.ت)، ج 2 ص:111.

بلا ولي ، فقد وقع في إباحة ذلك الوطء و انعقاد النكاح[1] .

و مثال ذلك : العقد على المحرمة ، فالإمام أبوحنيفة يعتبر صورة العقد شبهة الشبهة عنده تثبت بالعقد ، و إن كان متفقا على تحريمه و هو عالم به[2] .

و بيان المسألة : وجود العقد الذي هو سبب الإباحة ، فإذا لم يثبت حكم الإباحة ، بقيت صورة العقد غير موجبة للحد .

و التنبيه في هذا : أن الشبهة لا تسقط معنى الجريمة بل تسقط الحد فقط .

ففقهاء الحنفية يقرون ، أن وطء المحرمة حرام ، لكنهم يسقطون الحد بناء على أصلهم السابق[3] .

و نقل عن المالكية و الشافعية[4] ، على أن صورة العقد لا تعتبر شبهة ، فإن ثبت الوطء وجب الحد .

مثل السرقة ، فإذا سرق الأب مال ابنه من حرز مثله ، فقد ثبتت أركان الجريمة لكن لا يقطع لشبهة استحقاق النفقة و سرقة ما ظنه ملكه[5] ، بدليل قوله ﷺ: ﴿ **أنت و مالك لأبيك** ﴾[6] ، لكنه معارض للقاعدة العامة التي تقرر **الملكية الخاصة و الذمة المنفصلة**[7] .

فتعارض دليل الإباحة مع دليل المنع يثبت الخلاف و يوجب سقوط الحكم لموضع الشبهة .

---

(1) – ينظر : المنثور في القواعد الفقهية ، ج2 ص: 137 .

(2) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص: 130 .

(3) – ينظر : العقوبة ، أبو زهرة ، ص: 201 .

(4) – ينظر : المغني ، ابن قدامة (دار إحياء التراث العربي ، ب.ت) ج9 ، رقم : 7158 ، و ينظر : الأحكام السلطانية ، الماوردي (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ص : 282 .

(5) – ينظر : الأشباه و النظائر ، السيوطي ، ص : 124 .

(6) – سنن ابن ماجة ، (الطباعة العربية السعودية : 1404 ه) ، كتاب التجارات ، رقم : 2282 .

(7) – العقوبة ، أبو زهرة ، ص: 201 ، و ينظر: الأشباة و النظائر ، للسيوطي ، ص:124 .

الفرع الثاني

الشبهة التي تتعلق بالملك

و ذلك بأن يكون في المحل ، شبهة ملك ، و أعطي له حكم الملك في إسقاط الحد ، مع عدم ثبوت الملك حقيقة .

فمن أخذ من استحق جزءً من الغنيمة خفية كما هو في شأن المحارب، فتحققت في ذلك السرقة صورة ، باعتبارأن المال في الشياع ، وله ملك فيه لكن قبل القسمة .

فهو في هذه الجهة ملكا صحيحا ، بتعلق حقه فيه ، لكن لم يثبت بالقسمة فالملكية غير مستقرة ، فانتفت و بقيت شبهتها[1] .

و هناك أمثلة كثيرة في هذا الباب ، و ذلك في مواضع الإماء و العبيد ، و هي مسائل قد خفي وقوعها في عصرنا .

و يمكن اعتبار سرقة مال الأب من مال إبنه من هذا الجنس ، فباعتبار أن الأب له حق ملك في مال ابنه ، دل ذلك على تحقق الملكية ، لكن لم تثبت ، لانفصال الذمة المالية .

الفرع الثالث

شبهة تتعلق بالحق

و ذلك بأن يكون في المحل شبهة حق ، مثل الذي سرق الأموال العامة ، فمن حيث اعتباره مسلم – و هذا فيما يتعلق ببيت مال المسلمين – فإن له حق فيه

---

[1] – سماها الحنفية شبهة حكمية ، باعتبار أن المحل أعطي له حكم الملك في إسقاط الحد ، و إن لم يكن الملك ثابتا حقيقة . ينظر : تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق ، ج3 ص: 176 .

لأن فيه شركة أو شبهة شركة ، فإذا احتاج ، يثبت له الحق فيه بقدر احتياجه ، و باعتبار أنه ليس له ملك متعين يثبت الملكية ، قامت الشبهة[1] .

الفرع الرابع
شبهة تتعلق بالصورة

مثل ما تقدم في مسألة الزواج بالمحرمة عند فقهاء الحنفية ، فيرى الصاحبان أن صورة العقد لا تكون شبهة إلا في موضع الخلاف الموجود بين الفقهاء و في موضع الاجتهاد ، كما تقرر في شبهة الدليل .

و يرى أبو حنيفة أن صورة العقد بذاتها تكون شبهة ، و إن كان متفق على تحريمه[2] .

و أما المالكية و الشافعية فلا يعتبرون صورة العقد شبهة كما تقدم في شبهة الدليل .

و هذه المسألة في حقيقتها مبنية على الورع ، بناء على قاعدة أن الأحكام في الوطء مبنية على الاحتياط ، و لذلك قال الإمام أبوزهرة :«و في الحق أن الخلاف بين الإمام و الصحابيان (أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف و ابن الحسن) ليس له كبير حدوث في الأثر و العمل ، لأنه باستطاعة كل مرتكب أن يدعي الظن و الاشتباه فينجو من الحد ..و لذلك نرى قول الذين يقولون أن صورة العقد غير مقبولة بالنسبة للنكاح»[3].

---

[1] – ينظر : الأم ، ج4 ص: 313 . الغرر البهية شرح البهجة ، ابن زكريا الأنصاري (المطبعة الميمنية ، ب.ت) ج5 ص: 98 . المبسوط ، السرخسي (دار المعرفة ، ب.ت) ج 9 ص: 188. حاشية الدسوقي ، ابن عرفة (دار إحياء الكتب العربية ، ب.ت) ج4 ص: 338 .

[2] – ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكساني (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ج7 ص: 32 .

[3] – العقوبة ، أبو زهرة ، ص: 208 –209 .

الفرع الخامس
شبهة تتعلق بالجهل

الجهل أربعة أقسام تختلف فيه الأحكام :

القسم الأول : جهل لا تقوم به الحجة ، و لا يعذر فيه صاحبه و لم يتسامح فيه الشارع ، فلا يعد شبهة تدرأ به الحدود .

وضابطه: أن كل جهل يدخل من ضمن ما لا يعذر الإحتراز عنه ، و لا يكون ذريعة للعفو و إسقاط الحد ، و هو الذي يطرد في أصول الدين ،وأصول الفقه وبعض أنواع من الفروع[1] ، كالجهل ماعلم من الدين بالضرورة ، أو الجهل بأصل التحريم مثل حرمة السرقة و الزنا و القذف .

و لا يتقيد هذا بشرط الإسلام ، فالمسلم و غير المسلم فيه سواء ، لقيام ذلك على الأمور الشائعة التي يحترز منها عادة .

ومثل غير المسلم الذي هو تحت حماية الدولة المسلمة ، و يقترف جريمة الزنا ويشرب ظانا أنها حلال، فلا يرفع عنه الحد ، باعتبار أنه جزء من المسلمين و قيام حرمة الزنا و الشرب على الشيوع ، فجرمهما يعلمه كل واحد من الملل الأخرى فلم يصبح جهله شبهة يدرأ بها الحد ، بل الإشتباه وقع في تقصيره في الطلب فلا يعذر[2] .

القسم الثاني : الجهل في المواضع الإجتهادية ، و هي المواضع التي اختلف فيها المجتهدون ، و تحتاج إلى نظر ، و قيام الدليل و البرهنة ، و كذلك في الأمور التي لم يثبت أمرها في كتاب أو سنة أو إجماع[3] .

---

[1] – ينظر : الفروق ، للقرافي ، ج2 ص : 150 .

[2] – ينظر :كشف الأسرار، ابن محمد البخاري (دار الكتاب الإسلامي ، ب.ت) ، ج4 ص: 342 .

[3] – ينظر :المصدر نفسه ، و الجزء و الصفحة نفسها .

و مثاله : كمن قتل و له وليان ، فعفا أحدهما عن القصاص ، ثم قتله الثاني وهو يظن أن القصاص باق له ، و أنه وجب لكل واحد منهم قصاص كامل ، فإنه يسقط عنه القصاص ، لاعتبار أن جهله حصل في موضع الإجتهاد ، و أنه قد علم وجوب القصاص ، و ما علم ثبوته فالأصل بقاؤه واجبا في حقه ظاهرا ، والظاهر يصير شبهة في درئ ما يندرء بالشبهات[1] .

القسم الثالث : جهل يكون فيه أسباب العلم غير متوفرة ، و فيه تفصيل :

– أن يكون الأمر موضع اجتهاد ، تنازع في الأمر الواحد دليلان ، بين المنع والإباحة ، أحدهما أقوى و الآخر دونه ، فيتبع الثاني ، و هي شبهة داخلة في الركن .

– عدم توفر أسباب العلم ، و هو الجهل الذي يتعذر الإحتراز منه ، و من صوره:

من وطئ امرأة أجنبية بالليل ظنها امرأته ، و الحاكم يقضي بشهود الزور مع جهله بحالهم ، لا إثم عليه في ذلك[2] ، و كذلك فيمن يعقد على امرأة ، فيتبين أنها أخته من الرضاعة ، و قد سئل مالك عن ذلك فقال : أصله نكاح يدرأ عنهما به الحد و يلحق الولد فيه[3] .

– أن تقوم أسباب العلم ، لكن ادعى الجهل مع وجود مظنته ، كمن ادعى أنه وطئ امرأة أجنبية بالليل ظنها امرأته ، فمظنة الجهل موجودة ، و هي أن ذلك مما لا يحترز منه ، لأن الفحص عن ذلك مما يشق على الناس[4] .

---

(1) – المصدر السابق نفسه ، و الصفحة نفسها .

(2) – ينظر: الفروق ، للقرافي ، ج2 ص: 150 .

(3) – ينظر : المدونة ،ج2 ص: 28 . الأم ج6 ص: 271 .

(4) – ينظر : الفروق ، القرافي ، ج2 ص: 150 .

– أن تقوم أسباب العلم ، لكن ادعى الجهل مع عدم وجود مظنته ، فإن كـــان التحريم مما هو ثابت بنص الشرع من كتاب أو سنة ، فلا قيام للشبهة ، لأن ذلك يعد من الأمور المطردة من أصول الدين ، و تدخل من ضمن ، مما علم من الدين بالضرورة .

و إن كان الأمر ليس محل إجماع ، مثل الشبهات التي تثبـــت بالإستـــصحاب كالعقد على المطلقة طلقة مكملة للثلاث ، و كالزواج من الأخت في عدة أختها فإنه يعد شبهة .

القسم الرابع : الجهل بالأحكام الشرعية في غير المواطن المسلمة ، فمظنة الجهل قائمة ، تتمثل في عدم بلوغ الخطاب الشرعي .

و الجهل في هذا القسم ليس سببه الاشتباه في فهم الدليل ، و إنما كان السبب في الجهل بأصل الحكم ، في موضع خفي فيه الخطاب الشرعي ، فيصير الجهل عذرا و لأنه غير مقصر ، و إنما جاء من قبل خفاء الدليل في نفسه[1] .

فقيام الحجة لا يكون إلا بعد سماع الخطاب حقيقة و تقديرا ، و ذلك بشهرته في محله[2] .

و هذا القسم يفسر أن الجهل كان عذرا من باب التخفيف ، كما هو في حال المرض و الحامل ،لا من حيث اعتبارجهله ،ولذلك قال الإمام الشافعي:« لو عذر الجاهل لأجل جهله ، لكان الجهل خيرا من العلم ، إذ كان يحط عن العبد أعبـــاء التكليف ، و يريح قلبه من ضروب التعنيف ، فلا حجة للعبد في جهله بالحكم بعد التبليغ و التمكين»[3] .

---

(1) – كشف الأسرار ،ج4 ص: 346 .

(2) – شرح التلويح على التوضيح ، التفتزاني (مكتبة صبيح ، مصر ، ب.ت) ، ج2 ص : 367 .

(3) – المنثور في القواعد الفقهية ، ج2 ص: 14 .

الفرع السادس

شبهة تتعلق بالإثبات

و يقصد بذلك أن تكون الأدلة التي قامت في الإثبات ، قاطعة و مستمرة في قطعيتها ، من وقت التقدم بها ، إلى وقت تنفيذ الحكم .

و الإثبات يكون في الأمور التالية :

الأمر الأول : قطعية الدليل المقدم للإثبات ، فمن حيث الألفاظ ، لابد أن تدل صراحة من غير تأويل على الجريمة ، حتى أن بعض الفقهاء رأى أن يصف الفعل كما هو في جريمة الزنا[1]، فإن حصل خلل في العبارة ، كان قيام الشبهة .

كذلك لابد أن يذكر الشهود مكان الجريمة ووقتها ، فإن اختلفوا في ذلك سقط الحد[2] .

و أن لا يوجد ما يعارض الشهادة و الإقرار ، فإذا شهد أربعة على الزنا و شهد ثقات من النساء بأنها عذراء ، فإنه لا يلتفت إلى شهادة الإثبات[3] .

الأمر الثاني : استمرارية الإثبات القطعي ، فإن رجع الشهود عن شهادتهم و رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد ، سقط الحد[4] .

و للحنفية في ذلك رأي فيما يتعلق بتكرار الإقرار ، مقدار عدد الشهود لتمكين التثبت ، من أنه لا يرجع قبل تنفيذ الحكم ، وذلك في حد الزنا[5] .

---

(1) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 510 . و حاشية الدسوقي ، ج4 ص: 329 .

(2) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 62 .

(3) – ينظر : أسنى المطالب شرح روضة الطالب ، زكريا الأنصاري (دار الكتاب الإسلامي ، ب.ت)ج4 ص: 132 . الأشباه و النظائر ، السيوطي ، ج7 ص: 221 .

(4) – ينظر : أسنى المطالب ج4 ص: 382 . و شرح مختصر خليل ، الخرشي (دار الفكر ، ب.ت)ج7 ص: 221 .

(5) – ينظر : معين الحكام ، ص: 90 .

تأخير الإثبات : إختلف الفقهاء في مسألة تأخير الشهادة و الإقرار هل يعد شبهة أم لا ؟

فيرى فقهاء الحنفية أن ذلك يعد شبهة في جميع الحدود ، بخلاف الإقرار ، و هو رأي الإمام أبو حنيفة و أبو يوسف[1] .

و يرى محمد بن الحسن تحديد المدة في الشهادة ، أما الإقرار فيقبل تأخيره إلا في حد الشرب .

و يرى فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة أن التأخير فيها لا يمنع قبولها[2] .

و هناك قول آخر لابن أبي ليلى ، يرى أن التأخير في الإقرار و الشهادة شبهة في الإثبات ، في كل الأحوال .

و حجة المذهب الأول : أن التأخير في الشهادة متردد بين :

– أداء الشهادة حسبة لله ﷻ ، لقوله تعالى :﴿ **وأقيموا الشهادة لله** ﴾ [3]، و بين الستر فهو مطلوب ، لقوله ﷺ :﴿ **ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة** ﴾[4] فلما لم يشهد على فور المعاينة دل ذلك على اختيار جانب الستر ، فإذا شهد بعد ذلك فإن ذلك مظنة للضغينة حملته على ذلك ، فلا تقبل شهادته إستحسانا[5].

– و أما حجة محمد بن الحسن ، في استثناء حد الشرب ، فذلك باعتبار أن حده موضع اجتهاد ، و ليس موضع إجماع ، فأوجب الإحتراز من ذلك[6] .

---

(1) – ينظر : معين الحكام ، ص: 90 . رد المحتار على الدر المختار ، ج4 ص: 33 . تبيين الحقائق ، ج3 ص: 188 .

(2) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 542 . و الأم ، ج7 ص: 59 .

(3) – سورة الطلاق ، الآية : 2 .

(4) – صحيح البخاري ، كتاب المظالم و الغصب ، رقم : 2310 .

(5) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 116 .

(6) – ينظر : المحلى بالآثار ، ج12 ص: 43 .

و أما حجة المذهب الثاني : فإن الحدود تعلقت بها حقوق الآدميين ، كحد السرقة في تضمين أموال الناس ، و شهادة التقادم تقبل ، لأنها شهادة حق فجازت مع تقادم الزمان ، مثل الشهادة على القصاص ، و لأنه قد يعرض للشاهد ما يمنع الشهادة حينها ، و يتمكن منها بعد ذلك[1] .

و يقوم المذهب الأخير: على أساس أن **صدق الأقوال تقوم على الظهور دون النظر إلى البواعث** ، لاهتمامهم بالمصلحة العامة دون مصلحة المتهم .

و أما حجة ابن أبي ليلى : فتقوم على أن العقوبات إنما مقصدها الإنزجار والردع و يكون ذلك إبان وقوعها ، و تأخيرها يذهب معنى الردع والإنزجار ، لمظنة توبة الجاني ، و إقراره لتطهير نفسه مظنة توبته .

تأخير التنفيذ : يرى جمهور الفقهاء على التأخير في التنفيذ لا يعطل إقامة الحد لأن الكل متفقون على عدم جواز للقاضي تأخير الحكم[2] .

و لذلك قال الإمام أبو زهرة : « التأخير في التنفيذ لا ينتج شبهة ، كما أنتجها تأخير الشهادة ، فالحكم ثابت و تنفيذ الحكم واجب»[3] .

إلا أن للقاضي جواز التأخير في أربعة مسائل :

- إن كان عند القاضي شبهة في الشهود ، فله تأخير الحكم .
- إذا تأمل القاضي وقوع الصلح بين الطرفين .
- إذا طلب المدعي الإمهال لإقامة الشهود لإثبات دعواه .
- و إذا استفتى القاضي علماء بلدته في مسألة و لم يعتمد على الفتوى التي أفتاها و استفتى من علماء بلدة أخرى[4] .

---

(1) – ينظر : أسنى المطالب ، ج4 ص: 131 .

(2) – ينظر : رد المحتار على الدر المختار ، ج5 ص: 424 . و درر الحكام شرح غرر الأحكام ، ج4 ص: 342.

(3) – العقوبة ، أبوزهرة ، ص: 231 .

(4) – ينظر :درر الحكام ، ج4 ص: 664 .

و فيما يخص تقدير مدة التأخير عند فقهاء الحنفية ، فإن ذلك متروك للحاكم لاختلاف أحوال الناس و الشهود و العرف ، و بتقدير مدة شهر علـــى رأي أبي يوسف[1] .

و لابد للإشارة أن الحدود التي تتعلق بحقوق العباد لا يجوز فيها التأخير اتفاقـــا كحد القذف ، و التأخير لا يسقط الدعوى ، كحد السرقة ، فإن التأخير شبهة لا تسقط ضمان الأموال .

و كذلك ، فيما يتعلق بمراتب الشبهات ، فإنها ليست في مرتبة واحدة و إنمـــا تختلف على حسب القوة و الضعف .

فشبهة يكون فيها عذر الجهل قويا و ثابتا ، إذا لم يحقق أي سبيل للعلم بها و لا إلى مظنتها ، كالذي يعقد على امرأة ، و بعد الدخول علم بالرضاعة ، فلا يوصف الفعل بأنه زنا ، و لا يجب الحد و لا التعزير .

و شبهة يكون فيها عذر الجهل ضعيفا ، كالجهل في مظنة العلم ، كمن يدعي في البلاد المسلمة أنه يجهل المحرمات ، فقال بعض الفقهاء أنها شبهة اشتباه ، فعذر ذلك ليس بقائم ، إلا أنها تدرأ الحد .

و الفرق بين الاثنين ، أن الشبهة الأولى تزيل الوصف و ترفع الحكم ، و الثانية فإنها تزيل العقاب و لا تزيل الوصف ، و عليه عقوبة تعزيرية تغليظا له لتقصيره في طلب العلم .

إلا أن الضابط في ذلك ذكره الزركشي قائلا : « الجهل و النسيان يعذر بهما في حق الله تعالى المنهيات دون المأمورات ، بيانه : أن **القصد من المـــأمورات إقامـــة مصالح** ، و ذلك يحصل إلا بفعلها و المنهيات مزجور عنـــها بـــسبب مفاســـدها امتحـــانا للمكلف بالانكـــفاف عنها و ذلك إنمـــا يكـــون بالتعمد لارتكـــابها

---

[1] – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ، ص: 188 .

مع النسيان والجهالة لم يقصد المكلف ارتكاب المنهي عنه فعذر بالجهل فيه »[1].

والجهل المعذور الذي قامت مظنته و ثبتت شبهته ، يسقط العقوبة ، و لايؤثر في الفعل ، فمن دفع الزكاة لغير مستحق لجهل لم يعذر ، و البيع الفاسد يفسخ ولايعذر فيه الجهل ، و كذلك الأنكحة ، لأن **العبرة في صحة العقود بموافقة الشرع في الواقع و نفس الأمر ، لا في ظن العاقد فقط** ، فمن أكل مال شخص مطلقا ضمنه[2].

المطلب الثالث

مبدأ الموازنة بين وظيفة الردع و وظيفة إصلاح الجاني

تبين من خلال المقصد الأصلي للعقوبات المقدرة أنها وضعت لوظيفة الردع والزجر باعتبارها أنها تمس ضروريا كما هو في جرائم الحدود و القتل و الجراح و أن العقوبات غير المقدرة وضعت لوظيفة الإصلاح كالتعازير .

الفرع الأول

وظيفة الزجر

إن الناظر لعقوبات الحدود خاصة يرى فيها نوع من الشدة و قد يظهر له أنه لا يوجد تناسب بين العقوبة و الجريمة ، مما يدفع إلى معرفة الأساس الذي يقوم عليه العقاب في الفقه الإسلامي .

فيرى الفقهاء أن العقوبة لها مقصد أصلي ، يتمثل في الانزجار[3] ، و معنى ذلك:

---

(1) – المنثور في القواعد الفقهية ، ج2 ص: 19 .

(2) – ينظر : الفروق ، للقراقي، ج2 ص: 150 .

(3) – تقرر ذلك في المبحث الأول ، ص: 17 .

أنها تمنع كل من سولت له نفسه ارتكاب الجريمة مستقبلا من خلال شرعيتها[1] .

و لها مقصد غير أصلي و هو الطهارة من الذنب ، و عبروا على ذلك بـــالجوابر بمعنى: أنه لو نفذ العقاب في الدنيا فإن ذلك وقاية من العذاب في الآخرة ، فقالوا : العقوبات زواجر قبل ارتكاب الجريمة جوابر بعد تنفيذها .

و الزواجر و الجوابر مبنيان على قاعدة **درئ المفاسد و جلب المصالح** ، قال العـــز بن عبد السلام : « الجوابر مشروعة لجلب ما فات مـــن المـــصالح ، و الزواجـــر مشروعة لدرئ المفاسد ، و الغرض من الجوابر جبر ما فات مـــن مـــصالح الله و حقوق عباده ، و لا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الحد آثما ، و كذلك شرع الجبر مع الخطأ و العمد و الجهل و العلم و الذكر و النسيان و على المجانين و الصبيان ، بخلاف الزواجر فإن معظمها لا يجب إلا على عاص زجرا على المعصية ، و قد تجب الزواجر دفعا للمفاسد من غير إثم و لا عدوان »[2].

فالغرض من العقاب في التشريع الإسلامي ليس ذاته و ليس القصد منه الإيلام و التعذيب و إنما الحفاظ على حقوق الله ﷻ و حقوق العباد .

و المقصود بحقوق الله ﷻ امتثال أمره و نهيه[4] ، و كل أمر و نهي من الشارع الحكيم فيه مصلحة للكافة ، و المقصود بحق العبد مصالحه[5] .

و قد قسم الفقهاء العقوبات باعتبار الحقوق إلى أربعة أقسام :

– قسم من العقوبات هي من الحقوق الخاصة لله ﷻ ، لأن الاعتداء فيها على الكافة أو ما يعرض ضروريات الناس إلى الضياع و هو ما يسمى بالحدود.

---

(1) – و لذلك قال فقهاء الحنفية : « اعتقاد الحرمة شرط في السبب الموجب للحد و هذا لأن الحد المشروع للزجر عن ارتكاب سببه و بدون اعتقاد الحرمة لا يتحقق هذا » ينظر : المبسوط ج24 ص: 30 .

(2) – ينظر : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج1 ص: 179 .

(4) – ينظر : الفروق ، للقرافي ، ج1 ص: 140 – 141 .

(5) – المصدر نفسه و الصفحة نفسها.

– قسم من العقوبات من الحقوق الخالصة للعباد ، كالاعتداء على أملاكهم و كل ما فيه مصلحة خاصة ، و يعبر عن هذا القسم بالتعازير .

– قسم من العقوبات اجتمع فيه الحقان ، حق الله ﷻ و حق العبد و حق الله ﷻ غالب ، كحد السرقة ، فاعتبار أنها اعتداء على أملاك الناس فهي حق الله ﷻ لما فيها من اعتداء على ضروري من ضروريات الناس و هو حفظ المال ، و حق العباد باعتبار اشتراط الخصومة لمن اشترطها و ضمان ماله ، لكن حق الله ﷻ غالب بدليل إذا خاصم العبد في ذلك فليس له أن يعفو أو يسقط العقوبة .

– قسم اجتمع فيه الحقان ، لكن حق العبد غالب ، كالقصاص ، فمنع الاعتداء على النفوس مقصد ضروري يتشوف له الشارع ، لكن حق العبد غالب من جهة أن له حق العفو عن القاتل و إسقاط عقوبة القصاص .

والعقوبات التي فيها حق الله ﷻ هي العقوبات التي كانت وظيفتها الزجر والردع كالجلد و القطع و القصاص و الدية ، لأنها مقدرة من الشارع لا دخل للحاكم و للقاضي في تغييرها و لا في الإنقاص منها ، فهي من الأحكام الشرعية التي لا تتغير بتغير الأحوال و الظروف ، ولا تقبل العفو و لا الإسقاط ، إلا في القصاص لتقديم حق العبد فيه .

و العقوبات المقدرة التي و ظيفتها الزجر لم تهمل في ذلك شخصية الجاني ، بل راعت ظروفا و أحوالا معينة سيأتي التفصيل فيها في مبدأ التخفيف في الحدود و مبدأ الاقتصاد فيها ، فقد دل استقراء الفروع الفقهية أن إنزال العقوبات المقدرة على الجناة يحتاج إلى مزيد من الحيطة لتشوف الشارع الحكيم إلى مصلحة أخرى و هي : المحافظة على أطراف الناس من الهلاك بمعنى : أن الشارع الحكيم لما شرع عقوبة الجلد و القطع و القصاص لم يرد ذاتها ، و إنما أراد زجر الأنفس المريضة في الوقوع في هذه الجرائم .

و من جهة أخرى ثبت أن الشارع قد قدم حفظ النفس على حفظ الـــدين إذا تعرضت النفس للهلاك ، كما هو في مسألة المضطر الذي اضطر إلى أكل الميتـــة و شرب الخمر[1].

الفرع الثاني

وظيفة الاستصلاح

الذي تقرر في السابق إنما يتعلق بالعقوبات المقدرة ، أما العقوبات غير المقدرة و التي تدخل في جانب التعازير فهي تقوم على مبدأ مراعاة ظروف و أحوال المجـــرم القصد منها إصلاحه .

و هي على ثلاثة أنواع :

- عقوبات لجرائم ليست من الحدود و لا من جرائم القصاص و هي جـــرائم التعازير الأصلية .
- عقوبات لجرائم الحدود غير التامة كجريمة حد فيها شبهة .
- عقوبات لجرائم لا قصاص فيها ولا دية .

و تشريع نوع العقوبة في هذه الأنواع هو بيد القاضي يقدر فيها ظروف الجريمة و المجرم ، و هذا المجال هو الذي وسع من سلطة القاضي .

و من تقريرات العلماء الذين تكلموا في مهام القضاة قول ابن قيم الجوزية :« ثم لما كانت مفاسد الجرائم بعد متفاوتة غير منضبطة في الشدة و الضعف و القلـــة و الكثرة - و هي ما بين النظرة و الخلوة و المعانقة — جعلت عقوباتها راجعـــة إلى اجتهاد الأئمة و ولاة الأمور بحسب المصلحة في كل زمان و مكـــان ، و بحسب أرباب الجرائم في أنفسهم ، فمن سَوَّى بين الناس في ذلك و بين الأزمنة و الأمكنة و الأحوال لم يفقه حكمة الشرع »[2].

---

(1) – ينظر : الفصل الثالث ، ص: 202 .

(2) – إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن القيم (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ج2 ص: 84 .

- مبدأ يراعى فيه مصالح الكافة ووسيلة تحقيق ذلك الزجر و الردع ، و أطلقوا عليه مسمى **مبدأ النفعية** .
- مبدأ مبني على مراعاة الأحوال و الظروف التي التبست بالمجرم ، و عبروا على ذلك **بمبدأ العدالة** .

و يقوم مبدأ النفعية على تحقيق النفع العام أو بعبارة أخرى ، صيانة الحياة الإجتماعية[1] ، و أنه لا بد أن تصاغ العقوبة بصبغة القسوة التي تقنع الشخص الذي يريد الإقدام على الجريمة على أنه سينال عقوبة تفوق المنفعة التي يترجاها و يبتغيها من جريمته[2].

و تحقيق النفع العام للجماعة ليس له علاقة بالأخلاق فلا يهم في ذلك هل حققت العقوبة اشباعا لشعور الجماعة أم لا ؟

لكن فقهاء القانون يريدون من هذا المبدأ مقصدا آخر بينه الإمام أبو زهرة ، فقد فسر مدلول النفع العام بأن تكون الفضيلة أو الخير هو الأمر الذي يكون فيه أكبر منفعة و لذة ممكنة لأكبر عدد من أفراد المجتمع ، و أن المقصود باللذة ليس هو الهوى النفسي و لكن اللذة الخالية من المفاسد[3] ، فهذا هو ضابط النفع العام .

و أما المبدأ الثاني فيقوم أصلا على مراعاة أحوال الجاني ، بمعنى : أنه لا ينبغي أن يرتبط العقاب بوظيفة الزجر فقط و إنما يكون علاج المجرم و تقويمه و إصلاحه الوظائف الثانية له[4] .

و قد أعطى هذا المبدأ السلطة التقديرية للقاضي ووسع من صلاحياته من خلال

---

(1) – ينظر : علم العقاب ، المؤسسات العقابية و محاربة الجريمة في الجزائر ، د. فريد زين الدين بن الشيخ (منشورات دحلب ، الجزائر ، ب.ت) ، ص: 19 .

(2) – ينظر : الأحكام العامة للنظام الجزائي ، ص : 29 .

(3) – ينظر : تنظيم الإسلام للمجتمع ، أبو زهرة (دار الفكر ، القاهرة ، ب.ت) ، ص: 54 .

(4) – ينظر : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، ص : 396-397 .

تقدير الحد الأقصى للعقوبة و الحد الأدنى لها ، يتجلى ذلك في الظروف المخففة و المشددة[1] .

و الإتجاه المعاصر يتجه إلى الجمع بين المبدأين و قرر أن العقاب له هدف مركب بين كونه زاجرا و كونه استصلاحاً للجاني .

و استصلاح الجاني يكون من خلال إجراءات وقائية وعلاجية ، و أنشأت لذلك مؤسسات إصلاحية خاصة بالنسبة للأحداث الجانحين ، و هذا كله استرشادا للسياسة العقابية الجديدة .

و قد تقررت الموازنة بين وظيفة الزجر و وظيفة الإصلاح في التشريع الإسلامي لكن بحسب الجناية ، لأن الحدود ليس لها إلا وظيفة الزجر كمقصد أصلي للعقوبات المقدرة ، بخلاف العقوبات غير المقدرة فقد تبين أن وظيفتها الإصلاح .

المطلب الرابع

مبدأ التخفيف في الحدود

تبين أن المراد بإقامة الحدود ليس التعذيب و التلف ، إنما القصد منها جلب المصالح و درء المفاسد .

و لقد فصل الفقهاء في مسألة تنفيذ العقوبات تفصيلا يبين حقيقة العقاب في الفقه الإسلامي ، فقد تبين أن العقاب في الشريعة الإسلامية ليس القصد منه التلف و التعذيب و الهلاك ، بل الحدود إنما شرعت زاجرة لا متلفة ، و بيان ذلك : ما تقرر عند الفقهاء من خلال اعتبار مبدأ التخفيف في إقامة الحدود (و يعبر عنه عادة بصفة إقامة الحدود) ، و أن المراد من إقامتها مراعاة حالة الجاني ، و الكيفية التي يقام بها الحد ، مع اعتبار الظروف التي دفعت الجاني إلى ارتكاب الجريمة.

---

[1] – ينظر : مبادئ علم الإجرام و العقاب ، ص:400 .

و إن الباحث في بطون كتب الفقه[1] ، خاصة في ما يخص قضية كيفية إقامة الحد ليجد أن الفقهاء لم يعتبروا فقط ظروف الجاني و ظروف الجناية ، و إنما اعتبروا حتى الزمن الذي تقام فيه العقوبة ،و اعتبار لصفة الآلة التي يتم بها تنفيذ العقوبة و تفصيل ذلك كله في الفروع التالية :

الفرع الأول

التخفيف بالتأجيل

و يتجلى هذا الفرع من خلال مراعاة الفقهاء – و ذلك بتأجيل الحد بعد ثبوته – لحالتين ، حالة الحامل و حالة المريض .

حالة الحامل :

اتفق الفقهاء على أن الحامل يخفف عنها بتأجيل الحد عنها في حالة ثبوته،وإليك مذاهب العلماء في ذلك :

– يرى الحنفية أن الحامل إذا زنت لا تحد ، حتى تضع حملها . و روي أن أبا حنيفة ، رأى أنها تأخر حتى يستغني عنها ولدها ، و ذلك في حالة لم يكن أحد يقوم بتربيته[2] .

و قالوا أن الحبلى تحبس حتى تلد ، كي لا تهرب بخلاف الإقرار «لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد»[3] .

---

(1) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج6 ص: 168 .

(2) – ينظر: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، ج4 ص: 182-129

(3) – فتح القدير ، ج5 ص: 242 .

- و يرى الشافعي ، أن الحبلى لا يقام عليها الحد ، فتترك حتى تضع و يكفل طفلها[1] .

- و يرى المالكية أن الحامل يخفف عنها بتأجيل الحد عنها ، و هذا ما ذكره الخرشي في المرأة المتزوجة التي ثبت عليها الحد ، أنه لا يقام عليها حتى تحيض حيضة واحدة خشية أن يكون بها حمل ، و من باب أولى تأخير إقامة الحد عليها إذا كانت ظاهرة الحمل ، فإذا وضعت أخرت في الجلد لنفاسها ، لأنها مريضة ، لا في الرجم ، إلا إذا لم يوجد من ترضع الطفل[2] .

و السبب في ذلك كله : الحفاظ على الولد ، بإعتباره نفس محترمة .

و الدليل في ذلك ما روي عن عمران بن حصين ﴿ **أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ و هي حبلى من الزنا فقالت : يا نبي الله أصبت حداً فأقمه علي ، فدعا النبي ﷺ وليها ، فقال : أحسن إليها فإذا وضعت فأتني بها ففعل ، فأمر بها النبي ﷺ فَشُكَّت(جمعت لئلا تنكشف) عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت ثم صلى عليها** ﴾[3].

حالة المريض :

اختلف الفقهاء في هذه القضية ، بين من ير التأجيل ، و من يرى عدم التأجيل و إنما التخفيف يكون في الآلة .

و للمسألة تفصيل بيانها : أن للمريض في هذا حكمان ، حكم في حالة ثبوت حد الجلد و حكم في حالة ثبوت حكم الرجم .

في حالة ثبوت حد الجلد :

- يرى فقهاء الحنفية ، أنه يؤخر حتى يثبت برؤه ، لأنه يجتمع عليه و جع المرض و ألم الضرب ، فمخافة الهلاك ، يؤخر عنه الحد حتى يبرأ[4] .

---

(1) – ينظر : الأم ، ج8 ص: 368 .

(2) – ينظر : شرح مختصر خليل للخرشي ، ج8 ص: 84 .

(3) – صحيح مسلم ، كتاب : الحدود ، رقم : 3209 .

(4) – ينظر : تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق ، ج3 ص: 175 .

وقيل «إذا كان الزاني ضعيف الخلقة ، بحيث لا يرجى برؤه ، فخيف عليه الهلاك إذا ضرب ، يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله»[1].

- ويرى فقهاء المالكية أنه يؤخر عنه الحـــد حتى يبرأ ،و ذلك بالنسبة للمريـــض الذي يخاف عليه[2] .

- و يرى الإمام الشافعي أنه لا يقام على المريض ولا بيّن المرض[3] .

- و للحنابلة في ذلك تفصيل ذكره ابن قدامة في المغني فقال : « المريض علـــى ضربين :

الضرب الأول : لا يرجى برؤه ، فقال أصحابنا يقام عليه الحد ولا يؤخر و هذا قول اسحاق و أبي ثور ،لأن عمر بن الخطاب ﷺ أقام الحد على قدامة بن مضعون في مرضه و لم يؤخره و انتشر ذلك في الصحابة فلم ينكروه فكان إجماعا ، و لأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله ﷻ بغير حجة .

الضرب الثاني : - المريض الذي يرجى برؤه ، فهذا يقام عليه الحد في الحال ولا يؤخر بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير و شمراخ النخل ،فإن خيف عليه من ذلك ، جمع ضغث فيه مائة شمراخ فضرب ضربة واحدة »[4].

و سبب الخلاف ما ذكره ابن رشد أنه « معارضة الظواهر للمفهوم من الحد و هو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود »[5].

في حالة ثبوت الرجم :

يرى الفقهاء أنه لا يؤخر المريـــض في هذه الحالة ، و هذا ما ذهب إليه فقهـــاء

---

(1) – بدائع الصنائع ، ج7 ص:59.

(2) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 513-514 .

(3) – ينظر : الأم ، ج6 ص: 163 .

(4) – ينظر : المغني، ج9 ص: 49 .

(5) – ينظر : بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ابن رشد ، تحقيق : علي محمد عوض وَ أحمد عبد الجود (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1996) ، ج6 ص: 133 .

الحنفية و المالكية و الشافعية[1] .

و السبب في ذلك : أن ضربه في الحال يؤدي إلى إتلافه و هو لم يفعل ما يستحق به التلف – و هذا بالنسبة لثبوت الجلد ، و من قال بتأخير الحد عنه – بخلاف الرجم ، فقد استحق التلف و في ضربه إعانة له على التلف ، فجاز أن يقام عليه الحد، ففي المسألة الأولى ، فإن الجلد شرع زاجرا لا متلفا ،بخلاف الحالة الثانية لأن الإتلاف قد ثبت في حقه .

الفرع الثاني
التخفيف بالاقتصاد

و يكون ذلك بمراعاة الآلة المستعملة على حسب حالات الجاني ، إن كان مريضا أو حاملا على ما تقدم في الفرع الأول ، و مراعاة الزمن الذي تتم فيه العقوبة .

فبالنسبة للمريض الذي أنهكه المرض بحيث لو تنفذ فيه العقوبة لتعرض إلى الهلاك أو مريض خيف عليه الهلاك ، أنه يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله أخذا بالرواية التي ذكرت أن رجلا ضعيفا زنى ، فذكر ذلك لسعد بن عبادة رضي الله عنه – لرسول الله ﷺ ،و كان ذلك الرجل مسلما ، فقال ﷺ : **﴿اجلدوه ضرب مائة سوط ، قالوا : يانبي الله هو أضعف ، لو ضربناه مائة سوط مات، قال ﷺ : فخذوا عثكالا[2] فيه مائة شمراخ فاضربوه ضربة واحدة ﴾**[3].

---

(1) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ص: 175 . الفواكه الدواني ، ابن مهذا النفراوي (دار الفكر ، ب.ت) ، ج2 ص : 214 . الأم ، ج8 ص : 368 .

(2) – العثكال: عنقود النخل ، و الشمراخ : شعبة منه ، ينظر : تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق ، ج3 ص: 175 .

(3) – سنن ابن ماجة ، كتاب الحدود ، رقم : 2564 .

و قال الإمام الشافعي في ذلك :« يضرب المحدود بسوط بين السوطين ، لاجديد و لاخلق »[1].

و حتى الرجم و إن كان المقصود منه التلف ، فإن الفقهاء قد راعوا آلة الرجم فليس المقصود من الرجم أن يكون بالآلة التي تفتك بالبدن ، يرى العز بن عبد السلام أن رجم الزناة لا يكون بحصيات و لا بصخرات ، و إنما يضرب بحجر لطيف يرجم مثله في العادة [2].

و إنهار الدم في الجلد ليس مقصودا ، و إنما المقصود الكفارة و النكال ، قال الإمام الشافعي : .« و لم يبلغ في الحد أن ينهر الدم في شيء من الحدود و لا العقوبات ، و ذلك أن إنهار الدم في الضرب التلف ، وليس يراد بالحد التلف إنما يراد به النكال أو الكفارة »[3].

و اتفق الفقهاء على أن الزمن عامل يؤثر في تنفيذ العقوبة ، فلا تطبق في الحر الشديد ولا البرد الشديد مخافة الهلاك ، و فوات المقصد الأصلي من الحد الذي هو الإنزجار .

قال العز بن عبد السلام : «و كذلك الزمن يكون بين زمنين ، كزمني الربيع و الخريف ، دون زمني الحر الشديد و البرد الشديد»[4].

و جاء في المنتقى شرح الموطأ ، أنه سئل ابن القاسم في الذي يخاف عليه البرد قوله :« أرى أن يؤخر في الحر إذا خيف عليه ما يخاف في شدة البرد »[5].

و جاء في المبسوط مما هو مقرر عند الحنفية « إذا ثبتت السرقة في البرد الشديد و الحر الشديد الذي يتخوف عليه الموت ، إن قطعه ، حبسه حتى

---

(1) – الأم ، ج8 ص:374 .

(2) – ينظر : قواعد الأحكام ، ج2 ص: 135 .

(3) – الأم ، ط2 (دار المعارف ، بيروت : 1393) ، ج6 ص:145 .

(4) – قواعد الأحكام ، ج2 ص:608 .

(5) – المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 168 .

ينكشف الحر و البرد،لأن القطع يستوفي على وجه يكون القطع زاجرا لامتلفا»[1].

و التخفيف المقصود في هذا المطلب هو التخفيف في الحدود ، و ليس هذا يدل على إسقاطها ، و إنما يؤجل لمخافة التلف و الهلاك ، لأن المقصود من الحدود الزجر ، و هو بخلاف التلف كما هو في القصاص و الرجم .

و أما عقوبات التعازير فالأخذ بمبدأ التخفيف فيها واسع و الكلام في ذلك ذو شجون ، لأن التعازير أصلا مبنية على الاجتهاد و النظر في أحوال و ظروف المجرمين ، و سوف يتضح ذلك كله في المطالب الموالية .

و عرف القانون ما يسمى **بنظام الظروف المخففة** و هو الذي يسمح للقاضي بأن لا يطبق العقوبة الأصلية المقررة ، سواء تعلق الأمر بالجنايات أو الجنح أو المخالفات ، بل يمكن أن يطبق عقوبة أخف منها في حالة وجود عذر يسوغ التخفيف .

و الأعذار المخففة للعقوبة وردت في التشريع الجنائي الجزائري على سبيل الحصر لا على سبيل المثال[2]، و **المادة 53** من قانون العقوبات الجزائري نصت على نظام الظروف المخففة ، و لكنها لم تنص على طبيعة الظروف المخففة ونوعها[3] .

و هذا النظام صالح لجميع المجرمين و على جميع الجرائم مهما كان نوعها ودرجة خطورتها (جنايات ، جنح ، مخالفات) ، فالقاضي باستطاعته تخفيف العقوبة إلى مادون الحد الأدنى المنصوص عليه في القانون .

---

(1) – المبسوط ، ج9 ص:185 .

(2) – ينظر : مبادئ القانون الجزائي ، أ.بن شيخ لحسين (دار هومه ، الجزائر : 2002) ، ص : 195 .

(3) – ينظر : الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. إبراهيم الشباسي (دار الكتاب اللبناني ، بيروت : ب.ت) ، ص: 210 .

أما في التشريع الجنائي الإسلامي ، فإن الأخذ بمبدأ التخفيف مجاله الواسع في التعازير ، بخلاف الحدود ، فإن المقصود من التأجيل معنى التخفيف ،خاصة في حالتي المرض و الحامل .

و الأمر الذي لا بد من الإشارة إليه هو: **أن أمر التخفيف لم يكن إجتهادا من الفقهاء ، و إنما وردت نصوص تدل على التخفيف كما تقدم ، و ذلك في الحدود .**

أما التعازير فأمرها موكل إلى اجتهاد القاضي وهي نقطة التقاء التشريع الإسلامي مع قانون العقوبات ، فكلاهما يقر هذا المبدأ ، و يعطى للقاضي سلطة تقديرية يراعي فيها أحوال و ظروف المجرمين و العصاة .

المطلب الخامس

مبدأ التغليظ

لوحظ من خلال النظر إلى العقوبات التي تمس حقا من حقوق الله تعالى ، أو بعبارة أخرى تمس الصالح العام ، و المتمثل في الضروريات التي تقوم بها الحياة الإنسانية ، أنها جاءت مغلظة .

و الملاحظ كذلك ، أن السياسة العقابية المتبعة من طرف الخلفاء الراشدين- كما هو مقرر في سند السياسة العقابية في الشريعة الإسلامية – قد صبغت بالصبغة المغلظة ، و ذلك في حالة إذا مس الجاني حقا من حقوق الله تعالى .

و الشيء الذي لفت إنتباه الفقهاء ، أن هناك تناسبا بين زيادة النعم و تغليظ العقوبة ، بمعنى أن الله ﷻ إذا أنعم على عبده بنعمة ، و عصى الله فيها بتعديه الحدود التي رسمها الله تعالى لهذه النعمة ، فإن العقوبة تغلظ ، مثل الإحصان مع الزنا ، و هذا ما سنراه في الفروع التالية :

الفرع الأول

التغليظ بالنسبة لجسامة الضرر

أولاً : الحرابة أو قطع الطريق .

و الحرابة –على ما اتفق عليه الفقهاء – أنها إشهار السلاح ، و قطع السبيل خارج المصر[1] ، و هذا ماذهب إليه فقهاء الحنفية[2] و الشافعية ، و اشترط الشافعية الشوكة ، أي القوة المغالبة و التي لا تكون إلا خارج البنيان والعمران[3] .

أما فقهاء المالكية ، فيرون أن داخل المصر أو خارجه سواء[4] .

و اتفقوا على أنه اجتمع فيها حقان ، حق الله ﷻ ، و يتجلى ذلك في قوله تعالى :﴿ إنما جزآؤا الذين يحاربون الله ورسوله، ويسعون في الارض فساداً ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلف اوينفوا من الارض ذلك لهم خزى في الدنيا ولهم في الاخرة عذاب عظيم﴾[5] ، و حق العباد يتمثل في الخصومة في أموالهم التي هي قوام عيشهم .

فإذا تخلف حق الله ﷻ ، بتوبة المحارب ، بقي حق العبد ، و هذا – في حقيقته– من خصوصيات العقوبة في الشريعة الإسلامية .

و عقوبة المحارب شديدة ، و هي بالإتفاق[6] : القتل ، والصلب ، و قطع الأيدي و الأرجل من خلاف ، و النفي .

---

(1) – ينظر :بداية المجتهد ، ج6 ص:191.

(2) – ينظر :تبيين الحقائق ، ج3 ص: 236 .

(3) – ينظر :مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، الخطيب (دار الكتب العلمية ، ب.ت)، ج6 ص: 498 .

(4) – ينظر :حاشية الدسوقي ، ج4 ص:348 .

(5) – سورة المائدة ، الآية رقم :33 .

(6) – ينظر :بداية المجتهد ، ج6 ص: 192 .

و اختلف الفقهاء فيها ، هل هي على التخيير ؟.

فذهب فقهاء المالكية على التخيير في أخذ المال بين قتله أو صلبه أو القطع بخلاف النفي[1] ، و إذا أخاف السبيل فقط ، فللإمام التخيير بين العقوبات السابقة[2]، أما في القتل فلا بد من قتله و ليس للإمام التخيير[3] .

و الحدود يخير فيها بناء على المصلحة في حق الرجال الأحرار، بخلاف المرأة وإنما حدها القتل و القطع[4] .

و ذهب فقهاء الشافعية و الحنفية إلى أن العقوبة مركبة على حسب الجنايات المعلومة من الشرع ، فلا يقتل إلا من قتل ، و لا يقطع إلا من أخذ المال ، و لا ينفى إلا من لم يأخذ المال و لم يقتل[5] .

و **الجنايات تتفاوت بقدر الأحوال** ، و اللائق أن يغلظ الحكم بتغلظها ، و هذا ما تقرره قواعد الشرع ، فالأغلظ للأغلظ و الأخف للأخف ، فحيث كان القتل يكون بالقتل .

و القطع يكون بالأخذ ، و الأخذ في هذه الحالة أغلظ من السرقة ، من حيث أنه كان مجاهرة و مكابرة ، مع إشهار السلاح ، و جعل المرة كالمرتين ، أي اليد و الرجل معا من غير اشتراط النصاب كما هو في عقوبة السرقة[6] .

ثانيا : الردة

و هي من أعظم الجنايات لأنها تمس ضروري من ضروريات المقاصد الشرعية و لذلك كانت عقوبتها القتل ، فهي جناية على الدين بالطعن فيه ، و هذا يعود

---

(1) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 534 .

(2) – ينظر: مواهب الجليل شرح مختصرخليل، الخطيب (دار الفكر ، دمشق : ب.ت)،ج6 ص: 315 .

(3) – ينظر :الفواكه الدواني ، ج2 ص: 204 .

(4) – ينظر :حاشية الدسوقي ، ج4 ص: 349 .

(5) – ينظر: الأم ، ج6 ص:164 ، تبيين الحقائق ، ج3 ص:236 .

(6) – ينظر: العناية شرح الهداية ، ج5 ص: 424 . فتح القدير ، ج5 ص: 425 .

بمفسدة عظيمة على العباد .

و أجمع أهل العلم على وجوب قتله[1] ، و القتل يكون بضرب العنق دون ما عداه ، و لا يتولاه إلا الإمام أو نائبه[2] .

و يرى فقهاء الحنفية و المالكية و الشافعية[4] أن المرتد يستتاب قبل تنفيذ الحد عليه ، رجلا كان أو إمرأة ، و قد فصل فقهاء الحنفية في ذلك ، بأن يعطي له مدة تقدر بثلاث أيام ، لأن الظاهر أنه خرج من الإسلام لتعلقه بشبهة ارتدّ لأجلها ، فالواجب إزالة هذه الشبهة . و أما المدة فقياسا على ما تقرر في الشرع مما ثبت في بيع الخيار[5] .

و المرأة و الرجل سواء في القتل ، عند فقهاء المالكية و الشافعية ، لعموم الحديث ﴿ **من بدل دينه فقتلوه** ﴾[6]، فالحديث شامل للمرأة و الرجل .

و المرأة تقتل بالزنا بعد الإحصان ، فكذلك الكفر بعد الإيمان[7]، و النهي عن قتل النساء في الأدلة الأخرى ، إنما ينصب على الحربيات فقط[8] .

و عند فقهاء الحنفية ، أن المرأة لا تقتل ، لأنها متبعة الرجال في ذلك ، بخلاف الرجل ، فإن الرجل عادة لا يتبع رأي غيره ، و الحديث السابق محمول على الذكور ، عملا بالدلائل الأخرى مثل حديث ﴿ **ولا تقتلوا شيخا فانيا** ﴾ [9] وصيانة لها عن التناقض ، و لأنها لا تقتل بالكفر الأصلي ، فلم تقتل بالكفر الطارئ[10] .

---

(1) – ينظر :المغني ، ج9 ص: 7084 .

(2) – ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، أحمد الهيثمي (دار إحياء التراث العربي ، ب.ت) ، ج9 ص: 98 .

(4) – ينظر :المبسوط ج10 ص: 99 . المنتقى ج5 ص: 282 . الأم ج1 ص: 294.

(5) – ينظر :المبسوط ، ج10 ص: 99 .

(6) – صحيح البخاري ، كتاب : الجهاد و السير ، رقم : 2854 .

(7) - ينظر: حاشية العدوي (دار الفكر ، ب.ت) ، ج2 ص: 314 .

(8) – ينظر :تحفة المحتاج ، ج9 ص: 98 .

(9) – سنن أبي داود ، كتاب : الجهاد ، رقم : 2247 .

(10) – ينظر :بدائع الصنائع ، ج7 ص: 135 .

والكلام في الردة يطول خاصة في ما يتعلق بالأحكـــام ، فالمعلوم عند فقهـــاء الشافعية ، أن من أحكام الردة ، بطلان التصرف في ماله ، و لا يقر بالجزيـــة،ولا يصح تأمينه و لا مهادنته[1] .

الفرع الثاني

التغليظ بالنسبة لصفة خاصة وجدت في الجاني

الرجم أشد عقوبة مغلظة ، و يراد منها التلف ، و لذلك كانت عقوبة المريض الزاني المحصن ، الرجم و لا يؤخر عنه ذلك ، و لو كان مرضه شديدا ، و الحامل إذا تبين حملها ، و كفل طفلها ، فلا يؤخر عنها الرجم كذلك ، كما سبق ذكره في مبدأ التخفيف .

و يكون الرجم في حالة ارتكاب الجاني جريمته ، مع توفر شرط الإحصان .

و لقد عرف فقهاء الحنفية الإحصان الموجب للرجم ببيان الشروط ، فهو عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشارع الحكيم ، و هي: العقل و البلوغ والحريـــة و الإسلام ، و وجود نكاح صحيح[2] .

و قال فقهاء الشافعية ، يأتي بمعنى الإسلام و البلوغ و العقل و الحرية و العفة و التزويج[3] .

و قد اتفق الفقهاء على أن الرجم يكون مع وجود الإحصان ، و الذي عبر عنه بالنكاح الصحيح ، مع إتيان فعل الزنا ، و هذا غاية من القبح ، فكان الواجـــب دفع ذلك من جنسه ، و هو الرجم ، و المثلَ يسدُ مسدَ المثل من كل وجه[4] .

---

(1) – ينظر :تحفة المحتاج ، ج9 ص: 81 .

(2) – ينظر :بدائع الصنائع ، ج7 ص: 38 .

(3) – ينظر : أسنى المطالب ، ج4 ص: 128 .

(4) – إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن القيم ، (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ج2 ص: 80 .

و من جهة أخرى فإن الجناية تتغلظ بالحرية من جهة أنها تمنع الفواحش ، لأنها صفة كمال ، و الإحصان من شأنه منع الفاحشة و هي نعمة أنعمها الله ﷻ على عباده ، فكان التعدي لهذه الحرية و لهذه النعمة في ارتكاب ما حرمه الله ﷻ من أشد الجنايات فكان الواجب التغليظ[1] .

فالزنا مع الإحصان تعد على حقوق الله ﷻ و على نعمة أنعمها على عباده وهي الإحصان ، و العقوبة تتغلظ باجتماع النعم ، و لهذا هدد الله ﷻ نساء النبي ﷺ بضعف ما هدد به غيرهن ، قال الله تعالى :﴿ يـنسآء النبـيء من يات منكن بفـحشة مبينة يضـعف لها العذاب ضعفين وكان ذلك على الله يسيراً ﴾[2] .

الفرع الثالث

التغليظ بالنسبة للوسائل

أولاً : القصاص

لاعبرة في القصاص لظروف الجاني ، لأن المقصود منه التلف الذي هو القتل وإنما ينظر إلى المصلحة العامة ، باعتبار أنه تعلق به حق الله ﷻ المتمثل في الحفاظ على النفوس من العدم .

و لا يراعى في القصاص الظروف المخففة ، فإذا وجبت العقوبة بالإقرار ، أو قيام البينة ، اقتص منه ، و لا يراعى في ذلك الزمن ، فيقام في الحر الشديد و البرد الشديد .

و أما صفة القتل ، فبعض الفقهاء رأى المماثلة ، و الآخر رأى على أنه يستوفى بالسيف .

---

[1] – ينظر إلى : أسنى المطالب ، ج4 ص: 128 .

[2] – سورة الأحزاب ، الآية :30 .

فالحنفية ذهبوا إلى أنه إذا ثبت القصاص ، فيستوفى بطريقة حز الرقبة بالسيف ولا يضر على ما يكون قد فعله الجاني القاتل من تعذيب للقتيل أو التمثيل به[1] استدلالا بنص ﴿**لاقود إلا بالسيف** ﴾[2]، وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره و يلحق بالسيف كل سلاح يظاهيه حدة[3] .

و ذهب المالكية و الشافعية ، أنه إذا ثبت القصاص ، يقتص من القاتل على الصفة التي قتل بها ، فمن قتل تغريقا ، مثّل بالتغريق ، و من قتل بطريقة الضرب بالحجر مثّل بذلك ، و استثنوا من ذلك حالة الطول ، بمعنى طال عذابه فإنه يحد بالسيف[4] .

و استعمال آلة السيف بالنسبة لفقهاء الحنفية ليس ذلك حصرا على هذه الآلة و إنما قد تكون آلة أخرى توفي بالغرض ، و قد رأى بعض المعاصرين ، أنه لايوجد مانع شرعي من استعمال وسائل تظاهي السيف ، كآلة المقصلة ، أو كل آلة أسرع و أسهل قتلا وتحديد ذلك إلى السلطة الحاكمة في أمر اختيار الوسيلة مما لا عنف فيها و لا تمثيل[5].

ثانياً: قتل الغيلة

و هو القتل الذي يكون عاتيا ظالما ، و يكون قصد القتل فيه واضحا جليا ومع الخبث و الدناءة ، كأن يضجع المجني عليه فيذبحه لأخذ ماله[6] .

---

(1) – ينظر: المبسوط ، ج26 ص: 127 . العناية شرح الهداية ، ج10 ص: 223 .

(2) – سنن ابن ماجة ، كتاب : الديات ، رقم : 2657 .

(3) – ينظر: العناية شرح الهداية ، ج10 ص: 223 .

(4) – ينظر: المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 119 . الأم ، ج6 ص: 54 .

(5) – ينظر : المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، ط1 (دار القلم ، دمشق : 1998) ، ج2 ص: 684.

(6) – ينظر :نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي ، د. أحمد بهنسي ، ط5 (دار الشروق ، القاهرة : 1988) ص: 168 .

و القتل قصاصا اجتمع فيه حقـــان : حق الله ﷻ و حق العبـــاد و المتمثل في إعطائهم حق العفو ، فلهم أن يعفوا عن القاتل ، فتكون عقوبته التعزير تحقيقا لحق الله ﷻ فيه .

أما الغيلة ، فقد ذهب فقهاء المالكية ، أن لا عفو فيه[1] ، و ذلك قياسا علـــى المحارب ، فقتل الغيلة يقتص منه لـــدفع الفـــساد في الأرض ، فحكمـــه حكـــم المحارب[2]. و الغاية من القتل هو أخذ المال للإحتراز عن القتل لثائرة أو عدوان ، فإن في ذلك القصاص[3] .

و الملاحظ أن تغليظ العقوبة إنما ينضبط بمبدأ الشرعية فلا دخل للحـــاكم و لا للقاضي في تغليظ العقوبة ، و لذلك فإن هذا المبدأ يتجلى في العقوبـــات المقـــدرة كالحدود و القصاص و قد بنيت على التغليظ لعظم مفاسدها كما تقرر سابقا.

أما في القانون فقد شدد المشرع في صرامة العقوبة خاصة في حالة عود المجـــرم للجريمة ، و بني ذلك على مبدأ تفريد العقاب لاعتبار أن هناك ظروف موضـــوعية أو شخصية قد تستدعي أحيانا تشديد العقوبة [4].

و المقصود بتشديد العقاب عند فقهاء القانون هو : أن يحكم القاضي بعقوبـــة تزيد في مقدارها عن الحد الأقصى المنصوص عليه قانونا لظروف نص عليها المشرع و يطبق في ذلك مبدأ الشرعية ، فحالات التشديد و آثارها محددة بوضـــوح مـــن طرف القانون [5].

---

(1) – ينظر : الفواكه الدواني ، ج2 ص: 185 .

(2) – ينظر : المدونة ، ج4ص: 653 .

(3) – ينظر : الفواكه الدواني ، ج2 ص: 185 .

(4) – ينظر : مبادئ القانون الجزائي العام ، أ. بن شيخ لحسن (دارهومه ، الجزائر : 2002) ص : 177 .
و النظرية العامة لقانون العقوبات ، ص: 760 .

(5) – ينظر : المراجع السابقة نفسها .

و أسباب التشديد على نوعين :

- أسباب موضوعية مادية تتعلق بالجرم ذاته كظرف التسلق أو الكسر أو ظرف المفاتيح المصطنعة أو ظرف الليل في جريمة السرقة كما تقرر في المادة 356 و المادة 358 و المادة 353 من قانون العقوبات الجزائري[1] .

- أسباب شخصية و ذاتية ، كظرف العود (Le récidiviste) و ظرف سبق الإصرار(préméditation) أو الترصد (guet-apens).

و قد فصل القانون في العود و بين حالاته المختلفة ، سيأتي الكلام عليها في الفصل الثالث في عقوبة السرقة .

---

(3) – ينظر : مذكرات في القانون الجزائي الخاص ، بن شيخ لحسين (دار هومه ، الجزائر ، ب.ت) ص: 158 و ما بعدها .

المبحث الرابع

إجراءات السياسة العقابية

تبين أن للعقوبة في التشريع الإسلامي أو التشريع الوضعي وظيفتان: و ظيفة الزجر و وظيفة الإصلاح .

و لتحقيق ذلك لا بد من اتخاذ إجراءات تختلف طبيعتها على حسب الأهداف المسطرة من طرف أي نظام ، فهناك من الأهداف التي لا يمكن تحقيقها إلا من خلال إجراءات عقابية تحقق معنى الزجر ، و أخرى يمكن تحقيقها من خلال إجراءات علاجية و وقائية تحقق معنى إصلاح صاحب الجريمة .

المطلب الأول

الإجراءات العقابية

إهتمت الشريعة الإسلامية بأسلوب العقاب ، بإعتبار أنه حق لله سبحانه تعالى و فيه حق للعباد ، و تنطوي تحته الضروريات التي تقوم عليها القوامة في هذه الدنيا و خاصة حقن الدماء و تسكين الدهماء .

و العقوبة في الشريعة الإسلامية ، تقوم على قانون المصلحة و المفسدة ،كما تقرر في مبدأ الموازنة بين وظيفة الزجر و وظيفة الإصلاح ، فالعقوبة أذى لدفع المفاسد و دفع المفاسد في حد ذاته مصلحة .

و لقد اهتم الفقهاء بالجانب العقابي ، فقسموه – نظريا – إلى عقوبات مقدرة كالحدود و القصاص و الدية و الكفارة ، و إلى عقوبات غير مقدرة كالتعازير وهي عقوبات أصلية ، بمعنى أن الشارع الحكيم نص عليها بصفة أصلية للجريمة.

الفرع الأول

العقوبات المقدرة

أولا : عقوبات الحدود :

الحد في اللغة : هو المنع ، و منها سمي البواب حدّادا ، لأنه يمنع من يدخل الدار و سميت بذلك لأنها تمنع من العود إلى المعصية[1] .

أما شرعا ، فهي العقوبة المقدرة حقا لله تعالى ، حتى لا يسمى القصاص حدا لأنه حق العبد ، و لا التعزير لعدم التقدير[2] .

و سمي بذلك شرعا ، لأنه يمنع صاحبه إذا لم يكن متلفا و غيره بالمشاهدة و يمنع من يشاهد ذلك و يعاينه إذا لم يكن متلفا ، لأنه يتصور تلك العقوبة بنفسه لو باشر الجناية فيمنعه ذلك من المباشرة ، و لذلك قال الفقهاء أن الحدود شرعت للإنزجار ، و هو المقصد الأصلي فيها [3].

و عقوبات الحدود هي ، الجلد ، و الرجم ، و الصلب ، و القتل ، و القطع والضرب .

– فحد الجلد مقدر بمائة جلدة بالنسبة لجريمة الزنا ، و ثمانين جلدة لجريمة القذف كما تبين في النصوص القرآنية السابقة ، و أشدها حد الزنا ، باعتبار قبحها شرعا و عقلا ، و لذلك لا يعذر الجاهل بجهله حد الزنا ولو كان ذميا نظرا لاتفاق الناس على قبحها ، كما تقرر في مبدأ الشبهة .

و أما حد القذف ، فهو أخف ، و السبب في ذلك : أنه دون حقيقة الزنا وإنما هو نسبة له ، فيمكن أن يكون القاذف صادقا في دعواه ، و الشهود مندبون للستر ، فلذلك خفف عنه العقوبة[4] .

---

(1) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص: 93 . و الكوكب المنير ص: 62 .

(2) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص : 93 .

(3) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 34 .

(4) – ينظر : أحكام القرآن ، الجصاص (دار الفكر ، ب.ت) ،ج3 ص: 320 .

و أما حد الشرب ، فقد بني حده عملا بما تقتضيه المصلحة ، لاختلاف الخلفاء الراشدين في ذلك ، لكنهم أقروا على أن حده هو الجلد .

و عقوبة الجلد مبنية على مراعات حق الله سبحانه و تعالى ، لما فيه مراعات مصالح العامة ، و قد أجمع الناس باختلاف مشارب عقيدتهم ، أن الزنا جريمة عظيمة ، تفضي إلى مفاسد عظيمة ، قد تفضي إلى فتنة القتل .

و قد تبين في مبدأ التخفيف ، أن الجلد في حد الزنا أو القدف أو الشرب مبني على الإنزجار ، و ليس القصد منه التلف ، بدليل مراعات حالة المرض والحامل .

و يرى بعض الباحثين على أن هذه العقوبة قد وضعت على أساس محاربة الدوافع التي تدعوا إل الجريمة ، بالدوافع التي تصرف عن الجريمة .

فالدافع الذي يدفع الزاني إلى الجريمة ، هو اشتهاء اللذة و لاستمتاع ، و الدافع الوحيد الذي يصرف عن هذه اللذة هو الألم .

و الشريعة الإسلامية عندما وضعت هذه العقوبة ، و ضعتها على أساس يقوم وطبيعة الإنسان ، فدفعت العوامل النفسية التي تدعوا إلى اقتراف هذه الجريمة بعوامل نفسية مضادة و هو الردع و الإنزجار ، و الذي يتمثل في العقوبة المغلظة هي الجلد مائة جلدة[1] .

أما بالنسبة لآلة الجلد ، فقد تقرر عند الفقهاء ، أنه يراعى فيها التوسط ولاعتدال و الزمن ، قال الإمام الشافعي : « يضرب المحدود بسوط بين السوطين لا جديد و خلق ، و يضرب الرجل في الحد و التعزير قائما ، و تترك له يده يتقي بها و لا يربط ، و المرأة جالسة ، و يضم عليها ثيابها و تربط لئلا تنكشف»[2]، وللفقهاء تفصيل في ذلك في باب كيفية إقامة الحدود ، و تم بيانه بوجه عام في فرع التخفيف بالآلة .

---

[1] – ينظر : التشريع الجنائي)ج1 ص :636 .

[2] – الأم ، ج8 ص : 374 .

– و أما عقوبة الرجم ، فهي لقتل الزاني بشرط الإحصان ، رميا بالحجارة وهي أشد عقوبة ، لأن المقصود منها التلف ،و هو ثابت بالسنة ، بخلاف الخـــوارج ، لاعتمادهم على النصوص التالية :

عموم قوله ﷻ : ﴿ **الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** ﴾ [1].

قالوا : الجلد للذكر و الثيب و البكر ، لا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطـــرق القطع و التعيين لأخبار الآحاد ، لجواز الكذب ، و لأن هذا يفـــضي إلى نـــسخ الكتاب و السنة و هو غير جائز .

و قد روي عن ابن عباس ﷺ قال : سمعت عمرﷺ و هو على المنبر ، يقـــول ويخطب :﴿ **إن الله بعث محمدا بالحق ، و أنزل عليه الكتاب ، فكان مما أنزل عليه آيـــة الرجم ، فقرأناها ، ووعيناها ، و رجم رسول الله ﷺ و رجمنا بعده فأخـــشى إن طـــال بالناس زمان أن يقول قائل : و الله ما نجد آية الرجم في كتاب الله ، فيظلوا بترك فريضة أنزل الله ، والرجم في كتاب الله حق على من زنا إذا أحصن من الرجال و النساء ، إذا قامت البينة ، أو الحَبَل و الاعتراف** ﴾[2].

و حد الرجم قد تكلم فيه العلماء كثيرا ، و قد أطالوا في ذلك من المباحـــث خاصة في كلام عمر بن الخطاب السابق[3] ، إلا أن الذي لايجب إنكاره أن هذه العقوبة قد و قعت في عهد رسول الله ﷺ في قصة ماعز و الغامدية .

فعن بريدة ﷺ ، أن ماعز بن مالك الأسلمي أتى النبي ﷺ فقال : ﴿ **يارسول الله إني قد زنيت ، و إنا أريد أن تطهرني فقال له رسول الله ﷺ : ارجع ، فلما كان من الغد أتاه أيضا ، فاعترف عنده بالزنا ، فقال له رسول الله ﷺ : ارجع ، ثم أرسل النبي ﷺ إلى قومه فسألهم عنه فقال لهم : ما تعلمون من ماعز بن مالك الأسلمي ، هل ترون به بأسا**

---

[1] – سورة النور ، الآية :2

[2] – صحيح البخاري ، كتاب الحدود ، رقم : 6442 .

[3] – ينظر : العقوبة في الفقه الإسلامي ، د. بهنسي ، ص: 84 .

أو تنكرون من عقله شيئا ، قالوا : يا نبي الله مانرى به بأسا و ما ننكر من عقله شيئا ، ثم عاد إلى النبي ﷺ الثالثة فاعترف عنده بالزنا أيضا ، فقال : يانبي الله طهرني ، فأرسل النبي ﷺ إلى قومه أيضا فسألهم عنه فقالوا له كما قالوا له المرة الأولى : ما نرى به بأسا و ما ننكر من عقله شيئا ، ثم رجع إلى النبي ﷺ الرابعة أيضا فاعترف عنده بالزنا فأمر النبي ﷺ فحفرنا له حفرة فجعل فيها إلى صدره ثم أمر الناس أن يرجموه﴾[1] .

و حديث الغامدية فعن بريدة عن أبيه قال : **﴿كنت جالسا عند النبي ﷺ فجاءته امرأة من غامد ، فقالت : يانبي الله إني قد زنيت و أنا أريد أن تطهرني فقال لها النبي ﷺ : ارجعي ، فلما كان من الغد أتته أيضا فاعترفت عنده بالزنا فقالت : يارسول الله إني قد زنيت و أنا أريد أن تطهرني ، فقال لها : ارجعي ، فلما كان من الغد أتته أيضا فاعترفت بالزنا فقالت : يارسول الله طهرني فلعلك أن تردني كما رددت ماعز بن مالك ، فوالله إني لحبلى ، فقال لها النبي ﷺ : ارجعي حتى تلدي ، فلما ولدت جاءت بالصبي تحمله ، فقالت : يا نبي الله هذا قد ولدت ، قال : فاذهبي فأرضعيه حتى تفطميه ، فلما فطمته جاءت بالصبي في يده كسرة خبز ، قالت : يا نبي الله هذا قد فطمته ، فأمر النبي ﷺ بالصبي فدفعه إلى رجل من المسلمين و أمر بها فحفر لها حفرة فجعلت فيها إلى صدرها ثم أمر الناس أن يرجموها﴾**[2]

– و أما **عقوبة الصلب** ، فقد تقررت بالنسبة لقطاع الطرق ، و إن لذلك تفصيل بين الفقهاء ، قد تبين في مبدأ التغليظ .

– و أما **عقوبة القتل** فهي مقررة في القصاص ، مبني على أساس ، أن النفس بالنفس ، و قتل المحارب قاطع الطريق إن قتل ، و قد ورد في ذلك نصوص صريحة تقدم ذكرها في المباحث السابقة .

– و أما عقوبة **القطع** ، ففي كل مال كان في حرز بلغت قيمته نصابا إذا سرقه بالغ عاقل لا شبهة له في المال و لا حرزه ، فتقطع يده اليمنى من مفصل الكف

---

[1] – مسند أحمد ، كتاب باقي مسند الأنصار ، رقم : 23330 .

[2] – المصدر و الكتاب نفسه ، رقم : 23337 .

وهو الكوع ، فإن سرق مرة ثانية بعد قطعه قطعت رجله اليسرى ، من مفـــصل الكعب ، فإن سرق ثالثة ففيه روايتان :

– مذهب الحنفية ، أن لا قطع ، لأن القطع طرفان ، و هما اليد اليمنى و الرجل اليسرى،و لكن يضمن السرقة، و يعزر و يحبس حتى يحدث توبة استحسانا[1] .

– و عن الإمام مالك و الإمام الشافعي ، أن الأطراف الأربعة محل القطع علـــى الترتيب ، فتقطع اليد اليمنى في المرة الأولى ، و تقطع الرجل اليسرى في المرة الثانية و تقطع اليد اليسرى في المرة الثالثة ، و تقطع الرجل اليمنى في السرقة الرابعـــة[2] و سأذكر سبب الخلاف في الفصل الثالث .

– و أما عقوبة **الضرب** ، فهو تعبير للجلد عند الفقهاء ، لكن عادة يتكلمون في الضرب في عقوبات التعزير .

و أكثره عند الشافعية في الحر تسعة و ثلاثون سوطا ، لينقص على أقل الحدود في حد الشرب ، وهو نفسه عند الحنفية ، و أما مشهور المالكية أن ليس لأكثـــره حد ، و إن زاد الضرب عن حد الشرب[3] .

و بعد التعرض إلى أنواع عقوبات الحدود ، بقي لزاما التعرف على مبنى هـــذه الحدود .

– فالمقصود منها هو الإيقاع ، فإذا وصل أمر الجاني إلى الحاكم ، فإنه لا يسقط الحكم ، إن قامت البينة أو بالإقرار[4] .

– و إقامة الحد بيد الحاكم أو نائبه ، لأنه يفتقر إلى الإجتهاد ، و لا يؤمن فيه الحيف و التلف ، فوجب تفويضه إلى الحاكم ، لأنه ﷺ كان يقيم الحدود في حياته

---

(1) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 167 . و بدائع الصنائع ، ج7 ص: 87 .

(2) – ينظر : بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج6 ص:185 .

(3) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ص: 210 . و منح الجليل شرح مختصر خليل، عليش ، (دار الفكر، ب.ت) ج 9 ص: 356- 357 .

(4) – ينظر : مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 159 .

و كذا الخلفاء الراشدون من بعده ، و يقوم نائب الحاكم فيه لقوله ﷺ : ﴿ **واغد يأأنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فاعترفت فرجمها** ﴾[1] و قد أمر برجم ماعز و الغامدية و لم يحضره[2] .

- ولا يحد إلا المكلف المختار[3].

- و تحرم الشفاعة فيها،بعد بلوغها الإمام ،لقوله ﷺ:﴿**فهلا قبل أن تأتيني به**﴾[4].

- و **الأفضل في الحدود الستر** ، و لذلك بنيت على المساهلة ، بخلاف القصاص لأنه تعلق به حق العبد .

و لقد ندب الفقهاء الستر في هذه المسألة لورود الأدلة في ذلك ، فابن القاسم من المالكية يقول :« إذا علم الإمام بذلك يكتموه الشهادة و لا يشهدوا بها ، إلا في تجريحه إن شهد على أحد»[5] .

و قال الإمام الشافعي : « و نحن نحب لمن أصاب الحد أن يستتر ، و أن يتقي الله ﷻ ، و لايعد لمعصية الله ، فإن الله ﷻ يقبل التوبة »[6].

و قال السرخسي من الحنفية : « الامتناع عن أداء الشهادة يقصد ابقاء الستر عليه و أنه يندب إليه »[7].

و للفقهاء في قضية هل الأفضل في الحدود الستر أم الشهادة ؟ نظرات ليست محل البحث ،فذهب بعض العلماء أن ذلك راجع إلى المصلحة ، قال العز بن عبد

---

(1) – صحيح البخاري ، كتاب الحدود ، رقم : 6440 .

(2) – ينظر : مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، الرحيباني (المكتب الإسلامي ، ب.ت) ، ج6 ص: 159 .

(3) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 492 . و الأم ج6 ص: 160 . المصنف ، ج6 ص: 47 .

(4) – الموطأ ، كتاب الحدود ، رقم : 1522 .

(5) – المنتقى شرح الموطأ ، ج5 ص: 189 .

(6) – الأم ، ج6 ص: 183 .

(7) – المبسوط ، ج9 ص: 147 .

السلام : « و أما الشهود على هذه الجرائم ، فإن تعلق بها حقوق العباد ، لـــزمهم أن يشهدوا بها ، و أن يعرفوها بها أربابها ، و إن كانت زواجرها حقا لله :

– فإن كانت المصلحة في إقامة الشهادة بها ، فيشهدوا مثل أن يطلبوا إنسانا على تكرر الزنا و السرقة و الإدمان على شرب الخمور ، و إتيان الذكور ، فالأولى لأن يشهدوا عليه دفعا لهذه المفاسد .

– و إن كانت المصلحة في الستر عليه مثل زلة من هذه الزلات ، تقع ندرة من ذوي الهيئات ، ثم يقطع عنها و يتوب منها ، أن لا يشهدوا »[1].

– و أما عند التداخل في التنفيذ ، فمن قذف مرارا ، أو زنا مرارا ، فحد لكلـــه لأن المقصود إخلاء العالم من الفساد و الإنزجار عن مباشرة سببه في المستقبل و هذا يكفيه حد واحد[2] .

بخلاف إذا زنى و قذف و شرب ، فيحد كل واحد منها حده ، لعدم حصول المقصود بالبعض ، إذ أن الأغراض مختلفة ، فالمقصود من حد الزنـــا ، صـــيانة الأنساب ، و من القذف صيانة الأعراض و من الشرب صيانة العقول[3] .

ثانيا : عقوبة القصاص .

المعنى الأصلي للقصاص ، المساواة و التعادل[4] .

و وجوبه يكون في حالتين : – الجناية عمدا على النفس .

– الجناية عمدا على مادون النفس .

و له شروط تتعلق بالقاتل و المقتول ، و نفس القتل .

---

(1) – قواعد الأحكام ، ج1 ص: 189 .

(2) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 102 . و الأحكام السلطانية ، ص: 680 . و قواعد الأحكام ج1 ص: 253

(3) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 514 . و الأحكام السلطانية ، ص : 680 .

(4) – ينظر : المبسوط ، ج26 ص : 126 . و أحكام القرآن ، ابن العربي (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ج1 ص: 96 .

فيشترط في القاتل ، البلوغ و العقل ، بخـــلاف المجنـــون ، و الـــصبي ، لأن القصاص عقوبة ، و ليس هما من أهل العقوبة ، و لا يشترط فيه الإسلام[1] .

و يشترط فيه كذلك ، توفر قصد القتل ، بخلاف الخطأ ، فلا قصاص عليه .

و أن يكون مختارا ، غير مكره عند فقهاء الحنفية ، بخلاف فقهـــاء الـــشافعية فليس بشرط[2] .

و يشترط في المقتول ، بأن لا يكون جزءاً من القاتل ،كقتل الأب لولده لعلة أن الأصل يجب فرعه ، و أن له حق التأديب ، و يندر أن يقصد الأصل قتل فرعه بل يقصد تأديبه ، و لهذه الشبهة سقط القصاص[3] .

و أن يكون معصوم الدم مطلقا ، فلا يقتل مسلم و لا ذمي[4].

أما الشروط التي تتعلق بنفس القتل ، فيلزم أن يكون القتل بالمباشرة ، لا عن طريق التسبب ، كمن حفر بئرا على قارعة الطريق ، فوقع فيها إنسان و مات فلا قصاص على الحافر .

و يستوفى القصاص بالسيف حدا عند فقهاء الحنفية ، أما عند فقهاء الشافعية و المالكية ، فيفعل بمثل ما فعل .

و من مسقطات القصاص بعد الوجوب – بوجه عام – مايلي :

- فوات محل القصاص ،كموت القاتل[5] .
- أما ما دون النفس ، فبفوات ذلك العضو الذي يجب فيه القصاص[6] .

---

(1) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 298 .

(2) – ينظر : الفروق، ج1 ص: 161 . و الأم ، ج6 ص: 45 .

(3) – أحكام القرآن الجصاص ، ج1 ص: 204 .

(4) – ينظر : رد المحتار على الدر المختار ، ج6 ص: 53 .

(5) – ينظر : الأم ، ج6 ص: 11 . و المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 123 . و بدائع الصنائع ، ج7 ص : 247

(6) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 549 .

– العفو ، بالنسبة للبالغ العاقل لأنه من التصرفات المحضة ، بخلاف الصبي والمجنون[1] .

– الصلح ، بأن صالح من القطع أو الجراحة على مال[2] .

ثالثا : الدية

الدية في المعنى الشرعي : إسم لمال ، بدل النفس ، و إسم لواجب ، فيما دون النفس [3] .

فالجناية على النفس ، أو على ما دونها في عضو تمكن فيه المماثلة ، إذا كان عمدا ، تستوجب القصاص ، و إذا كان عن غير عمد ، تستوجب الدية .

فإذا تعدد العضو الذي تمكن فيه المماثلة ، و أصيب بعض منه ، فالدية تجب بنسبة ما أصيب و تسمى أرشاً.

فإن كانت الجناية على عضو لا تمكن فيه المماثلة عمدا ،كان ذلك ، أو عن غير عمد ، وجبت فيه حكومة العدل ، و يكون ذلك في أكثر الجراح والشجاج و مختلف أنواع الأذى ، و في تقديرها يدخل القاضي .

و إذا وجبت الدية بنفس القتل الخطأ أو شبه الخطأ ، تتحملها العاقلة وعاقلة الشخص ، قومه .

و تجب في الأحوال التالية :

– عند سقوط القصاص ، مثل جناية الصبي و المجنون و جناية الأصول على فروعهم ، و إذا عفى ولي المقتول ، و تكون مغلظة في قتل العمد .

– إذا كان القتل شبه عمد .

– إذا كان القتل خطأً .

---

(1) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 124 . و المنثور في القواعد ،ج3 ص :328 .

(2) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 651 . و الأم ج6 ص: 14 . و بدائع الصنائع ، ج7 ص: 250.

(3) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج6 ص: 126 .

و شرو ط وجوبها يتعلق بفعل الجاني و المجني عليه [1].

فلا يشترط في الجاني العقل و البلـــوغ و إنما الواجب أن يكون الفعـــل غـــير مشروع ، أما إذا كان الفعل مشروعا ، مثل الدفاع عن النفس ، أو المال ، فـــلا يسأل عن ذلك .

و أما ما يتعلق بالمجني عليه ، فيشترط فيه العصمة ، فلا دية في قتل الباغي لفقد العصمة و تجب الدية سواء كان المقتول أو القاتل مسلما أو ذميا ، أو مستأمنا .

و عقوبة الدية قد يتحملها قوم الجاني ، و هو ما يعرف في الفقـــه الـــشرعي بالقسامة .

وتستعمل في اليمين بالله تعالى ، بسبب مخصوص و عذر مخصوص ، و علـــى شخص مخصوص ، وهو المدعى عليه على وجه مخصوص ، و هـــو أن يقـــول خمسون من أهل المحلة ، إذا وجد قتيل فيها ، بالله ما قتلناه ، و لا علمنا له قاتلا فإذا حلفوا ، يغرمون الدية عند فقهاء الحنفية[2] إن كان هناك لوث (علامة قتل من واحد بعينه ، أو يكون هناك عداوة ظاهرة) يستحلف الأولياء خمسون يمينا فإذا حلفوا يقتص من المدعى عليه[3].

و عند فقهاء الشافعية إن كان لوث (البينة الضعيفة غير الكاملة) و كان بين دخوله المحلة و بين وجوده قتيلا ، مدة يسيرة ، يقال للولي عَيّن القاتل ، فإذا عين يقال للولي إحلف خمسين يمينا ، فإن حلف فقولان ، مثل قول المالكية وقول على أن يغرم بالدية[4] .

---

[1] – ينظر : مواهب الجليل ، ج6 ص : 234 . و البحر الرائق ، ج8 ص: 373 . و مغني المحتاج ، ج5 ص: 230 .

[2] – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 287 .

[3] – ينظر : المدونة ، ج 4 ص : 649 . و تبصرة الحكام ، ج1 ص : 393 .

[4] – ينظر : تحفة المحتاج ، ج9 ص: 55 . و الطرق الحكمية ، ابن القيم ، ص: 43.

رابعا : الكفارة

يرى بعض علماء الشافعية أن الكفارة فيها معنى العبادة ، كالإرفاق و سد الحاجات ، و معنى العقوبة ، و معنى القربة أغلب من معنى الزجر[1] .

و تجب الكفارة على كل قاتل نفس ضمن الدية ، سواء كان القتل عن طريق العمد و الخطأ ، و كفارته عتق رقبة مؤمنة ، فإن أعسر فصيام شهرين متتابعين فإن عجز فإطعام ستين مسكينا .

وشروطها بالنسبة إلى ما يرجع إلى القاتل ، بأن يكون عاقلا و بالغا مسلما فلا تجب من ليس هو مخاطبا بالشرع ، و لا على المجنون و الصبي .

و أما ما يرجع إلى المقتول ، فشرطه ، بأن يكون معصوم الدم .

و ليس الإسلام شرطا ، فتجب سوا ءكان مسلما أو ذميا أو مستأمنا .

و المشهور عند الحنابلة و المالكية ، أن لا كفارة في قتل العمد[2] .

وتكون في العبادات فيمن أفسد صومه ، أو حجه ، بتفصيل في كتب الفقه وليس المقصود بيان ذلك كله ، و إنما هو بيان عقوبة الكفارة ، و ذلك يتضح فيما يضمن الدية .

الفرع الثاني

العقوبات غير المقدرة (التعازير)

التعزير بالمعنى اللغوي ، الرد و الردع[3] .

و في العرف الشرعي هو: تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود[4] .

---

(1) – ينظر : أسنى المطالب ، ج3 ص: 323 .

(2) – ينظر : حاشية الدسوقي ، ج4 ص: 439 .

(3) – ينظر : تبين الحقائق ، ج3 ص: 208 .

(4) – ينظر : مطالب أولي النهى ، ج6 ص:218 .

و يختلف حكمه باختلاف أحوال فاعله ، فمنه ما يكون بالتوبيخ و الزجر والكلام ، أو عرك الأذن ، و منه ما يكون بالنفي عن الوطن ، و ما يكون بالضرب و بإتلاف المال[1] .

و هناك وجه تشابه بينها و بين الحدود ، من حيث التأديب و الإستصلاح والزجر ، فكلاهما بنيا على نفس المقصد .

و يختلفان في الأمور التالية :

– أنه في التعازير يلاحظ القاضي فيها أحوال المجرمين ، و يتخير ما يناسب كل مجرم ، و يتدرج في العقوبة ، فيبدأ بالأخف فالأشد ، بخلاف الحدود ، فلا دخل للقاضي فيها .

– أن لولي الأمر قبول الشفاعة في التعازير ، كما له العفو عن مرتكب الجريمة بخلاف الحدود فلا عفو ولا شفاعة .

– أن التلف إذا حدث في الحد فلا ضمان على منفذه ، بخلاف التعازير ، فإن التلف فيه يوجب الضمان[2] .

و قد قسم الأستاذ عبد القادر عودة التعازير إلى ثلاثة أقسام ، تعازير للمصلحة العامة وتعازير للمخالفات ، و تعازير على المعاصي[3] .

و التعزير للمصلحة العامة المقصود منه ، التعزير في غير معصية ، و إنما اتصل بالفعل وصف الذي هو الإضرار بالنظام العام ، فجعل ذلك الوصف علة للعقاب.

فقد ثبت أن النبي ﷺ حبس رجلا لمجرد التهمة بسرقة بعير ، و لما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى عنه ، وجه الدلالة أن الحبس عقوبة تعزيرية والعقوبة لا

---

(1) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ص: 208 .

(2) – لزيادة بيان الفرق بينهما ، ينظر : الفروق ، ج4 ص: 177–178 .

(3) – ينظر : التشريع الجنائي الإسلامي ، ج1 ص: 128 .

تكون إلا عن جريمة ، و بعد ثبوتها ، فإذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجـــرد الإتهام ، يدل ذلك أنه عاقبه على مجرد التهمة ، فتبين أن أساس العقـــاب هـــو المصلحة العامة[1].

و بعض الفقهاء المعاصرين ، رأى أن ذلك ليس للمصلحة العامة ، و إنما لعلـــة أخرى و هي التحفظ عليه ريثما تظهر الحقيقة ، و مثل بذلك بمـــا يـــسمى في القانون الوضعي بالحبس الاحتياطي ، لأن المحبوس احتياطيا في أثناء التحقيق هو شخص لم تثبت إدانته ، لاحتمال ظهور البراءة ، و الحبس في هـــذه الحالـــة لا يسمى عقوبة ، و إنما مجرد وسيلة احتياطية في أثناء التحقيق لمنع هذا الشخص من الهروب[2] .

وقد يؤدي القول بالتعزير بالمصلحة العامة إلى إنتقاص من مبدأ الشرعية العقابية فقد يجيز القاضي بحجة المصلحة العامة ، أمرا يعرض مبدأ شرعية العقوبـــة إلى التهمة في التشريع الإسلامي[3] .

و التعزير للمخالفات ، هو أن يرى الفقهاء أن الجاني يعاقب لا باعتباره عاصيا و لكن باعتباره مخالفا ، أي تاركا للمندوب ، أو فاعلا لمكروه استدلالا بفعـــل عمر بن الخطاب ، أنه مر على شخص أضجع شاةً يذبحها وجعل يحد الشفرة ، فعلاه بالدرة ، و قال له :« هلا حددتها أولا »[4].

فمن ترك المندوب ، و تكرر منه فعل المكروه حق عليه العقاب[5] .

و أما التعزير للمعاصي فهو الأصل ، حتى أن البعض قسم التعازيـــر إلى قسم

---

(1) – ينظر : الفصل الأول ، ص: 25-26.

(2) – ينظر : العقوبة في الفقه الإسلامي ، بهنسي ص: 131 .

(3) – ينظر : المرجع نفسه ، ص: 133 .

(4) – ينظر : نصب الراية ، ج6 ص: 47 . و مواهب الجليل، ج3 ص: 221 .

(5) – هذه المسألة فيها تفصيل عند علماء الأصول ، ينظر : البحر المحيط ج1 ص: 365 ، المستصفى ص: 59 .

واحد هو: التعزير عل المعاصي فقط[1] .

و المعصية هي ترك الواجب ،و إتيان المحرم ، و هذا على العموم .

و هي على ثلاث أقسام :

- معصية فيها حد و كفارة ، كالزنا و السرقة و الشرب و القذف ويكفيه الحد عن الحبس و التعزير .

- معصية فيها كفارة و لا حد ، كالجماع في نهار رمضان .

- معصية لا كفارة فيها و لاحد ، كالخلوة بالمرأة الأجنبية ، أو سرقة ما لا قطع فيه[2] .

و هذا النوع الأخير ، يسوغ فيه التعزير ، و جوبا عند الأكثرية ، و جوازا عند الإمام الشافعي[3] .

و اختلف في مقداره على أقوال مختلفة ، فهو بحسب المصلحة على قدر الجريمة و يطلب فيه الإجتهاد لوي الأمر عند المالكية[4] ، و لايبلغ قدر الحد ، فلا يبالغ بالتعزير على النظر و المباشرة حد الزنا و لا على السرقة من غير حرز حد القطع عند بعض الشافعية والحنابلة[5] و روي عن بعض الحنابلة التحديد،بأن لا يزيد عن عشرة أسواط[6] .

و أكثر الشافعية و الحنفية ، على أن يبلغ التعزير أدنى الحدود ، إما أربعين أو ثمانين[7] .

---

(1) – ينظر : العقوبة في الفقه الإسلامي ، بهنسي ، ص: 131 – 133 .

(2) – ينظر : مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج5 ص:523.

(3) – ينظر : الطرق الحكمية ، ص: 290 .

(4) – ينظر : الفروق ، ج4 ص: 178 .

(5) – ينظر :المغني ، ج9 ص: 149 .

(6) – ينظر : الطرق الحمية ، ص : 95 .

(7) – ينظر : المبسوط ، ج5 ص: 72 .

و يكون التعزير في القصاص و الدية ، فالجارح عمدا يقتص منه ، و يؤدب و العلة في ذلك ، أن القصاص يقابل الجريمة ، هو حق المجني عليه ، و لكن التعزير للتأديب و التهذيب ، و هو حق الجماعة .

و يجوز الجمع بين الحد و التعزير ، كالتبكيت ، فعن أبي هريرة ﷺ ﴿**أنه ﷺ أمر الصحابة بتبكيت شارب الخمر ، بعد الضرب ، فأقبلوا عليه يقولون : ما اتقيت الله ، ما خشيت الله ، ما استحييت من رسول الله** ﴾[1].

و التعزير من العقوبات المرنة ، فيها يراعى أحوال و ظروف المجرم ، و يكون الزجر فيه بالكلام ، و التوبيخ و الحبس ، و النفي ، و ليس المقصود منه التلف و بذلك يعطي للقاضي مجالا واسعا لتقدير العقوبة دون إهمال شخص الجاني .

- **أما في القانون:** حددت **المادة 5** إلى **المادة 18** من قانون العقوبات الجزائري تصنيف العقوبات على حسب درجة شدتها إلى عقوبات أصلية مثل الإعدام و السجن المؤبد و السجن المؤقت ، و إلى عقوبات تبعية مثل الحجر القانوني و الحرمان من الحقوق الوطنية ، و عقوبات تكميلية مثل تحديد الإقامة و الحرمان من مباشرة بعض الحقوق كما نصت على ذلك **المادة 9** من قانون العقوبات الجزائري [2].

و الذي يشار إليه ، أن معنى الردع و الزجر مازال باقيا كمقصد في تشريع العقوبات ، كعقوبة الإعدام ، فهي عقوبة شديدة و متلفة والمراد منها إزهاق روح الجاني ، و هي أشد العقوبات في القانون الوضعي ، و عقوبة السجن المؤبد هي سلب لحرية المحكوم عليه طيلة حياته ،فهي عقوبة قاسية ذات حد واحد[3] .

---

(1) – سنن أبوداود ، كتاب الحدود ، رقم : 3882 .

(2) – ينظر : مبادئ القانون الجزائي العام ، ص: 151-152- 153 .

(3) – ينظر : علم العقاب ، المؤسسات العقابية و محاربة الجريمة في الجزائر ، د. زين الدين بن الشيخ (منشورات دحلب ، الجزائر : 1998) ، ص: 30-31 .

إلا أن الذي لا يمكن إنكاره ، هو الإتجاه النظري لفقهاء القانون حول جدوى النظام العقابي ، فبعضهم – كما تقرر عند مدرسة الدفاع الإجتماعي – يرى أن العقوبة المتمثلة في الصورة التقليدية المتميزة بالصرامة و الإيلام ، لم تعد تستوعب الأساليب التي يعامل بها المجرمون[1] .

و قد أحل بعض فقهاء القانون مكان العقوبة بما يسمى **التدابير** و هي من الوسائل غير العقابية ، القصد منها منع وقوع الجريمة مستقبلا[2]، ففيصل التفرقة بين العقوبة و التدبير ، هو نسبة الألم النفسي ، فإن كانت النسبة عالية ، اعتبر ذلك عقوبة ، و إن كانت ضئيلة ، اعتبر ذلك تدبيرا[3] .

لكن الملاحظ أن الألم النفسي ، يتعلق بالتصور الشخصي للمحكوم عليه و لذلك فإن إحلال فكرة التدبير مكان العقوبة ، فكرة مبنية على النظر ومخلفاتها قد تكون حجة على عدم جدوى مبدأ شرعية العقوبة .

و لقد لوحظ من خلال بعض القراءات لكتب القانون في هذا المجال ، أن الدرسات الجنائية تتجه نحو الجمع بين ما يسمى **بالسياسة العلاجية** والسياسة العقابية ، و أنه أصبح لهما و جهان :

– **وجه قانوني** ، يعتمد على النظر في الجريمة .

– **وجه إجتماعي** يعتمد على أن الجريمة ظاهرة إجتماعية .

فأصبحت العلوم الإنسانية الأخرى ، كالعلوم الإجتماعية و العلوم النفسية[4] تساعد على إثراء الجانب القانوني.

---

(1) – ينظر : المجرم تكوينا و تقويما ،ص: 75 .

(2) – ينظر : السياسة الجنائية المعاصرة و مبادئ الدفاع الإجتماعي من منظور إسلامي ، ص:17 – 18 .

(3) – ينظر : المجرم تكوينا و تقويما ، ص: 301 .

(4) – يقوم علم النفس بدور مزدوج ، دور التثبت من وجود حالة تعفي من المسؤولية الجنائية ، و دور في علاج المتهم ، كما أنه يسود قوانين العقوبات المعاصرة اليوم ، إلى تقرير معاملة خاصة لطائفة الأحداث المجرمين . ينظر : المدخل للعلوم القانونية ، د. حبيب ابراهيم الخليلي (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1998) ،ص: 51 .

الذي يمكن الوصول إليه ، هو أن الإجراءات العقابية لايمكن الإستغاء عنها لضروريتها في دفع الفساد ، فكلا من التشريع الإسلامي والتشريع القانوني قد طبقا النظام العقابي ، و يمكن أن تكون العلوم الإنسانية الأخرى ، طرفا مساعدا خاصة في جانب عقوبات التعازير في التشريع الإسلامي.

لأن اعتماد النظام العقابي للتعازير على الأحوال و الظروف ، قد يستدعي العلوم الإنسانية ، في معرفة أحوال المجرمين ، فلا اختلاف في الوسائل إن أدت إلى مقاصد مشروعة.

المطلب الثاني

الإجراءات العلاجية

العقوبة في التشريع الإسلامي ، و إن كان الإيلام ظاهر فيها ، إلا أنها لديها جانب آخر ، هو **الاستصلاح** ، كما عبر به كثير من الفقهاء ، بناء على قاعدة الزواجر و الجوابر ، فقد تبين أن العقوبات في التشريع الإسلامي **مشروعة لجلب مافات من المصالح ، و درئ المفاسد**[1] .

و هناك من العقوبات ، يمكن أن يطلق عليها بما يسمى بالتدابير العلاجية ، أو التدابير السالبة للحرية و المقيدة لها ، كما هو في القانون .

و قد أشار الفقهاء إلى ذلك ، باستعمال عبارة الاستصلاح ، خاصة فيما يتعلق بجرائم الأحداث ، و تعازير المعاصي ، و قد شرع لذلك إجراء علاجي و هو الحبس ، المقصود منه ليس العقوبة ذاتها ، و إنما هو تدبير علاجي ، من خلاله و بعد الإستتابة و التذكير ، أن يكف الجاني عن جرائمه[2] .

---

(1) – ينظر : قواعد الأحكام ،ج1 ص: 179 . و ينظر إلى مبحث المبادئ في المطلب الأول .

(2) – ينظر : الفروق ، ج1 ص:216 . و قواعد الأحكام ،ج1 ص: 179 .

و هناك عقوبة تبعية أخرى ، و هي عقوبة التغريب و النفي عن الوطن ، و إن كان بعض العلماء قد أراد بها الحبس كما سيبين لاحقا ، و هي من العقوبات الأصلية لورود النصوص في ذلك .

أما في هذا المطلب ، فتطرح على أنها تدبير علاجي لما فيها من معاني الاستصلاح ، و إن كان عقوبة تبعية لعقوبات أصلية ، كعقوبة الزنا و قاطع الطريق ، إلا أن الغالب فيها معنى التقويم و العلاج .

الفرع الأول

الحبس

هو إجراء علاجي ، سالب للحرية ، كان معروفا منذ القدم ، و هو أمر اجتهادي ، و حقيقته مشتقة من الحصر ، لقوله ﷻ : ﴿ وجعلنا جهنم للكافرين حصيرا ﴾[1]،و المقصود منه الضجر[2] .

و بعض فقهاء العصر ، يفرقون بين الحبس الإحتياطي و الحبس كجزاء على عقوبة[3] .

و الحبس الإحتياطي ، هو إجراء تحفظي ، فالمحبوس احتياطا أثناء التحقيق ، هو شخص لم تثبت إدانته بعد ، فهي ليست عقوبة ، و إنما وسيلة احتياطية تستعمل أثناء التحقيق ، لمنعه من الهروب ، أو عن التأثير على مجرى التحقيق[4] .

و قد عرف ذلك في الشرع الإسلامي ، على أنه جزء من الدعاوي التي يكون

---

(1) – سورة الإسراء ، الآية : 8.

(2) – ينظر : تبصرة الحكام ، ج2 ص: 310 . و رد المحتار ، ج5 ص: 385 .

(3) – ينظر : العقوبة في الفقه الإسلامي ، بهنسي ، ص: 204 .

(4) – ينظر : المرجع نفسه .

فيها المتهم مجهول الحال ، لا يعرف بره من فجوره ، فهذا يحبس حتى ينكشف حاله ، و هو منصوص عند أكثر الأئمة[1] .

و النصوص في ذلك ، ما روي أن النبي ﷺ حبس في تهمة ، وعن أبي هريرة أنه ﷺ حبس يوما و ليلة[2] .

و ذهب بعض العلماء ، أن هذا الإجراء يوافق الأصول المتفق عليها بين الأئمة فقد اتفقوا على أن المدعي إذا طالب المدعى عليه الذي يسوغ إحضاره ، و جب على الحاكم إحضاره إلى مجلس الحكم ، حتى يفصل بينهما ، و لشغل الحاكم بأمور الحكومات السابقة ، فقد يكون المحبوس المطلوب محبوسا من حين يطلب إلى أن يفصل بينه و بين خصمه و هذا حبس بدون التهمة[3] .

و هذا النوع من الحبس ليس على إطلاقه ، و إنما هو مقيد ، فقد ذكر العلماء أن القاضي يتعرض لهذا الإجراء في حالة إذا لم يتمكن من معرفة عدالة الشهود ، و اختلفوا في تقديره ، فبعضهم يقول أنه مقدر بشهر ، و بعضهم لم يقدره على أنه موكول لاجتهاد الحاكم[4] .

– أما الحبس **باعتباره عقوبة** ، فإنه شرعا ، ليس هو الحبس في مكان ضيق ولكنه تعويق الشخص و منعه من التصرف بنفسه ، سواء كان في البيت أو المسجد أو مكان يتوكل الخصم أو وكيله عليه و ملازمته له[5] .

و المعلوم أن هذا النوع من الحبس لم يكن في عهد النبي ﷺ و لا في عهد الخليفة أبو بكر ﷺ ، و لكن استحدث في عهد الخليفة عمر بن الخطاب ﷺ ، فقد ابتاع

---

(1) – ينظر : الطرق الحكمية ، ص : 89 .

(2) – ينظر : تبصرة الحكام ، ج2 ص: 311 . و ينظر في سند السياسة العقابية في الشريعة الإسلامية في المبحث الثاني، ص:25-26 .

(3) – ينظر : تبصرة الحكام ، ج2 ص: 311 .

(4) – ينظر : المصدر نفسه ، ج2 ص:158 .

(5) – ينظر : الفروق ، ج4 ص: 136 .

دارا بمكة ، جعلها سجنا يحبس فيه ، و قد تنازع الفقهاء في ذلك [1].

و مدة الحبس تختلف باختلاف حال المجرم في نفسه ، تماشيا مع القاعدة العامة للتعازير ، فلو حدد الشارع الحكيم مدة الحبس ، لوقع الناس في الحرج الشديد، لاختلاف أحوالهم في ذلك ، و القاعدة العامة في التعزير، على أنه **يحبس بحسب حال المجرم في نفسه**[2] .

و في بعض الروايات دلت على أنه قد يحبس الجاني إلى الموت حتى يحدث توبة مثل الساحر، و عدم تحديد المدة هو الأصل و لذلك اعتبر الحبس إجراء علاجي و العلاج يأخذ وقتا ، يقدر بحسب الهدف ، وهو ابعاد المجرم عن مخالطة المجرمين لمدة طويلة .

الفرع الثاني

التغريب و النفي

و التغريب هو النفي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة ، فإن انقضت المدة ، فهو بالخيار ،بين الإقامة و بين العود إلى موضعه[3] .

و مدة التغريب سنة ، و ليس للإمام أن يزيد على السنة لورود النصوص في ذلك أما المسافة ، فأمر يجتهد فيه .

و قد روي عن أبي هريرة ﷺ أن علي بن أبي طالب ﷺ قال : ﴿ **يغرب حيث ينطلق عليه إسم الغربة ، و إن كان دون ما تقصر إليه الصلاة ، لأن القصد تقويمه بالغربة ، و ذلك يحصل دون ما تقصر الصلاة** ﴾[4] .

---

[1] – ينظر : تبصرة الحكام ، ج2 ص: 310 .

[2] – ينظر : رد المحتار ، ج5 ص: 385 .

[3] – ينظر : العقوبة في الفقه الإسلامي ، بمنسي ، ص: 174 .

[4] – ينظر :المجموع شرح المهذب ، ج2 ص: 271 .

و التغريب أنواع بحسب الجرائم :

– تغريب الزاني الذي ارتكب فاحشة الزنا ، مع إقامة الحد عليه ، لأن التغريب عقوبة تبعية ، و لورود النص في ذلك ، أن النبي ﷺ قال : ﴿ **خذوا عني ، خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة جلدة و نفي سنة ، و الثيب بالثيب جلد مائة و الرجم** ﴾[1] .

و اختلف الفقهاء في مسمى النفي ، ففقهاء الحنفية يقصدون بذلك الحبس حيث يرى الحاكم[2] ، و فقهاء المالكية على أنه ينفى إل بلد آخر ، غير الذي يستحق فيه العقوبة ، فيحبس هناك[3] .

و هناك مسألة فقهية تفرد بها الإمام أبو حنيفة ، فقد منع التغريب و الزيادة على عقوبة الجلد ، من جهتين :

– أن الله ﷻ أمر بالجلد و لم يذكر التغريب والزيادة على ذلك نسخ ، ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحد .

– التغريب فيه تعريض الزاني للزنى من جهة ، أنه يزول مانع العشائر و المعارف التي تجلب الحياء ، فيزول هذا المعنى في التغريب ، و يتوفر الداعي إلى الإقدام على الجريمة .

– و فعل الصحابة محمول على المصلحة على طريق التعزير ، فقد روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه نفى رجلا فلحق بالروم فقال : لا أنفي بعدها أحدا ، و روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه قال : «كفى بالنفي فتنة » فدل أن فعلهم على طريق التعزير[4].

---

(1) – صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، رقم : 3199 .

(2) – ينظر : العناية شرح الهداية ، ج5 ص: 245 .

(3) – ينظر : المدونة ، ج4 ص : 504 .

(4) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 45 . و بدائع الصنائع ،ج7 ص: 39 . و العناية شرح الهداية ، ج5 ص: 243 – 244.

– و تغريب قاطع الطريق ، و قد اختلف في مسمى النفي فيه ، ففقهاء المالكية و الحنفية على أنه الحبس[1] ، و فقهاء الشافعية على أن يطلبوا لإقامة الحدود عليهم فيبعدوا[2] .

– و تغريب المخنث[3] ، فقد ثبت نصا على نفيه ، فعن ابن عباس ﷺ قال: ﴿**لعن النبيﷺ المخنثين من الرجال و المترجلات من النساء ، و قال أخرجوهم من بيوتكم و أخرج فلانا ، و أخرج عمر فلانا**﴾[4] .

– و التغريب كذلك يكون للمصلحة العامة ، فيجوز للحاكم أن يفرض إجراء على الجرائم التي تمس المصلحة العامة ، و قد نفى خليفة المسلمين عمر بن الخطاب ﷺ معن بن زائدة ، عندما اصطنع خاتما على نقش خاتم بيت المال وأخذ بهذه الوسيلة مالا ، و ذلك بعدما عاقبه بالضرب و السجن[5] .

الإجراءات العلاجية في القانون :

كان لها الأثر الكبير في إثراء النظام العقابي، فبينما كان الهدف من العقوبة الردع والزجر ، أصبح يرافق هذا المعنى هدف آخر وهو إصلاح الجاني ، و هو هدف الإجراءات العلاجية .

و يشير أنصار الإتجاه العلاجي من فقهاء القانون ، إلى ضرورة **تفريد العقاب** بمعنى تحديد أسلوب التعامل مع كل مجرم ، على حسب الأحوال و الظروف العقلية و النفسية و الاجتماعية ، من خلال مؤسسات مقيدة للحرية كالسجن ومركز التأديب.

---

(1) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 136 .

(2) – ينظر : الأم ، ج4 ص: 311 .

(3) – ينظر : مواهب الجليل ، ج6 ص: 433.

(4) – صحيح البخاري ، كتاب الحدود ، رقم :6445.

(5) – ينظر :المغني ، ج6 ص: 348 .

و لقد أخذ المشرع الجزائري بنظام السجون ، الـــذي يقـــوم علـــى النظـــام التدريجي[1] ،و يعتبر هذا النظام أحدث الأنظمة العقابية ، يقوم علـــى أســـــاس علمي و **الأمر رقم 72 – المؤرخ في 10 فيفري 1972** الذي صدر بموجبه **قانون تنظيم السجون** و إعادة التربية في مقدمته : إن العقوبة السالبة للحرية تهدف أساســـا إلى إصلاح المحكوم عليهم .

و النظام التدريجي يقوم على المؤسسات العقابية التالية:

– مؤسسات البيئة المغلقة ، من **المادة 26 من قانون 2/72** تنص على اتباع نظـــام البيئة المغلقة ، بوضع المحكوم عليهم في أماكن مغلقة و رقابـــة مـــستمرة بهـــدف تقويمهم.

– مؤسسات الحـــرية النصفية ، فقد نصت **المادة 144** من نفس القانـــون على أن يكون المحكوم عليهم خارج المؤسسات العقابية في النهار بدون مراقبة مستمرة و في الورش الخارجية ، و المصانع ، أو في مؤسسات ذات النفع العام.

– المؤسسات المفتوحة ، نصت **المادة 145** من نفس القانون ، على فحص حالات المحكوم عليهم و الإطلاع على تقبلهم للطاعة ، و شعورهم بالمـــسؤولية اتجـــاه المجتمع الذي يعيش فيه ، و عادة يكون في مراكز فلاحية .

و هذا في حقيقته و من حيث الهدف من الإجراءات العقابيـــة ، يتوافـــق مـــع الإجراءات العقابية في التشريع الإسلامي .

فقد تبين أن الهدف من وضع السجون في التشريع الإسلامي هو التقويم والعلاج و ليس يقصد به التعذيب ، والهدف من ذلك هو إصلاح الجاني .

و أما مايتمثل في المؤسسات العقابية التي توصل إليها التشريع القـــانوني ، فهـــي تعتبر وسائل للإصلاح ، و يمكن أن يستفيد بها التشريع الإسلامي ، لأنه قد تقـــرر

---

[1] – النظام التدريجي ، يعنى به التدرج في العقوبة من مراحل الشدة إلى التخفيف ، من خلاله يعرف مدى استيعاب المحكوم عليه لبرامج التأهيل ، ينظر : علم العقاب ، المؤسسات العقابية و محاربة الجريمة في الجزائر ، ص: 40 .

عند علماء الأصول أن **حكم الوسائل حكم ما أفضت إليه من وجوب أو غيره** و هي مبنية على نظرية : **ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب**[1] .

المطلب الثالث

الإجراءات الوقائية

إن الشارع الحكيم لما شرع العقوبة ، شرع معها مايدفع الوقوع في الجريمة من خلال إجراءات وقائية تضمنتها عقوبات الحدود و التعازير .

الفرع الأول

الإجراءات الوقائية في الحدود

المقصود من الوقاية عند القانونيين ، منع الجريمة من الوقوع أصلا[2] ، و هـذا نفسه موجود في الحدود ، و ذلك باعتبار أنها شرعت للزجر ، بمعنى آخر ، أنهـا شرعت لمنع وقوع الجريمة مستقبلا .

و الحدود بنيت على مبدأ عام يتضمن المحافظة و الموازنة بين المـصالح العامـة والخاصة ، إلا أن جانب المحافظة على المصالح العامة هو الغالب فيها ، و الذي فيه معنى مراعات حق الله سبحانه و تعالى .

و الحدود في حقيقتها ، عقوبات جاءت غليظة ، إلا أن غلظتها اقتضت ذلـك لأن المقصود من التغليظ هو الوقاية ، بدليل :

- أن الحدود لا تطبق إذا وجدت شبهة قوية .

---

(1) – للتفصيل في هذه المسألة ينظر : الفروق للقرافي ، ج2 ص: 32 .

(2) – ينظر : المجرم تكوينا و تقويما ، ص : 265 .

- أفضلية التستر و التوبة على الشهادة [1].

- إيجاد ما يعين على دفع الوقوع في هذه الجرائم .

فأما وجود الشبهة و ترجيح الستر على الشهادة فقد تبين وجه التفصيل فيهما في المباحث السابقة ، و قد تبين وجه الشرع فيهما من الناحية الفقهية .

و قد يعترض معترض على غلظتها و قسوتها ، فالقطع في السرقة ، و الجلد في الزنا و القذف ، و الرجم بالنسبة للزاني المحصن ، لا يتوافق مع الإجراءات الوقائية لأن فيها معنى التعذيب و التلف .

فيقال : قد تبين أن المقصود من الحدود الزجر و ليس التلف ، كما تقدم في مبدأ التخفيف ، و الزجر هو منع وقوع الجريمة مستقبلا ، و هذا يتضمنه مقصود الإجراءات الوقائية .

أما فيما يتعلق بقسوتها و غلظتها ، فإن هذه الأمور استدعتها الإجراءات الوقائية حتى في الجانب القانوني .

بيانه : أن السياسة الوقائية في القانون تقوم على مايسمى بعلم الإجرام (criminologie) ، وهو يقوم على الوقاية من العامل السببيّ ، و يقصد بذلك الوقاية من العامل الوراثي السيء ، عن طريق الفحص الطبي قبل الزواج فإن كان الفحص سلبي ، منع الشخص من الزواج ، و تجرى عليه عملية التعقيم و اتستئصال الخصيتين للرجل أو المبيض عند المرأة [2].

مع أن تعميم ذلك قد يفضي إلى مفاسد عظيمة ليس لها حد ، لأن الوراثة سنة خفية ،لا تدرك ضوابطها ، و أن استئصال ماتقوم به الحياة عند الإنسان فيه تعد على حياته .

---

[1] – ينظر : مطلب مبدأ الشبهة ، ص:60 ، و مطلب الإجراءات العقابية ، ص: 91-92 .

[2] – ينظر إلى : المجرم تكونا و تقويما ، ص : 274 .

أما الدليل الثالث ، قد تكلم فيه الفقهاء كثيرا ، وهو باب واسع ، يدخل ضمن الوعظ و الإرشاد ، و حث الناس على الإبتعاد عما يدعوا إلى الوصول إلى هـــذه الجرائم ، من خلال نظام الحسبة المتمثل في الأمر بالمعروف و النهي عن المنكـــر ، القصد من ذلك إيجاد عوامل تساعد على الفضيلة ، و محاربة العوامـــل التي تساعد على الإجرام ، كالبطالة و دور الفساد ، و في ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : « و كما أن العقوبات شرعت داعية إلى فعل الواجبات وترك المحرمات فقد شرع أيضا ما يعين على ذلك ، فينبغي تيسير طريق الخير و الطاعة ، و الإعانة عليه ، و الترغيب في كل ممكن ، مثل أن يبذل لولده وأهله ورعيته ما يرغبـــهم في العمـــل الصالح من مال و ثناء أو غيره »[1] .

و أصحاب القانون يقيمون سياستهم الوقائية على مكافحة العامـــل المهيـــئ أو المساعد على الجريمة من خلال ، رفع المستوى المعيشي للناس ، و إزالة البأس عنهم و مكافحة البطالة و الأجر الضئيل ، و تشجيع مؤسسات المجتمع المدني من جمعيات خيرية و غيرها ، و الحرب الشديدة على المخدرات ، و التوسع في إقامة المساكن الصحية و تسيير الحصول عليها ، و القضاء على التقاليد الفاسدة والرقابـــة علـــى الأفلام و المطبوعات ، و إصلاح ذات البين[2].

الفرع الثاني

الإجراءات الوقائية في التعازير

تدخل بعض الإجراءات في السياسة التقويمية للمجرم ، الغرض منها الوقاية ،لا تلحق الضرر المادي على المجرم ، كما هو في العقوبات المقدرة و المتمثلة في الحدود

---

(1) – فتاوي ابن تيمية ، ج28 ، ص : 370 .

(2) – ينظر : المجرم تكوينا و تقويما ، ص :277 .

أو العقوبات غير المقدرة التي تلحق الألم المادي على المجرم ، كعقوبات التعزير كالحبس و الضرب ، و غيرها .

و هناك إجراءات هي ليست من العقوبات ، و إنما تعتبر من التدابير التعزيرية التي لا تلحق الألم المادي على المقترف للمعصية ، و إنما هي عبارة عن حذر وتحفظ ، و هي من الإجراءات الوقائية ، و إن كان لها الألم النفسي .

و لقد عرف الشرع الإسلامي هذا النوع من الإجراءات ، تكلم فيه الفقهاء المعاصرين بشئ من الإهتمام ، خاصة و أن الإتجاه الذي يطغى على الفقه الجنائي في هذا العصر ، و هو الإعتماد على التدابير الوقائية .

و من هذه الإجراءات في التشريع الإسلامي :

- **الحرمان من الشهادة** ، بالنسبة للقاذف التي لم تثبت شهادته ، فزيادة على عقوبة لجلد ، فإنه يفسق و لا تقبل شهادته ، إلا إذا تاب قبل إقامة الحد عليه على رأي الحنفية ، فإن تاب بعدها فلا تقبل شهادته ، و تقبل شهادته على رأي المالكية و الشافعية بعد التوبة[1] .

- **الحرمان من الميراث** و الوصية ، و ذلك في القاتل الذي يقتل مورثه واختلفت المذاهب في تفاصيل الحرمان ، وهل القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان فقط؟

و الأصل في ذلك قوله ﷺ : ﴿ **ليس للقاتل شيئ من الميراث** ﴾[2]، و أما الوصية فالأصل في ذلك قوله ﷺ : ﴿ **لا وصية لقاتل** ﴾[3].

---

(1) – ينظر : بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج6 ، ص: 141 . و فيه بين سبب الخلاف بين المالكية و الشافعية و الحنفية في هذه المسألة .

(2) – سنن أبي داود ، كتاب الديات ، رقم : 3955 .

(3) – أخرجه الدارقطني في الأقضية ، و أشار إلى أن فيه وضاع يضع الحديث ، ينظر : نصب الراية ، ج6 ص: 496 و قد استدل به الحنفية في حرمان القاتل من الوصية ، ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 274 .

- **التوبيخ** ، و يطلق عليه في الإصطلاح الفقهي الكره و الإستخفاف بالكلام ويمكن أن يكون تعزير بعض الناس بزواجر الكلام و غاية الإستخفاف الذي لا قذف فيه و لا سب ، كما ورد عن أبي ذر الغفاري ، أنه سب رجلا فعيره بأمه فقال رسول الله ﷺ : ﴿ **ياأبا ذر ، أعيرته بأمه ، إنك امرؤ فيك جاهلية** ﴾[1].

- **التشهير** ، و يقصد به الإعلان عن الجريمة ، و يكون في الجرائم التي عادة تعتمد عليها الناس و تجلب لهم الثقة ، كشهادة الزور و الغش[2] .

- **الوعظ و الإرشاد** ، و هو التذكير بالله تعالى و قدرته ، و بتعليمه إن كان جاهلا ، أو تذكيره إن كان ناسيا ، إن رأى القاضي أنه فيه كفاية لردع الجاني وإصلاحه.

- **التهديد** ، عندما يشعر القاضي أن ذلك كاف لإصلاحه ، خاصة إن علم أن فيه ملامح الخير و الرجوع ، فيهدده على إن فعل ذلك مرة أخرى ، فسوف يكون مصيره الضرب و الحبس أو بأقصى عقوبة .

---

[1] – صحيح البخاري ، كتاب الإيمان ، رقم :30 .

[2] – ينظر : التشريع الإسلامي ، ج1ص : 704 .



الفصل الثاني

ضوابط عقوبة السرقة



ويخصص هذا الفصل الكلام عن النظام العقابي لعقوبة السرقة
من خلال بيان ضابطها الشرعي، وضابطها المادي
وضابطها المعنوي.



المبحث الأول

الضابط الشرعي

إلتزم الفقهاء بالجانب الوضعي للعقوبة و لم يخرجوا عن النصوص الـــواردة في الباب حتى تفسير نصوص العقاب كانت مضبوطة بضابط النص ، و اجتهد الفقهاء على ضوء هذه النصوص و لم يخرجوا من دائرتها ، و حتى و إن بدا الخلاف فـــإن أصل النزاع في ثبوت النص .

و من خلال النصوص الشرعية توصل الفقهاء لمعرفة حدود العقوبات ، و أرادوا ضبط تعريفها بالحد حتى لا تلتبس مع الألفاظ التي تشاركها في المعنى مثل السرقة و الإختلاس ، أو السرقة و الغصب ، أو السرقة و خيانة الأمانة .

المطلب الأول

شرعية العقوبة

تستمد الحدود شرعيتها من مصدرين أساسيين في التشريع ، و همـــا الكتـــاب و السنة ، و قد يأتي في الكتاب ما يدل على العموم و الإجمال ، فتـــأتي الـــسنة وتخصص ذلك العموم و تفصل ذلك الإجمال .

فالقرآن الكريم و إن كان كلي هذه الـــشريعة ، و المـــصدر الأول لإســـتنباط الأحكام الشرعية ، فإن بعض عباراته تحتاج إلى البيان ، فقد تقرر عنـــد علمـــاء الأصول ، أن دلالات الألفاظ القرآنية على أحكامها قد تكون قطعية ، بمعنى ثابتة لا تحتاج إلى بيان ، و قد تكون ظنية يبحث لها ما يخصص عمومها و يفصل مجملها

و ليس الهدف هو التفصيل في هذه القضايا الأصولية ، فيكفي في ذلك النظـــر في كتب أصول الفقه فإن فيها ما يغني من التحقيق في نظائر هذه المسألة .

و عقوبة السرقة هي من الحدود التي قدرها الله ﷻ ، بقولـــه : ﴿ و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما جزآء بما كسبا نكالاً من الله و الله عزيز حكيم ﴾[1] .

و هذه العبارات في هذه الآية الكريمة ، تحتاج إلى بيان ، بمعنى هل لفظ الـــسرقة يصدق على كل سارق ، أم أن لها وضع شرعي ؟

و قد استدل الظاهرية بعمومها ، على أن لفظ السرقة يستغرق كل ما يـــصدق عليه اسم سارق ، و تمسكوا بذلك ، و ربما أخذًا بقول ابن عباس لما سئل عنـــها أخاص أم عام ، فقال : بل عام [2].

بخلاف ما ذهب إليه جمهور العلماء ، فقد اتفقوا على أن الآية تحتاج إلى بيـــان وأن هذا البيان موجـــود في السنة ، فهي تبين مبهمه ، و تفصـــل مجمله و تخصص عمومه على اختلاف قولها في التخصيص ، و قد ثبت عندهم أن حكم الـــسرقة متعلق بمعنى غير الإسم ، و أن هذا المعنى موجود في السنة[3] .

و لعل الإستدلال بعموم الآية من غير استقراء للسنة الواردة في الموضوع ، قـــد أفضى إلى نظرة بعض الباحثين المعاصرين ، و التي تنبني على أن كلمـــة الـــسارق وكلمة السارقة و صفان لا فعلان ، و الوصف لا يتحقق في الشخص إلا بالتكرار و لذلك لا يسمى من وقع منه الكذب مرة واحدة أنه كذاب[4] .

لكن هذه النظرة تعارضها نصوص السنة الواردة في البـــاب ، و قد بينت مجمل

---

(1) – سورة المائدة ، الآية : 38 .

(2) – تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير ، قدم له : عبد القادر الأرناؤوط ، ط2 (دار ابن باديس ، الجزائر : 1998م) م2 ص:77 .

(3) – ينظر: أحكام القرآن ، الجصاص ، ج2 ص: 583 .

(4) – ينظر: العقوبة ، أبو زهرة ، ص: 134 .

القرآن من حيث بيان المعنى الشرعي للسرقة ،حتى توصل الفقهاء من خلال الجمع بين ما تقرر في السنة و القرآن إلى وضع حدّ للسرقة من خلال شروطها و المتمثلة في مقدار القطع و الحرز ، و تفصيل ذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول

ما يوجب القطع

قبل الخوض في بيان نصوص السنة في ذلك ، فإن المقصود ليس مناقشة الأقوال و بيان محل الإستدلال ، فتفصيل ذلك في المباحث اللاحقة ، و إنما عرض الأقوال فقط وبيان موضع الإستدلال .

و قد ورد في هذا الموضوع كثير من نصوص السنة ، إلا أن الملاحظ عند الفقهاء أن مدار استدلالهم على ما يوجب القطع قد انحصر في بعض النصوص المشهورة هي كالتالي:

- ماورواه البخاري ، عن عائشة – رضي الله عنها – أنها قالت :﴿ **لم تكن تقطع يد السارق على عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن المجن ، ترس أو جُحفة و كان كل واحد منهما ذا ثمن** ﴾[1] ، و هذا استدل به الفقهاء على شرط النصاب خاصة الظاهرية عندما حدّدوا النصاب بثمن المجن .

- ما روته – رضي الله عنها – كذلك ، أن النبي ﷺ قال : ﴿ **لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدا** ﴾[2] ، وهو دليل من قال بنصاب ربع الدينار .

- ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ﴿**أن النبي ﷺ قطع في مجنّ ثمنه ثلاثة**

---

[1] – صحيح البخاري ، كتاب الحدود ، رقم : 6296 .

[2] – صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، رقم : 3190 .

دراهم﴾[1]، و هذا دليل من قال بنصاب الثلاثة دراهم .

- ما روي عن ابن عباس ﴿ **كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ يقوم عشرة دراهم** ﴾[2].

- و عن عبد الله بن عمر: ﴿**قطع رسول الله ﷺ في مجن قيمته خمسة دراهم** ﴾[3].

- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : ﴿ **لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ، و يسرق الحبل فتقطع يده** ﴾[4]، و هذا دليل من أعمل عموم الآية و لم يشترط النصاب .

- حديث عائشة – رضي الله عنها – قالت :﴿ **أن قريشا أهمهم شأن المخزومية التي سرقت ، فقالوا : من يكلم فيها رسول الله ﷺ ، فقالوا : و من يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ ، فكلمه أسامة ، فقال رسول الله ﷺ : أتشفع في حد من حدود الله ، ثم قام فاختطب ، ثم قال : إنما أهلك من قبلكم ، أنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه، و إذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد و أيم الله ، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها** ﴾[5] ، و هذا النص عظيم الأثر في الفقه الإسلامي استدل به بعض الفقهاء على أن خيانة الأمانة ليست من السرقة .

---

(1) – الموطأ ، كتاب : الحدود ، رقم : 1514 .

(2) – سنن النسائي ، كتاب قطع السارق ، رقم : 4866 .

(3) – سنن النسائي ، كتاب قطع السارق ، رقم : 4822 .

(4) – صحيح البخاري ، كتاب الحدود ، رقم : 6410 .

(5) -صحيح البخاري ، كتاب أحاديث الأنبياء ، رقم : 3288 .

الفرع الثاني

ما لا يوجب القطع

و في هذا الباب نصوص كثيرة ، منها ماهو من باب السياسة ، و قد ذكر بعضه في الفصل الأول ، منها:

– حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : سئل رسول الله ﷺ في كم تقطع اليد ، قال :﴿ **لا تقطع اليد في ثمر معلق ، فإذا ضمه الجرين قطعت في ثمن المجن ، و لا تقطع في حريسة الجبل ، فإذا آواه المراح قطعت في ثمن المجن** ﴾[1] .

و هذا النص استدل به الفقهاء على شرط الحرز .

– حديث جابر عن النبي ﷺ أنه قال : ﴿ **ليس على خائن و لا منتهب و لا مختلس قطع** ﴾[2]، و استدل به الفقهاء على أن المنتهب و الخائن و المختلس ألفاظ تختلف عنها السرقة و إن كانت تشاركها في المعنى .

– قوله ﷺ : ﴿ **لا قطع على المختفي** ﴾[3] و هذا بالنسبة للنباش الذي ينبش القبور فيأخذ ما فيها .

– روي عن ابن عباس رضي الله عنه :﴿ **أن عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه و قال : مال الله سرق بعضه بعضا** ﴾[4]، وهذا استدل به من قال بشبهة الحق بالنسبة الذي سرق من بيت المال .

– بما وقع لابن أبي الحقيق حين أخفى كترا يوم خيبر و ادعى ذهابه بالنفقة فحبسه النبي ﷺ و رد عليه بقوله : « العهد قريب و المال كثير » فكان ذلك قرينة

---

(1) – سنن النسائي ، كتاب : قطع السارق ، رقم : 4871 .

(2) – سنن الترمذي ، كتاب : الحدود ، رقم : 1472 .

(3) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص: 198 .

(4) – رواه البيهقي وقال: اسناده ضعيف ، ينظر: نصب الراية ج4 ص: 198 .

على كذبه ثم أمر الزبير أن يسمه بعذاب حتى ظهر الكتر[1] ، و هذا استدل به الفقهاء على جواز الأخذ بحبس المتهم .

– ما روي أن رجلا من مزينة أتى النبي ﷺ فقال : يارسول الله كيف ترى في حريسة الجبل فقال : ﴿ **هي و مثلها و النكال و ليس في شيء من الماشية قطع ، إلا فيما آواه المَرَاح فبلغ ثمن المجنّ ففيه قطع اليد و ما لم يبلغ ثمن المجنّ ففيه غرامة مثليه و جلدات نكال** ﴾[2] ،و هذا من ناحية أن النبي ﷺ أغرم السارق و منه يستفاد مشروعية الحبس بالنسبة للسارق الذي سرق من غير حرز و هي عقوبة تعزيرية .

– قوله ﷺ : ﴿ **أنت و مالك لأبيك** ﴾[3] ، و هذا من حيث إعمال مبدأ الشبهة .

و قد استدل به الفقهاء على سقوط حد السرقة التي تقع بين الفروع و الأصول بخلاف سرقة الفرع للأصل ففيها خلاف سيبين لاحقا .

الفرع الثالث

عمل الخلفاء الراشدين

– ما روي عن علي ﷺ أنه أوتي بسارق فقطع يده ، ثم أوتي به الثانية وقد سرق فقطع رجله ثم أوتي به الثالثة و قد سرق فقال : « لا أقطعه ،إن قطعت يده فبأي شيء يأكل ، بأي شيء يتمسح ، و إن قطعت رجله بأي شيء يمشي ، إني لأستحي من الله فضربه و حبسه »[4]، وهذا رأي أخذ به بعض الفقهاء في عدم

---

(1) – ذكره ابن فرحون في باب العمل بالقرائن : تبصرة الحكام ، ج2 ص: 120 . الطرق الحكمية ، ص: 7 .

(2) – سنن النسائي ، كتاب : قطع السارق ، رقم : 4873 .

(3) – ينظر : الفصل الأول ، ص: 53 .

(4) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 86 .

القطع لمن سرق ثالثة ، و إنما رأى حبسه فراع مصلحة المحافظة على الأطراف على مصلحة القطع .

– و ما روي أن سيدنا عمر ﷺ أوتي بسارق أقطع اليد و الرجل قد سرق نعالا يقال له سدوم و أراد أن يقطعه فقال له سيدنا علي ﷺ : « إنما عليه قطع يـــد و رجل » فحبسه عمرﷺ و لم يقطعه [1].

– وعن عكرمة بن خالد قال : أتي عمر بسارق قد اعترف ، فقـــال عمـــر : إني لأرى يد رجل ما هي بيد سارق ، قال الرجل : و الله ما أنا بسارق فأرسله عمر و لم يقطعه[2] ، و هذا استدل به من قال بجواز التهم و إعمال القرائن والأحوال .

– قول عمر ﷺ لعبد الله بن عمرو بن الحضرمي حين قال :« إن غلامي ســـرق مرآة امرأتي »، « أرسله لا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم »[3].

– ولما روي أن سعد ﷺ كتب إلى عمر بن الخطاب ﷺ عن رجل سرق من بيت المال فكتب له عمر :« أرسله فما من أحد إلا و له في هذا المال حق »[4].

و كل ما ورد عن الخلفاء الراشدين كان الغالب فيه إعمال السياسة الشرعية.

---

(1) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 86 .

(2) – المصنف ، ج6 ص: 525 .

(3) –الموطأ ، كتاب الحدود ،رقم : 1527 .

(4) – ينظر: المصنف ،ج6 ص: 524 . التلخيص الحبير ، العسقلاني (مؤسسة قرطبة ، ب.ت)، ج4 ص : 130 .

المطلب الثاني

الوضع اللغوي و الشرعي للسرقة

الفرع الأول

الوضع اللغوي

السرقة في اللغة من سَرَق الشيء يسرق سرَقاً و سرِقاً و استَرقَه[1] ، و السين والراء و القاف ، أصل يدل على أخذ الشيء في خفاء و ستر[2] .

و السَّرَقُ مصدر فعل السارق [3].

و اسْتَرقَ السمع أي إذا تسمع خفية[4] .

و الإستِراق ، الختل سرّاً ، كالذي يستمع[5] .

و المسارقة و الإستراق و التَّسرُّقُ ، اختلاس البصر و السمع ، قال القطامي :

بخلت عليك فما يجود بنائل إلا اختلاس حديثها المُتسرِّق[6]

و هناك ألفاظ أخرى شذت عن معنى الخفية للسرقة ، مثل لفظ السَّرَق الذي هو قطعة من الحرير[7] .

و تكاد التعاريف اللغوية المتقدمة تتفق على أن السرقة هي أخذ الشئ على وجه الخفاء و التستر .

---

(1) – لسان العرب ، ط1 (دار صادر ، بيروت) ، ج7 ص: 174 .

(2) – معجم مقاييس اللغة ، ج3 ص: 154 .

(3) – لسان العرب ، ط1 ، ج7 ص: 174 .

(4) – المصدر نفسه ، و الصفحة نفسها .

(5) – المصدر نفسه ، و الصفحة نفسها .

(6) – المصدر نفسه ، و الصفحة نفسها .

(7) – معجم مقاييس اللغة ، ج3 ص: 154 .

الفرع الثاني
الوضع الشرعي

لقد عرفها الفقهاء بتعاريف ، الناظر إليها – بدايةً – يجد الكثير من القيود ولعل الفقهاء أرادوا من ذلك الوصول إلى حد السرقة ، احترازا عن بعض المعاني خاصة و أن عقوبتها عقوبة غليظة ، فكان الواجب من ذلك الأخذ بالإحتياط في ايجاد مسمًّى شرعي للسرقة .

و إن في عرض أقوال المذاهب الأربعة في تعريفها للسرقة ، شيئاً قد يفضي إلى معرفة الوضع الشرعي للسرقة .

عرفها فقهاء الحنفية بقولهم: « أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ »[1].

و عرفها فقهاء المالكية بقولهم :« أخذ مكلف حرّاً لا يعقل لصغره أو مالاً محترما لغيره نصابا ، أخرجه من حرز بقصد واحد لا شبهة له فيها »[2].

و عرفها فقهاء الشافعية بقولهم :« أخذ المال خفية من حرز مثله بشروط »[3].

و القصد هو عرض الأقوال فقط ، و ليس مناقشتها ، و إنماسيأتي تفصيل ذلك في الضابط المادي للعقوبة .

و التعاريف المتقدمة توحي إلى نقطتين :

– أن التعاريف جاءت مركبة من شروط و أركان للسرقة .

– أنه يوجد معنى تشترك فيه التعاريف المتقدمة .

فالتعاريف الشرعية المتقدمة ، تعاريف بالرسم ، و ليست تعاريف بالحد ، فقد

---

(1) – تبيين الحقائق ،ج3 ص: 212 .

(2) – منح الجليل شرح مختصر خليل ، ج9 ص: 293 .

(3) – أسنى المطالب ، ج4 ص: 137 .

عرفها الفقهاء من خلال بيان الشروط و الأركان ، لا بيان حدها ، و لعل الأخذ بمبدأ الإحتياط في العقوبات قد اقتضى ذلك .

و يوجد معنى يشترك فيه جميع الفقهاء ، و هو « الأخذ خفية » و قد تقرر ذلك في المعنى اللغوي ، و تضمنته جميع التعاريف الشرعية السابقة ، وهو نفسه تعريف الحنابلة للسرقة ، فقد عرفها ابن قدامة بقوله : « أخذ المال على وجه الخفية و الإستتار »[1].

ولقد نظر بعض الباحثين المعاصرين ، على أن الاعتبار الأول لتعريف السرقة – و الذي يتفق مع المعنى اللغوي – هو المعنى الذي تشترك فيه النظم الوضعية مع الشريعة الإسلامية[2] .

و يطلق القانونيون على ذلك مسمى الإختلاس ، و يقصدون به كل فعل يقوم به الجاني للأخذ أو الإستيلاء على مال الغير ، أو أي شيء منقول مملوك الغير بدون رضاه و علمه[3] .

فالإختلاس عند القانونيين يتحقق بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى نقل الشيء إلى حيازة الجاني ، بغض النظر عن الطريقة التي تم بها الإختلاس ، سواء كان ذلك عن طريق السلب مجاهرة ، أو الخطف أو النهب .

غير أن هذا المعنى ليس هو نفسه في التشريع الإسلامي ، فالضوابط التي وضعت للسرقة و التي بينتها السنة النبوية و اجتهد فيها الفقهاء ، توحي إلى أن للسرقة وضع شرعي خاص يقترب إلى بيان حقيقتها ، و ذلك احترازا عن بعض المعاني التي تشبه السرقة باعتبار معين ، كالإختلاس و النهب و الغصب و الحرابة .

---

(1) – المغني ، ج9 ص: 95 .

(2) – ينظر : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، د. محمد سليم العوا ، ط2 (دار المعارف ، القاهرة : 1983) ص: 172 .

(3) – ينظر: شرح قانون العقوبات الجزائري ، محمد صبحي فهمي ، ط2 (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1990) ، ص:116 .

فـــالإختلاس هو خطف الشيء بسرعة على غفلة صاحبها ، و الأخد فيه يكون علانية[1] .

و **النهب** : هو الغلبة على المال ، فيتحقق فيها معنى المغالبة[2] .

و **الغصب** :هو الأخذ ظلما مع المجاهرة[3] .

و **أما الحرابة** : فقد أطلق عليها فقهاء الحنفية مسمى السرقة الكـــبرى ، لكنـــها تختلف عن السرقة ، فالحرابة أخذ على سبيل المغالبة كالنهب ، و عقوبتها تختلـــف باختلاف جنس العمل و ذلك إن كان قتلا أوأخذ مال أو الترهيب ، على اختلاف بين العلماء في ذلك ، قد بين في المباحث السابقة في الفصل الأول .

و كون أخذ الأشياء علانية و مغالبة ، لا يتحقق بها معنى السرقة ، و يكاد معنى الخفية يتعلق بحد السرقة وقد خفي في المرادفات السابقة ، و لعل اختلاف الأسمـــاء يدل على اختلاف المعاني .

و قد نقل ابن رشد الإجماع ، على أن الغصب و الإختلاس ليسا من السرقة إلا إياس بن معاوية ، فقد أوجب في الإختلاس القطع [4].

و قد نقل في المذهب الحنبلي رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ، على أنه يوجب القطع في جاحد العارية[5] ، استدلالا برواية عن المرأة المخزومية « أنهـــا كانـــت تستعير الحلي و أن رسول الله ﷺ قطعها لموضع جحودها »[6] ، ورده الجمهـــور لمخالفته للأصل و هو أن المعار مأمون وأنه يأخذ من غير إذن[7] ، فالمســـألة خيانة

---

(1) – ينظر : الموسوعة الفقهية ، ج17 ص: 154 .

(2) – المصدر نفسه و الصفحة نفسها .

(3) – المصدر السابق نفسه و الصفحة نفسها .

(4) – ينظر: بداية المجتهد ، ج6 ص: 162 .

(5) – ينظر : المغني ، ج5 ص: 373 .

(6) – ينظر: شرح معاني الآثار ، الطحاوي (دار المعرفة ، ب.ت)، ج3 ص: 171 .

(7) – ينظر : بداية المجتهد ، ج6 ص: 165 .

أمانة ، و ليست سرقة .

إذن فالسرقة في التشريع الإسلامي لها وضع شرعي يختلف عن الوضع القانوني و إن كان يتشابهان في المعنى العام ، فالإختلاس في المعنى الشرعي لا يوجب القطع و إنما عقوبته تعزيرية يتولى أمرها أولي الأمر.

و لقد لاحظ بعض فقهاء العصر ذلك[1] و بينوا وجوه الإتفاق في ذلك ، و تقرر عندهم أن الإختلاس في المعنى القانوني معنى عام يدخل تحتها كل المعاني التي فيها أخذ المال بطريقة غير مشروعة ، أما في المعنى الشرعي ، فضيق إلى أبعد حد فقد استبعد الإختلاس مجاهرة و اقتصر على الخفية .

و الناظر في كتب الفقهاء ، يجد أنهم عندما يتكلمون عن السرقة ، فإنهم يطلقون هذا المعنى باعتبارين :

- إعتبار **مطلق عام** ، و هو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ، و هو المعنى الذي يشترك فيه جميع الفقهاء .

- إعتبار **خاص** يتعلق بالعقوبة ، و هو الوضع الشرعي ، و قد تقرر ذلك في التعاريف السابقة للسرقة عند الفقهاء .

لكن الغالب في ذلك هو الوضع الشرعي ، تمييزا عن المعاني التي تشترك معها كما تقدم في الإختلاس و الغصب و الحرابة .

و بالاعتبار الأول تشترك النظم الوضعية مع التشريع الإسلامي .

---

[1] – ينظر : التشريع الجنائي الإسلامي ، ج2 ص: 516 . و ينظر: الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي ج3 ص: 276 .

المبحث الثاني

الضابط المادي

لا يكون فعل جريمة السرقة تامًّا إلا بعد تحقق خروج المسروق من ملكية المجـــنى عليه إلى الجاني فتحقق الحيازة الكاملة للشيء المسروق ، و لا يسمى الفعل ســـرقة إلا إذا كانت في الخفية و قد أخذ المسروق بنية التملك .

و قد اتفق الفقهاء على أن حكم القطع يتعلق بوجود الفعل المادي للواقعة بـــأن الأخذ تعلق بمال متقوم تحتاجه الناس لعيشهم بخلا ف المال الحقير ، من حرز اعتاده الناس للحفظ قد بلغ نصابا .

المطلب الأول

الأخذ خفية

ويقصد بذلك ، أخذ الشيء دون علم المجني عليه و دون رضاه ، فيخرج مـــن ذلك أخذ المغالبة و المجاهرة ، و كل الأسماء التي تشبه السرقة كالنهب و الغـــصب والإختلاس و الحرابة ، فكل هذه الأسماء تخلف عنها معنى الخفاء ، و خفي فيهـــا معنى السرقة ، فلا يتعلق بها الحكم الذي هو القطع .

و كما تقرر في المبحث الأول ، فإن عبارة الأخذ خفية عبارة خاصـــة و قيـــد يحترز به عن باقي الأسماء المشابهة للسرقة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، أما عنـــد فقهاء القانون ، فإنهم يقصدون المفهوم العام فعبروا عن ذلك بالإختلاس[1] .

---

[1] – ينظر إلى : الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي ، ج3 ص: 276 .

بيانه : أن المعنى العام يندرج من ضمنه أخذ المال بأي طريقة غير مشروعة ، مجاهرة أو مغالبة رغم إرادة المجني عليه[1] .

أما المعنى الخاص، فهو معنى ضيق و محدد ، يستبعد معاني المجاهرة و المغالبة ، و يتقيد بالخفاء و الستر فقط ، و هو المعنى الذي خفي في الإختلاس .

و الأخذ خفية تعلقت به مظان ، لتعلقه بحكم القطع .

بيانه : أن الفقهاء كلما اشتدت العقوبة و تغلظت ، كلما ضيقوا من دائرتها ، صيانة لجسم الإنسان من التشويه ما أمكن ، و استتبع ذلك بكثرة القيود و الشروط لرعاية المصالح العامة للعباد ، و درءاً للشبهات كما تقدم في الفصل الأول[2].

فالأخذ الذي يتعلق به حكم القطع ، لا بد أن توجد فيه القيود التالية :

- أن يخرج السارق المسروق من حرزه .
- أن يخرج المسروق من حيازة المجني عليه إلى حيازة الجاني .

الفرع الأول

إخراج السارق المسروق من حرزه

و هذا الإخراج قد يكون حقيقياً ، كأن يتولى السارق الإخراج بنفسه ، أو يكون حكمياً كأن يساعده في ذلك المعاونيين .

و قبل الخوض في ذلك ، فإنه هناك قضية ذات ثمرة فقهية كبيرة كان لها الأثر في اختلاف الفقهاء ، و هي مسألة الحرز .

---

(1) – ينظر: شرح قانون العقوبات الجزائري ، محمد صبحي فهمي ، القسم الخاص ، ص: 117 .

(2) – ينظر إلى: العقوبة ، الإمام أبو زهرة (دار الفكر العربي ، ب.ت) ، ص: 138 . و المسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي ، بهنسي ج3 ص: 278 . و ينظر: الفصل الأول ، ص:52 .

و الناظر إلى التشريع الإسلامي فيما يخص عقوبة السرقة ، يجد توسعا كبيرا خاصة في اختلافهم في مسمى الحرز ، و يشعر بأنه هناك نظرية قائمة بذاتها ، تجعل حكم القطع في السرقة متعلق بوصف الحرز ، إلا فيما يتمثل في قضايا فرعية كابتلاع السارق المسروق مما يفسد بالإبتلاع ، كما هو في المطعومات والمشروبات كالحليب و اللبن فهذا لا يتوقف على خروج السارق به من الحرز و الفعل في هذه الحالة يسمى في التشريع الإسلامي إتلافا ، و ذلك تبعا لقاعدة أن كل ما استهلك في محل الحادث فهو متلف لا مسروق .

و قاعدة الحرز قد أشار إليها شراح قانون العقوبات الجزائري ، و ذلك في مسألة التعدي على البيوت المقفلة ، و المكاتب التي توضع فيها الحاجيات الخصوصية ويمكن أن نجد شبها لذلك في الظروف التي اعتبرها القانون الجزائري مشددة كسرقة البيوت ليلا[1] .

و سيأتي التفصيل في مسألة الحرز في المطالب اللاحقة .

و كما أُشير سابقا ، فإن إخراج المسروق قد يكون حقيقيا ، و قد يكون حكميا.

- **فالإخراج الحقيقي** : هو أن يتولى السارق إخراج المسروق بنفسه من الحرز .

و يتعلق بهذه المسألة مأخذ فقهاء الحنفية ، في أن هناك صور لا يعد فيه المخرج للمسروق – و إن كان الإخراج حقيقيا- سارقا ، بحيث يتعلق به الحكم الذي هو القطع ، فقد تكون هناك عوارض ترفع الحكم .

و بيان ذلك في مسألتين :

- **مسألة اليد المعترضة** : و ذلك كأن يأخذ السارق المتاع ، و يلقي به إلى خارج المترل ، فيخرج لأخذه فيجد أن آخر قد أخذه .

فيرى فقهاء الحنفية أن هذه الحالة قد زال فيها وصف السرقة لاعتراض يد اللص

---

[1] – ينظر إلى : شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. محمد صبحي ، ص: 120 . وينظر إلى : المادة 353 من قانون العقوبات الجزائري .

الأخير يد اللص الأول ، و لم يدخل الشيء المسروق في حيازة السارق وإنما دخل في حيازة السارق الأول[1] .

- **مسألة الهتك المتكامل:** و ذلك في حالة إذا نقب السارق الحرز ، و أدخل يده في الثقب و أخذ المتاع .

فذهب فقهاء الحنفية على أن الأخذ لم يتم ، و هتك الحرز لم يكتمل ، فلم تكتمل معه الجناية ، و هذا بني على اعتبار معين و هو أن هناك فرق بين الأخذ من الحرز و دخول الحرز ، و دخول الحرز هو الذي يتعلق به الحكم[2] .

بخلاف فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة ، فإن السارق في المسألة الأولى يعد سارقا حكماً ، بمعنى أن المسروق يدخل في حيازة السارق حكما بمجرد خروجه من حيازة المجني عليه و إن كان لم يضع السارق يده و ضعا مادياً .

أما المسألة الثانية ، فالأخذ التام يكون من الحرز و ليس بدخول الحرز وقد تحقق ذلك[3] .

- و أما **الإخراج الحكمي** : فهو إلحاق المعين على السرقة بمن باشر السرقة في الحكم ، و اعتباره سارقا ، و سيأتي التفصيل في هذه المسألة في الفروع اللاحقة .

---

(1) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 149 . و ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 67 .

(2) – المصادر نفسها .

(3) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 531 . الأم ، ج6 ص: 161 . تحفة المحتاج ، ج9 ص: 128-147 . المغني ج4 ص: 103 .

الفرع الثاني

أن يخرج المسروق من حيازة المجني عليه إلى حيازة الجاني

و هو ما يعبر عنه بالأخذ التام أو الحيازة الكاملة ، بعنصريها المادي و المعنـــوي عنصر التبعة و عنصر الملك ، بحيث يقصد الجاني تملك المسروق ، و سيأتي تفصيل ذلك .

و ينظر بعض الباحثين الذين اهتموا بالمقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون أن نظرية الحيازة الكاملة في التشريع الإسلامي هي نفسها في الفقه الوضعي والمتمثل في النظرية التي نادى بها « **جارســون** » الذي ربط فعل الإختلاس في السرقة بفكـــرة الحيازة المادية[1] .

إلا أن هذه النظرة لا تصدق إذا تعلق بالأخذ التام شبهة حق و شبهة ملك بمعنى إذا تعلق حق أوملك من المجني عليه للجاني ، كالمعير الذي يأخذ متاعه خفية عـــن المستعير ، و المؤجر الذي يأخذ متاعه خفية عن المستأجر و كذلك المشتري الذي يأخذ المبيع عن البائع ، و هذه من نتائج ربط الإختلاس بالحيازة الكاملة .

و قد أفرز هذا الربط بما يسمى بالتسليم ، و ذلك بأن يكون المجني عليـــه راض بالجريمة و عن علم بذلك ، و هذا قد تمثل في الأمثلة السابقة .

إلا أن مسألة التسليم فيها وجه اتفاق ، و وجه اختلاف بين التشريع الإسلامي و القانون الوضعي .

فأما وجه الإتفاق الظاهر ، هو أن التسليم ينفي عنصر الأخذ خفية ، و ينفـــي الإختلاس بالتعبير القانوني[2] .

---

(1) – ينظر: جرائم السرقة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، د.عبد الخالق النواوي (منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، ب.ت) ، ص: 27 . التشريع الجنائي الإسلامي ، ج2 ص: 538 .

(2) – للتفصيل ، ينظر : الفصل الثالث، ص :168 و ما بعدها .

و أما وجه الإختلاف ، يتمثل فيما تقرر في الفصل الأول ، أن العقوبة في الفقه الإسلامي تتنازع فيها الحقوق .

بيانه : أن العقوبة إذا تخلف فيها حق العبد في الخصومة ، بقي حق الله ﷻ ، وهو كما تقرر حق الجماعة .

فالتسليم في الفقه الإسلامي يمنع من قيام حكم القطع ، لكنه لا يمنع من قيام عقوبة تعزيرية ، فالشريعة الإسلامية لاتترك المجرم يفلت عن العقاب إذا لم تكتمل الجريمة[1] .

أما في القانون فإن المجرم في حالة التسليم يعتبر أنه قد أفلت من العقاب بحكم القانون ، لأن ما ارتكبه قد تخلف عنه الركن المادي الذي هو الإختلاس ، و لو عن غلط أو عن غش[2] .

المطلب الثاني

الإشتراك في الأخذ

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى مذاهب .

ففقهاء الحنفية يطلقون مسمى الشريك على كل من قام بعمل مادي ، كأن يضع المسروق على ظهر زميله و يخرجه من الحرز ، أو معنوي كأن يقوم بعمل المراقبة ومنع الجيران من الإستغاثة .

فذهبوا أن في هذه الحالة يقام عليه الحد استحسانا ، إذا بلغ كل منهم نصابا.

ووجه الإستحسان في ذلك : أنهم اشتركوا في هتك الحرز فصار المال المسروق مخرجا بمعاونتهم فلزمهم القطع ، كما لو أخرجوه على ظهر دابة .

---

(1) – ينظر : جرائم السرقة في الشريعة الإسلامية و القانون ، ص: 27 .

(2) – ينظر: المرجع نفسه . دروس في شرح قانون العقوبات ، د. عبد الله سليمان ، ص: 114 .

و على أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة ، كما في السرقة الكبرى (الحرابة) وهذا لأن المعتاد فيما بين الشركاء ، أن يحمل البعض المتاع ، و يتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع لأدى ذلك إلى تعطيل حد من حدود الله ﷻ[1] .

أما في حالة إذا دخل الحرز أحد الشريكين و بقي الآخر خارجه ، ثم أخرج من الداخل يده بالمتاع المسروق إلى خارج الحرز ، فتناوله شريكه ، فإن الأخذ عند فقهاء الحنفية غير تام بالنسبة للداخل و الخارج .

بيانه : أن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه و الثاني لم يوجد منه هتك الحرز ، و بذلك لم تتم السرقة من كل واحد ، فانتفى بذلك القطع ، بناءاً على نظرية اليد المعترضة ، و أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم و الكمال في الدخول ، و هذا تطبيقا لنظرية الهتك المتكامل[2] .

و نقل عن أبي يوسف خلاف المذهب ، على أن القطع على الداخل ، و إن أدخل الخارج يده ، فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع[3] .

– و أما فقهاء المالكية فيرون أن كل من يعين السارق بعمل مادي لا بد منه لإخراج المسروق من الحرز ، سواء حدثت الإعانة و هو بداخل الحرز ، كوضع المال المسروق على ظهر زميله ، أو خارج الحرز ، كأن يمد يده داخل الحرز ويأخذ المسروق من زميله الذي هو في الداخل ، فوجب إقامة الحد على كل من شارك في هذا العمل ، و ذلك إذا بلغت قيمة المسروق نصابا[4] .

---

(1) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 149 . نصب الراية ، ج4 ص: 201 . العناية شرح الهداية ، ج5 ص:389 .

(2) – ينظر : العناية شرح الهداية ، ج5 ص: 389 . فتح القدير ، ج5 ص: 389 . نصب الراية ، ج4 ص:201 .

(3) – ينظر : العناية شرح الهداية ، ج5 ص: 389 .

(4) ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 182 . التاج الإكليل لمختصر خليل ، المواق (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ،ج8 ص:422 .

أما إذا استقل كل واحد بإخراج بعض المسروق ، فلا يقام الحد إلا على من أخرج نصابا كاملا ، و ذلك لعدم ظهور التعاون[1] .

أما إذا كانت الإعانة معنوية ، كأن يبقي خارج الحرز ليحمي السارق أو يرشده إلى مكان المسروق ، فلا يعتبر شريكا في السرقة ، و لا يحد بل يعزر[2] .

أما فقهاء الشافعية ، فالشريك عندهم هو الذي يقوم بالفعل المباشر من غيره ، يترتب عليه إخراج المسروق من الحرز ، كأن يتعاون السارقون في حمل الشيء الثقيل و يخرجونه من الحرز ، أو يحمل كل واحد منهم شيئاً و يخرج به ، فإذا خص كل واحد منهم نصاب أقيم الحد ، و ذلك من قيمة ما أخرجوه دون النظر إلى قيمة ما أخرجه كل واحد منهم[3] .

و لو تعاونا في النقب ، و انفرد أحدهما دون الآخر بالإخراج ، فالقطع على المخرج دون الخارج[4] .

و أما فقهاء الحنابلة ، فالشريك عندهم كل من يعين السارق بفعل مادي أومعنوي قام به و هو داخل الحرز أو كان في خارجه ، فإذا بلغت قيمة المسروق نصابا واحدا أقيم الحد على الجميع ، فإن هتك الحرز اثنان ، فدخلاه ثم أخرج أحدهما المال دون الآخر ، قطعا الإثنان ، لأن المخرج أخرجه بقوة صاحبه و معرفته و معونته و نفس الحكم بالنسبة لمسألة إخراج المتاع من الثقب ، بأن يمد أحدهما يده لمتاع الذي قربه إليه الداخل في الحرز من الثقب[5].

أما الإشتراك الذي يعاقب عليه في قانون العقوبات الجزائري ، هو الإشتراك الذي

---

(1) – ينظر: حاشية العدوي ، ج2 ص: 335 .

(2) – ينظر: الموسوعة الفقهية ، ج24 ص: 331 .

(3) – ينظر: تحفة المحتاج ، ج9 ص: 128 .

(4) – ينظر: الغرر البهية شرح البهجة ، بن زكريا الأنصاري (المطبعة الميمنية ، ب.ت) ، ج5 ص: 90 .

(5) – ينظر: مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 234 .

يأخذ الصور التالية :

- توفير الوسائل و المساندة ، فطبقا **للمادة 42** من قانون العقوبات :« يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك فيها اشتراكا مباشرا و لكن ساعد بكل الوسائل ..أوساند الفاعل أو الفاعلين ..» .
- الإشتراك بإعطاء التعليمات .
- الإشتراك عن طريق التحريض ، فقد نصت **المادة 41** من قانون العقوبات: « يعد فاعلا أصليا كل من حرض على ارتكاب الفعل ..».

و هذا كله قبل تنفيذ الجريمة ، أما أثناء الجريمة فالإشتراك يكون بالمساندة والمساعدة فمثلا : الشخص الذي يمسك على السلم المستعمل من قبل السارق أثناء صعوده إلى المنزل يعد مشاركا[1] .

أما بالنسبة للعقوبة فيعاقب المشترك في الجريمة طبقا **للمادة 44** من قانون العقوبات بالعقوبة المنصوص عليها في القانون المعاقب على الفعل الأصلي[2] .

المطلب الثالث

أن يكون المسروق مالا

الذي استقر عليه الرأي بالإتفاق ، هو أن يكون المسروق مالا ، و اختلفوا في مسألة فرعية تتعلق بسرقة الصبي ، و هل الصبي يعد مالا ؟.

فقد ذهب فقهاء المالكية و الظاهرية إلى أن الصبي الحر يقطع فيه[3] ، و هناك تفصيل في فروع المالكية ، على أن الطفل سواء كان حراً أو عبداً ،إن كان لا يعقل

---

(1) – ينظر : مبادئ القانون الجزائي،العام ، ص: 83 .

(2) – ينظر : المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

(3) – ينظر إلى : المدونة ، ج4 ص: 583 . و المحلى الآثار ، ج12 ص: 324 .

– أن يكون الشيء قابل للانتزاع ، بعبارة فقهية أن يكون قابلا للتنقل من مكانه أو بإمكانية نقله من حيازة المالك الشرعي إلى حيازة السارق .

– أن يكون قابلا للملكية الخاصة .

و هذا التفصيل و البيان إنما لم تتضمنه **المادة 350** صراحة و منطوقا و إنما جـــاء ذلك عن طريق المفهوم فكل ما هو قابل للملكية يعد قابلا للسرقة[1] .

الفرع الأول

التـــقوم

و التقوم هو كل مال له قيمة يضمنها من يتلفه[2].

و اختلف الفقهاء في تحديد مالية الشيء المسروق.

فالمال المتقوم عند فقهاء الحنفية ، هو المال الذي تتحقق فيه ثلاث اعتبارات :

– أن يكون مالا ، فيخرج من ذلك الصبي .

– أن يكون متقوماً ، فيخرج الخمر و الخنزير ، و آلات اللهو ، و كل من ليس له قيمة يضمنها من يتلفه .

– أن يكون غير مباح الأصل ، فلا يتعلق الحكم بسرقة الماء و الكلأ .

– أن يكون متمولا ، فلا قطع في الأشياء التافهة و التي يلحقها الفساد .

فكل هذه الإعتبارات لابد أن تراعى في تحقيق المالية في الشيء المسروق[3] .

و الناظر إلى كتب الحنفية ، يجد أن هناك تأكيد على اعتبار التمول ، و هو أن يكون بتعبير الحنفية مالا خطيرا و ليس حقيرا ، بمعنى أن يكون المال مما يتمـــول

---

(1) – ينظر : مذكرات في القانون الجزائي الخاص ، بن شيخ لحسن (دار هومه ، الجزائر)ص: 140 .

(2) – ينظر : الموسوعة الفقهية ج24 ص: 308 .

(3) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 137- 154 . بدائع الصنائع ، ج7 ص: 69 .

الناس و يعدونه مالا ، لأن ذلك يشعر بعزته و شدة خطره عندهم ، بيد أن المال غير المتمول ، تافه حقير في نظرهم ، زد على ذلك ، أن التافه لا يحرزعادة أو لا يحرز احراز الخطر .

و التمول عنهم هو أن لا يتسارع إليه الفساد ، لأن الأشياء الرطبة كالثمار يتسارع إليها النقصان ، و في النقصان شبهة العدم ، و لأن الناس يتساهلون به فيما بينهم ، فيلحق بالتافه قدرًا[1] .

و ينبني على تلك الإعتبارات الفروع التالية :

- لا قطع في سرقة ميتة أو جلدها ، و لا في سرقة طير و الرطب و الفواكه .
- لا قطع في سرقة المصحف و كتب الأحاديث و اللغة و الشعر لأنها تدخر للقراءة لا للتمول.

أما عند فقهاء المالكية ، فإن حكم القطع يتعلق في جميع المنقولات التي يجوز بيعها و أخذ العوض عليها ، سواء كان أصلها مباحا ، كالماء و التراب ، أو محضورا كالثياب ، فكل ما بلغ قيمة ثلاثة دراهم و لو كان محقرا في نظر الناس أو يتسارع إليه الفساد و التغيير كالأشياء الرطبة و الفواكه يجب فيه القطع .

و الدليل على ذلك من جهة المعنى ، أي أنه نوع مال متمول معتاد يجوز بيعه[2].

و يرى فقهاء الشافعية ما يراه فقهاء المالكية على وجه التقريب ، و إن كان في بعض الفروع يفصلون فيها تفصيلا ، خاصة في بيان جميع صورها المحتملة كالتفريق بين سرقة جلد المدبوغ و غير المدبوغ ، و في تخلية الخمر[3] .

---

(1) – ينظر : المصادر السابقة نفسها .

(2) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 157 . حاشية العدوي ، ج4 ص: 335 .

(3) – ينظر: أسنى المطالب ، ج4 ص: 140 . تحفة المحتاج ، ج9 ص: 131 . حاشية البجيرمي على الخطيب ، ج4 ص: 203 .

و ذهب فقهاء الحنابلة إلى ما ذهب إليه فقهاء المالكية ، إلا أنهم استثنوا من ذلك سرقة الماء ، فلا يقطع بسرقته لأنه متمول عادة [1].

و ينبني تحت ما ذهب إليه فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة ، أنه يقطع في سرقة المصحف و كتب اللغة و الشريعة كالفقه و الحديث و الأصول ، و يقطع بسرقة الشيء التافه المعرض للفساد كالفواكه و البقول .

و ثمرة الخلاف تتمثل في: أن تحديد مالية الشيء متوقف على الإجتهاد و اعتبار عرف الناس فيه و الدليل على ذلك اظطراب الروايات و كثرة الفروع الفقهية في ذلك حتى أن الناظر إليها لا يكاد يجد لها ضابطا .

ما يقابل التقوم في القانون هي :عبارة قابل للإنتزاع فيتكون الأشياء القابلة للسرقة هي المنقولات و العقارات بالمفهوم الواقعي لا القانوني أي : الأشياء القابلة للتحرك و الأشياء الجامدة مثل سرقة الأنابيب الرصاصية اللاصقة في الحجر أو الجدار أو سرقة الأشجار بعد أن تقطع من جذورها أو الرمل أو الحصى .

و أما بالنسبة للحقوق و الأفكار فالمشرع قرر حمايتها بنصوص أخرى كالنصوص الخاصة بحماية الملكية الفكرية و براءات الإختراع ، بخلاف سرقة الكتب و الأوراق المكتوبة كالرسائل الخاصة و السندات المثبتة للحقوق والوثائق كوثيقة الوصية و الهبة فهذه يمكن انتزاعها و بالتالي يمكن سرقتها[2] .

---

(1) – ينظر : المغني ، ج9 ص: 99-115 . مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 229.

(2) – ينظر : مذكرات في القانون الجزائي الخاص ، ص: 141 .

الفرع الثاني

الحرز

الذي استقر عليه الفقهاء أن الأخذ من حرز موجب للقطع بخلاف الظاهرية.

و عمدة جمهور الفقهاء حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبيﷺ أنه قال :﴿ **لاقطع في ثمر معلق و لا في حريسة جبل ، فإذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن** ﴾[1].

ووجه الدلالة في ذلك ، أن النبي ﷺ قد أثبت القطع في الثمار إذا سرقت من جرينة ، و أثبت القطع في الحريسة إذا أخذت من مراحها ، و نفاها قبل ذلك ، فدل أن المراح حرز للحريسة و الجرين حرز للثمر ، فأخذهما من غير حرزهما لاقطع فيه ، و يقتضي ذلك اعتبار الأخذ من الحرز شرطا لوجوب القطع .

و أما الظاهرية فقد استدلوا من عموم الآية السابقة ،و ردوا الحديث السابق الذي استدل به جمهور الفقهاء لموضع الإختلاف في أحاديث عمروبن شعيب[2].

و جمهور الفقهاء اختلفوا في مسمى الحرز.

فالحرز عند فقهاء الحنفية نوعان ، حرز بالمكان و حرز بالحافظ .

فالحرز بالمكان عندهم هو كل مكان معد لحفظ الأمتعة فيه شرط البناء ، أو هو كل بقعة معدة للإحراز ممنوعة الدخول إلا بإذن[3] .

و صورة ذلك : الحانوت حرز حتى لو سرق منه ليلا يستوجب القطع

---

(1) – ينظر : الفصل الأول ، ص: 53 .

(2) – ينظر : بداية المجتهد ، ابن رشد ، ج6 ص: 175 .

(3) – ينظر: المبسوط ، ج9 ص: 151 . بدائع الصنائع ، ج7 ص:74 . العناية شرح الهداية ، ج5 ص: 384 .

بخلاف إن كان التاجر قد فتح باب الحانوت و أذن للناس بالدخول فيه و المعاملة معه ، فتحقق الإذن في ذلك و هذه شبهة مانعة من وجوب القطع .

و هو عند فقهاء المالكية كل مكان لايعد الواضع فيه مضيعا ، و لا يشترط البناء ، بل مجرد عرف إعداد المكان لحفظ المال[1] .

و صورة ذلك ، كل ما وضع في السوق للبيع من متاع و إن كان على قارعة الطريق من غير حانوت و لا تحصين ، فإنه يستوجب القطع من سارقه ، ووجه ذلك ، أن هذا موضع أحرز فيه متاعه مثل الحانوت[2] .

وعند فقهاء الشافعية و الحنابلة ،كل مكان مغلق معد لحفظ المال ، يكون داخل العمران[3] .

وصورة ذلك ، أن الحانوت و الدكاكين إن كانت مقفلة في العمران تعتبر حرزا ، بخلاف إن كانت مفتوحة فليست بحرز ، أو كانت خارج العمران فلا بد من حافظ .

أما الحرز بالحافظ ، فهو عند فقهاء الحنفية ، كل مكان غير معد للإحراز يدخل إليه بلا إذن و لا يمنع منه[4] .

وصورة ذلك ، الصحراء ليست بحرز إلا بوجود الحافظ ، فإن وجد الحافظ فالقطع ، و يدخل في ذلك المساجد و الطرق .

وضابط الحنفية في ذلك ، أنه إذا كان المسروق قريبا من الحافظ ، في مكان يحفظ مثله المسروق عادة ، و سواء كان الحافظ مستيقظا أو نائما ، لأن الإنسان

---

(1) – ينظر: الفواكه الدواني ، ج2 ص: 214 . حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الصاوي (دار المعارف، ب.ت) ، ج4 ص: 477 . التاج الإكليل ، ج8 ص: 421 .

(2) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 176 .

(3) – ينظر : مغني المحتاج ، ج5 ص: 476 . و المغني ، ج9 ص: 99 .

(4) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 74 .

يقصد الحفظ في الحالتين جميعا[1] ، و ماكان محرزا بالمكـــان ، لا يعتـــبر محـــرز بالحافظ ، فإذا سرق شخص من حرز بالمكان قطع سواء كان ثمة حافظ أم لا[2].

أما عند فقهاء المالكية فهو كل شيء مع صاحبه أوبين يديه ، و ذكروا الحافظ في مسألة ما وضع على الدواب فهو محرز بالحافظ[3] .

فمن سرق رداؤه في المسجد و لم يكن تحت رأسه و كان قريبا منـــه ، قطـــع سارقه ، و إن كان المجني عليه منتبها ، و قيل أنه يقطع في النائم و اليقضان[4] .

و أما عند فقهاء الشافعية و الحنابلة ، فالدور المنفردة عن العمران ، لا تعتـــبر حرزا بالمكان ، و إنما بالحافظ ، سواء كانت مغلقة أو مفتوحة ، لأن من ترك متاعه في مكان خال من الناس و العمران و انصرف عنه لا يعد حافظا له[5] .

و لفقهاء الشافعية و الحنابلة ضابط بالنسبة للحافظ ، وذلك بأن يكون مما يبالي لقوته أو الإستغاثة ، و أن يدم الملاحظة و المراقبة ،أو مـــايترل مترلـــة المراقبـــة والملاحظة ، كالنائم على ثوبه ، فإنه لا ملاحظة منه ولا مراقبة ، لكنـــه يـــترل مترلتهما[6]،و هذا التنزيل كان مبني على اعتبار العادة فالعادة عند النـــاس غالبا تدل على أن من سحب منه الثوب من تحته ، انتبه .

و **ثمرة الخلاف** : أن الحرز اعتباره مبني على العرف ، و هذا في حقيقته قد تقرر عند كل المذاهب المتقدمة ، لأن تلك التفريعات الفقهية ، مبنية على الإجتـــهاد والنظر في أحوال الناس فيما يعتبر حرزا عادة ،لأنه و إن كان الحرز ثابتا شـــرعا إلا أن التنصيص على بيانه لم يثبت ، فدل ذلك على أن هذا راجع للعرف .

---

(1) – ينظر :المصدرالسابق نفسه .

(2) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 151 .

(3) – ينظر : حاشية الصاوي ، ج4 ص: 478 . التاج الإكليل ، ج8 ص: 421 .

(4) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 163 .

(5) – ينظر : مغني المحتاج ، ج7 ص: 479 . المغني ، ج9 ص: 99 .

(6) – ينظر : أسنى المطالب ، ج4 ص: 142 .

قال الماوردي : « الإحراز يختلف من خمسة أوجه :

- بإختلاف نفاسة المال .
- بإختلاف سعة البلد و كثرة ذعاره و عكسه .
- بإختلاف السلطان عدلا و غلظته على المفسدين و عكسه .
- بإختلاف الليل و النهار ، فإحراز الليل أغلظ»[1] .

الفرع الثالث

بلوغ النصاب

الذي عليه جمهور الفقهاء ، أن لا قطع في المال الذي لم يبلغ نصابا ، إلا ما روي عن الحسن البصري أن في القليل و الكثير القطع و به قالت الخوارج [2].

و استدل الرأي الثاني بعموم الآية السابقة ، و لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال :﴿**لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ،و يسرق الحبل فتقطع يده** ﴾[3].

ورد الجمهور أن الآية خصتها السنة بحديث :﴿ **لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا** ﴾[4] .

و أما الحديث ففيه احتمال أن يساوي الحبل ربع دينار ، و كذلك البيضة فربما يراد بها بيضة السلاح ، و هي تساوي ذلك[5] .

---

(1) – ينظر : المصدر السابق نفسه .

(2) – ينظر : بداية المجتهد ، ج6 ص: 168 .

(3) – ينظر : المبحث الأول ، ص: 118 .

(4) – صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، رقم : 3190 .

(5) – ينظر إلى : بداية المجهد ، ج6 ص: 168 .

وقد اختلف جمهور الفقهاء في تقديره إلى عدة مذاهب ، لإختلاف الروايات في مقدار القطع ، و قد نقل الشوكاني في ذلك احدى عشرة مذهبا في هذه المسألة[1] .

و ما ذهب إليه ابن رشد هو مخرج المسألة ، عندما حصرها في مذهبين ظاهرين مشهورين ، و لضعف أدلة المذاهب الأخرى ضعفا شديدا [2].

المذهب الأول : مذهب فقهاء المالكية و الشافعية ، فقد أوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة ، و اختلفوا في تقويم المسروق ، فيرى المالكية تقويمها بالدرهم و يرى الشافعية تقويمها بالدينار[3] .

المذهب الثاني : مذهب فقهاء الحنفية ، فقد أوجبوا القطع في عشرة دراهم[4].

و دليل المذهب الأول حديثين :

- ماورواه مالك عن نافع عن ابن عمر﴿ **أن النبي ﷺ قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم** ﴾[5].

- ماروته عائشة – رضي الله عنها – أن النبي ﷺ قال :﴿ **يقطع في ربع دينار فصاعدا** ﴾[6] .

و التقويم بالدراهم عند فقهاء المالكية ، كان مبنيا على الدليل الأول لأنهم كانوا يكثرون بالإحتجاج به في مواضع التقويم ، و عضدوا ذلك إلى ما جرى

---

(1) – ينظر : نيل الأوطار ، ج7 ص: 148 .

(2) – ينظر : بداية المجتهد ، ج6 ص: 168 .

(3) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 157 . المدونة ، ج4 ص: 526 . الأم ، ج6 ص: 140- 159 .

(4) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7ص:88 . المبسوط ، ج9 ص: 134.

(5)– ينظر : المبحث الأول ، ص: 118 .

(6)– ينظر: المبحث الأول ، ص: 117 .

به عرف التعامل ، فقد تبين لديهم أن الدراهم هي التي جرى العرف بالتعامل بها في هذا القدر ، فكان الاعتبار بها في قيمة المسروق[1] .

أما عند فقهاء الشافعية ، فالتقويم بالدينار كان مبنيا على الدليل الثاني ، و كان يرى أن الحديثين متفقين ، لأن الثلاثة دراهم في زمن الرسول ﷺ كانت تساوي ربع دينار[2] .

و القيمة التي سرقت ، لا يلتفت إلى ما بعد السرقة من غلاء السلعة ورخصها ، فلا ينظر إلى الصرف في هذه الأشياء ، و إنما ينظر – في تقدير المسروق – إلى يوم السرقة لا بعده ، و ذلك عند المالكية و الشافعية[3] .

وأما دليل المذهب الثاني ، فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ **لاقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم** ﴾[4] .

ورجحوا هذا الحديث على الأدلة الأخرى المتقدمة عند المذاهب السابقة .

وبيان ذلك : أن ما دون العشرة خلاف ، و أن العشرة قد أجمعوا عليها دون خلاف ، و الأخذ بالمجمع عليه أولى من الأخذ بما فيه خلاف ، لأن أدنى درجات الخلاف ، جلب الشبهة باعتباره شبهة دليل ، كما تقدم في مبدأ الشبهة في الفصل الأول ، و الحدود تدرأ بالشبهات[5] .

و لقد جاء صاحب المبسوط بأدلة كثيرة تفند ما ذهب إليه فقهاء الحنفية[6] و من جهة أخرى وبالمقابل فقد ضعف بعض العلماء كل الحجج التي استدل بها

---

(1) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 157 .

(2) – ينظر : الأم ، ج6 ص: 140 .

(3) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 161 . الأم ، ج6 ص: 159 .

(4) – ينظر : نصب الراية ،ج4 ص: 177-178 .

(5) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ص: 213 .

(6) – ينظر : المبسوط ، ج7 ص: 134 .

فقهاء الحنفية[1] .

و ليس القصد البحث في الخلاف ، و بيان أوجه الترجيح في ذلك ، بل هناك شيء قد ظهر من خلال تتبع أقوال أصحاب المذاهب المذكورة ، و أن مرد الخلاف الذي وقع بينهم هو اختلافهم في وجه المصلحة ، و إليك أقوال أتباع بعض فقهاء الحنفية و المالكية في ذلك :

يقول السرخسي من فقهاء الحنفية :« و لا يقال الدينار كان مقوما بعشرة دراهم على عهد رسول الله ﷺ لأن ذلك شيء يختلف باختلاف الأوقات و الأمكنة في قلة الوجود و كثرة الوجود ، و ليس هذا الحكم شرعيا ليصار معرفته إلا ما كان في عهد رسول الله ﷺ »[2] .

و قال النفراوي من المالكية : « و إنما قطع العضو الذي ديته خمسمائة دينار بسرقة ثلاثة دراهم أو ما يساويهما مراعاة للمصلحة ، لأنا لو لم نشدد في ذلك لسارعت الأشرار بسرقة الأموال و لو تساهلنا في ديتها لتجرأ الناس على الخيانة و أيضا عن الأمانة حتى أوجب على قاطعه خمسمائة دينار ، و ذل الخيانة أرخصه حتى استحق القطع في سرقة ثلاثة دراهم»[3].

و لقد قال ابن رشد في ذلك قولا حسنا بعد عرض المذاهب : « و القطع في ثلاثة دراهم أحفظ الأموال ، و القطع في عشرة دراهم أدخل في باب التجاوز و الصفح عن يسير المال و شرف العضو»[4].

و أما **بالنسبة للقانون** فإن **المادة 350** من قانون العقوبات الجزائري لم تحدد نصابا ، و إنما يكفي الشيء المسروق أن يكون قابلا للمكلية الخاصة بحيث ينتقل من حيازة المالك الشرعي إلى حيازة السارق .

---

(1) – ينظر : نيل الأوطار ، ج7 ص: 148 .

(2) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 88 .

(3) – ينظر : الفواكه الدواني ، ج2 ص: 218 .

(4) – ينظر : بداية المجتهد ، ج6 ص:174 .

المبحث الثالث

الضابط المعنوي

مماتقررعند فقهاء الشريعة و القانون أنه لايكفي وحده الجانب المـــادي لقيـــام المسؤولية الجنائية ، و إنما لابد من جانب آخر معنوي يتعلق بالفاعل ذاته ، و محل ذلك هو الإنسان باعتبار أن هناك وصفان لازمان تتحقق بهما المسؤولية الجنائية أو بعبارة أخرى يتعلق بهما العقاب ، و هما الإدراك و الإرادة ، و هذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي[1] .

و مما تقرر عندهم هو أن العقاب يتعلق بوجود قصد يبتغي من وراءه صـــاحبه اقتراف الجريمة ، فإذا تخلف هذا القصد سقط العقاب على العموم .

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية

اتفق الفقهاء على أن قيام موجب القطع ، لا بد له من شروط تتمثل في وجود التكليف و الاختيار ، و زاد فقهاء الشافعية العلم بالتحريم[2] ، و أمـــا الحريـــة و الإسلام فليستا بشرط[3] .

فلا قطع عندهم على الصبي و المجنون جنونا مطبقا على قول فقهـــاء المالكية[4]

---

[1] – ينظر: التشريع الجنائي الإسلامي ، ج1 ص: 392.

[2] – ينظر : أسنى المطالب ، ج4 ص: 150 .

[3] – ينظر: بداع الصنائع ج7 ص: 67 . شرح الخرشي ، ج8 ص: 93 . اسنى المطالب ، ج4 ص: 150 .

[4] – المسألة فيها تفصيل كالتفريق بين الصي المميز و غير المميز ، و المجنون جنونا مطبقا و غير مطبقا ، ينظر : المدونة ، ج4 ص: 534 . المبسوط ، ج2 ص: 130 . تحفة المحتاج ، ج9 ص: 150 .

لأن القطع عقوبة فيستدعي ذلك جناية ، و فعل الصبي و المجنون لا يوصف بالجناية فسقطت عنهم سائر الحدود ، لكن يجب الضمان عليهما ، لأن الجناية ليست بشرط لوجوب الضمان .

و هناك مسألة تتعلق بما يشبه فاقد العقل ، مثل السكران ، فيرى فقهاء المذاهب الحنفية و المالكية و الحنابلة[1] على أنه يحد ، للمظان التالية :

- أن الصحابة أوجبوا عليه حد الفرية لكون السكر مظنة لها .

- لأن سقاط الحد فيه قد يفضي إلى أن من أراد فعل هذه المحرمات شرب الخمر و فعل ما يحب ، فلا يلزمه شيء .

- لأن السكر مظنة لفعل المحارم و سبب إليها[2] .

- و من ناحية أخرى ، فإن أسباب الإرادة موجودة في المسكر و قائمة ، و هو العقل ، و إنما عرض فوات فهم الخطاب و ذلك بسبب معصيته ، فبقي في حقه الإثم ووجوب القضاء[3] .

وقد أشار فقهاء المالكية إلى ضابط لهذه المسألة ، يتمثل إلى أن قيام موجب القطع يكون في السكران بمحرم بخلاف السكران بحلال ، كمن شرب لبنا ظنا منه أنه غير مسكر ، و لكن الغالب هو الأول[4] .

أما الإكراه ، فيرى فقهاء الشافعية و الحنابلة ، ألا قطع فيه ، لأن فيه شبهة دافعة تدفع عنه الحد[5] ، و هو فقدان الإختيار[6] .

---

(1) – ينظر : البحر الرائق ج5 ص: 7 . حاشية العدوي ، ج2 ص: 332 . المغني ، ج7 ص: 290 .

(2) – ينظر: المغني ، ج7 ص: 290 .

(3) – ينظر:رد المحتار، ابن عابدين ، ج3 ص: 239 .

(4) – ينظر: حاشية العدوي ، ج2 ص: 332 .

(5) – ينظر: أسنى المطالب ، ج4 ص: 150 . مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 228 .

(6) – للتفصيل ينظر : شرح التلويح على التوضيح ، التفتازاني (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ب.ت) ، ج2 ص: 199 . مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، الخطاب (دار الفكر ، دمشق : ب.ت) ، ج4 ص:46 . بدائع الصنائع ، ج7 ص: 178 . فقه المعاوضات ، مصطفا البغا (منشورات جامعة دمشق ، ب.ت) ، ص: 260 .

و يرى فقهاء الشافعية ، أن العلم بالتحريم شرط لوجوب القطع ، كغير المسلم الذي يسرق ، فلا يقطع لأنه يعتقد إباحة ذلك [1]، و شرط العلم قد سبق الكلام فيه في الفصل الأول في مبحث المبادئ ، و في الشبهة التي تتعلق بالجهل .

قضية اشراك الصبيان في السرقة : يرى فقهاء الحنفية أنه لو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون ، يدرأ عنهم الحد جميعا ،**ووجه ذلك** : أن السرقة واحدة ، و قد حصلت ممن يجب عليه القطع و ممن لا يجب عليه القطع ، فلا يجب القطع على أحد ، كالعامد مع الخاطئ إذا اشتركا في القتل[2] .

و ذهب فقهاء المالكية و الشافعية و بعض الحنابلة ، أن القطع واجب على المكلف إذا بلغ النصاب ، لأن الصبي و المجنون في حكم العدم ، لإرتفاع المسؤولية الجنائية عنهما ، و بعض من فقهاء الحنابلة يرى سقوط الحد على الجميع و هو الأصح ، لأنه تمكنت الشبهة منه فوجب إسقاط الحد[3] .

المطلب الثاني

القصد الجنائي

تقدم في المطلب السابق بيان المسؤولية الجنائية التي تقوم عليها العقوبات في الفقه الوضعي أو الفقه الإسلامي بشكل عام فلا بد من وجود الإرادة و الإختيار حتى يتقرر العقاب .

وبجانب ذلك تقرر عند فقهاء القانون و الشريعة أن العقاب لا يقوم إلا بوجود القصد الذي دفع السارق إلى ارتكاب الجريمة و يقصد به وجود نية تملك المسروق

---

(1) – ينظر: أسنى المطالب ، ج4 ص: 150 .

(2) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 67 .

(3) – ينظر: حاشية العدوي ، ج4 ص:336 . أسنى المطالب ، ج4 ص: 138 . المغني ، ج9 ص: 121 .

و حرمان صاحبه منه ، من غير إذن ودون علم المجني عليه ، و هو الذي يعبر بـــه بالقصد الجنائي .

و اشتراط وجود هذا القصد الجنائي في السرقة احترازا عن بعض الحالات الـــتي تعد شبها تدفع عن الجاني حكم القطع ، كمن يعتقد وجود الإذن في أخذ متـــاع الغير أو من يعتقد أن المال أصلا ماله و له فيه حق ، أو وجود وضع و ظرف هو مظنة الضرورة دفعته للسرقة .

فكل هذه الأوضاع لم يوجد فيها القصد الخاص بالمعنى الذي ذكر ، و إن لفقهاء الشريعة فيها تفصيل ، كما أن لفقهاء القانون في ذلك نظرات ، سيأتي التفـــصيل فيها في الفصل التطبيقي ، ولابأس بالإشارة إلى بعض الفروع لزيـــادة البيـــان لا لمناقشة أقوال الفقهاء ، فموضعه الفصل الثالث :

– اتفق الفقهاء الأربعة على أن وجود مظنة الإذن شبهة تدفع حكـــم القطـــع وإليك تفصيل كل مذهب في ذلك ، من خلال فروع مختلفة :

يرى فقهاء الحنفية أن الضيف إن سرق ممن أضافه ، فإن الفعل لا يسمى سرقة و إنما يسمى خيانة ، لأنه يترل مترلة أهل الدار ، و إن البيت تخلف عنه وصـــف الحرز لوجود الإستئذان في دخوله[1] ، كما ذهب إلى ذلك فقهاء المالكية[2].

و يرى فقهاء الشافعية أن الإذن لدخول الدار ، إن كان لشراء فيسرق فلا يقطع و إن كان لقصد السرقة فالقطع[3] .

ويرى فقهاء الحنابلة أن الإذن شبهة يدرأ بها الحد ، كمن سرق عينا و ادعـــى الإذن من صاحب الحرز في دخوله لم يقطع ، و ذلك بناء على ما ادعاه مبني على الإحتمال[4] .

---

(1) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص: 200 .

(2) – ينظر : المنتقى ، ج7 ص: 161 . منح الجليل ، ج9 ص: 293 .

(3) – ينظر : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، الرملي (دار الفكر ، ب.ت) ، ج7 ص: 450 .

(4) – ينظر: مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 242 .

ومن خلال عبارات **المادة 350** من قانون العقوبات الجزائري يتبين أن لا سرقة لو أثبت الفاعل بأنه تصرف بإذن من المالك أورضاه [1].

ويدخل من ضمن الإذن الأشياء المباحة ، أو بتعبير الحنفية الأشياء التافهة التي تعارف الناس على تفاهتها و أنها ليست من الأشياء المتمولة كالماء و الحيوانات البرية ، و كالأشياء المتروكة ، كالملابس المستهلكة تركها أهلها ، و مال اللقطة وهو المال الضائع ، فلا يعتبر صاحبها سارق و إنما تعلقت به جريمة أخرى و هي جريمة كتمان اللقطة أو كتمان الضالة .

– و ما تقرر عند الفقهاء أن شبهة الإستحقاق تأثر في سقوط العقاب، ويقصد به وجود حق يعتقد الآخذ له جزء من ماله .

و صورة ذلك كما تقرر عند فقهاء المالكية، أن لا قطع على أحد من الأبوين في سرقة مال ولده ، بخلاف العكس ، أو سرقة الشريك من متاع الشركة، و لا قطع على مستحق الدين إذا سرق من غريمه المماطل جنس حقه ، و يدخل في هذه المسائل سرقة المرتهن أو المستأجر ملك نفسه[2] .

ويرى فقهاء الحنفية أنه إذا سرق المدين من مدينه قدر دينه ، أن لا قطع عليه ، لأنه استيفاء لدينه ، حتى أنهم يرون أن مجرد دعوى الملك يسقط الحد ، كأن يدعي السارق أن العين المسروقة ملكه[3] .

و يرى ابن قدامة في سرقة الوالد مال ولده ، أنها شبهة تعلق بها حق جعله الشارع له للحديث ﴿ **أنت و مالك لأبيك** ﴾[4].

---

(1) – ينظر : مذكرات في القانون الجزائي الخاص ، ص: 152 .

(2) – ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ج8 ص: 97 . التاج الإكليل ، ج8 ص: 418 . منح الجليل ج9 ص: 305 .

(3) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ص: 219 . رد المحتار ، ج4 ص: 30 .

(4)– ينظر : الفصل الأول ، ص: 53 .

- **السرقة في وقت الحاجة و الضرورة** : هذه القضية من القضايا التي قال بها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في ذلك .

فذهب فقهاء الحنابلة على أن لاقطع على السارق في يوم المجاعة ، وهو محمول على من لم يجد ما يشتريه أو لا يجد ما يشترى به ، فأما الواجد لما يأكله أو لما يشتريه و ما يشترى به فعليه القطع[1].

و ذهب فقهاء الحنفية والمشهورعند فقهاء المالكية إلى أن المجاعة شبهة قوية ترفع الحكم عن السارق لأنه تأول دفع الضرورة للمخمصة[2] .

و أما فقهاء الشافعية فقالوا بقطعه إذا كان الطعام موجودا و لو بثمن غال بخلاف إن كان عزيزا و قلَّ وجوده و لم يقدر عليه ، فلا قطع في هذه الحالة لأنه في حكم المضطر[3].

واستدل جميعهم بما روي عن عمر بن الخطاب ، أنه قال : « لا تقطع في عِذْقٍ و لافي عام السنة »[4] ، يقول ابن القيم في ذلك :« و هذه شبهة قوية تدرأ عن المحتاج و هي أقوى بكثير من الشبه التي يذكرها كثير من الفقهاء لا سيما و هو مأذون له في مغالبة صاحب المال على أخذ ما يسد رمقه »[5].

---

(1) – ينظر : المغني ،ج9 ص: 118 . و الإنصاف ، المرداوي (دار إحياء التراث العربي،بيروت: ب.ت) ، ج10 ص: 278 .

(2) – ينظر : تبيين الحقائق ج3 ص: 216 . التاج الإكليل ، ج8 ص: 421 .

(3) – ينظر : أسنى المطالب ، ج4 ص: 146 .

(4) – ذكره المصنف ، ج6 ص: 527 . التلخيص الحبير ، ج4 ص: 132 .

(5) – ينظر : إعلام الموقعين ، ج3 ص: 17-18 .

الفصل الثالث

أوجه اعتبار السياسة العقابية
في
عقوبة السرقة

يتضمن هذا الفصل أوجه اعمال السياسة العقابية في عقوبة السرقة من خلال مبدأ الاحتياط، ومبدأ التنبيه، واستعمال آلة الاجتهاد، وإعمال العادة والعرف، وبيان وجه المصلحة، وعن إجراءات العقوبة التبعية والتكميلية.

المبحث الأول

اعتبار مبدأ الإحتياط

لما كانت عقوبة السرقة غليظة و شديدة استوجب الفقهاء في ذلك شروطا تتعلق بإثبات هذه العقوبة احتياطا عن تعريض أطراف الناس للهلاك و احترازا عن الخطأ، فشددوا في إثباتها حتى تقوم السرقة على البينة الواضحة من خلال إقرار السارق أوقيام الشهاة التامة عليه .

و زاد الفقهاء احتياطا في ذلك عندما أخرجوا بعض المعاني التي تشبه السرقة و لم يطبقوا حكم القطع عليها لورود النصوص التي تفرق بينها و بين الألفاظ التي تشابهها من جهة ، و لتخلف شرط من شروطها من جهة أخرى .

المطلب الأول

الإحتياط في الإثبات

الفرع الأول

ثبوت السرقة بالإقرار

الإقرار في اللغة هو الإعتراف[1] ، يقال : أقر بالحق إذا اعترف به .

أما في الشرع فهو : إخبار عن أمر يتعلق به حق الغير [2] ، و يكون باللفظ أو ما

---

[1] – ينظر : شرح حدود ابن عرفة ، محمد بن قاسم الرصاع (المكتبة العلمية ، ب.ت) ، ص: 332 .

[2] – ينظر : تبصرة الحكام ، ج5 ص: 87 .

يقوم مقامه كالإشارة و الكتابة و السكوت[3] .

و عرفته **المادة 341** من القانون المدني الجزائري :«إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوة المتعلقة بها الواقعة ».

و الإقرار خبر ، يحتمل الصدق و الكذب ، و هذا باعتبار ظاهره ، لكنه جعل حجة و ذلك لرجحان جانب الصدق فيه ،و لقد اعتبرته **المادة 342** من القانون المدني الجزائري حجة قاطعة على المقر، لأنه إخبار على وجه ينفي عن المقر التهمة و الكذب على نفسه ، فلا يعقل أن الإنسان يكذب نفسه حتى يلحق بها الضرر ، و لهذا قيل أنه آكد من الشهادة ، و يبدأ الحاكم السؤال عنه قبل السؤال عن الشهادة ، **فالإقرار حجة بنفسه** ، فإن المدعي عليه إذا اعترف فلا تسمع عليه الشهادة[1] .

و الذي عليه الإتفاق بين الفقهاء أن الإقرار في عقوبة السرقة لا يكون إلا من سارق مكلف بالغ عاقل مختار ، و لما كان الإقرار من الدلائل التي تستعمل فيه جانب السياسة كثيرا و أنه من أوسع الأبواب في ذلك ، فقد تعلق باقرار السارق مسائل تدخل من جانب عمل الحاكم و القاضي منها :

- مسألة الإكراه على الإقرار .
- مسألة تعريض القاضي .
- مسألة اشتراط الخصومة .
- مسألة الرجوع عن الإقرار .

فأما المسألة الأولى : فالأصل أن إكراه المقر على الإقرار باطل ، و يسقط العقوبة لمظنة الشبهة ، فقد يقر للتخلص من العذاب و التهديد .

---

[3] – ينظر : المصدر السابق ، ج2 ص: 51 .

[1] – ينظر : المغني ، ج5 ص: 48 .

لكن ذهب بعض فقهاء الحنفية و بعض فقهاء المالكية إلى أنه يجوز للحـــاكم أن يستعمل وسيلة تعزيرية كالضرب و التهديد ليستخرج إقرار السارق منه .

فأما فقهاء الحنفية فالأصل عندهم أن إقرار المكره باطل ، لحديث ابن عمر رضي الله عنه: «ليس على الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت ، قال شريح: القيد كره و الوعيد و الضرب كره »[1].

أما من **جهة المعنى** : فإن الإقرار يكون حجة لأنه رجح جانب الصدق فيه وامتناع المكره عن الإقرار إلا عن طريق وسيلة التهديد ، يدل على ظاهره على أنه كاذب في إقراره و هذه شبهة تدفع عنه الحد[2] .

إلا إن متأخري فقهاءهم أفتوا بصحة اقرار المكره بالسرقة بناء على قرينة الحال وبناء على ماثبت في ذلك من نصوص ، و قد نقل أن الحسن بن زياد سئل عـــن ضرب السارق حتى يقر فأجاب بجواز ضربه بشرط مالم يؤدي ذلك إلى قطع اللحم و تبيين العظم لأن ذلك قد يفضي إلى هلاك السارق وتلفه وهذا غـــير مطلـــوب اعتمادا على قاعدة أن **الحدود إنما شرعت للزجر لا للتلف** ، و قيل ندم عن ذلك[3].

و نقل كذلك عن ابن العز الحنفي أنه صح عن النبي ﷺ أنه أمر الزبير بن العوام بتعذيب بعض المعاهدين حين كتم كتر حُيَي بن أخطب ففعل فدلهم على المال[4].

و نقل عن الزيلعي على أن إقرار المكره إنما جائز سياسة خلاف الأصل وذلك أن الحكام رأوا أن أمور السراق قد تغيرت و على أن الشهادة علـــى الـــسرقات أضحت من أندر الأمور وأن فسادهم قد كثر و عم[5] .

---

(1) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 185 .

(2) – ينظر : المصدر نفسه .

(3) – ينظر : المصدر نفسه.

(4) – ينظر : الفصل الثاني ، ص: 119 .

(5) – ردّ المحتار ، ج4 ص: 88 .

و قد يفضي العمل (العمل بإقرار المكره) إلى مفاسد عظيمة كظلم السارق وخاصة أن أحوال الناس في هذا تختلف ، و قد راعى الفقهاء ذلك ، فقد رأوا أن المتهم بالسرقة و نحوها يعمل فيه إختلاف الأحوال ، فإن كان معروفا بالبر لم يجز مطالبته و لا عقوبته ، و منهم من ذهب إلى تعزير متهمه ، و إن كان مجهول الحال فيحبس حتى ينكشف حاله ، و قيل أن مدة ذلك شهرا ، و قيل أن ذلك باجتهاد الحاكم ، و إن كان معروفا بالفجور فقد قالت طائفة يضربه الحاكم[1] .

و ذهب بعض فقهاء المالكية على خلاف المشهور عندهم ، على أنه يجوز في حالة إذا رأى الحاكم أن السارق من أهل التهم ، أن يسجن و يضرب حتى يقر ويعمل بإقراره[2] .

و الناظر إلى ما تقرر عند بعض فقهاء الحنفية و المالكية في هذه المسألة ،يتضح له أنهم قد أعملوا في ذلك وجه المصلحة المتمثلة في قطع أسباب الفساد و المحافظة على أموال الناس من جهة و أعملوا وجه الفتوى في ذلك باعتبار أنها تتغير بتغير الأحوال و الظروف ، فلما تبين لهم أن الزمان قد غلب عليه الفساد و انتشر ، و أن الشهادة أضحت على السرقات من أندر الأمور،أعملوا وجه السياسة في ذلك و المتمثل في المحافظة على مصالح العباد ، فأفتوا باقرار المكره حتى و إن كان ذلك عن طريق سجنه و ضربه إن كان من أهل التهم و الفجور و تحقق ذلك فيه ، و هذه من الفروع الدقيقة التي تبنى على قاعدة **مراعات الحال و الزمان في الفتوى** .

أما مسألة تعريض القاضي للسارق : فقد ذهب فقهاء الحنفية و الحنابلة و القول الصحيح عند الشافعية إلى استحبابها[3] ، استنادا بالنصوص منها :

- ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه **﴿أتي بسوداء يقال لها : سلامة فقال : أسرقت**

---

(1) – ينظر : المصدر السابق نفسه ، ص: 87 .

(2) – ينظر : حاشية الدسوقي ، ج4 ص: 346 . شرح مختصر خليل للخرشي، ج8 ص: 82 .

(3) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 142- 186 . أسنى المطالب ج4 ص: 152 . تحفة المحتاج ، ج9 ص: 152.

قولي : لا ، قالوا : أتلقنها ، قال : جئتموني بأعجمية لا تدري ما يراد بها حين تفسر فأقطعها ﴾[1] .

- و أن أبا الدرداء ﴿**أتي بامرأة قد سرقت فقال لها :سلامة ،أسرقت قولي: لا ﴾**[2].
- و عن عبد الرحمن بن ثوبان ﴿ **أن رجلا سرق شملة فأتي به النبي ﷺ فقالوا: يارسول الله هذا سرقت شملة ، فقال : ما أخاله سرق ﴾**[3].
- وعن عكرمة بن خالد قال :﴿ **أتي عمر بسارق قد اعترف ، فقال عمر : إني لأرى يد رجل ما هي بيد سارق ، قال الرجل : و الله ما أنا بسارق فأرسله عمر و لم يقطعه ﴾**[4] .
- حديث أبي أمية المخزومي ،﴿ **أن رسول الله ﷺ أتي بلص اعترف اعترافا و لم يوجد معه المتاع فقال له رسول الله ﷺ : ما أخالك سرقت ، قال : بلى يارسول الله ، فأعادها عليه رسول الله ﷺ مرتين أو ثلاثا ، قال : بلى يارسول الله ، فأمر به فقطع ﴾**[5] .

و لفقهاء الشافعية في ذلك ضابط ، قال الرافعي « هذا إن كان المقر جاهلا بوجوب الحد بأن أسلم قريبا أو نشأ ببادية بعيدة عن العلماء ، و إذا عرض له فإنما يعرض بما لا يسقط حق الغير عن العقوبة ، لا بما يسقطه حتى لا يعرض في السرقة بما يسقط الغرم ، و إنما يسعى في دفع القطع كما أنه في حدود الله يستحب الستر و في حقوق العباد يجب الإظهار و لا يقول له ارجع عن الإقرار أو نحوه من صرائح الرجوع كاجحده ، بل يقول : لعلك سرقت من غير حرز و نحوه »[6].

---

(1) – المصنف ،ج6 ص: 525 .

(2) – المصدر نفسه .

(3) – المصدر نفسه .

(4) – المصدر نفسه .

(5) – أبوداود ، كتاب : الحدود ، رقم : 3807 .

(6) – أسنى المطالب ، ج4 ص : 152.

و يدخل تحت هذه المسألة فروع منها :

– أن للحاكم أن يوجه أسئلة للمقر مفصلة و ذلك بأن يبين السرقة و المسروق منه و قدر المسروق للحصول على القطعية في الإقرار ، لأن عدم ذلك يفضي إلى وجود شبهة تدفع عن صاحبها إقامة الحد ، فقد يظن غير السرقة الموجبة للقطع سرقة موجبة له[1] .

– وقد اشترط فقهاء الحنابلة و ما ذهب إليه القاضي أبو يوسف الحنفي ، تكرار الإقرار مرتين و هذا كله يدخل في تعريض القاضي ، فقد روي عن علي ﷺ أن رجلا أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده[2] و لحديث أبي أمية المخزومي السابق .

و استدلوا على ذلك من جهة المعنى ، و ذلك باعتباره من حدود الله و حقا من الحقوق الخالصة لله ﷻ ، فكان الواجب اعتبار التكرار فيه بعدد الشهادة كحد الزنا ، و لأنه يتضمن إتلافا فكان من شرطه التكرار[3] .

و ذهب فقهاء المالكية و الشافعية و الإمام أبو حنيفة أنه يكفي في ذلك مرة واحدة[4] ، لما روي عن النبي ﷺ ﴿ **أنه أتي بسارق فقال : أسرقت ما أخاله سرق فقال : سرقته ، فأمر بقطعه** ﴾[5].

أما من **جهة المعنى** : فاعتبار الإقرار بالشهادة مبني على أن الزيادة في الشهادة كان الغرض منها تقليل من تهمة الكذب ، بخلاف الإقرار فلا موضع للتهمة فيه لأنه إخبار ترجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب فلا يزيده التكرار رجحانا[6] .

---

(1) – ينظر إلى : أسنى المطالب ، ج4 ص: 151 . رد المحتار ، ج4 ص: 86 .

(2) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 182.

(3) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص: 179 . المغني ، ج1 ص: 120 .

(4) – ينظر : حاشية العدوي ، ج2 ص: 335 . نصب الراية ، ج4 ص: 179 . الأم ، ج7 ص: 158 .

(5) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص: 204 . شرح معاني الآثار، ج3 ص: 169 .

(6) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص: 179 .

و أما ما يتعلق **بمسألة الخصومة** فقد اختلف الفقهاء في اشتراطها إلى مذهبين :

- فذهب فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى اشتراط طلب المالك للمال ، فيجب مطالبة من له حق المطالبة بالمسروق[1] .

- وذهب فقهاء المالكية إلى عدم اشتراط ذلك[2] .

و محل النزاع في ذلك : - أن الذي اشترط الخصومة فذلك أخذا بوجه الإحتياط و اعمالا للشبهة ، لأن المال يباح بالبذل و الإباحة (الإذن) فيحتمل أن صاحبه و مالكه أباحه إياه أو ربما وقفه على المسلمين أو ربما إذن له بالدخول إلى الحرز ، فلهذه الإحتمالات اعتبرت الخصومة – على رأي المذهب الأول – في إثبات حكم القطع شرطا من الشروط دفعا لهذه الشبهة من جهة ، و اعمالا لقاعدة عامة مفادها أن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بالخصومة ، و إنما القطع شرع لصيانة ضروري و هو مال الآدميين ، فلم يستوفي من غير حضور مطالب به[3] .

و أما الذي لم يشترط الخصومة فأخذا بعموم الآية و عدم وجود ما يصلح مخصصا لهذا العموم[4] .

و أما **مسألة رجوع المقر عن إقراره** : فالذي عليه الإتفاق بين فقهاء الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة أن الرجوع يسقط الحد و لكن لا يسقط حق الآدميين لأنه قد اعترف بشيئين أحدهما لله ﷻ و الآخر للعباد ، فأسقط عنه حق الله ﷻ لأن الحدود تدرأ بالشبهات و رجوعه عن الإقرار شبهة لإحتمال أن يكون قد كذب على نفسه ، أما حق الآدميين فيلزمه لأنه حق مبني على الشح و الضيق و المخاصمة فلا يمكن إسقاطه[5] .

---

(1) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص: 179 . تحفة المحتاج ، ج9 ص: 152 . المغني ، ج5 ص: 120 .

(2) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 528 .

(3) – ينظر : نصب الراية ،ج4 ص : 210 . فتح القدير ، ج5 ص: 401 . المغني ، ج9 ص : 123 .

(4) – ينظر : الموسوعة الفقهية ، ج24 ص: 334 .

(5) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 233 . المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 168 . الأم ، ج7 ص: 59 . المغني ، ج9 ص:119

لكن للمالكية في هذه المسألة تفصيل ، فمن أقر على نفسه بالسرقة ثم بعد ذلك رجع عن إقراره يحتمل فيه شيئين ، إما أن يكون رجوعه لشبهة أو لا ؟

- فإن كان رجوعه لشبهة درء عنه الحد .
- و إن كان رجوعه لغير شبهة ففيه قولان ، و أما الغرم فهو حق للآدميين فيغرمها سواء رجع لشبهة أو لغير شبهة[1] .

و الناظر لكتب الفقه في مسألة الإقرار ، فإنه يستشف أن الفقهاء رجحوا جانب الإحتياط لإعتبارين : - صيانة أموال الناس من الضياع و هو المقصد الضروري .

- صيانة أطراف الناس من الهلاك لوجود شبهة .

وهذه وجهة بنيت عليها الفروع الفقهية و سيأتي التفصيل في ذلك .

الفرع الثاني
ثبوت السرقة بالبـــيّنة

يقصد بالبينة الشهادة و من **معانيها في اللغة** : الخبر القاطع[2] .

و في **الإصطلاح الفقهي** : لكل مذهب تعريف خاص لها[3] ، و قد خصوها بالشاهدين أو الشاهد و اليمين[4] ، و لإبن القيم تعريفا استنبطه من النصوص فقال: « اسم لكل ما يبين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء »[5] وأراد

---

(1) – ينظر : الإتقان و الإحكام (شرح ميارة) ، ميارة (دار المعرفة ، ب.ت) ، ج2 ص: 267 .

(2) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج4 ص: 207 .

(3) – فقد عرفها فقهاء الحنفية بأنها إخبار صدق بإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء ، و عرفها فقهاء الشافعية بأنها إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص ، وعرفها فقهاء الحنابلة على أنها إخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص. ينظر : تبيين الحقائق ، ج4 ص: 207 . تحفة المحتاج ، ج10 ص: 211 . مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 591 .

(4) – ينظر : اعلام الموقعين ، ج1 ص: 71 .

(5) – المصدر نفسه .

ابن فرحون المالكي أن يجد لها حداً فقال : « إخبار يتعلق بمعين »[1]و لعل التعريف العام لإبن القيم يفيد الغرض لأن التفصيل في ذلك ليس هو المقصود من هذا الفرع و إنما هو بيان وجه الإحتياط في ذلك .

و الذي عليه جمهور الفقهاء أن حكم السرقة الذي هو القطع يثبت ببينة رجلين عدليين مسلمين حرين ، و ليس للسارق في ذلك اعتبار بمعنى : أن السارق لا ينظر إليه سواء كان مسلما أو غير مسلم كالذمي ، فإذا قامت الشهادة على أنه سارق ثبت في حقه الحكم الذي هو القطع ، و هذا محل اتفاق بين الفقهاء قولا واحدا[2].

و باب الشهادة عمل يتعلق بعمل الحاكم واجتهاده ، فهو ميدان خصب للإجتهاد خاصة فيما يتعلق بالنظر في أحوال الشهود و من أوسع الأبواب التي تبرز فيها سياسة الحكم ، و لذلك فإن حصر مسائلها أمر صعب إلا أن هناك مسائل تفيد الغرض قد تبين فيها إعمال الفقهاء لوجه الاحتياط منها :

- مسألة اختلاف الشهود .
- مسألة تقادم الشهادة .
- مسألة رجوع الشهود عن شهادتهم .

فالذي عليه الإتفاق بين فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة في المسألة الأولى أنه إذا اختلف شهود السرقة لا يقطع لأن الإختلاف مظنة للشبهة[3] .

و لفقهاء الحنفية في ذلك تفصيل ، فإذا شهد الشهود على رجل أنه سرق بقرة ثم اختلفوا في لونها قطع ، لأن المسروق قد تعين و لم يختلف فيه ، بخلاف إذا قال

---

(1) – تبصرة الحكام ، ج1 ص: 245 .

(2) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 82 . المدونة ، ج4 ص: 491 . الأم ، ج6 ص: 166 . المغني ج9 ص: 119 .

(3) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 538 . الأم ، ج7 ص: 55 . كشف القناع عن متن الإقناع ، البهوتي (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ج6 ص: 144.

أحدهم على أنه سرق بقرة و قال الآخر على أنه سرق ثورا ، فإنه لا يقطع[1] .

و هذه المسألة دفعت الفقهاء إلى اشتراط سؤال الحاكم في الشهادة فيسألهما عن ماهية السرقة و عن الكيفية و عن المكان و عن الزمان احتياطا و دفعا لمفسدة التلف ، و ذلك لإحتمال وجود ما يكون مظنة للشبهة ، كوجود ما يدفع عن الجاني تطبيق الحد ، لأن السرقة -كما تقرر في المباحث السابقة – تلتبس مع بعض المعاني كمعنى الإختلاس و الغصب ، فقد يظن ظان من الشهود أن الإختلاس يوجب القطع ، و قد يلتبس على كثير من الناس قوله ﷺ : ﴿ **أسوأ الناس سرقة الذي يسرق صلاته** ﴾[2] .

ثم إن الواقعة المادية للسرقة قد تختلف باختلاف الأحوال، فهناك من يأخذ الأشياء بالنقب للجدار بدون دخول الحرز ، أو يأخذ الأشياء مع وجود مظنة الإذن ، أو يدخل مكان لا يعتبر حرزا عادة ، أو أن يوجد سبب يدفع عنه حكم القطع و إن أخرج المسروق من الحرز بلغ نصابا و توفرت جميع الشروط كمن سرق أقاربه ، و لهذا السبب اشترط بعض الفقهاء أن يسأل الحاكم عن المسروق هل هو أجنبي أو قريب من السارق[3]؟

وقد أوجب الفقهاء على الحاكم التحري في مسألة الشهود ، فيسألهم عن المكان السرقة و ظروفها و حال السارق و المسروق إعمالا لقاعدة أن **الحدود مبنية على الدرء** ، فلا بد من إزالة الشبهة و لا بد من مزيد من الإحتياط .

و أما بالنسبة للقانون الجزائري ففي حالة ما إذا اختلف الشهود و كانت شهادة كل واحد منهما متناقضة فإنه لا يعتد بها ، و هو الذي قضت به المحكمة العليا و

---

(1) – ينظر : فتح القدير ، ج7 ص: 444 .

(2) – مسند أحمد ، كتاب باقي مسند المكثرين ، رقم : 11106 .

(3) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 82 .

قررت أن من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها و يمنع بناء الحكم عليه [1].

أما مسألة تقادم الشهادة فقد اشترطه فقهاء الحنفية بخلاف فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة .

ووجه فقهاء الحنفية في ذلك :- أن الشاهد إذا عاين الجريمة فهو مخير بين أن يؤدي الشهادة حسبة لله ﷻ لقوله تعالى :﴿ **و أقيموا الشهدة لله** ﴾[2] و بين خلق التستر على المسلم لقوله ﷺ :﴿ **المسلم أخو المسلم لا يظلمه ...و من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة** ﴾[3] ، فلما تبين أنه لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم الحد مدة ، دل ذلك أن الشاهد اختار جانب الستر ، فإذا شهد بعد ذلك دل على أن الضعينة هي التي دفعته إلى الشهادة فأورث ذلك شبهة و لقد قال عمر ﷺ : « إنما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم»[4] ، ثم إن التأخير في الشهادة يورث التهمة و لا شهادة للمتهم[5] .

إلا أن لفقهاء الحنفية في ذلك ضابطا بيانه :- أن التقادم يكون حجة لمنع قبول الشهادة في الحدود إذا كان التأخير من غير عذر ظاهر ، بخلاف إذا كان هناك عذر ظاهر بأن كان المشهود عليه في موضع ليس فبه حاكم فحمل إلى بلد فيه حاكم ، فشهدوا عليه ، فالشهادة جائزة و إن تأخرت لموضع العذر ، و لا يكون التقادم في ذلك مانعا لقبول الشهادة[6] .

---

(1) – ينظر : الوجيز في شهادة الشهود ، أ . يوسف دلاندة (دار هومه ، الجزائر : 2004) ص: 68 .

(2)– سورة الطلاق ، الآية : 2 .

(3) – رواه البخاري ، كتاب المظالم و الغصب ، رقم :2310 .

(4) – ينظر : الشافعي في الأم ، ج7 ص: 130 . و شرح السير الكبير، ج5 ص: 2019 .

(5) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 47 . كشف الأسرار، البخاري (دار الكتاب الإسلامي ، ب.ت) ، ج4 ص: 159 .

(6) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 47 .

و أما وجه فقهاء المالكية و الحنابلة فمن جهة القياس بيانه : - أنه انتقال ملـــك بعد السرقة فلم يؤثر ذلك في إسقاط الحكم الذي هو القطع ، و على أنها شـــهادة بحق فجازت مع تقادم الزمان كالشهادة بالقصاص ، لأنه فيه احتمال يتمثل في أنه قد يعرض للشاهد مايمنع الشهادة[1] .

ومأخذ هذه القضية أن فقهاء الحنفية نظروا إلى البواعث فرجحوا جانب سقوط الحكم ورفع القطع عن السارق ، فلما كان حد السرقة حدا من حـــدود الله ﷻ فإن تقادم العهد أورث شبهة فلم تقبل شهادتهم اعمالا لقاعـــدة الحـــدود تـــدرأ بالشبهات ، و هذة نظرة سلكها فقهاء الحنفية تعتمد على اعتبار مصلحة المتهم .

أما فقهاء المالكية و الحنابلة فقد رجحوا متعلقا آخريتمثل في أن السرقة تعلقت بها حقوق الآدميين في تضمين الأموال ، و أن **صدق الأقوال يقوم على الظهور دون النظر إلى البواعث** فرجحوا جانب المصلحة العامة دون النظر إلى مصلحة المتهم .

أما في القانون فإن الدعوة الجنائية تنقضي بمضي مدة ووجه المصلحة في ذلك عدم توافر عدم توافر المصلحة في العقاب كما أنه يصعب إثباتها في بعض الأحيان و لما كانت هذه الاعتبارات نظرية لم يأخذ بها بعض التشريعات القانونية مثل التـــشريع الإنجليزي ، و ربما ينتقده بعضهم من فقهاء القانون بأن التقادم تـــشجيع لـــبعض المجرمين الحذاق للتهرب من العقاب[2] .

و أما مسألة الرجوع عن الشهادة فلا تخلوا من احتمالين :

- أن يكون الرجوع عن الشهادة قبل قضاء القاضي .
- أن يكون رجوعهم بعد قضاء القاضي .

---

[1] - ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 163 . مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 595 .

[2] - ينظر : نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي ، بهنسي ، ط5 (دار الشروق : بيروت : 1988) ، ص: 207 . مبادئ القانون الجزائي العام ، ص: 217 .

– فإن رجعا قبل الحكم سقطت شهادتهما ، لأن الشهادة شرط الحكم فإذا زالت قبله لم يجز ، و كذلك رجوعهما قبل ذلك دليل على أن كلاهما متناقض والقاضي لا يقضي بكلام متناقض فتصير الشهادة كالعدم ، و أما ما يخص الشاهدين فلا ضمان عليهما لأنهما أصلا لم يتلفا شيئا لا على المدعي و لا على المدعي عليه[1] .

– وإن رجعا بعد الحكم فلا يخلوا ذلك من أن يكون قبل التنفيذ أو بعده .

– فإن كان قبل تنفيذ حكم القطع لم يجز الإستيفاء لأنه حد من حدود الله ﷻ وأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة ، و الرجوع عن الشهادة شبهة ظاهرة و هذا مبطل للقضاء .

أما فيما يتعلق بحق العبد فالرجوع لا يبطل حق المقضي له و الشهادة تتأكد بنفس القضاء و على الشهود ضمان ما أتلفوه بشهادتهم[2] .

– و إن كان بعد تنفيذ الحكم ، فالحكم ثابت لا ينقض ، و في ذلك تفصيل :

- – فإن قالا : « تعمدنا » و جب القود عند فقهاء الشافعية و بعض فقهاء المالكية[3] اعتمادا على ما روي الشعبي أن رجلين شهدا عند علي ﷺ على رجل أنه سرق فقطعه ثم أتياه برجل آخر فقالا : « إنّا أخطأنا بالأول و هذا السارق » فأبطل شهادتهما على الآخر و ضمنهما دية يد الأول و قال : « لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيدكما »[4].

---

[1] – ينظر : المغني ، ج10 ص: 223 . تبيين الحقائق ، ج4 ص: 244 . حاشيتا قليوبي و عميرة ، عميرة (دار إحياء الكتب العربية ، ب.ت) ،ج4 ص: 334 . الإتقان و الإحكام (شرح ميارة) ، ج1 ص: 67 .

[2] – ينظر : المدونة، ج4 ص: 540 . المبسوط ، ج9 ص: 169 .

[3] – ينظر : حاشيتان قليوبي و عميرة ، ج4 ص: 334 . الإتقان و الإحكام ، ج1 ص: 67 .

[4] – قال العسقلاني : إسناده صحيح ، ينظر : التلخيص الحبير ، ج4 ص: 39 .

و ذهب فقهاء الحنفية و جمهور المالكية إلى أنه لا قود عليهما ، و تعليلهما في ذلك من **جهة المعنى** : أن الوجوب منهما سبب للقصاص و القصاص يعتمد المساواة بين المباشر و المسبب ، ولأن اليدين لا يقطعان بيد واحدة لأنهما لم يباشرا الإتلاف فأشبه ذلك حافر البئر في الطريق و ناصب السكين و عليهما الدية[1] .

- – فإن قالا : « أخطأنا أو جهلنا » لم يوجب القود و هذا عند قول عامة أهل العلم كما نقله ابن قدامة و كانت عليهم الدية في أموالهم مخففة مؤجلة[2] .

اليمين المردودة : و هي نظير الشهادة كأن يدعي شخص على آخر سرقة تحقق فيها حكم القطع فأنكر المدعي عليه ، فطلب المدعى من المدعي عليه أن يحلف لإثبات براءته فنكل عن اليمين ردت على اليمين على المدعى فإن حلف أن المدعي عليه سرق ما ادعاه ثبت المال المسروق بهذه اليمين المردودة و لا يقام الحد عند جمهور فقهاء الحنفية و المالكية و الحنابلة و المعتمد عند فقهاء الشافعية[3] .

ووجه ذلك كله عندهم هو : أن القطع حق من حقوق الله ﷻ فلا يثبت إلا بإقرار أو بينة و أن اليمين المردودة يثبت بها المال فقط[4] .

و يزيد الزيلعي في تعليل ذلك فيقول : « لأن موجب فعله شيئان : – الضمان و هو يجب مع الشبهة يجب مع النكول ، و القطع و هو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظير ما إذا ثبتت السرقة بشهادة رجلين و امرأتين أو بالشهادة على الشهادة »[5].

---

(1) – ينظر : المبسوط ، ج17 ص: 22 . الإتقان و الإحكام ، ج1 ص: 67 .

(2) – ينظر : المغني ، ج10 ص: 223 .

(3) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج4 ص: 299 . منح الجليل ، ج9 ص: 331 . المغني ، ج9 ص: 125 . أسنى المطالب ، ج4 ص: 151 . مغني المحتاج ، ج5 ص: 491 .

(4) – ينظر : أسنى المطالب ، ج4 ص: 151 .

(5) – ينظر : تبين الحقائق ، ج4 ص: 299 .

المطلب الثاني

الإحتياط في المسمى

تقرر فيما سبق أن للسرقة مفهومان ، **عام** : يقصد به أخذ مال الغير خفية وهو المعنى الذي يشترك فيه القانون مع الشريعة الإسلامية ، **وخاص**: و هو المفهوم الشرعي المضبوط بشروط اجتهد فيها الفقهاء على ضوء استقراء النصوص الشرعية الواردة في السرقة ،مثل اشتراط الحرز و بلوغ النصاب .

و لقد اعتمد الفقهاء في النظر إلى اسم السرقة على اعتبارين :

- **اعتبار وضعي** : و يتمثل في المفهوم الخاص للسرقة ، و ذلك من خلال النصوص الشرعية ، فقد بينت السنة النبوية – باعتبارها المصدر الثاني للتشريع – أن موجب حكم القطع وضعي يتعلق بوجود شروط مثل الحرز و بلوغ النصاب و لايصدق اسم السرقة على من تخلفت فيه هذه الشروط .

- **اعتبار موضوعي** : المبني على اعتبار المقصد من هذه العقوبة ، فلقد استقرأ الفقهاء النصوص الشرعية في ذلك ، فتبين لهم أن الله ﷻ شرع ذلك لصيانة أموال الناس و لم يجعل ذلك إلا في السرقة ، و من جهة أخرى نظروا إلى بعض المعاني التي تشبه السرقة كالإختلاس و الغصب ، فوجدوا أن حكم القطع تخلف فيها فليس على المنتهب و لا على المختلس قطع ، فبحثوا عن السبب في ذلك فوجدوا أن هذه الأنواع من الإستعداء (كالإختلاس و الحرابة و الغصب) يمكن استرجاعها إلى ولاة الأمور و أن إقامة البينة على ذلك يسيرة ، بخلاف السرقة فإنه يعسر إقامة البينة عليها فعظم أمرها و تغلظت عقوبتها ليكون ذلك أبلغ في الزجر[1] .

و يزيد ابن القيم ذلك توضيحا فيقول : « ترك قطع المختلس و المنتهب

---

[1] – ينظر : طرح التثريب ، ابن الحسين العراقي (دار إحياء الكتب العربية ، ب.ت) ، ج8 ص: 23 .

و المغتصب فمن تمام حكمة الشارع أيضا ، فإن السارق لا يمكن الإحتراز منه فإنه ينقب الدور و يهتك الحرز و يكسر القفل و لا يمكن صاحب المتاع الإحتراز بأكثر من ذلك فلو لم يشرع قطعه لسرق الناس بعضهم بعضا و عظم الضرر و اشتدت المحنة بالسراق ، بخلاف المنتهب و المختلس ، فإن المنتهب هوالذي يأخذ المال جهرة بمرأى من الناس فيمكنهم أن يأخذوا على يده و يخلصوا حق المظلوم أو يشهدوا له عند الحاكم ، و أما المختلس فإنه إنما يأخذ المال على حين غفلة من مالكه و غيره فلا يخلوا من نوع تفريط يمكن به المختلس من اختلاسه ، و إلا فمع كمال التحفظ و التيقظ لا يمكنه الإختلاس ، فليس كالسارق بل هو بالخائن أشبه ..و أما الغاصب فالأمر فيه ظاهر و هو أولى بعدم القطع من المنتهب ، و لكن يسوغ كف عدوان هؤلاء بالضرب و النكال و السجن الطويل و العقوبة بأخذ المال »[1] .

و من بين المسائل التي ظهر فيها اعتبار الفقهاء للجانب الوضعي و الموضوعي لعقوبة السرقة ، مسألة خيانة الأمانة ، و هي من القضايا العظيمة الأثر في الفقه الإسلامي التي بنيت تحتها كثير من الفروع الفقهية .

فالناظر إلى الفروع الفقهية التي تتعلق بعقوبة السرقة ، يجد أن الفقهاء إذا تعلقت بالسرقة شبهة استحقاق أو شبهة إباحة اعتبروا ذلك من جنس خيانة الأمانة كالسرقة الموجودة بين الأقارب و الأزواج .

و قد نقل عن فقهاء الحنفية و المالكية و الشافعية و الأصح عند الحنابلة أن خيانة الأمانة لا تعد سرقة ، و إنما هي ترك واجب فيعاقب صاحبها عقوبة تعزيرية حتى يؤديها لصاحبها[2] .

---

(1) – إعلام الموقعين ، ج2 ص: 47 .

(2) – ينظر : فتح القدير، ج5 ص: 373 . المنتقى ،ج3 ص: 94 . تحفة المحتاج ، ج5 : 145 . المغني ، ج3 ص: 94 .

فلا تطبق عليه عقوبة السرقة تماشيا مع منطقهم في شروط السرقة ، و بيان ذلك:أنهم وجدوا في ذلك شبهة الإذن التي أباحت الوصول إلى موضع الحرز فليس ذلك في حقه حرزا ، فكل مؤتمن أباح لصاحبه الوصول إلى مكان الحرز .

و لقد أطلق الفقهاء في الغالب مصطلح خيانة الأمانة على الذي يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة و يدعي ضياعة أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية[1].

ونقل عن الإمام أحمد على أن خائن الأمانة يعد سارقا[2] .

و **دليل المذهب الأول** : حديث المرأة المخزومية الذي ذكر سابقا ، فقالوا أن المرأة التي كانت تستعير المتاع إنما قطعت لسرقتها لا جحودها ، و أن الروايات المنقولة تدل على أنها سرقت فقطعت بسرقتها ، و إنما عرفتها عائشة بجحدها العارية – في رواية عنها – لكونها كانت مشهورة بذلك ، و لا يلزم أن يكون ذلك سببا[3] .

أما **من جهة المعنى** : فاعتباره مؤتمن فلم يجب عليه القطع و إنما هو خائن للأمانة تبعا لقاعدة : **المعار مأمون** .

أما **دليل المذهب الثاني** : فهو الحديث نفسه ، حتى أفضى ذلك إلى القول بوجود حديثين لواقعتين مختلفتين[4] .

أما من **جهة المعنى** : فرأوا أن العارية من مصالح العباد التي لا يستغنى عنها و لا بد منها ، فهي واجبة عند الحاجة و الضرورة إما بأجرة أو مجانا ، و لا يمكن للمعير أن يشهد كل وقت على العارية و لا يمكن الإحتراز بمنع العارية شرعا و عادة ، فلو

---

(1) – الوديعة : أمانة بلا تمليك شيء ، و أما العارية : أمانة مع تمليك المنفعة لكن بعوض ، ينظر : تبيين الحقائق ، ج5 ص: 77 .

(2) – ينظر : المغني ، ج3 ص: 94 .

(3) – ينظر : المنتقى ، ج7 ص: 186 . فتح القدير، ج5 ص: 373 .

(4) – ينظر : فتح القدير ، ج5 ص: 373 . المحلى بالآثار، ج12 ص: 363 . نيل الأوطار، ج7 ص: 158 .

علم أن المستعير إذا جحد لا شيء عليه لجر ذلك إلى سد باب العرية و هو خلاف المشروع .[1]

و الناظر إلى هذه المسألة يجد أن كلا المذهبين اعتمدا على نفس الدليل ، و أنهما اختلفا فيه و بفرض أنها نفس الواقعة و أنه لا يوجد حديثين ، فالقاعدة الأصولية **توجب سقوط هذا الدليل لأنهما اختلفا في نفس الدليل .**

إلا أن جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية كان متعلقهم في ذلك الوضع الشرعي ، فقد وجدوا قصورا في الحرز المتمثل في أن صاحب المتاع قد ائتمن وأباح الوصول للحرز ، فليس ذلك من حقه حرزا تماشيا مع منطقهم في اشتراط الحرز الموجب لحكم القطع .

و أما من قال بقطع خائن الأمانة فقد تعلقوا بالجانب الموضوعي الذي يتمثل في مراعاة المقصد الضروري و الذي هو حفظ أموال الناس .

و الأخذ بالجانب الموضوعي في هذه المسألة أمر نسبي ، فحتى الذي قال بسقوط القطع عن خائن الأمانة راعى في ذلك مصلحة وبيانها أن المودع لا ضمان عليه لحديث الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال : ﴿ **على اليد ما أخذت حتى تؤدى، قال قتادة : ثم نسي الحسن فقال : فهو أمينك لا ضمان عليه يعني العارية** ﴾[2] **فالمودع متبرع في الحفظ** و ما على المحسنين من سبيل ، و لأن الناس في حاجة إلى الإيداع فلو ضمن المودع لمتنع الناس عن قبول الودائع[3] .

و لقد فرق قانون العقوبات الجزائري بين السرقة و خيانة الأمانة ، و أراد أن يحصر صورها في **المادة 376** و التي تضمنت معناها بشكل أساسي ، فبموجب هذه المادة يعتبر كل شخص مرتكب لجريمة خيانة الأمانة كل من اختلس أو بدد بسوء

---

[1] – ينظر : إعلام الموقعين ، ج2 ص: 48 ، نيل الأوطار ، ج7 ص: 158 .

[2] – سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، رقم : 1284 .

[3] – ينظر : الأحكام السلطانية ص: 319 .

نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أيـــة محـــرزات أخرى تتضمن أو تثبت إلتزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا علـــى ســـبيل الإجارة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الإستعمال أو لأداء عمل بـــأجر بشرط ردها أو تقديمها أو لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين و ذلك اضرار بمالكها أو واضع اليد عليها، كما نصت **المادة 380– 381 – 382** عن باقي الصور فالجاني في هذه الحالة تسلم المال على سبيل الأمانة و قامت حيازته لهذا المال حيازة ناقصة و يبقى ملزما بالرد حتى إذا تصرف بالمال بتبديده أو اختلاسه يكـــون قـــد ارتكب جريمة خيانة الأمانة[1] .

و الركن المادي الذي هو الإختلاس في خيانة الأمانة يختلف عن الاخـــتلاس في السرقة لأن الاختلاس (Detourneme) في السرقة يتمثل في سلب مال الغير دون رضاه بينما في خيانة الأمانة فالمال كان في حيازة الجاني ابتداءً ، فيقع الاخـــتلاس بمجرد تحويل ذلك الشيء من حيازة مؤقتة إلى حيازة دائمة بنية التملك[2].

فالقانون الجزائري يشترط في السرقة أخذ المال خفية ، فإذا أخذه برضاه كوديعة ثم اختلسه و ادعى ملكه فهي خيانة أمانة و هذا من الناحية النظرية لا فرق بينـــه وبين ما تقرر في التشريع الإسلامي في المسألة ذاتها ، باعتبار المفهوم العام للـــسرقة لكن من ناحية إنزال النظريات المقررة على الوقائع المختلفة فثم الخلاف ، والفروع الفقهية تدل على ذلك .

فقد نصت **المادة 368** من قانون العقوبات الجزائري أنه لا يعاقب على السرقات التي تقع بين الأزواج ، و أن المسؤولية الجنائية لا تتحقق في مثل هذه الـــسرقات سواء كانت جناية أو جنحة ، و يسقط الحق الجنـــائي لكن لا يسقط الحق المدني

---

(1) – ينظر : دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. عبد الله سليمان ، ص: 267 .

(2) – ينظر : شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. محمد صبحي نجم ، ص: 163 .

العقاب ، و إن كان للقانون جانبه الفني في تقسيم جرائم الأموال إلى سرقة وخيانة أمانة و نصب .

أما في الفقه الإسلامي فقد يتفق مع القانون في اعتبار أن السرقة لها وضع يختلف عن الوضع في خيانة الأمانة و النصب كما تقرر في السابق ، إلا أنه هناك نظـــرة أخرى أقام الفقهاء عليها فروعهم الفقهية مثل مسألة سرقة أحد الزوجين .

فقد ذهب فقهاء الحنفية على أنه لا قطع على أحد الزوجين لوجـــود ســـبب الزوجية و الذي يثبت معنى الإتحاد بينهما و تباسط كل واحد منـــهما في مـــال صاحبه كتباسط الولد في مال والده و كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه و هذا يوجب اختلالا في شرط الحرز و في الملك أيضا[1] .

أما عند فقهاء المالكية في ذلك تفصيل بيانه :

إن سرق أحد الزوجين من مال الآخر من موضع محجور بـــائن في مـــسكنها فوجب القطع ، و إن كان منهما في بيت واحد فسرق من تابوت مغلق أو بيـــت محجور معهما في الدار غير مشتركة ففيه خلاف في المذهب ، فذهب ابن القاســـم إلى قطعه ، و في الموازية أنه لا يقطع و عدم القطع أحسن إن كان القصد بـــالغلق التحفظ من أجنبي يطرقها ، و إن كان لتحفظ كل منهما من الآخر قطع[2] .

و تعددت الروايات في الفقه الشافعي و الحنبلي ، إلا أنه هناك قـــول للإمـــام الشافعي في هذه المسألة فقد جاء في كتابه الأم قوله : « فأرى – و الله أعلم- على الإحتياط أن لا يقطع الرجل لإمرأته و لا المرأة لزوجها و لا عبد واحد منهما سرق من متاع الآخر شيئا للأثر (لقول عمر ﷺ لعبد الله بن عمرو بن الحضرمي حين قال :« إن غلامي سرق مرآة امرأتي » « أرسلـــه لا قطع عليه ، خادمـــكم أخذ

---

[1] – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 189 .

[2] – ينظر : التاج الإكليل ، ج8 ص: 460 .

متاعكم »[1]) و الشبهة فيه »[2].

و مأخذ المسألة :

– أن فقهاء الحنفية و المالكية اعتبروا الوضع الشرعي لعقوبة السرقة ، فالحنفية نظروا إلى أن انبساط كل منهما في مال صاحبه دليل على وجود الإذن فانعدم الحرز ، و أما المالكية فاستدلالا بعموم الآية من جهة و من جهة أخرى أنه مكلف سرق مالا شبهة فيه من حرز مثله كالأجنبي إن كانت السرقة من حرز لم يشتركا فيه ، ولو من مكان يدخله فإنه لا يقطع لأنه حينئذ يعتبر خائن و ليس سارقا[3].

و أما قول الشافعي السابق ففيه اعتبار للجانب الموضوعي والمتمثل في المقصد العام الذي هو المحافظة على النفوس من الهلاك لوجود شبهة الإذن .

و هناك مراعاة لبعض الأحوال في هذه المسألة ، ففقهاء المالكية فرقوا بين إن كانت السرقة من حرز قد اشتركا في سكناه و بين حرز لم يشتركا في سكناه ، كما يختلف الحكم في حالة لو منع الزوج زوجته النفقة أو نفقة ولدها فسرقت من ماله[4] ، و هذه طريقة سلكها الفقهاء في إنزال الأحكام الشرعية على الوقائع المختلفة .

لكن الجاني في هذه المسألة – و إن اختلف الفقهاء في ايجاب القطع عليه – إلا أنه لا يفلت من العقاب لأنه تعدى على حقوق الله ﷻ فيعاقب عقوبة تعزيرية باعتباره خائن للأمانة .

---

(1) – الموطأ ، كتاب الحدود ، رقم : 1527 .

(2) – ينظر : الأم ،ج6 ص: 164 .

(3) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص : 185 .

(4) – ينظر : الإنصاف ، ج10 ص: 280 .

المبحث الثاني

من حيث إعمال الشبهة

مما تقرر في الفصل الثاني في الضابط الشرعي لعقوبة السرقة ، أن الفقهاء اشترطوا لثبوت حكم القطع عدم وجود الشبهة أخذا بمبدأ عام مفاده : أن **الحدود تدرأ بالشبهات** ، و هو مبدأ عظيم تتجلى فيه معالم السياسة العقابية .

و الملاحظ من خلال الفروع الفقهية لهذه العقوبة أن الشبهة على نوعين :

- فقد يعتقد الآخذ للشيء المسروق أن المال له فيه حق ، و هذه شبهة استحقاق .
- و قد يعتقد إباحته ووجود الإذن الذي يخل بالحرز ، و هذه شبهة إباحة .

المطلب الأول

شبهة الإستحقاق

من المسائل التي أعمل فيها هذه الشبهة :

- مسألة سرقة المدين .
- مسألة سرقة بيت المال .
- مسألة سرقة الأصل للفرع .

فأما المسألة الأولى : ففيها عند الفقهاء تفصيل تختلف فيه أحوال المدين باعتبارات معينة .

فيرى فقهاء الحنفية أن للقضية صورتان :

- إذا كان المسروق من جنس الدين ، فلا يقام الحد على السارق .

- إذا لم يكن من جنس الدين ، كأن يكون دنانير فسرق عروضا ، و جب إقامة الحد إلا إذا ادعى السارق أنه أخذه رهنا بحقه فلا يقطع [1].

و يرى فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة أن للمسألة صورتان من جانب آخر :

- إذا كان المدين مقرا بالدين مليئا غير جاحد له أو كان مؤجلا و لم يحل أجله يقطع سارقه .

- أما إذا كان مماطلا جاحدا للدين فلا قطع على الدائن إن سرق قدر دينه عند فقهاء المالكية و الحنابلة ، و سواء أخذ قدر دينه أو أكثر عند فقهاء الشافعية ، بدون النظر إلى جنس الدين[2] .

ووجه الشبهة عند فقهاء الحنفية في الصورة الأولى : أن الدائن أخذ ماله فالدائن أخذ جنس دينه من مال المدين سواء كان حالا أم مؤجلا وسواء كان المدين باذلا أو جاحدا ومماطلا ، فلم يراعى في ذلك حالة المدين .

أما الصورة الثانية فلضرورة التراضي في المعاوضات و لاختلاف الأغراض أما في حالة إذا ادعى على أنه أخذه رهنا فوجه الشبهة في ذلك : أنه اعتبر المعنى و هي المالية لا الصورة، و الأموال كلها في معنى المالية متجانسة فكان أخذا عن تأويل فلا يقطع سارقه[3] .

و أما بالنسبة لفقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة ففي الصورة الأولى فلسبب أن الوصول إلى حقه ميسورا من غير أن يسرق فلا شبهة بخلاف الصورة الثانية

---

[1] – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 72 .

[2] – ينظر : منح الجليل ، ج9 ص: 309-310 ، أسنى المطالب ، ج4 ص: 140 . كشف القناع ، ج6 ص: 144 .

[3] – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 72 .

ووجه الشبهة في ذلك : اختلاف الفقهاء في إباحة أخذه حقه أورث شبهة دليل فدرئ عنه الحد كالوطء في نكاح مختلف في صحته .

فإن أخذ أكثر من مقداره فهو تعدي بأخذ ما ليس من حقه عند فقهاء المالكية و الحنابلة ، بيد عند فقهاء الشافعية إذا أخذ أكثر من حقه فقد أخذ حقه فالمال لم يبق محرزا عنه مادام قد أبيح له الدخول لاستيفاء حقه[1] .

و الظاهر من المسألة أن الشبهة فيها قوية لأن الدائن أخذ حقه فهو استيفاء لحق و لقد اعتبر الفقهاء تلك الأحوال لأن القضية من الأمور التي يقع فيها الإختلاف و تجلب التهمة ، فالحنفية راعوا جنس الدين بغض النظر عن حالة المدين إن كان مماطلا أو جاحدا أو مقرا ، وأما المالكية و الشافعية و الحنابلة فقد راعوا حالة المدين .

أما **بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري** فإن **المادة 350** لم تهتم بالهدف أو الباعث الذي يريده الفاعل حتى و لو كان هدفا شرعيا مثل الدائن الذي يستولي على منقول كرهن حيازي[2] .

و لقد جعل المشرع الجزائري اختلاس المدين الأشياء المحجوزة أو المرهونة من الأشياء المستبعدة فيها وصف السرقة طبقا **للمادتين 364 – 365** من قانون العقوبات الجزائري[3] .

أما **المسألة الثانية** فقد اختلف فيها الفقهاء :

– فذهب فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة بعدم القطع[4] .

---

(1) – ينظر : شرح مختصر خليل للخرشي ،ج8 ص: 96-97 . أسنى المطالب ، ج4 ص: 140 . كشاف القناع ج6 ص: 144 . الإنصاف ، ج10 ص: 282 .

(2) – ينظر : مذكرات في القانون الجزائي الخاص ، ص : 148 .

(3) – ينظر : المرجع نفسه ، ص : 154 .

(4) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 188 . المغني ، ج9 ص: 117 . حاشيتا قليوبي ، ج4 ص: 190 . وللشافعية في ذلك تفصيل ينظر : أسنى المطالب، ج4 ص: 140 . الغرر البهية شرح البهجة ، ج5 ص: 97 .

– و ذهب فقهاء المالكية بقطع يد كل من سرق من بيت المال[1] .

واستدل المذهب الأول بما روي عن ابن عباس ﷺ :﴿**أن عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه وقال:مال الله سرق بعضه بعضا** ﴾[2].

– ولما روي أن سعد ﷺ كتب إلى عمر بن الخطاب ﷺ عن رجل سرق من بيت المال فقال عمر :« أرسله فما من أحد إلا و له في هذا المال حق »[3].

أما فقهاء المالكية فقد اعملوا عموم الآية ، فلم تفرق بين السارق من بيت المال و السارق من غيره .

ووجه الشبهة عند فقهاء الحنفية و الشافعية والحنابلة :

– أن لكل مسلم حق في بيت المال و لأنه ليس لمال بيت المال مالك متعين ، و وجوب القطع على السارق كان لصيانة الملك على المالك فيكون ذلك شبهة تدرأ عنه الحد كما لوسرق من مال له فيه شركة[4] .

و أما فقهاء المالكية فاعتبروا ضعف الشبهة في هذا الموضع لأنه سرق مالا من حرز لا شبهة فيه في عينه و لا حق له فيه قبل حاجته إليه[5] .

ومؤسسة بيت المال لم يبقى لها أثر في الوجود في عصرنا ، إلا أن لها صورة في القانون وعادة يطلق على ذلك بمسمى المال العام .

و لقد شدد المشرع الجزائري العقاب على من اعتدى على المال العام من القضاة و الموظفين أو الضباط العموميين أو الأشخاص الذين يتولون وظيفة أو وكالة في إحدى الهيئات أو المؤسسات المنصوص عليها في **المادة 119** من قانون

---

(1) – ينظر : الفواكه الدواني ، ج2 ص: 217 .

(2) – ينظر : الفصل الثاني ، ص: 119 .

(3) – ينظر : المغني ، ج9 ص: 117 .

(4) – ينظر : المبسوط ج9 ص: 188 ، المغني ج9 ص: 117 ، حاشيتا قليوبي ج4 ص: 190 .

(5) – ينظر : الفواكه الدواني ، ج2 ص: 217 .

العقوبات ، بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى القضاء على حياة الإنسان ، لأن من العقوبات التي يتعرض لها الموظف إذا اختلس المال العام الإعدام وهذا في حالة تعرض المصالح العليا للوطن للضرر ، فيرى بعض نقاد هذه العقوبة أن هذه فكرة غير دقيقة لأنه قد يتولد منها التطبيق السيء للقانون و تظهر تجاوزات في ذلك بحجة المحافظة على المصالح العليا للوطن و هذا يتعارض مع مبدأ العدالة في العقاب[1] .

و أما **المسألة الثالثة** فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أنه لا قطع في سرقة الوالد من مال ولده ، ووجه الشبهة في ذلك: أن للسارق في هذه الحالة حق في مال المسروق منه شرعا فدرء عنه الحد[2] .

و قد نص قانون العقوبات الجزائري طبقا **للمادة 368** أن من الأعذار المعفية التي تسقط العقاب سرقة الأصول للفروع[3] .

المطلب الثاني

شبهة الإباحة

و من بين المسائل التي تتحقق فيها هذه الشبهة :

- سرقة الفرع للأصل .
- سرقة الضيف .

---

[1] – ينظر : نظرية المال العام ، أ .أعمر يحياوي (دارهومه ، الجزائر : 2002 م) ، ص : 19 . الوجيز في القانون الجنائي الخاص، د. أحسن بوسقيعة (دار هومه ، الجزائر : 2003 م) ،ج2 ص: 5-15 .

[2] – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 535 . الأم ، ج6 ص: 163 . بدائع الصنائع ، ج7 ص: 70 . المغني ، ج9 ص: 116 .

[3] – ينظر : شرح قانون العقوبات الجزائري الخاص ، د. أسحق ابراهيم منصور، ط2 (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1988 م)، ص: 156 .

- سرقة المحارم .

فأما **المسألة الأولى** : فقد اختلف فيها الفقهاء :

فذهب فقهاء المالكية على أن سارقه يقطع[1] .

و ذهب فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة على أن لا قطع على الفـــرع إذا سرق من الأصل[2] .

فأما فقهاء المالكية فإنه يقطع لضعف شبهته تخريجا عن مسألة الإبـــن إذا زنى بجارية أبيه أقيم عليه الحد [3].

و أما وجه الشبهة عند المذهب الثاني : وجوب نفقة الولد في مـــال والـــده ولأنه يرث ماله وله حق الدخول في بيته فربما يعتقد إباحته .

و هذا ما جاءت به **المادة 369** من قانون العقوبات الجزائري على« أنه لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجنائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقـــارب و الحواشـــي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة» و الحكمة من ذلك المحافظة على كيان الأســـرة وحمايتها من التفكك و المحافظة على روابط المصاهرة و النسب وهـــذا مقـــصد تتشوف إليه الشريعة الإسلامية[4] .

و أما **المسألة الثانية** : فقد اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية على أن الضيف لا قطع عليه[5] ، و ذكر ابن قدامة من الحنابلة أنه يقطع[6] .

ووجه الشبهة للمذهب عند الجمهور :أن الضيف أخذ المسروق من موضـــع مأذون له فيه والإذن بالدخول أخرج الموضع من أن يكون حـــرزا في حقـــه ،

---

(1) – ينظر : حاشية العدوي ، ج2 ص: 332 .

(2) – ينظر : فتح القدير، ج5 ص: 380-381 . الأم ، ج6 ص: 163 . المغني ، ج9 ص: 116 .

(3) – ينظر : المنتقى ، ج7 ص: 185 .

(4) – ينظر : شرح قانون العقوبات الجزائري ، اسحق منصور ، ص : 156 .

(5) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 73 . المدونة ، ج4 ص: 532 . مغني المحتاج ، ج5 ص: 471 .

(6) – ينظر : المغني ، ج9 ص: 102 .

ولأن البيت في حق الضيف لم يبق حرزا لكونه مأذونا له في دخوله فهو بمنزلة أهله .

و أما سبب القطع عند ابن قدامة : فلأنه سرق مالا محرزا عنه لا شبهة له فيه فلزمه القطع كالأجنبي .

و أما **المسألة الثالثة** : فكذالك اختلف فيها الفقهاء :

فالذي عليه الإتفاق بين فقهاء المالكية والحنابلة أنه يقطع ، فمن سرق مال أخيه أو أخته أو عمه أو عمته أو خاله أو خالته أو ابن أو بنت أحدهم ، قطع.[1]

و أما فقهاء الحنفية فلا يوجبون القطع في سرقة المحارم ، بخلاف إذا سرق من ذي محرم غير محرم[2] .

ووجه القطع عند المذهب الأول : أنها قرابة لا تمنع الشهادة فلا تمنع القطع ولأن ذات الرحم لو وطئها لوجب عليه الحد فكذلك إذا سرق مالها ، فضعفت الشبهة من هذه الجهة .

ووجه الشبهة عند الحنفية : أن كل واحد من ذوي المحارم يدخل منزل صاحبه بغير إذن عادة و ذلك دلالة الإذن من صاحبه فاختل معنى الحرز ، و لأن القطع بسبب السرقة فعل يفضي إلى قطع الرحم وذلك حرام والمفضي إلى الحرام حرام.

فأما إن سرق من ذي رحم غير محرم يقطع بالإجماع ، لأن المباسطة بالدخول من غير استئذان غير ثابتة في هذه القرابة عادة[3] .

أما قانون العقوبات الجزائري فطبقا **للمادة 368** فإن الأعذار المعفية من العقاب سرقة الأصول من الفروع و سرقة الفروع للأصول ، بخلاف التي تقع

---

(1) – ينظر : أحكام القرآن ، ابن العربي ، ج2 ص: 110 . المغني ، ج6 ص: 163 .

(2) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 75 .

(3) – ينظر : المصدر نفسه .

بين المحارم فليس في ذلك عذر يبيح العقاب[1] .

المطلب الثالث

مآخذ الفقهاء من الشبهتين

الملاحظ من خلال ما تقرر في المسائل السابقة أن قاعدة (**درأ الحدود بالشبهات**) مقيدة بقوة الشبهة و ضعفها ، فإن كانت الشبهة قوية أسقطت حكم القطع كما في سرقة الدائن و سرقة الضيف و سرقة الأصل للفرع .

فأما في سرقة الدائن و سرقة الأصل للفرع فلثبوت استحقاق المال ، فقويت الشبهة من هذه الجهة ، وأما سرقة الضيف فقد قويت فيه شبهة الإذن و الإباحة فكان بمثابة خيانة الأمانة و ليست سرقة .

أما سرقة الفرع للأصل و سرقة بيت المال وسرقة المحارم فقد ضعفت فيها عند من قال بالقطع من عدة وجوه :

الوجه الأول: اعتبار الجانب الوضعي للسرقة ، فالمالكية عادة ما يجعلون الأصل هو عموم النص (آية السرقة) حتى إذا وجدوا ما يعارض هذه عموم هذه الآية في الظاهر من النصوص اعملوا الشبهة في الحكم و اسقطوا القطع و مثال ذلك : سرقة الأصل للفرع فهو تخصيص من عموم الآية بالنصوص الثابتة من قوله ﷺ: ﴿ **أنت و مالك لأبيك** ﴾[2]، و قوله ﷺ : ﴿ **إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه** ﴾[3]، فقويت الشبهة ، بخلاف سرقة الفرع للأصل فلم يثبت دليل في ذلك فضعفت الشبهة فأوجبوا الحكم .

---

(1) – ينظر : شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. اسحق منصور ، ص : 156

(2) – ينظر : الفصل الأول ، ص: 53 .

(3) – سنن النسائي ، كتاب البيوع ، رقم : 4375 .

الوجه الثاني : أن هذه المسائل – خاصة سرقة بيت المال – من جنس ما تعم به البلوى و تختلف فيها الأنظار ، فإذا فتح هذا الباب فقد المال حرمته فكان ذريعة لأخذ أموال الناس بالباطل و هذا خلاف المشروع فضعفت الشبهة من هذه الجهة .

و أما من أسقط حكم القطع فمن وجهين :

الوجه الأول : الظاهر أن فقهاء الحنفية لا يقيدون الشبهة فإنهم نظروا في هذه المسائل ووجدوا أنها من القضايا التي اختلف فيها العلماء لإختلاف في الدليل و أن الناتج عن ذلك هو هلاك طرف بشري بالقطع فراعوا في ذلك مصلحة المحافظة على أطراف الناس لاختلاف في ذلك.

الوجه الثاني : إن هذه المسائل من بين المسائل التي تدخل من جانب التهم ، فقد يعتقد السارق أن المسروق ملكه ، فاعملوا تبعا لذلك قاعدة : **الخطأ في العفو أفضل شرعا من الخطأ في العقوبة حيث أن تبرئة المجرم فعلا أحب إلى الله ورسوله من معاقبة البريء** [1] ، و هذه القاعدة قد تضمنتها الفروع الفقهية خاصة في باب الإثبات.

---

[1] – ينظر : الموسوعة الفقهية ، ج26 ص: 205 .

المبحث الثالث

اعتبار الاجتهاد

تبين من خلال الفروع الفقهية التي تتعلق بعقوبة السرقة ، أن الفقهاء اعتـــبروا الإجتهاد في مسائل منها ، و أن الإجتهاد عندهم قد اختلفت أدواته باعتبـــارات معينة و ذلك من حيث إنزال المفهوم الشرعي الخاص على الوقائع المختلفة و مـــن حيث إعتبار لقرائن الأحوال و التي تدخل من ضمن عمل الحاكم .

المطلب الأول

من حيث التطبيق على الحوادث

تقرر فيما سبق أن الفقهاء قد اتفقوا على الوضع الشرعي للـــسرقة ، لكنـــهم اختلفوا عند إنزال هذا الوضع الخاص على الوقائع و الحوادث المعروضة ، علـــى حسب أصول كل مذهب ، فهناك من الوقائع التي ينطبق عليها وصـــف جريمـــة السرقة ، إلا أنه لم يطبق الحد لشبهة عامة ، فالسارق إن كان في حالـــة ضـــعف لايقام عليه الحد ، و الأكثرون من الفقهاء إلى أنه لا يقام الحد على السرقات التي تقع بين الأزواج ، و ما قرره فقهاء الحنابلة على أنه لا يطبق حد السرقة في مـــن سرق طعاما في مجاعة .

لكن الملاحظ عند الفقهاء أن هناك من الحوادث التي خفي فيها معنى الـــسرقة ألحقوا بها حكم القطع لاشتباهه بالسارق و إن اختلفوا من جهة قيام الدليل علـــى ذلك ، و هناك من الحوادث التي خفي فيها معنى السرقة إلا أنهم لم يلحقوا حكـــم

القطع بصاحبها و اختلفوا في ذلك و قد استعمالوا في ذلك وسائل الإجتهاد والنظر يتضح ذلك في مسألة الطرار و النباش .

خفاء معنى السرقة في الطرار:

الطرار في **اللغة**: هو الذي يطر الهمْيَان أي يشقها و يقطعها ، و الهميان : كيس تجعل فيه النفقة و يشد على الوسط و مثله الصرة ، و الصرة وعاء الدراهم ، يقال: صررت الصرة أي شددتها ، و هي نفس الكم المشدود فيه الدراهم[1] .

أما في **الإصطلاح**: فهو الذي يطر الهميان أو الجيب أو الصرة و يقطعها و يسل ما فيه على غفلة من صاحبه[2] ، و هذا المعنى نفسه المعنى اللغوي إلا أنه اختص في المعنى الإصطلاحي بمن يأخذ ما في الكم على غفلة صاحبه ، و هنا وجه الإشتباه بينه و بين السارق .

و لقد اتفق الفقهاء على أن الطرار تقطع يده و يصدق عليه اسم سارق و يدخل في عموم الآية [3].

و لفقهاء الحنفية تفصيل في ذلك بيانه :

الطرار على وجهين :

- إما أن تكون الدراهم مصرورة داخل الكم .
- و إما أن تكون مصرورة في ظاهر الكم .

فإن كان **الوجه الأول** : فإنه يقطع ، لأنه بعد القطع يبقى المال في الكم حتى يخرجه ، فإن حل الرباط لم يقطع لأنه إذا حله يبقى المال خارجا من الكم فلم يتحقق الإخراج من الحرز .

و إن كان **الوجه الثاني** :فإنه لا يقطع لانعدام الإخراج من الحرز ، فإن حل

---

(1) – ينظر : العناية شرح الهداية ، ج5 ص: 392 . الموسوعة الفقهية ، ج28 ص: 338 .

(2) – ينظر : الموسوعة الفقهية ، ج28 ص: 338 .

(3) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 161 . المدونة ، ج4 ص : 538 . مغني المحتاج ، ج5 ص: 484 .

الرباط يقطع ، لأن الدراهم تبقى في الكم بعد الرابط حتى يدخل بيده فيخرجه وتمام السرقة بإخراج المال من الحرز .

و يرى الإمام أبو يوسف أن يقطع استحسانا في الأحوال كلها[1] .

و اعتبار الطرار سارقا بني على تعليلين :

- **التعليل الأصولي** : فالطرار عندهم تقطع يده لأنه و إن كان قد اختص باسم غير اسم السرقة ، إلا أنه فيه زيادة معنى السرقة و مبالغة ، و بيان ذلك أن السارق يسارق عين الحافظ في حال النوم و الغفلة و الطرار يسارق عين المنتبه ي حال اقباله على الحفظ فهو زيادة حذق منه في فعله[2] .

- **تعليل الفقهاء** : و قد بني على أنه سرق من حرز ، لأن كل شيئ سرق بحضرة صاحبه يقطع سارقه لأن صاحبه حرز له[3] .

خفاء معنى السرقة في النباش :

و هو من النبش ، يقال : نبشته نبشا أي استخرجته من الأرض ، و نبشت الأرض كشفتها و منه نبش الرجل القبر ، و النباش هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد دفنهم في قبورهم[4] ، وهو المعنى المراد في الإصطلاح الفقهي .

و لقد اختلف الفقهاء في الحاقه بالسارق بخلاف مسألة الطرار .

فذهب فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية على أن النباش سارق تقطع يده ، لأن القبور أحراز لها بالعرف[5] .

---

(1) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 538 . المبسوط ، ج9 ص: 161 .

(2) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 161 .

(3) – ينظر : مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 228 .

(4) – ينظر : الموسوعة الفقهية ، ج24 ص : 295 .

(5) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 538 . الأم ، ج6 ص : 182 . حاشية العطار على شرح جلال المحلي ، محمد العطار (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ،ج2 ص: 341 . المغني ،ج9 ص : 115 . المحلى بالآثار ، ج12 ص: 316.

و ذهب فقهاء الحنفية على أنه لا تقطع يده اعتمادا على أصولهم و هي أن الأكفان غير محرزة[1] .

و دليل **المذهب الأول** :

- ما روي عن مالك ﴿ **لعن الرسول ﷺ المختفي والمختفية** ﴾[2] و القصد من المختفي و المختفية هو نباش القبور و الإختفاء فعل التباش و معناه الإضهار[3].

- و ما روي عن عائشة – رضي الله عنها – أنها قالت :﴿ **سارق موتانا كسارق أحيائنا** ﴾[4] فسمته سارق في اللغة و عموم الآية ، فوقع عليه اسم سارق في لغة العرب فتناولته الآية[5] .

أما من جهة المعنى : فالمالكية ألحقوه بالسارق لأنه تدرع الليل لباسا و اتقى الأعين و تعمد وقتا لا ناظر فيه و لا مار عليه فكان بمنزلة ما لو سرق في وقت تبرُّز الناس للعيد و خلو البلد من جميعهم [6].

- و أما الشافعية فاستعملوا في ذلك ما يسمى أصوليا **تحقيق المناط** ، و هو النظر و الإجتهاد في معرفة وجود العلة في آحاد صورها ، فألحقوا النباش بالسارق لتحقق العلة فيه و هي أنه وجد منه أخذ المال خفية[7] .

- و أما الحنابلة فأثبتوا ذلك عن **طريق القياس** ، و المراد به القياس اللغوي لا الشرعي ، إلا أن ابن القيم رأى أن المسألة لا تحتاج إلى قياس ، لأن القياس في

---

(1) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 195 .

(2) – ينظر: المنتقى ، ج2 ص: 30 .

(3) – ينظر : المرجع السابق .

(4) – ينظر : رواه الدارقطني ، ينظر : التلخيص الحبير ، ج4 ص: 131 .

(5) – ينظر : شرح الكوكب المنير ، ص: 72 . المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 182 .

(6) – ينظر : أحكام القرآن ، ج2 ص: 113 .

(7) – ينظر : حاشية العطار ، ج2 ص: 338-341 . البحر المحيط ، ج7 ص: 336 .

الحدود و في اللغات مسألة تجلب النزاع للاختلاف فيها فقال : « لو اعطوا السارق حده لرأوا أنه لا فرق في حده و مسماه بين سارق الأثمان و سارق الأكفان ، و أن إثبات الأحكام في هذه الصور بالنصوص لا بمجرد القياس»[1].

و أما دليل **المذهب الثاني** : قوله ﷺ :﴿ **لا قطع على المختفي** ﴾[2]و هو النباش بلغة أهل المدينة[3] .

- ما روي عن الزهري أنه قال : « أخذ النباش في زمن مروان بالمدينة فأجمع أصحاب رسول الله ﷺ و هم متوافرون أن لا يقطع »[4].

أما من **جهة المعنى** : فقالوا أن الأحراز بالحافظ و الميت لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ، و الكفن ليس بمال لأنه لا يتمول بحال و لأن الطباع السليمة تنفر عنه أشد النفار ، فكان تافها ، و بافتراض أنه مال ففي ماليته قصور لأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحي و القصور شبهة ينتفى بها الحد[5] .

و سبب الاختلاف بين المذهبين في هل يعد الكفن حرزا أم لا ؟ فمن اعتبره حرزا أوجب القطع ، و من لم يعتبره حرزا أسقط الحكم عنه[6] .

لكن الملاحظ أن كلا المذهبين رام إلى استعمال الاجتهاد في إنزال المفهوم الشرعي للسرقة على الطرار و النباش لأنهما – أصوليا- من قبيل الخفي الذي اشتبه معناه من حيث اللغة و خفي مراده بعارض غير الصيغة[7] .

---

(1) – ينظر : شرح الكوكب المنير ص: 72 . إعلام الموقعين ، ج1 ص: 203 .

(2) – ينظر : الفصل الثاني ، ص: 119 .

(3) – ينظر : نصب الراية ، ج4 ص: 195 .

(4) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 69 .

(5) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص :160 . بدائع الصنائع ، ج7 ص : 69 .

(6) – ينظر : بداية المجتهد ، ج6 ص: 177 .

(7) – ينظر : كشف الأسرار، ج1 ص: 52 .

فلفظ سارق ظاهر في كل سارق لم يعرف باسم آخر ، لكنه بالنسبة للطرار والنباش فيه نوع من الخفاء لاختصاص كل منهما باسم غير السارق ، فعرض ما جعل التطبيق يحتاج إلى نظر ، فالخفاء لم يكن من أصل اللفظ و لكن كان من حيث إنزاله على الحوادث .

و إزالة الخفاء تحتاج إلى نظر و تأمل ، بمعنى آخر يحتاج إلى بذل الجهد لمعرفة الحكم الشرعي و هذا هو الإجتهاد ، و قد ظهر للأصوليين أن الخفاء قد يكون لزيادة أو لنقصان في المعنى ، فظهر في الطرار زيادة معنى باعتباره سارق كامل يأخذ من حضور المالك و يقضته فله مزية زائدة على السارق لأن السارق يأخذ على سبيل الخفية ، فأوجبوا عليه القطع .

أما النباش فقد اختلفت فيه الأنظار على حسب اجتهاد كل مذهب ، فرام كل مذهب – خاصة فقهاء الشافعية و الحنفية – إلى استعمال وسيلة إجتهادية للوصول إلى معرفة الحكم الشرعي للنباش .

ففقهاء الشافعية استعملوا وسيلة تحقيق المناط و هو عند الأصوليين إثبات العلة فيه يكون بالنظر و الاجتهاد ، و هذه الوسيلة يحتاج إليها المجتهد و القاضي في تطبيق علة الحكم على آحاد الوقائع المعروضة ، و لعل هذا السبب الذي جعل ابن القيم النباش في باب الحكم بالفراسة و الأمارات[1] .

أما فقهاء الحنفية فنظروا من جهة أخرى و هي أن النباش اختص بهذا الإسم لنقصان في معنى السرقة ، فالسرقة أخذ مال الغير على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه انقطع حفظه بعارض كنوم و غفلة ، و النباش لا يسارق عين من قصد حفظه و إنما يسارق عين من لعله يهجم عليه فلا يأخذ معنى السارق ، و لهذا اختص باسم آخر[2] .

---

[1] – ينظر : الطرق الحكمية ، ص: 46 .

[2] – ينظر : التقرير و التحبير ، ج1 ص: 160 . المبسوط ، ج9 ص: 160 .

إن الخفاء في هذا النوع هو الذي جعل مسألة النباش – باعتبار اختلاف الفقهاء في حكمه – مسألة موضوعية تحتاج لمعرفة حكمها إلى الدراسة و البحث والفحص و تحري المقاصد العامة و الخاصة التي شرعت من أجلها الأحكام ، فالقاضي لـــه الاختيار في هذه المسألة على حسب الوقائع المعروضة ، و لعـــل أبويوســـف و استعماله للاستحسان في قطع الطرار دليل على اعتبار و جه المـــصلحة في هـــذه المسألة ، لأن أصل الاستحسان مبني على مراعاة المصالح .

المطلب الثاني

من حيث اعتبار اجتهـــاد الحاكم

الذي عليه الإتفاق بين الفقهاء أن حد السرقة لا يثبت إلا بالإقرار أو البينة ، إلا أن هناك مسألة تتعلق بعمل الحاكم من حيث اعتباره للقرائن و الأحوال و هـــي مسألة عظيمة الأثر لكونها تجر إلى أنواع الظلم و الفساد إذا لم يراعى فيها الأوضاع الشرعية .

و لشدة خطرها ، فإن الناظر إلى فروع المسألة في كتب الفقه يجد لها توسعا لكن يصعب ضبطها ، وعادة ما يكون التمثيل بالسارق الذي يتجول في أماكن السرقة فهل يؤخذ بالتهمة ؟

فبعضهم اعملوا السياسة الشرعية في ذلك إذا كانت القرائن و الأمارات ظاهرة الدلالة كوجود المسروق في دار السارق و تحت ثيابه فهو أولى بالعقوبة ممن قامت عليه شهادة إخباره على نفسه[1] .

و ذهب بعضهم إلى إثبات التعزير فلا يقطع و إنما يضمن المال ، و للإمـــام أن

---

[1] – ينظر : إعلام الموقعين ، ج2 ص: 77 .

يعزره إذا كان في موضع التهمة كأن يراه يمشي مع السراق أو رآه مع الفساق وسيأتي بيانه في المباحث اللاحقة .

و هؤلاء أعملوا المصلحة التي تتمثل في صون الأعراض و الأطراف عن القطع ، **لأن الغالب في الحكم بالقرائن في هذا الموضع مصادفته للصواب و النادر خطؤه لكنه ألغاه الشارع**[1] .

فالأول الذي أعمل القرائن و الأحوال راعى المصلحة العامة المتممثلة في حفظ حق الله ﷻ ، و **الآخر** راعى مصلحة المحافظة على الأطراف من التلف .

إلا أن النقطة التي لا بد من الإشارة إليها أن مادام التحقق من الجريمة و البحث عن المجرم باعتبار القرائن و الأحوال هو من عمل الحاكم ، فإن هذا الأمر ليس من السهل بمكان ، لأن ضبط كل صور التي يعمل فيها بقرينة الحال أمر مستبعد فالوقائع غير محدودة و قضايا الناس متنوعة .

و الناظر إلى كتب الفروع يجد أن الفقهاء في مسائل السرقة قد اعملوا القرائن و التهم لكنهم لم يفصلوا فيها ، لأنها أمر نسبي يلاحظ فيه قوة التهمة و ضعفها . قال ابن فرحون نقلا عن ابن العربي : « على الناظر أن يلاحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت فما ترجح منها قضي بجانب الترجيح وهو قوة التهمة ولا خلاف في الحكم بها وقد جاء العمل في مسائل اتفقت عليها الطوائف الأربعة»[2].

ولقد توسع القانون في ذلك وذكر هذه المسألة في باب المشتبه فيه وأقر بأنها مسألة صعبة لأنها تدخل في باب حريات الأشخاص فوضعوا لذلك ضمانات بموجبها الحفاظ على حقوق الناس[3] وسيأتي التفصيل في ذلك في المباحث اللاحقة عند الكلام على الإجراءات التبعية (الحبس للتهمة) .

---

(1) – ينظر : الفروق للقرافي ، ج4 ص: 110 .

(2) – ينظر : تبصرة الحكام ، ص: 121 .

(3) – ينظر : ضمانات المشتبة فيه أثناء التحريات الأولية ، أحمد غاي (دار هومه ، الجزائر : 2003م) ، ص : 40 و ما بعدها .

المبحث الرابع

من حيث اعتبار العادة و العرف

تبين من خلال الكلام عن الضوابط التي تقوم عليها عقوبة السرقة ، أن حكم القطع تعلق بشروط و هذه الشروط و إن كان الفقهاء متفقون عليها من حيث أصلها العام إلا أنهم اختلفوا في تحديدها و ضبطها ، كمسألة بلوغ النصاب و مسألة الحرز ، فإنهم متفقون – غالبيتهم – على اشتراطهما كأصل عام ، و لما كانا أمرهما لايمكن ضبطه و تحديده اختلفوا لأسباب منها :

- تعدد النصوص في ذلك و اختلافها .
- تحكم العادة و العرف بضبط قيمة المال المتقوم و الحرز .

فكان حاصل ذلك أن اختلف الفقهاء فيها ، فتبين أن هناك شيء يتعلق بالحرز وتحديد المال المتقوم يتجلى من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول

اعتبار العادة و العرف في تحديد المال المتقوم .

و أوجه الإجتهاد في تحديد نصاب السرقة يمكن ملاحظته من خلال الفروع الفقهية التي اختلف فيها الفقهاء في هذه المسألة .

فالأمر الذي عليه الاتفاق بين الفقهاء الأربعة ، أن حكم القطع تعلق ببلوغ المال المسروق نصابا ، و لكن وجه الاختلاف – على ضوء النصوص– موجود في القضايا التالية :

- تحديد مقدار النصاب .
- في وقت هذا التحديد .
- في أثر اختلاف المقومين لما سرق .
- وجوب علم السارق بقيمة المال المسروق .

● فذهب فقهاء الحنفية إلى تحديد مقدار النصاب الذي يتعلق به حكم القطع بعشرة دراهم ، فلا يقام الحد على من سرق دون هذه القيمة حتى و لو بلغت قيمته ربع دينار[1] .

و القاعدة عندهم أن **المعتبر في قيمة المسروق و قت إخراجه من الحرز**، فإن كانت قيمته دون عشرة دراهم و قت الإخراج ثم زادت بعد ذلك فلا عبرة بهذه الزيادة ، فإن كانت قيمته وقت إخراجه عشرة دراهم ثم نقصت بعد الإخراج و قبل الحكم ففيه تفصيل :

- إن كان النقصان نقصان عين ، فلا عبرة بذلك ، لأن هلاك الكل لا يمنع من إقامة الحد .

- أما إن كان سببه تغير سعره ففيه رواتين ، رواية محمد عن أبي حنيفة و رجحها الطحاوي ، أن الإعتبار لقيمة المسروق وقت إخراجه من الحرز ، فتطبق القاعدة السابقة ، و رواية الكرخي و هي ظاهر الرواية أن الإعتبار بقيمة المسروق وقت الإخراج من الحرز ووقت الحكم معا ، فإذا تغيرت الأسعار بأن نقصت قيمة المسروق عن عشرة دراهم قبل الحكم فلا يقام الحد لأنه لا دخل للسارق في ذلك ، و النقص عند الحكم يورث شبهة تدرأ عنه الحد[2] .

وإذا **اختلف المقومون في تحديد قيمة المسروق** فقدرها بعضهم بعشرة دراهم

---

[1] – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 163 .

[2] – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 79 .

و قدرها البعض الآخر بأقل من ذلك فإن العبرة تكون بالأقل دفعا لشبهة الخلاف[1] .

و لقد اختلف فقهاء الحنفية في مسألة **علم السارق بالسرقة** ، فذهب بعضهم أنه يكتفي بقصد السرقة في إقامة الحد و لا يشترط علم السارق بقيمة المسروق ما دامت قيمته بلغت عشرة دراهم ، و ذهب بعضهم إلى اشتراط ذلك فإن سرق ثوبا لا تبلغ قيمته نصابا فوجد في جيبه عشرة دراهم فلا يقام علية الحد ، لأنه قصد سرقة الثوب وحده و هو لا يبلغ نصابا ، بخلاف ما لو سرق صندوقا و كان به مال كثير لم يعلم حقيقته فلا خلاف في وجوب الحد عليه[2] .

- و ذهب فقهاء المالكية إلى أن النصاب الذي يوجب الحد هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم و كل من الذهب و الفضة معتبر في نفسه فإذا كان المسروق من غير الذهب و الفضة قوم بالدراهم فإن بلغت قيمته ثلاثة دراهم و لم تبلغ ربع دينار أقيم الحد و أما إن بلغت قيمته ربع دينار و لم تبلغ ثلاثة دراهم فلا حد ، و قد تقرر ذلك في الفصل الثاني في الضابط المادي لعقوبة السرقة .

و القاعدة عندهم أن **المعتبر في قيمة النصاب وقت إخراجه من الحرز** ، فإن كان قيمته أقل من ثلاثة دراهم حين السرقة ثم بلغت الثلاثة بعد إخراجه من الحرز فلا يقام عليه الحد ، و إن كانت قيمته وقت إخراجه من الحرز ثلاثة دراهم ثم نقصت بعد ذلك أقيم الحد سواء كان النقص في غير المسروق أوكان السبب تغير الأسعار[3] .

و إذا اختلف المقومون في تحديد قيمة المسروق فالقاعدة عندهم تقديم المثبت

---

(1) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 137 .

(2) – ينظر : ردالمختار ، ج4 ص: 43 . البحر الرائق ، ج5 ص: 55 .

(3) – ينظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج7 ص: 158 .

على النافي ، فإذا شهد عدلان بأن قيمة المسروق بلغت نصابا أخذ بهذه الشهادة و أقيم الحد و لو عارضتها شهادة أخرى[1] .

و لا عبرة عندهم بعلم السارق و إنما **العبرة بقصد السرقة** إلا إذا صدقه العرف ، فلو سرق ثوبا لا يساوي نصابا و لكن كان في جيبه مال يبلغ النصاب أقيم الحد ، لأن العرف جرى على وضع النقود في جيوب الثياب ، بخلاف إذا سرق قطعة خشب لا يعرف حقيقتها فوجدها محوفة بها مال يبلغ النصاب ، فلا يقام عليه الحد لأن العرف لم يجري على حفظ النقود بتلك الصورة[2] .

- و ذهب فقهاء الشافعية إلى تحديد مقدار النصاب بربع دينار من الذهب أو ما قيمته ذلك ، لأن الأصل في تقويم الأشياء الذهب ، فلا يقام الحد على من يسرق ثلاثة دراهم أو ما قيمته ثلاثة دراهم إن قلت عن ربع دينار ، و يرون أن المعتبر في تحديد النصاب وقت إخراجه من الحرز .

و إذا اختلف المقومون في تحديد قيمة المسروق فالقاعدة عندهم أن الشهادة إن قامت على أساس القطع أخذ بها و إن قامت على أساس الظن أخذ بتحديد الأقل لتعارض البينات[3] .

و لا يشترط الشافعية أن علم السارق بقيمة المسروق بل يكفي قصد السرقة[4].

- و ذهب أكثر فقهاء الحنابلة إلى تحديد النصاب بثلاثة دراهم أو ربع دينار **والمعتبر في ذلك وقت إخراجه من الحرز** ، و لا عبرة بتغير هذه القيمة بعد ذلك لأي سبب كان ، و إذا اختلف المقومون في تحديد النصاب فقدره

---

(1) – ينظر : حاشية الدسوقي ، ج4 ص: 334 .

(2) – ينظر : المدونة ، ج4 ص : 538 . حاشية الدسوقي ، ج4 ص: 335 .

(3) – ينظر : المنثور ، ج1 ص: 399 .

(4) – ينظر : المصدر نفسه ، ج2 ص: 21 .

البعض بنصاب و قدره الآخر أقل أخذ بالأقل لتعارض البينات كما هو عند الشافعية ، و اشترطوا علم السارق بالقيمة المسروقة[1] .

المقصود من عرض الأحوال المذكورة لدلالة على أن تقويم المال واعتبار ماليته مسألة إجتهادية باعتبارين : - إختلاف الفقهاء في تقويمه .

- و باعتبار مالية الشيء المسروق .

فأما **الاعتبار الأول** :فقد اتضح أمره في المسائل المتقدمة .

و أما بالنسبة **للاعتبار الثاني** فقد بني على أصل عام يتمثل في أن الشيء التافه عادة تتسامح فيه الناس ولا تعطي له أهمية بخلاف الأشياء ذات القيمة و ما دام ذلك مرتبط بما يقرره الناس فإن تحديده يقرره عرف و عادة الناس و قد وجد ذلك عند فقهاء المالكية عندما أعملوا العرف في الأشياء التي يصدق فيها السارق مثل أن يسرق خشبة أو عصا وجد فيها ذهب أو فضة[2] ، و اعتبر فقهاء الحنفية الزمان ، فلو كانت قيمة المسروق يوم السرقة عشرة دراهم فانتقص بعد ذلك ، فإن كان النقصان نقصان عين يقطع و إن كان النقصان نقصان سعر لا يقطع في ظاهر الرواية ، و لو سرق ثوبا قيمته عشرة دراهم فأخذه المالك في بلد آخر قيمته أقل من ذلك درء عنه الحد و الفروع في ذلك كثيرة[3] .

و المتأمل في ما تقرر عند الفقهاء في قضية تقويم النصاب أنها من القضايا التي تختلف بإختلاف الأمكنة و الأزمنة و **الأحكام تدار بما يلائم الأوضاع** و ذلك باعتبار أن النقود تتغير من مكان إلى مكان ، و لذلك لاتخرج هذه المسألة من كونها موضوعية بمعنى أنها تتعلق بعمل القضاء .

فالأحكام التي تقررت في تقويم نصاب السرقة ليست أحكام ملزمة حتى يلتزم بها

---

(1) – ينظر : مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 232 . المغني ، ج9 ص: 115 .

(2) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 538 .

(3) – ينظر : البحر الرائق ، ج5 ص: 55 .

القاضي لأن جل ما تقرر عند الفقهاء لا تخرج عن كونها فتوى أفتى بها الفقهاء بما يلائم عصرهم ، و هذا ما جعل بعض الأساتذة في العصر الحديث يقرر أنه يجوز النظر في الحد الذي يجب به القطع من وقت إلى آخر حسب اختلاف النقود والظروف الإقتصادية خاصة وأن تعامل الناس اليوم مبني على النقود الورقية حيث يتعذر إلى حد كبير تحديد القيمة الذهبية لها تحديدا مستمر لا يتغير[1].

و الجدير بالذكر أنه هناك من القوانين العربية قد اجتهدت في تحديد النصاب مثل القانون الليبي في المادة الأولى من فقرتها الثالثة التي حددت نصاب السرقة بعشرة دينارات ليبية ، و هذا المقدار حسب الفقهاء يفوق مقدار نصاب الربع دنار أو عشرة دراهم فكان ذلك اجتهادا منهم[2] .

و جاء في مشروع لجنة الأزهر أنه « يشترط في المال ألا تقل قيمته عن دينار إسلامي ووزنه 457 و 4 غراما من الذهب الخالص » وهي تساوي عشرة دراهم أخذا بمذهب الأحناف[3] .

ولقد انتقد هذا التوجه من طرف بعض الأساتذة على أن هذا الحصر يُصعّب من مهمة القاضي ، فإنه يجب عليه أولا التحقق ما إذا كان المسروق وقت السرقة مساويا للقيمة المحددة التي حددها المشروع و هذا العمل فيه من الصعوبة ما لا يخفى ، وثانيا اعتمادهم على مذهب أدلته ضعيفة فكان من الأولى الاستناد على المذهب الذي أدلته قوية و صحيحة و هو ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضية[4].

---

(1) – ينظر : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، ص: 180.

(2) – ينظر : المرجع نفسه .

(3) – ينظر : المرجع نفسه .

(4) – ينظر : المرجع نفسه .

المطلب الثاني

اعتبار العادة و العرف في الحـــرز

تبين فيما سبق أن الحرز شرط تعلق به حكم القطع ، فمن أخذ مال من غـــير حرز فلا قطع عليه ، و تقرر عند الفقهاء أنه من الأمور التي تختلـــف بـــاختلاف الأموال و البلدان ، لأنه علم أن اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فكل حكم رتب عليه الحكم و لا ضابط له في الشرع و لا في اللغة رد إلى قاعدة **العادة محكمة**[1] .

و قد بني تحت نظرية الحرز مسائل فرعية كثيرة كمسألة سرقة أحد الـــزوجين وسرقة بيت المال و سرقة الكفن و جرى فيها الخلاف الفقهي فتـــبين أن المـــسألة إجتهادية يراعى فيها إختلاف الأموال و اعتبار أعرافهم في معرفة مسمى الحـــرز فيكون ضبطه على حسب عادتهم .

و لقد عرف القانون الجزائري مسألة الحرز و أشار إلى ذلـــك في الظـــروف المشددة و قسم السرقة إلى قسمين : السرقات المرتكبة مـــع الظـــروف المـــشددة وتكون من اختصاص محكمة الجنايات ، و تعتبر السرقة في هذه الحالـــة جنايـــة ، والسرقات البسيطة و التي تختص بالنظر فيها محكمة الجنح و تعتبر في هذه الحالـــة جنحة .

و قد بين القانون الجزائري في **المواد 351 إلى 354** ماهية هذه الظروف المشددة و ذكر منها ظرف الكسر (L'effraction) و عرفتها **المادة 356** بأنـــه :« يوصـــف بالكسر فعل فتح أي نظام من نظم الأقفال بالقوة أو محاولة ذلك سواء بكسره أو

---

[1] – ينظر : الفروع ، محمد المقدسي (عالم الكتب ، ب.ت) ، ج6 ص: 130 . فتح القدير ، ج5 ص: 378 . أسنى المطالب ، ج4 ص: 142 .

بإتلافه أو بأي طريقة أخرى بهدف السماح لأي شخص من الدخول إلى مكـــان مغلق و للإستلاء على شيىء في مكان مغلق أو في أثاث أو في وعاء مغلق».

و أشارت **المادة 355** إلى تحديد المترل المسكون « يعد مترلا مسكونا كل مبنى أو شقة أو غرفة أو خيمة أو كشك حتى و لو كان متنقلا متى كان معدا للسكن حتى ولو كان غير مسكون حينذاك و كافة التوابع كالأفنية و حظائر الدواجن و مخازن الغلال و الإصطبلات و المباني الموجودة بداخلها مهما كان استعمالها حتى و لـــو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي»، والقانون الجزائري في هذه المسألة كأنه يريد ضبط المسكن و بالتالي ضبط الظروف المشددة.

وقد تقرر في الفقه الإسلامي هذه النظرة التي تتمثل في محاولة تحديـــد الحـــرز وتقسيمه إلى حرز بالحافظ و حرز بالمكان على اختلاف الفقهاء في ذلك ، و لكن من جهة أخرى فإن الفقهاء يقرون أن الحفظ و التضييع أمران نسبيان و هما يتعلقان بالحرز ، فربما كان المكان الواحد في الشيء الواحد في الزمن الواحد محفوظا بالنسبة إلى آخر و ليس كذلك للبعض ، فمن وضع وديعة في كوة ببيته فهو حافظ لها من السارق و ليس حافظا لها من و لده و من شأنه أن يدخل بيته[1].

إلا أن هناك أمر يتعلق بالحرز في الفقه الإســـلامي ، يتمثـــل في أن النـــاظر إلى الفروع الفقهية في هذه المسألة لا تخرج من أصل التراع وهو : هل يعد ذلك حرزا أم لا ؟ فيحس الناظر أن موجب القطع في عقوبة السرقة تقوم على نظرية الحـــرز وعلى أنها نظرية قائمة بذاتها ، و من جهة أخرى فإن هذه القضية تبرز مدى توسع السلطة التقديرية للقاضي في اعتبار الحرز باعتبار عرف الناس و اعتبـــار الأمكنـــة واعتبار نفاسة الأموال ، و هذا ما دفع بعـــض الكتـــاب المعاصـــرين المهـــتمين بالدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون إلى القول أن أقوال الفقهـــاء واختلافهم في الحرز يمكن الأخذ بها على سبيل الإسترشاد لا على أنهـــا القـــانون

---

[1] – ينظر : شرح حدود ابن عرفة ، ص: 506 .

الواجب اتباعـــه و إنما على أنها قواعد تعين و تساعد على فهم النصوص الشرعية الواردة في المسألة[1] .

و لقد أخذت بعض الدول العربية من مشارب المذاهب الفقهية مثل قانون تطبيق حد السرقة و الحرابة في ليبيا (**القانون الصادر في 1972/10/11**) تـــنص في مادتـــه الأولى على أن يكون المال المسروق منقولا متمولا محترما مملوكا للغير في حرز..[2] ، و كذلك ما قدمه المرحوم د. إسماعيل معتوق لتعديل قانون العقوبات المـــصري وقد جاء النص على ذلك في **المادة 311** :« يعاقب من سرق مالا مملوكا لغـــيره في حرز مثله ..»[3].

---

[1] – ينظر : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، ص: 177 .

[2] – ينظر : المرجع نفسه .

[3] – ينظر : المرجع نفسه .

المبحث الخامس

اعتبار وجه المصلحة

الذي دل عليه الإستقراء أن التشريع الإسلامي وضع لمصالح العباد و ما من حكم شرعي إلا و تنطوي تحته مصلحة شرعية هي مقصود الشارع[1] .

و قد تقرر عند علماء الأصول أن هذه المصالح تقابلها مفاسد ، فالشارع الحكيم يقدر الأفعال فينظر إليها بحسب النتائج و الثمرات المترتبة على هذه المصالح ، فما كان فيه جلب للمنافع كان معتبرا و ما كان فيه دفع المضار كان واجبا دفعه ، فليس هناك مصالح حقيقية و إنما العبرة بالغالب لأن **المصالح في حقيقتها تتنازع فيها المضار و المنافع**[2] .

و ما تقرر عندهم كذلك أن لهذه المصالح مسائل مفضية إليها و حكمها حكم ما أفضت إليه ، فإن كانت الوسيلة مفضية إلى ما فيه نفع كان اعتبارها واجب و ما كانت مفضية إلى مفسدة كان دفعها واجب[3] .

فإذا تبين ذلك فإن من الواجب الإشارة إلى قضية هامة تتعلق بجانب المقارنة بين التشريع الإسلامي و القانون ، أن المصلحة المقصودة التي يمكن أن تكون مجالا للمقارنة هي المصلحة التي تلائم الطبع أو تنافره لأن ادراكها أمر عقلي تتفق فيه جميع الشرائع[4] ، لا المصلحة التي هي موجبة للمدح أو الذم الشرعيين ، فمقارنة

---

(1) – و يعبر علماء الأصول بذلك بقولهم : « النصوص معلولة أي : الأحكام الثابتة بها متعلقة بمعان و مصالح وحكم» ينظر : كشف الأسرار ، ج3 ص: 324 .

(2) – ينظر : قواعد الأحكام ، ج1 ص: 60-61 .

(3) – ينظر : الفروق ، ج2 ص: 32 .

(4) – ينظر : قواعد الأحكام ، ج1 ص: 5 .

المصالح المقصودة من الشارع الحكيم مع المصالح التي قصدها فقهاء القانون أمر يحتاج إلى جهد جهيد ، و ليس هو موضوع هذا البحث .

المطلب الأول

أوجه المصلحة عند الفقهاء

فإذا تقرر ما سبق ، فإن الفقهاء قد راعوا وجه المصلحة في عدة فروع فقهية تتعلق بعقوبة السرقة و ذلك من خلال اعتبارها لوسائل الإجتهاد التي يقصد منها بيان وجه المصلحة مثل الإستحسان و القياس و اعتبار العرف و العادة ، و من ذلك على سبيل المثال :

- ما جاء عند فقهاء المالكية في بيان حكمة تحديد النصاب الذي تعلق به حكم القطع فقال بعضهم : « و إنما قطع العضو الذي ديته خمسمائة دينار بسرقة ثلاثة دراهم أو ما يساويها مراعاة للمصلحة ، لأنا لو لم نشدد في ذلك لسارعت الأشرار بسرقة الأموال ولو تساهلنا في ديتها لتجرأت الناس على الجناية و أيضا عن الأمانة أغلاه حتى أوجب على قاطعه خمسمائة دينار و ذل الخيانة أرخصه حتى استحق القطع في سرقة ثلاثة دراهم .»[1].
- و يقول ابن القيم في ذلك : « و أما تخصيص القطع بهذا القدر فلأنه لا بد من مقدار لوجوب القطع و في التقدير بثلاثة دراهم كفاية المقتصد في يومه له ولمن يمونه غالبا و قوت اليوم للرجل وأهله له خطرعند غالب الناس »[2].
- ما ذهب إليه فقهاء الحنفية في اعتبارهم للإستحسان و القياس في عدة فروع قد سبق ذكرها مثل قضية الإشتراك في الأخذ فراموا إلى قطع يده استحسانا إذا بلغ

---

(1) –الفواكه الدواني ، ج2 ص: 217 .

(2) – إعلام الموقعين ، ج2 ص: 48 .

كلهم منهم نصابا ، و قضية سرقة الدائن مدينه و ذلك في حالة إذا سرق جنس حقه و كان الدين مؤجلا ، فيقطع عندهم قياسا و لا يقطع استحسانا .

ووجه القياس في ذلك : أن الدين إذا كان مؤجلا فليس له حق الأخذ قبل حلول الأجل ألا ترى لأن للغريم أن يسترده منه فصار كما لو سرق أجنبي.

ووجه الاستحسان في ذلك : أن حق الأخذ إن لم يثبت قبل حل الأجل فسبب ثبوت حق الأخذ قائم و هو الدين ، لأن تأثير التأجيل في تأخير المطالبة لا في سقوط الدين ، فقيام سبب ثبوته يورث شبهة.[1]

و المجال في ذكر القضايا التي روعي فيها وجه المصلحة عامة كثيرة و متنوعة وقد ذكر بعضها في المباحث السابقة مثل اعتبار العرف و العادة .

المطلب الثاني

المصلحة المقصودة من القطع

إن حد السرقة هو من الحدود الخالصة لله ﷻ و هذا بالإتفاق ، و إن كان فيه حق للعبد مثل ضمان ماله و إعطاء له حق الخصومة لمن يقول بذلك ، إلا أن الغالب هو حق الله ﷻ ، فقد تقرر عند الفقهاء و علماء الأصول أن حد السرقة من المصالح الضرورية و المتمثلة في حفظ أموال الناس ، و أن ذلك يكون بأمرين:

- إيجاب الضمان على المعتدي باعتبار أن المال قوام العيش .
- إقامة الحد عليه المتمثل في قطع يده .

و تبين أن المقصد الأصلي للقطع – بالإتفاق- هو الزجر، لأنه يزجر العصاة لهم عن المعصية و يزجر لمن يقدم على هذه المعصية ، فالقطع **مشروع لدرئ المفاسد المتوقعة**[2] .

---

[1] – ينظر : بدائع الصنائع ، ج2 ص: 72 .

[2] – ينظر : الفروق ، ج2 ص: 32 .

ولقد اجتمع في القطع مفاسد ومصالح ، فالمفاسد من جهة كونه يتضمن هلاك نفس بشرية و المصالح من جهة كونه تحفظ به جميع أموال الناس ، لكن رجحت مصالحه و التي هي حفظ أموال الناس على مفسدة القطع[1].

بيد أن الناظر إلى ما تعلق به الفقهاء في عقوبة السرقة من خلال الفروع السابقة يجد أنه هناك مصلحة أخرى اعتبرها الفقهاء خاصة إذا تعلق بالقطع شبهة فاحتاطوا في ذلك ، و هذا الاحتياط كان مبنيا على مراعاة مصلحة و هي : حفظ أطراف الناس من الهلاك .

الفرع الأول
مصلحة الزجر

تعتبر هذه المصلحة هي المقصد الأصلي الذي شرع من أجله الحدود كافة و قد بينوا أن المراد من الزجر ليس هو الإتلاف و لا التعذيب و أن الزيادة على القطع هو تعدي على آدمية الجاني ، و يظهر ذلك من خلال مبدأ الشبهة و مبدأ الاحتياط.

و من بين المسائل التي تتجلى فيها هذه المصلحة ، مسألة تداخل الحدود و مسألة تكرار الحد .

فأما **المسألة الأولى** ، فالذي عليه الاتفاق بين الفقهاء :

- إذا اتفقت الحدود في الجنس و الموجب ، فقد استقر القول على أنه **إذا اجتمع أمران من جنس واحد و لم يختلف مقصودها دخل أمرهما في الآخر غالبا**[2] ، و لم

---

(1) – ينظر : قواعد الأحكام ، ج1 ص: 116 .

(2) – ينظر : الأشباه و النظائر ، ص: 126 . غمز عيون البصائر ، الحموي (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ج1 ص: 314 . قواعد الأحكام ، ج1 ص: 252 . المنثور ، ج1 ص: 270 .

يتعلق بالحد حق آدمي ، فإذا تكرر فعل السرقة قبل القطع أجزأ ذلك قطع واحد ، فما تكرر من فعل السرقة هو من جنس ما سبقه فدخل تحته[1] .

و إن اختلفت في الجنس و القدر الواجب فيها كمن سرق و زنى و شرب الخمر ، حد لكل من هذه الأفعال لإختلافها في الجنس و القدر الواجب فيها فلا تتداخل[2].

- لكنهم اختلفوا فيها إذا اتحدت في القدر الواجب و اختلفت في الجنس ، فلا تتداخل عند غير المالكية ، أما عند المالكية فتتداخل لإتفاقهما في القدر الواجب فيها ، و مثلوا لذلك ما لوسرق و قطع يمين آخر فإنه يكفي فيه بحد واحد[3] .
- فإذا كان في تلك الحدود القتل فإن فقهاء الحنفية و المالكية و الحنابلة يكتفون بالقتل [4] ، و استثنى فقهاء المالكية من ذلك حد القذف ، فقد ذكروا أنه لا يدخل في القتل بل لا بد من استيفاءه قبله [5]، أما فقهاء الشافعية فإنهم لا يكتفون بالقتل بل يقيمون الأخف ثم الأخف[6] .

و الحاصل لهذه المسألة ، أن لكل مذهب طريقته في تداخل الحدود .

فإذا اجتمعت حدود الله ﷻ و ليس فيها حق آدمي ، فعند فقهاء المالكية يبدأون بما هو لله ﷻ لأنها أخف بالتنفيذ ، و أما عند فقهاء الشافعية فيقدم الأخف منها

---

(1) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص : 63-64 . تبصرة الحكام ، ج2 ص: 247 . تحفة المحتاج ، ج9 ص: 157 . المغني ، ج9 ص: 74 – 75 .

(2) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 63-64 . التاج الإكليل ، ج8 ص: 326 . الأم ، ج8 ص: 371 . المغني ، ج9 ص: 74 .

(3) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 485 .

(4) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 138 . المدونة ، ج4 ص: 655 . المغني ، ج9 ص: 74 .

(5) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 485 . المنتقى ، ج7 ص: 114 .

(6) – ينظر : أسنى المطالب ، ج4 ص: 158 . فتاوي الرملي ، الرملي (المكتبة الإسلامية ، ب.ت) ، ج4 ص: 37 .

فالأخف ، و أما عند فقهاء الحنفية فذلك أمر موكول بالخيار على ما رآه الإمـــام والحاكم [1].

أما إذا اجتمع مع حدود الله ﷻ حق آدمي كأن يضم إلى ذلك حـــد القـــذف يقدم حد القذف عند فقهاء الحنفية و المالكية و الشافعية ، لأن حق العباد مقدم في الإستيفاء لما يلحق صاحبه الضرر بالتأخير ، فالمقصود من إقامة حد القذف دفع العار عن المقذوف[2] .

فكل الفقهاء في قضية التداخل في جميع حالاته السابقة راعوا مصلحة الزجـــر فقط لكن جعلوا لذلك ضابطا و هو : أن لا يؤدي – خاصة في حالة إذا اختلفت الحدود في الجنس و القدر الواجب – إلى الهلاك .

يقول ابن شاس من المالكية : « يمنع من الموالاة في قطع الأطراف قصاصا خوفا من قتله »[3].

و يقول السرخسي من الحنفية : « إن والي إقامة هذه الحدود ربما يـــؤدي إلى الإتلاف و قد بينا أنه مأمور بإقامة الحد على وجه يكون زاجرا لا متلفا»[4].

و قد تقرر عند جميعهم أنه إذا اجتمعت الحدود على أحد فحد بواحد منها فلا يقيم الثاني إلا بعد البرء و الشفاء التام من الجروح .

و أما **المسألة الثانية** فقد اختلف فيها الفقهاء .

فذهب فقهاء الحنفية أن السارق إذا ثبت في حقه القطع ،تقطع في المرة الأولى يده اليمنى ، فإذا سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى ، فإذا سرق بعد ذلـــك لم يقطـــع استحسانا و لكن يعزر و يحبس حتى تظهر توبته[5] .

---

[1] – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 101 .

[2] – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 101 . المنتقى ، ج7 ص: 114 . مغني المحتاج ، ج5 ص: 506 .

[3] – التاج الإكليل ، ج8 ص: 326 .

[4] – المبسوط ، ج9 ص: 101 .

[5] – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 167 .

و ذهب فقهاء المالكية و الشافعية بقطع يده اليمنى ثم رجله اليسرى ثم يده اليسرى ثم رجله اليمنى ، فإذا سرق في الخامسة ضرب و حبس[1] .

و **حجة المذهب الأول:** ما روي عن علي ﷺ أنه أوتي بسارق فقطع يده ، ثم أوتي به الثانية وقد سرق فقطع رجله ثم أوتي به الثالثة و قد سرق فقال : « لا أقطعه ،إن قطعت يده فبأي شيء يأكل ، بأي شيء يتمسح ، و إن قطعت رجله بأي شيء يمشي ، إني لأستحي من الله فضربه و حبسه »[2].

– و ما روي أن سيدنا عمر ﷺ أوتي بسارق أقطع اليد و الرجل قد سرق نعالا يقال له سدوم و أراد أن يقطعه فقال له سيدنا علي ﷺ : « إنما عليه قطع يد ورجل » فحبسه عمر ﷺ و لم يقطعه [3].

و أما **حجة المذهب الثاني** : فما روي عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : ﴿ **السارق إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله** ﴾[4] .

و **مأخذ المسألة :**

– أن فقهاء الحنفية راعوا مع مصلحة الزجر مصلحة أخرى و هي مصلحة المحافظة على آدمية الإنسان ، لأن قطع الأطراف كلها يؤدي إلى الإتلاف و هو مخالف للمقصود يؤكده قول علي ﷺ : « إني لأستحي من الله أن لا أدع له يدل يبطش بها ورجلا يمشي عليها » ، فرأوا في استيفاء الأعضاء الأربعة كلها بالقطع اتلافا حكما أو شبهة إتلاف ، فإنه فيه تفويت منفعة الجنس على الكمال[5] ،

---

(1) – ينظر : المدونة ، ج4 ص: 539 .

(2) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 86 .

(3) – ينظر : المصدر نفسه .

(4) – ذكر في التلخيص الحبير ، ج4 ص: 127 . و ذكر مثله الإمام الشافعي في كتابه الأم ، ج8 ص: 371 .

(5) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 168 .

وهذه لا تخرج عن كونها اعتبار لمصلحة الجاني فراعوا في ذلك آدميته في البقاء على الحياة و عمدوا إلى إجراء علاجي هو التعزير بالحبس حتى تثبت توبته .

– و أما فقهاء المالكية و الشافعية فقد راعوا مصلحة الزجر فقط و لم يراعو حالة الجاني ، لأن العود في الجريمة دليل على أن وظيفة الزجر لم تنفعه فكان ذلك دليل على تشديد العقاب و تغليظه .

و الملاحظ أن هذه المسألة فيها اتفاق بين المذاهب المذكورة يتجلى في أنـــه لا يجوز قتل السارق إذا تكرر منه فعل السرقة ، باعتبار أن القتل فيه معنى الزيادة على ما شرع الله ﷻ فكان تعدي ، هذا من جهة .

و من جهة أخرى فإن المسألة مبنية على تصور ، لأنها نادرة الوقوع لأن قطـــع الأطراف كلها هو في حقيقته قتلا معنويا و مسألة لا تحدث إلا نادرا .

ونقل فيما يخص هذه القضية أن السارق إذا عاد إلى السرقة في الخامسة و قـــد قطعت أطرافه الأربعة يقتل و هو منقول عن عمر بن عبد العزيز و عمرو بن العاص و نقل عن فقهاء الحنفية أن للإمام قتله سياسة لـــسعيه في الأرض بالفـــساد[1] ، والرويات التي نقلت ذلك فيها نظر حول ثبوت الآثار في ذلك و لابد لها من تحقيق لا يمكن أن يسعه هذا البحث[2] .

و أما في القانون فقد تطرق إلى قضية التداخل و تكرار الجرائم ، لكن الأصـــل عنده أنه يقرر لكل جريمة عقوبة ، أما في حالـــة تعـــدد الجـــرائم (Le cumul d'infraction) و ظهور حالة العود(récidive) إلى الجريمة فإن الأمر فيه تفصيل .

فأما حالة تعدد الجرائم فله صورتان :

– التعدد الصوري (Idéale) و هو أن يرتكب الجاني فعلا واحدا لكنه يكون

---

[1] – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ص: 226 . رد المحتار ، ج4 ص: 103 .

[2] – ينظر : أقضية الخلفاء الراشدين، د. أر– كي نور الدين بن أر– كي – محي الدين ، تقديم : أ. د. محمد ضياء الرحمن الأعظمي ، ط1 (دار السلام ، الرياض : 2003) ، ص: 976 – 979 .

و أما في حالة العود فقد شدد قانون العقوبات الجزائري على الجاني لأن الجاني لم يرتدع من العقوبة الأولى وتضاعف عليه العقوبة على أن لا تتجاوز ضعف الحد الأقصى المقررة قانونا ، مثل عقوبة السرقة فعقوبتها الأقصى تصل إلى خمس سنوات حبسا فبإمكان أن تصل العقوبة في حالة العود إلى عشر سنوات[1] .

و يعتبر العود في القانون ظرفا مشددا و تقدير عقوبته يكون خاضعا لتقدير القاضي و هذا في حالة العود البسيط كأن يعود للجريمة ثانيا ، أما في حالة الإعتياد حتى أصبح معروفا بذلك ويحدق شرا على الهيئة الإجتماعية بأكملها فلابد أن يتخذ ضده تدابير الأمن و طريقة من طرق الإستأصال تمنعه من العودة إلى الجريمة [2]، تماشيا مع منطق فلسفة السياسة العقابية لدى فقهاء القانون ، فقد تقرر عندهم أن للعقوبة أغراض مجتمعة وهي الردع العام و تحقيق العدالة و اعادة تأهيل الجاني[3]، و هذا مقصد من المقاصد التي تتشوف إليه الشريعة الإسلامية و قد تقرر بعضه من خلال الفروع السابقة ، فكلاهما ينظر إلى أن مصلحة الزجر هي المقصد الذي لا بد أن تصبغ بها العقوبة خاصة في حالة الظرف الشديد .

الفرع الثاني

مصلحة المحافظة على أطراف الناس من الهلاك

تبين من خلال الفروع السابقة التي تتعلق بعقوبة السرقة أن الفقهاء راعوا مصلحة موازية لمصلحة الزجر و لم تكن هي المقصودة ، لأن المصلحة المقصودة أصلا هي مصلحة الزجر ، لكن لوحظ أن الفقهاء لا يهملون آدمية الجاني عند

---

(1) – ينظر :المرجع نفسه ، ص: 90 .

(2) – ينظر : نظريات في الفقه الجنائي ، ص: 151 .

(3) – ينظر : الفصل الأول ، ص: 35 و ما بعدها . و ينظر : موجز في علم الإجرام و علم العقاب ، د.أسحق ابراهيم منصور (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1982) ، ص: 144 .

ثبوت العقوبة و ترتب الحكم أو عند مرحلة الإثبات ، فعادة يشيرون إلى أن القطع في عقوبة السرقة لا يجوز أن يفوق الحد حتى يقتل السارق ، لأن القتل زيادة في الحد و لا يجوز الزيادة على ما قرره الشارع الحكيم .

فمصلحة المحافظة على أطراف الناس من الهلاك و مصلحة الزجر كانتا جنبا لجنب لا يمكن الفصل بينهما أو اعتبار أحدهما دون الآخر .

و لقد تبين في المباحث السابقة أن الفقهاء راعوا مصلحة المحافظة على آدمية قبل ثبوت حكم القطع و عند ثبوته .

فأما المرحلة الأولى (قبل ثبوت الحكم) أخذ الفقهاء بمبدأ الاحتياط و رجحوه و كان الغرض من ذلك دفع الهلاك عن الجاني باعتبار أن القطع هلاك طرف ، ويتجلى ذلك في تقريرهم للقضايا التالية:

- جواز تعريض القاضي عند إقرار الجاني .
- جواز رجوع المقر عن إقراره.
- لا يجوز- أصلا – إكراه المقر على إقراره .
- اشتراط التحري الكامل في معرفة حال الشهود وسؤال الحاكم لهم عن ماهية الجريمة .

و غيرها من الأحكام التي تقررت في مبدأ الاحتياط ، و كل ذلك كان غرضه دفع مفسدة التلف .

و قد تبين أن الفقهاء قد رجحوا جانب الستر على الجاني ورغبوه للتوبة قبل وصول أمره للحاكم خاصة إذا كان معروف بالعدالة و سيأتي تفصيل ذلك في المطالب اللاحقة .

كذلك لإقرارهم لمبدأ الشبهة ، حتى إن الناظر إلى فقهاء الحنفية من خلال فروعهم المتقدمة في مسألة الأخذ بالشبه – لا يجد لذلك ضابطا فلم يقيدوا

الشبهة بالقوة أو الضعف و إنما طبقوا القاعدة (درء الحدود بالشبهات) على إطلاقها فحيث وجدت الشبهة سقط الحكم ، بخلا ف ما هو عند فقهاء المالكية.

و أما في المرحلة الثانية (بعد ثبوت الحكم) فقد تقرر عند الفقهاء وجوب الأخذ بمبدأ الإحتياط عند تطبيق الحد كي لا يؤدي ذلك إلى الإتلاف و هو غير مقصود في الحدود كلها ، فعلى الحاكم أن يأخذ بالتحرز عند إقامة الحد بقدر الإمكان ، بحيث يجب عليه أن يراعي في ذلك الظرف الزماني الذي يقام فيه الحد وينظر إلى الحالة التي يكون فيها الجاني .

فينبغي للحاكم أن يتخير الوقت الملائم للقطع بحيث يتجنب البرد الشديد والحر الشديد إن كان ذلك يؤدي إلى إلحاق الضرر بالسارق و يؤخر عنه الحد[1] فلا يقاد من الجاني حتى تبرأ الجراح التي فيه فقد يكون الزمان عاملا على الإعانة على قتله و ليس هو المقصود ، لأن في قتله زيادة على الحد فيجب أن يدفع على الجاني ما يفضي إلى الزيادة .

كما يجب أن يُساق السارق إلى مكان القطع سوقا رفيقا مراعاة لمبدأ الإحسان في إقامة الحدود ، فلا يعنف و لا يعير و لا يسب ، فإذا وصل إلى المكان يجلس ويضبط ضبطا يمنع تحركه فربما يكون سببا لهلاك نفسه[2] .

فإذا قطع السارق فلا خلاف بين الفقهاء على حسم موضع القطع[3] ، والمراد بالحسم : هو الكي بعد القطع بالزيت المغلي مراعاة لمصلحة الجاني ما يذهب عنه الهلاك فيسد به العروق و يوقف نزيف الدم [4].

و الظاهر أن الذي دفع الفقهاء إلى مراعاة هذه المصلحة شيء آخر .

---

(1) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 168 . المدونة ، ج4 ص: 548 . أسنى المطالب ، ج4 ص: 152 – 153 . المغني ، ج9 ص: 107 .

(2) – ينظر : المغني ، ج9 ص: 106 – 107 .

(3) – ينظر : المبسوط ، ج9 ص: 142 . مواهب الجليل ، ج6 ص: 306 . تحفة المحتاج ، ج9 ص: 156 .

(4) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ص: 124 .

فقد تبين عند استقراء النصوص القرآنية أن هناك تناسبا بين مشروعية العدل في العقوبة و بين الدعوة إلى العفو و المسامحة و الصبر ، فدائما القصاص في العقاب يتبعه الدعوة إلى ندب الفضل و ترجيح جانب العفو و الصبر عليه و إليك هذه الآيات :

- قال الله ﷻ : ﴿ وجزاؤا سيئة سيئة مثلها ﴾[1] ، ثم قال ﷻ : ﴿ فمن عفا وأصلح فأجره على الله ﴾[2] .

- قال الله ﷻ : ﴿ والجروح قصاص ﴾[3] ، ثم قال ﷻ : ﴿ فمن تصدق به فهو كفارة له ﴾[4] .

- قال الله ﷻ : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾[4] ، ثم قال ﷻ : ﴿ ولئن صبرتم لهو خير للصبرين ﴾[5] .

و هذه الآيات هي التي أعطت التصور العام لمعنى العدالة في العقاب في الشريعة الإسلامية ، فالعقاب ليس مقصودا لذاته أو هو تعذيب للجاني ، فأخذ الفقهاء في ذلك مبدأ الحيطة و الحذر حتى لا يتناقض العقاب مع هذا المبدأ العام .

---

(1) – سورة الشورى ، الآية : 40 .

(2) – السورة نفسها و الآية نفسها .

(3) – سورة المائدة ، الآية : 45 .

(4) – السورة نفسها و الآية نفسها .

(5) – سورة النحل ، الآية : 126 .

(5) – السورة نفسها و الآية نفسها .

المبحث السادس

إجراءات عقوبة السرقة

تقرر فيما سبق أن الفقهاء راعوا في عقوبة السرقة مصلحتين ، مصلحة الزجر ومصلحة حفظ أطراف الناس من الهلاك ، حتى يتبين للناظر أن العقوبة في الفقه الإسلامي ليست مقصودة لذاتها ، و إنما تنبني تحتها مصالح شرعية هي مقصودة من الشارع الحكيم .

فعقوبة القطع في السرقة إنما شرعت لدرئ مفاسد أعظم منها و هي تعريض أموال الناس إلى الهتك و الضياع و انتهاك حرمة الأموال،و هذا شديد الوقع على الناس باعتبار أن المال قوام عيشهم في الدنيا فأخذت العقوبة صبغة الغلظة، وبعض الفقهاء لم يقف عند الحد بل أوجب تغريم السارق باعتبار أن القطع حق لله و أن ضمان أموال الناس حق للعباد فيجتمعان عليه ، و هذا في حالة إذا ثبتت السرقة بلا شبهة تدرأ عن الجاني القطع .

أما إذا لم يثبت الحكم لقيام سبب من الأسباب كالشبهة أو كان السارق في موضع التهمة ، فقد اتخذ الفقهاء إجراء آخر وهو حبس السارق حتى لا يفلت من العقاب و كان القصد منه هو علاج الجاني و إصلاحه .

و تغريم السارق و حبسه إجراءات تبعية لعقوبة القطع ، لكن تبين أن هناك إجراء آخر و إن لم يشر إليه الفقهاء في باب السرقة كان القصد منه الوقاية قبل وقوع جناية السرقة ، يمكن أن يعتبر إجراء تكميلي .

المطلب الأول

الإجارءات التبعية

الفرع الأول

تغريم السارق

الذي عليه جمهور الفقهاء في مسألة الضمان :

- وجوب رد المسروق إن كان قائما إلى من سرق منه ، سواء كان السارق موسرا أو معسرا وسواء أقيم عليه الحد أو لم يقم وسواء وجد المسروق عنده أو عند غيره .
- لا خلاف بينهم في وجوب الضمان من المسروق إذا تلف و لم يقم الحد على السارق لسبب يمنع القطع ، كأن يأخذ المال من غير حرز أو يأخذ مال لم يبلغ نصابا أو قامت شبهة تدرأ عنه الحد .

الذي اختلف فيه الفقهاء في وجوب الضمان إذا تلف المسروق و قد قطع فيه سارقه ، فهل يجمع على السارق القطع و الضمان ؟

فذهب فقهاء الحنفية – و هو المشهور – أنه لا يجب الضمان و القطع في سرقة واحدة ، فلا يجتمعان حتى و لو هلك المسروق في يد السارق بعد القطع أو قبله ، فلا ضمان عليه[1] .

و ذهب فقهاء المالكية إلى التفصيل فإن قطع السارق ووجد المسروق بعينه فله أخذه و إن أتلف السارق الشيء المسروق ، فالمسألة لها حالتان :

– فإن كان السارق موسرا أتبع بقيمة المسروق و ضمن .

---

[1] – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ص: 231 .

– و إن كان معسرا قطع و لم يتبع بشيء[1] .

و ذهب فقهاء الشافعية و الحنابلة إلى وجوب الضمان مطلقا سواء كان السارق موسرا أو معسرا ، و سواء تلف المسروق بهلاك أو استهلاك وسواء أقيم علية الحد أو لم يقم ، فجمعوا بين القطع و الضمان[2] .

و استدل فقهاء الحنفية بآية السَرقة من وجهين :

– **الوجه الأول** : أن الله ﷻ سمى القطع جزاء ، و الجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم إليه الضمان لم يكن القطع كافيا فلم يكن جزاء .

– **الوجه الثاني** : أنه جعل ﷻ القطع كل الجزاء ، لأنه ذكره و لم يذكر غيره فلو أوجب الضمان صار القطع بعض الجزاء فيكون نسخا لنص الكتاب[3].

و استدلوا بماروي عن عبد الرحمن بن عوف ﷺ عن رسول الله ﷺ قال : **﴿لا يغرَّم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد ﴾**[4].

أما فقهاء المالكية فتفصيلهم مبني على استحسان على غير قياس[5] قال القاضي أبو محمد بالنسبة لحالة اليسر : « و لأن الغرم و القطع لا يتنافيان لإختلاف سببهما لأن الموجب للغرم إتلاف المال و الموجب للقطع حق الله ﷻ في هتك الحرز»[6] وأما في حالة الإعسار قال القاضي أبو محمد:« ولأن إتلاف المال لا تجب فيه عقوبتان و الإتباع بالغرم ، فلما تعاقب بالقطع لم يجعل عليه عقوبة أخرى »[7] .

---

(1) – ينظر : المنتقى ، ج7 ص: 182 .

(2) – ينظر : الأم ، ج6 ص: 164 . الإنصاف ، ج10 ص: 289 . مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 250 .

(3) – ينظر : بدائع الصنائع ، ج7 ص: 85 .

(4) – سنن النسائي ، كتاب قطع السارق ، رقم : 4898 .

(5) – ينظر : بداية المجتهد ، ج6 ص: 185 .

(6) – ينظر : المنتقى ، ج7 ص: 182 .

(7) – المصدر نفسه .

و استدل فقهاء الشافعية و الحنابلة بما روي عن سمرة بن جندب ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ :﴿ **على اليد ما أخذت حتى تؤدى** ﴾[1] .

و استدلوا من جهة المعنى و بيان ذلك : أن القطع و الضمان قد اختلفا سببهما فلا يمتنعان ، فالقطع حق الشرع و ترك الإنتهاء عما نهى عنه ، أما الضمان فهوحق العبد سببه أخذ المال فصاركاستهلاك صيد مملوك في الحرم [2].

و الظاهر أن فقهاء الشافعية و الحنابلة طبقوا قاعدة : من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضى له لمانع فإنه يتضاعف عليه الغرم[3] .

و الظاهر أن من ذهب إلى تغريم السارق فجمع بين القطع و الضمان فذلك ترجيحا لجانب مصلحة الزجر باعتبار إنما شرع الضمان حفظا للحقوق و رعاية للعهود و جبرا للأضرار و زجرا للجناة ، و أما الذي ذهب إلى أن القطع و الضمان لا يجتمعان رأى في ذلك زيادة في العقوبة فمنع الجمع بينهما.

الفرع الثاني

حبس السارق

الحبس – كما تقدم – هو إجراء القصد منه العلاج و إصلاح الجاني رغم أنه في حد ذاته مفسدة و ذلك من جهة لحوق الغبن و الأسى على السجين، لكن أجازه الفقهاء لما فيه من مصالح راجحة على مفاسده ، و لقد ضبطه الفقهاء بضوابط حتى لا يلحق بالسجين الضرر و يكون ذلك ذريعة لهتك حرمات العباد باسم الحفاظ على المصالح ، و قد ذكر ذلك في الفصل الأول .

---

(1) – ينظر : هذا الفصل ، ص: 171 .

(2) – ينظر : المغني ، ج9 ص: 113 . مطالب أولي النهى ، ج6 ص: 250 . شرح البهجة ، ج5 ص: 99 .

(3) – ينظر : القواعد لإبن رجب ، ابن رجب (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ص: 312 .

و لقد اتفق الفقهاء على حبس السارق في موضعين :

- بالنسبة للعائد إلى السرقة بعد القطع ، و قد سبق بيانه .

- حبس كل سارق سقط عنه حكم القطع لوجود شبهة و نحوها ، و حبس من اعتاد السرقة كسرقة أبواب المساجد و حبس النباش و الخائن و المختلس[1]

لكن الذي اختلف فيه الفقهاء هو حبس المتهم بالسرقة الذي تعلقت به قرينة معتبرة في ذلك كمن وجد يتجول في موضع السرقة أو كان معتاد لها حتى أصبح معروفا بها ، و هذا من أكبر الأبواب الذي استعملت فيه السياسة لأنه عمل يتعلق بعمل الحاكم ، فله النظر في أحوال المجرمين و الأخذ بالقرائن والأحوال .

و لقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين :

- مذهب جمهور العلماء على اعتبار التهمة و حبس السارق الذي اتهم بالسرقة إذا تأيدت التهمة بقرينة أو ظهرت أمارات الريبة على المتهم أو عرف بالفجور[2] .

- و ذهب ابن حزم الظاهري إلى أنه لا يجوز السجن لتهمة[3] .

و استدل المذهب الأول بقوله ﷻ : ﴿ تحبسونهما من بعد الصلوة ﴾[4].

و روي عن النبي ﷺ أنه حبس في تهمة ثم خلى عنه [5] .

- و بما وقع لابن أبي الحقيق حين أخفى كترا يوم خيبر و ادعى ذهابه بالنفقة

---

[1] – ينظر : تبصرة الحكام ، ج2 ص: 290 .

[2] – ينظر : رد المحتار ، ج4 ص: 67 . تبصرة الحكام ، ج2 ص: 159 . الأم ، ج7 ص : 159 . المغني ، ج7 ص: 166 .

[3] – ينظر : المحلى بالآثار ، ج12 ص: 23-24 .

[4] – سورة المائدة ، الآية : 106 .

[5] – سنن النسائي ، كتاب : الديات ، رقم : 1337 .

فحبسه النبي ﷺ و رد عليه بقوله : « العهد قريب و المال كثير » فكان ذلك قرينة على كذبه ثم أمر الزبير أن يسمه بعذاب حتى ظهر الكتر[1] .

و استدل المذهب الثاني بقوله ﷻ :﴿ ان الظن لا يغنـ من الحق شيئا ﴾[2].

و قوله ﷺ :﴿ **إياكم و الظن فإن الظن أكذب الحديث** ﴾[3].

قال ابن حزم : « و لقد كان في زمن رسول الله ﷺ المتهمون بالكفر و هم المنافقون فما حبس رسول الله ﷺ منهم أحدا »[4].

و القول أن جمهور الفقهاء اعملوا التهم و حبسوا في ذلك ، فذلك تقريرا لما جاء في فروعهم الفقهية ، و من جهة أخرى فإن إعمال التهم أمر موضوعي يتعلق بالقضاء أو اجتهاد الحاكم ، فينظر على حسب الأحوال و القرائن .

و لما كان أمر حبس المتهم من الأمور الموضوعية فقد فصل فيه الفقهاء باختلاف حال السارق :

- فإذا لم يكن من أهل تلك التهمة و لم يعرف بالفجور و لم تقم قرينة صالحة على اتهامه ، فلا يجوز حبسه ولا عقوبته اتفاقا[5] .
- و إن كان المتهم مجهول الحال لا يعرف بره من فجوره ، فهذا يحبس حتى ينكشف حاله عند جمهور الفقهاء[6] .
- و إن كان المتهم معروف بالفجور و السرقة و القتل و نحو ذلك فيجوز

---

(1) – سبق بيانه في الفصل الثاني في الضابط الشرعي .

(2) – سورة يونس ، الآية : 36 .

(3) – صحيح البخاري ، كتاب النكاح ، رقم : 4849.

(4) – ينظر : المحلى بالآثار ، ج12 ص: 23-24 .

(5) – ينظر : رد المحتار ، ج4 ص: 75 . الأحكام السلطانية ، ص : 273 . الفتاوي الكبرى ، ابن تيمية (دار الكتب العلمية ، ب.ت) ، ج3 ص: 522 .

(6) – ينظر : رد المحتار ، ج4 ص: 75 . تبصرة الحكام ، ج2 ص: 165 . الأم ، ج7 ص: 159 . الفتاوي الكبرى ، ج3 ص: 522 . الأحكام السلطانية ، ص : 273 .

- للحاكم حبسه ، بل عند بعضهم هو أولى ممن قبله لقوة القرينة[1] .

و هذا التفصيل في بيان الحال كان من أجل ضبط التهمة باعتبارها أمر نسبي تختلف فيه الأحوال فقد يجر ذلك إلى ظلم المتهم ، لذاك ذكر بعض فقهاء الحنفية و الشافعية أن ماكان الحبس فيه أقصى عقوبة كالأموال فلا يحبس المتهم حتى تثبت بحجة كاملة [2].

و الناظر إلى الفروع الفقهية التي تتعلق بهذه المسألة ليجد توسعا كبيرا و لا يجد لذلك ضابطا ، و إنما الأمر يراعى فيه شواهد الحال و أوصاف المتهوم و على حسب قوة التهمة و ضعفها ، ولوحظ كذلك أن الفقهاء اعملوا التهم من خلال قاعدتين ومبدأ عام هي بمثابة ضمانات للمتهم :

- قاعدة **استصحاب البراءة الأصلية ، فالمتهم برئ حتى يثبت دليل التهمة.**
- قاعدة **شرعية العقوبة** ، فلا يجوز تجريم متهم حتى يصدر نص بالعقوبة.
- و المبدأ العام الذي تقوم عليه الأحكام الشرعية بيان ذلك : أن **العقوبات في الفقه الإسلامي إنما شرعت للمحافظة على مصالح ضرورية للناس المتمثلة في حفظ حياتهم وأطرافهم من الهلاك و أعراضهم من الهتك و أموالهم من الضياع.**

فالفقهاء عندما أقروا جانب التهمة ، إنما أقروه على ضوء هذه القاعدتين و على ضوء المبدأ العام الذي اتفق عليه الجميع .

قال ابن القيم تقريرا لذلك : « فهذه مسألة كبيرة عظيمة النفع جليلة القدر ، إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقا كثيرا وأقام باطلا كثيرا ، وإن توسع فيها و جعل معوله دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم

---

(1) – ينظر : البحر الرائق ،ج5 ص : 46 . تبصرة الحكام ، ج2 ص: 159 . و ينظر كذلك في المصادر السابقة .

(2) – ينظر : تبيين الحقائق ، ج3 ص: 210 . العناية شرح الهداية ، ج7 ص: 179 .

والفساد .. فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات و دلائل الحال ومعرفة شواهده و في القرائن الحالية و المقالية ، كفقهه في جزئيات و كليات الأحكام أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها و حكم بما يعلم الناس بطلانه لا يشكون فيه اعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه و قرائن أحواله .

فهنا نوعان من الفقه لا بد للحاكم منها :

- فقه في أحكام الحوادث الكلية .
- فقه في نفس الواقع و أحوال الناس يميز به الصادق و الكاذب و المحق و الباطل ، ثم يطابق بين هذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب و لا يجعل الواجب مخالفا للواقع .

من له ذوق في الشريعة و اطلاع على كمالاتها و تضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش و المعاد و مجيئها بغاية العدل الذي يسع الخلائق و أنه لا عدل فوق عدلها ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها و فرع من فروعها وأن من له معرفة بمقاصدها ووضعها و حسن فهمه فيها لم يحتج معها إلى سياسة غيرها البتة .»[1].

و لما كانت قضية المتهم لها علاقة بما تقرر في عصرنا من الدعوة إلى احترام حقوق الإنسان ، فقد يكون ذلك ذريعة لكبح مصالح العباد و حقوقهم ، و قد تفطن إلى ذلك مفكري العالم المسلم تحت لواء المجلس الإسلامي الدولي العالمي وذلك من أجل جمع تلك الفروع الفقهية المتناثرة وقاموا بإعداد وثيقتين :

- **البيان الإسلامي العالمي الصادر عن المؤتمر الإسلامي بلندن** في : 1980//04/12م و الذي يتضمن وثيقة المبادئ الأساسية للنظام الإسلامي و مقوماته الرئيسية العامة .

---

[1] – ينظر : الطرق الحكمية ، ص: 4 .

- **البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام** الصادر عن المجلس الإسلامي الـــدولي بتاريخ :1981/09/19 م.

وقد قرر البيانين أن الأصل في الإنسان البراءة و مبدأ شرعية التجريم و العقاب و تفسير الشك لصالح المتهم ، و لا يعتبر الشخص مجرما إلا بعد محاكمة قضائية كاملة[1] .

و لقد تضمن الدستور الجزائري جملة من القواعد و المبادئ الرامية إلى توفير ضمانات للأفراد عموما و المشتبه فيهم خصوصا .

فنصت **المادة 45** : « كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون » .

و **المادة 46** : « لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم»

و **المادة 48** : « يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريـــات الجنائيـــة للرقابـــة القضائية و لا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين ساعة » .

المطلب الثاني

الإجراءات التكميلية

إن الشريعة الإسلامية لما أوجبت العقاب ، فذلك بعد أن أوجدت ظروف تمنع من الوقوع في الجريمة ، تطبيقا لمبدأ شرعية العقوبة ، وتطبيقا لمبدأ عام يتمثل في أن أحكام التشريع متكاملة و مرتبطة في مقاصدها و لا يمكن فصل بعضها عن بعض ، فأحكامها مرتبطة ارتباط الجسد الواحد ، فالعقاب و إن كان الظاهر منه التشديد إلا أن الشارع الحكيم جعل أسبابا تخفف من ميل الناس إلى الجريمة ، فقد تقرر أن العقاب في التشريع الإسلامي ليس مقصودا لذاته .

---

[1] – ينظر : ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية ، أحمد غاي (دار هومه ، الجزائر: 2003م) ،ص: 59 .

و لما كان موضوع البحث يتعلق بحفظ مقصد ضروري و هو حفظ الأموال فقد تقدم الكلام على حفظه من جهة العدم فشرع عقوبة القطع ، لكن مع هذا الحكم شرع ما يحفظها من جهة الوجود ، من خلال تلك الإجراءات الوقائية التي اتخذت حتى لا تقع هذه الجريمة ، فغرس في عقول الناس فلسفة معينة تنبني على أن العقوبة إنما تكون على من اعتدى على المال المحترم المتقوم ، و على أنه وسيلة و ليس غاية وبين أن المال له مقاصد يجب تحقيقها من خلال وسائل تحفظ وجوده.

الفرع الأول

حقيقة المال المحترم وبيان أنه وسيلة و ليس غاية

المال في الإصطلاح الفقهي و الذي يعتبر الإعتداء عليه جريمة هو المال الـــذي يتقوم به الناس ، و المباح لكل طرائق الإنتفاع المشروعة ، فلقد تقرر في المباحـــث السابقة أن الضوابط المادية لعقوبة السرقة هو اعتبار أن المال الذي اعتدي عليه هو المال المتقوم المحترم و المصون من التعدي ، أو هو المال الذي له قيمة مطلقة يضمنها متلفه عند الإعتداء .

فالأموال التي حماها الشارع من العدم تتوقف على ثبوت احترام الشارع لماليتها أما الذي لا يحضى باحترام الشارع فلا يضفي عليه حماية .

و لذلك أوجب الشارع الحكيم على الناس حرز أمـــوالهم حـــتى لا تتعـــرض للضياع، فالأموال غير المحرزة و التي سرقت يعتبر صاحبها مهملا ، و تفقد أموالهم حرمتها.

فالاعتداء الذي يوجب حكم القطع هو الاعتداء الذي يكون علـــى الأمـــوال المحترمة التي تقوم عليها معايش الناس و يحرزونها ويشـــددون في حـــرزها بخلاف

الأموال التافهة و الأشياء الحقيرة ، و قد تقرر ذلك كله في الفصل الثاني في مبحث الضابط المادي لعقوبة السرقة .

و لقد اعتبر الشارع الحكيم جمع الأموال وسيلة و ليس غاية ، فلقد دلت النصوص الشرعية على ذم صاحب المال و كان مناط هذا الذم عند التحقيق يرجع إلى مسلك الإنسان و تفكيره اتجاه المال ، قال الله ﷻ :﴿ كلا إن الانسن ليطغى أن رءاه استغنى ﴾[1]، فإنه إما أن ينحرف في علاقته بالمال سواء كان كاسبا أو مالكا أو منفقا أو متصرفا ، و إما أن يجعل المال غاية ، و في كلا الحالتين يناقض مقصود الشارع في الأموال ، فالنصوص الشرعية ذمت الشح و البخل و الإسراف و التقتير و كتر الأموال و صرفها في غير موضعها و الحصول عليها بالطرق غير المشروعة مثل التكسب بالربا و التكاثر الذي يلهي الإنسان عن عواقب الأمور فيصير جمع المال بالنسبة إليه غاية و مقصد .

و لما كان المال من بين الوسائل التي تدفع أذى الناس ، حث الشارع الحكيم على البحث عن أسباب الرزق ، قال الله ﷻ ﴿ فامشوا في مناكبها و كلوا من رزقه ﴾[2] ، ووجه الدلالة في ذلك : أنه رتب الأكل بالمشي المأمور به و هو كناية عن العمل في سبيل الحصول على الرزق ، فالإنسان بالمال يتصدق و يحفظ مروءته مثل إقامة الضيف و الهدايا و الإعانة فيكسب بها الإخوان و الأصدقاء ، و هو وقاية لعرضه وذلك من جهة بذله لدفع شر السفهاء ،و قد جعل للإستخدام فأوقات الإنسان قصيرة و واجباته كثيرة فيستأجرمن يقوم بعمله و يحافظ على أعماله الأخرى كالذكر و التفكير الذي هو من أعلى المقامات[3] .

---

[1] – سورة العلق ، الآية : 6-7 .

[2] – سورة الملك ، الآية : 15 .

[3] – ينظر : المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ، د . يوسف حامد العالم ، ط3 (دار الحديث ، القاهرة : 1997) ص: 478.

ولقد أحلت الشريعة الإسلامية جميع أنواع الصناعات و الحرف الشريفة و جميع أنواع التجارة و استثمار الأموال و أحلت ما ينتج من هذا من ربح و جعلته ملكا خاصا لصاحب المال و المستثمر على أن يؤدي حقه من الزكاة و النفقة ، و إذا منعت عملا من وسائل الكسب فذلك تجنبا لما يؤديه من ضرر يعود على الناس بالفساد .

الفرع الثاني

مقاصد الأموال و وسائل تحقيقها

من مقاصد الأموال التي يتشوف إليها التشريع الإسلامي : **التداول و الوضوح و الموازنة و العدالة** ، و جعل لتحقيق ذلك اجراءات تحافظ على تلك المقاصد[1] .

مقصد التداول : - المقصود من ذلك أن الشارع الحكيم جعل المال متداولا بين أيدي الناس جميعا،القصد منه التحرك في شكل استثمارات أو استهلاك و شرع لحفظ ذلك وسائل منها :

- **منع اكتناز الأموال** : لأن ذلك من شأنه أن يفسد التوازن المالي و التجاري فيفسد معه التوازن الإجتماعي فيؤدي ذلك إلى السعي إلى المحظورات فسد لذريعة ذلك منع تكنيز الأموال ، و هي ليست مسألة شخصية تتعلق بفرد و إنما أصبحت مسألة تشريعية تطالب الدولة بنمعها عن طريق التشريع[2].
- **منع التعامل بالربا** :لأنها تقتل في الإنسان مشاعر الشفقة و الرحمة فيصير صاحب الربا همه الوحيد جمع المال و حب الأثرة ، فإذا جرى عرف التعامل بالربا فإن ذلك يفضي إلى ترك أصول المكاسب مثل الزراعة و الصناعة .

---

(1) – ينظر : المرجع السابق نفسه .

(2) – ينظر : المرجع نفسه ، ص: 498 .

- **منع الإحتكار** : لأن فيه إلحاق الضرر بالناس من حبس ما يحتاجون إليه من ضروريات حياتهم ، و لقد دلت النصوص على الوعيد و الخسران لمن احتكر أقوات الناس ، قال ﷺ : ﴿ **من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام و الإفلاس** ﴾[1]، و ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ قال :﴿ **لا حكرة في سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا** ﴾[2] ، يقول ابن خلدون مبرزا الأسباب النفسانية التي تلحق بالمحتكر الخسران و الهلاك :« و مما اشتهر عند ذوي البصر والتجربة في الأمصار أن احتكار الزرع لتحين أوقات الغلاء مشؤوم وأنه يعود على فائدته بالتلف و الخسران و سببه – و الله أعلم – أن الناس لحاجتهم إلى الأقوات مضطرون إلى ما يبذلون فيها من المال اضطرارا فتبقى النفوس متعلقة به ، و في تعلق النفوس بمالها سرا كبيرا في وباله على من يأخذه مجانا و لعله الذي اعتبره الشارع في أخذ أموال الناس بالباطل ، وهذا و إن لم يكن مجانا فالنفوس متعلقة به لإعطائه ضرورة من غير سعة في العذر فهو كالمكره ، و ما عدا الأقوات و المأكولات من المبيعات لا اضطرار للناس إليها ، و إنما يبعثهم عليها التفنن في الشهوات ، فلا يبذلون أموالهم فيها إلا باختيار و حرص و لا يبق تعلق بما أعطوه ، فلهذا يكون من عرف الاحتكار تجتمع القوى النفسانية على متابعته لما يأخذه من أموالهم فيفسد ربحه »[3].

- **منع الميسر** : لأنه من الأنواع العقيمة من الناحية الإنتاجية وفيه مفسدتين عظيمتين : إثارة العداوة و البغضاء بين الناس و تفضي إلى بعض الأحوال المذمومة من الهرج و المرج و الفتن ، ومفسدة الصد عن ذكرالله ﷻ . فالميسر مناقض

---

(1) – سنن ابن ماجة ، كتاب التجارة ، رقم : 2146 .

(2)– الموطأ ، كتاب البيوع ، رقم :" 1344 .

(3) – المقدمة ، بن خلدون ، تحقيق : د. درويش جويدي ، ط2 (المكتبة العصرية ، بيروت : 2000 م) ، ص : 368

لأصول المكاسب و مقاصد الشرع في التداول .

- **إباحة التصرفات الدافعة للضرورات** : فقد أباح الشارع جملة من التصرفات والمعاملات التي تبيح لهم نقل الأعيان و الحصول على المنافع كالبيع والقرض و الإجارة و الهدايا و الوصايا و الهبات و الصدقات و الكفارات و الزكاة والخلع على مال و الكتابة و الصلح و اللقطة وغيرها من المعاملات الشرعية، قال العز بن عبد السلام : « الإنسان مكلف بعبادة الديان باكتساب في القلوب و الحواس ما دامت حياته و لم تتم حياته إلا بدفع ضروراته وحاجاته من المآكل و المشارب و الملابس و المناكح و غير ذلك من المنافع و لم يتأت ذلك إلا بإباحة التصرفات الدافعة للضرورات و الحاجات »[1] .

- **مقصد الوضوح** : و هذا حتى يبتعد الناس عن موضع الخلاف و النزاع فيسهل الحفاظ على الأموال من الجحود و النكران و الضياع ، و لتحقيق ذلك شرعت وسائل منها :

- **الكتابة** : قال الله ﷻ : ﴿ يـأيها الذين ءامنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ﴾[2] ، و ذلك لما كان الدين معاملة مالية معرضة لإحتمال الجحود و النكران و النسيان حث الشارع الحكيم الناس على كتابته[3].

- **الإشهاد** : قال الله ﷻ : ﴿ و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرتن ممن ترضون من الشهداء ﴾[4] ، فشرع الإشهاد كطريقة

---

(1) – قواعد الأحكام ، ج2 ص: 80 .

(2) – سورة البقرة ، الآية : 282.

(3) – جمهور العلماء على ندبها ، ينظر :المبسوط ، ج30 ص: 168 . الأم ، ج3 ص: 89-98 . شرح السير الكبير السرخسي (الشركة الشرقية للإعلانات ، ب.ت) ، ج5 ص: 1780 . أحكام القرآن للحصاص ، ج1 ص:658.

(4) – سورة البقرة ، الآية :282.

للمحافظة على الحقوق المتعلقة بالمال[1] .

- **الرهن:** قال الله ﷻ: ﴿ و إن كنتم على سفر و لم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضة ﴾ [2] والمقصود به أن يستوثق الدائن من استيفاء دينه .

قال القرطبي معللا الحكمة من الكتابة و الإشهاد و الرهن :« اعلم أن الذي أمر الله تعالى به الشهادة و الكتابة لمراعاة صلاح ذات البين و نفي التنازع المؤدي إلى فساد ذات البين ، لئلا يسول له الشيطان جحود الحق و تجاوز ما حد له الشرع ، أو ترك الاقتصاد على المقدار المستحق ، و لأجله حرم الشرع البياعات المجهولة التي اعتيادها يؤدي إلى الاختلاف و فساد ذات البين و إيقاع التضاغن و التباين »[3]

- **مقصد الموازنة و العدالة في الأموال** : و يقصد بذلك أن توضع الأموال في موضعها الذي خلقت من أجله و أمر به الشارع الحكيم ، فالعدل فيها يشمل تحري الحق في كسبها و تأدية ما عليه من حقوق وواجبات كالزكاة اتباع أرشد السبل في انفاقها و تنميتها ، و لذلك مسلكين:

– مسلك محمود كالصدقة المفروضة و الإنفاق على النفس و العيال و كصدقة التطوع و إكرام الضيف فهذا يكسب صاحبه من الناس شكرا و يبعد عداوتهم.

– مسلك مذموم يجمع بين الإفراط كالتبذير و الإسراف ،و التفريط كالتقتير والإمساك .

فهذه إجراءات عامة أمرت بها الشريعة الإسلامية حتى يدفع بها شر الجريمة عن الأفراد و الجماعات، كان الغرض منها الوقاية منها قبل وقوعها .

---

(1) – ينظر بالنسبة لحكم الإشهاد : أحكام القرآن لإبن العربي ، ج1 ص: 327 ، و ما بعدها . أحكام القرآن للجصاص ، ج1 ص: 658 .

(2) – سورة البقرة ، الآية :283 .

(3) – الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي ، ط1(مكتبة الصفا ، القاهرة : 2005) ، ج3 ص:314-315.

الخاتمة

من النتائج التي توصل إليها البحث :

أولا : - كلا من التشريع الإسلامي و القانوني قد اتفقا على أن المقصود من السياسة العقابية هو : المحافظة على مصالح الناس ، و أن العقاب وسيلة لذلك .

ثانيا : - تبين أن هناك اختلاف مبدئي ، مفاده : أن مبادئ و أهداف العقاب في التشريع الإسلامي تضمنتها النصوص الشرعية ابتداءً ، و أن اجتهادات الفقهاء لم تخرج من دائرة ما قررته هذه النصوص .

أما في القانون ، فإن ذلك كان من خلال أحداث تاريخية و تراكم معرفي من خلال تلك المدارس التي ذكرت في السند العقلي للقانون .

ثالثا: - نظرية الدفاع الاجتماعي التي توصل إليها فقهاء القانون ، قد غيرت مجرى القانون الجنائي ، و أعطت للعقوبة بعدها الاجتماعي وأصبح لها بجوار وظيفة الزجر وظيفة أخرى و هي :إصلاح الجاني ، و البحث عن تدابير تختلف عن معنى الإيلام ، المقصود منها الوقاية و تقويم المجرم .

و المقصود بالوقاية :مكافحة العامل المهيئ و المساعد على الجريمة ، و المقصود من التقويم : البحث عن أسباب الجريمة و عن أحوال المجرمين .

لكن بالنسبة للتشريع الإسلامي فإن هذه النظرية لا تسري على العقوبات المقدرة كالحدود ، فإنها لا يراعي فيها حالة المجرم ، و لا يعطى لظروفه مسوغا لإسقاط العقاب عنه .

لأن المقصود الأصلي فيها هو الزجر ، و ليس المقصود منه الإتلاف و التعذيب ، فاستقراء الفقهاء للنصوص الشرعية دل على أن إنزال الحدود على الجناة ، يحتاج إلى مزيد من الحيطة و الحذر ، لأنه يمكن أن يكون ذلك معارضا لمقصد آخر أقره

الشارع الحكيم و هو : المحافظة على أطراف حياة الناس .

و لذلك فإن الفقهاء نظروا إلى الحدود وفق نظريتين :

* نظرية تنبني على مراعاة الصالح العام ، أو بعبارة الأصوليين: حق الله ﷻ ، وهو المعتبر و الغالب في الحدود .

* نظرية تنبني على مراعاة النفس البشرية من الهلاك.

و لأجل ذلك رجح الفقهاء جانب الإحتياط عند وجود شبهة تعلقت بعقوبة السرقة ، صيانة لأطراف الناس من الهلاك ، و أقروا الضمان على السارق ، صيانة لأموال الناس من الضياع .

لكن يمكن أن تتماشى هذه النظرية مع التشريع الإسلامي في مجال العقوبات غير المقدرة كالتعازير ، لأنه يلاحظ فيها أحوال المجرمين و العصاة ، و أن المقصود منها هو الاستصلاح .

رابعا : – توصل فقهاء القانون إلى نتائج تتعلق بالمؤسسة القضائية منها :

- تحديد سلطة القاضي في تفسير نصوص العقاب .
- تفسير قواعد الإجرام و العقاب تفسيرا ضيقا .

و ذلك كله محافظة على شرعية العقاب ، و حتى لا يقع الظلم على النفس البشرية و هو نفس المبدأ الذي بنيت عليه الحدود ، فليس للقاضي الإنقاص منها أو الزيادة فيها ، حتى أن الفقهاء راعوا مبدأ الإحسان في تطبيق الحد عند ثبوته ، حتى لا يزاد في العقوبة .

خامسا : – جمع فقهاء القانون بين مبدأ العدالة و مبدأ النفعية ، بمعنى : أنه لا بد أن تصاغ العقوبة بصبغة القسوة التي تمنع الشخص الذي يريد اقتراف الجريمة من فعلها ، مع عدم إهمال الأحوال و الظروف التي التبست بالمجرم حتى يكون حكم القاضي منتجا و عادلا .

أما في التشريع الإسلامي ، فمن حيث المبدأ العام لا خلاف بينه و بين ما توصل

إليه فقهاء القانون ، لكن بحسب نوع العقوبة ، فعقوبات الحدود المقصود منها مراعاة حق الله في الغالب ، بمعنى الصالح العام ، بغض النظر عن ظروف الجاني ، و هذه وجهة تفسر أن معنى العدالة في التشريع الإسلامي غير المعنى الذي أقره فقهاء القانون .

أما عقوبات التعازير فقد يلاحظ فيها المبدأين ، لأنها فيها معنى الردع و معنى الاستصلاح .

سادسا : العقوبات في التشريع الإسلامي أوضاع شرعية خاصة الحدود ، تختلف في معناها مع القانون ، مثل السرقة .

فقد تبين أن فقهاء القانون قصدوا منها المفهوم العام ، فالسرقة كل ما من شأنه أن يؤدي إلى نقل الشيء إلى حيازة الجاني بغض النظر عن الطريقة التي تم بها الإختلاس ،سواء كان مجاهرة أو نهبا أو خطفا ، بخلاف السرقة في التشريع الإسلامي فقد تبين أن لها مفهوم خاص يختلف عن الإختلاس و النهب و الخطف .

سابعا : – أقر فقهاء القانون مبدأ تفريد العقاب ، من خلاله يعطي للقاضي سلطة تقديرية يرى فيها الظروف المخففة و المشددة ، و تسمح للقاضي بأن لا يطبق العقوبة الأصلية سواء تعلق الأمر بالجنايات أو الجنح أو المخالفات ، بل يمكن أن يطبق عقوبة أخف عنها في حالة وجود عذر يسوغ التخفيف ، أو يشدد فيها إن وجد مسوغ للتشديد .

أما التشريع الإسلامي فقد أعمل مبدأ التشديد في الجرائم التي تمس ضروريا من ضروريات الناس ، فكانت العقوبة تتناسب مع هذا الظرف كحال جرائم الحدود أو العود إلى الجريمة .

أما ظروف التخفيف ، فالمقصود بها تأخير تطبيق الحد على الجاني لعذر المرض أو الحمل ، و ليس تنزيل من قدر العقوبة وهذا بالنسبة للحدود ، لكن في التعازير فإن للقاضي سلطة تقديرية يراعي فيها أحوال التخفيف و التشديد على حسب حال

المجرم في نفسه .

ثامنا : – أصبح للدراسات الجنائية وجهين :

- وجه قانوني يعتمد على النظر في الجريمة و التنصيص عليها .
- وجه اجتماعي يعتمد على أن الجريمة ظاهرة اجتماعية .

فأصبحت العلوم الإنسانية مثل علم الاجتماع و علم النفس طرفا مساعدا في إثراء القانون الجنائي و استرشاد السياسة العقابية .

تاسعا : – الملاحظ أن السياسة العقابية عند فقهاء القانون ركزت البحث على الوقاية و مكافحة العامل المهيئ أو المساعد على الجريمة من خلال تدابير تساعد الجاني من الخروج من الجريمة و تسعى إلى إدماجه اجتماعيا عبر مؤسسات اصلاحية.

لكن التشريع الإسلامي لم يركز على وضع المؤسسات و التدابير ، و إنما ركز على تنفيذ العقوبة عند الإثبات و قيام البينة على الجاني ، و الأخذ بالحذر و الحيطة عند الشبهة .

و ربما ذلك راجع إلى أمرين :

* **الأمر الأول** : طبيعة الأحكام الشرعية ، فهي مرتبطة و متكاملة في مقاصدها ، لا يمكن فصل بعضها عن بعض ، فقد تبين أن المقصود من القطع في السرقة المحافظة على أموال الناس ، و تبين أن الشارع الحكيم حافظ على أموال الناس من جهتين :

– من جهة العدم ، فشرع عقوبة القطع حتى يكون ذلك زجرا لمن سولت له نفسه اقتراف هذه الجريمة .

– من جهة الوجود ، فأقام المال على مقاصد و شرع وسائل تحافظ عليها ، مثل مقصد التداول ، فشرع وسيلة تحقق هذا المقصد و هي الزكاة ، و شرع معها أحكام أخرى تحافظ على هذا المقصد ، فمنع التعامل بالربا ، و شجع الناس على استثمار أموالها .

رسالة جامعية – الجزائر – السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية

* **الأمر الثاني** : الظرف التاريخي الذي عاشه المسلمون في ظل الخلافة الإسلامية فقد تشبعوا بالثقافة الإسلامية ، فكثر فيهم جانب الوقاية ، و قلت فيهم الجرائم .

و من بين الإقتراحات و التوصيات التي نوصي بها بعد هذه النتائج :

- العمل على ايجاد طرح للنظام العقابي في الفقه الإسلامي غير الطرح التقليدي المعروف ، بربط العقاب بأصوله و مبادئه من خلال تصرفات النبي ﷺ التي تدخل من ضمن الإمامة ، و من خلال عمل الخلفاء الراشدين ، و استثمار الأحكام القضائية التي تقررت في كتب القضاء .

- المشاركة في المحافل الدولية ، لإبراز حقيقة العقاب في التشريع الإسلامي وإزالة الغموض الذي علق بأذهان الناس عبر وسائل الإعلام .

- السعي بأن يكون هناك اتصال بين أصحاب القانون و أصحاب الشريعة الإسلامية عبر مؤسسات تقوم على ايجاد مجال يجمع بينهما .

- السعي إلى توظيف الأحكام القضائية التي تقررت في الفقه الإسلامي في مؤسسة القضاء ، لأن فيها من القواعد التي تسهل تطبيق الأحكام .

أخيرا ، لا أقول أن في عملي هذا أني أحطت بكامل الموضوع ، و لكني بذلت الجهد الجهيد ، و بذلت وسعي على قدر طاقتي لعلي أوفق إلى الصواب ، فإن تحقق الصواب فذلك ما كنت أرغب ، و أرجوا ، و إلا فما أنا إلا عبد يخطئ و ينسى .

و أرجوا من الله ﷻ أن يكسو هذا العمل ثوب الإخلاص ، و أن يجمله بالقبول فهو المعين و الموفق لذلك .

الفهارس





ويخص الفهارس التالية :

- فهرس للآيات القرآنية .
- فهرس للأحاديث النبوية .
- فهرس للقواعد الأصولية والفقهية .
- فهرس المراجع .
- فهرس الموضوعات .





فهرس الآيات

- ﴿ولكم في القصاص حياة . . .﴾، البقرة، الآية: 179 . . . . . ص:23 .
- ﴿فمن اعتدى عليكم . . .﴾، البقرة، الآية: 194 . . . . . ص:48
- ﴿يأيها الذين ءامنوا إذا تداينتم . . .﴾، البقرة، الآية: 282 . . . . . ص:219
- ﴿واستشهدوا شهيدين . . .﴾، البقرة، الآية: 282 . . . . . ص: 219
- ﴿وإن كنتم على سفر . . .﴾، البقرة، الآية: 283 . . . . . ص: 210 .
- ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها . . .﴾، البقرة، الآية: 286 . . . . . ص: 45
- ﴿وما كان لمومن أن يقتل مومن . . .﴾، النساء، الآية: 92 . . . . . ص:48
- ﴿ليلا يكون للناس على حجة . . .﴾، النساء، الآية: 165 . . . . . ص:45
- ﴿إنما جزآؤا الذين يحاربون الله ورسوله . . .﴾، المائدة، الآية: 33 . . . . . ص:77
- ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما . . .﴾، المائدة، الآية: 38 . . . . . ص:24– 43–46–116
- ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس . . .﴾، المائدة، الآية: 45. . . . . ص:48
- ﴿والجروح قصاص . . .﴾، المائدة، الآية: 45 . . . . . ص: 205
- ﴿إنا الخمر والميسر . . .﴾، المائدة، الآية: 90 . . . . . ص:24
- ﴿يأيها الذين ءامنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم . . .﴾، المائدة، الآية: 95 . . . . . ص:24
- ﴿تحبسونهما من بعد الصلوة . . .﴾، المائدة، الآية: 106 . . . . . ص:210
- ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق . . .﴾، الانعام، الآية: 151 . . . . . ص:24–47
- ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف . . .﴾، الانفال، الآية: 38 . . . . . ص: 45
- ﴿إن الظن لا يغني من الحق شيئا . . .﴾، يونس، الآية: 36 . . . . . ص:211
- ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به . . .﴾، النحل، الآية: 126 . . . . . ص:48–205

- ﴿وجعلنا جهنم للكفرين حصيرا ...﴾، الاسراء، الآية: 8 .....ص:103
- ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ...﴾، الاسراء، الآية: 15 .....ص: 45
- ﴿الزانية والزانـ فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ...﴾، النور، الآية: 2 .....ص:24-46-88
- ﴿والذين يرمون المحصنت ...﴾، النور، الآية: 4 .....ص:24-46
- ﴿وما كان ربك مهلك القرى ...﴾، القصص، الآية: 59 .....ص: 45
- ﴿يـنسآء النبـ ء من يات منكن ...﴾، الاحزاب، الآية: 30 .....ص:81
- ﴿وجزآؤا سيئة سيئة مثلها ...﴾، الشورى، الآية: 40 .....ص: 205
- ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله ...﴾، الشورى، الآية: 40 .....ص:205
- ﴿والذين يظهرون من نسآيـهم ...﴾، المجادلة، الآية: 3 .....ص:25
- ﴿وأقيموا الشهـدة لله ...﴾، الطلاق، الآية: 2 .....ص:60-164
- ﴿ فامشوا في مناكبها و كلوا من رزقه ﴾،الملك، الآية:15 .....ص: 216
- ﴿ كلا إن الانسن ليطغى أن رءاه استغنى ﴾، العلق، الآية: 6-7 .....ص: 216

فهرس الأحاديث

- أ -

- ﴿ أتشفع في حد من حدود الله ... ﴾.....ص:118
- ﴿ اجلدوه ضرب مائة سوط ... ﴾.....ص:73
- ﴿ احسن إليها فإذا وضعت فأتي بها ... ﴾ ص:71
- ﴿ اخرجوهم من بيوتكم ... ﴾ ص:107
- ﴿ اذهب فاضرب عنقه... ﴾.....ص: 26
- ﴿ ارجعي حتى تلد ... ﴾.....ص:89..
- ﴿ أسوأ الناس سرقة ... ﴾ .....ص:163.
- ﴿ ألا و إن قتيل الخطأ ... ﴾ .....ص:48.
- ﴿ السارق إن سرق فاقطعوا يده ... ﴾ ص:199
- ﴿ المسلم أخوا المسلم ... ﴾ ص:164
- ﴿ أمر الصحابة بتبكيت شارب الخمر... ﴾.....ص:100
- ﴿ أنت و مالك لأبيك ﴾ .....ص: 53 –120– 151
- ﴿ أنّ النبي ﷺ قطع في مجن... ﴾ .....ص: 117– 144
- ﴿ إنّ أطيب من أكل الرجل ... ﴾ .....ص: 160
- ﴿ أن رسول الله أتي برجل ... ﴾.....ص:136
- ﴿ إياكم و الظن ... ﴾ ص:211

- خ -

- ﴿ خذوا عني ... ﴾ .....ص: 46-106
- ﴿ خذوا ما عليها .. ﴾.....ص:26

- ض -

- ﴿ ضالة الإبل المكتومة ... ﴾ ص:25
- ﴿ ضعوا عنها فإنها ملعونة ... ﴾ .....

- ع -

- ﴿ على يد ما أخذت ... ﴾ .....ص: 171-209

- ف -

- ﴿ فهلا قبل أن تأتيني به ... ﴾.....ص:91
- ﴿ في الأنف إذا أوعب ... ﴾.....ص:49
- ﴿ في كل إبل سائمة ... ﴾ ص:25

- ق -

- ﴿ قطع رسول الله في مجن ... ﴾ ص:118

-ك-

- ﴿ كان بنو اسرائيل يسوسهم ... ﴾ ص:12

-ل-

- ﴿ لا تقطع اليد في ثمر معلق ﴾.....ص:119
- ﴿ لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار ... ﴾ .....ص: 117
- ﴿ لا قطع إلا في دينارأوعشرة دراهم ﴾ .....ص: 145
- ﴿ لا قطع إلا في ربع دينار ... ﴾ ص:143
- ﴿ لا قطع على المختفي ﴾.....ص:119 –180
- ﴿ لا قطع في ثمر معلق ﴾ .....ص: 43–140
- ﴿ لا قود إلا بالسيف ﴾ ص:82
- ﴿ لا وصية لقاتل ﴾ .....ص: 112
- ﴿ لا يحل دم امرئ مسلم ... ﴾ ص:47
- ﴿ لا يغرم صاحب سرقة ... ﴾ .....ص: 208
- ﴿ لعن الله السارق يسرق البيضة ... ﴾ ص:143
- ﴿ لعن الله السارق يسرق الحبل ... ﴾ ص:118
- ﴿ لعن الرسول الله ﷺ المختفي ... ﴾ ص:179
- ﴿ لم تكن تقطع يد السارق ... ﴾ .....ص: 117
- ﴿ ليس على خائن و لا منتهب ... ﴾ ص:119
- ﴿ ليس للقلتل شيء.... ﴾ .....ص: 112

-ح-

- ﴿ ما أخالك سرقت ...﴾ ص:158
- ﴿ ما أخاله يسرق ...﴾ ص:158-159
- ﴿ ما تعلمون من ماعز ...﴾.....ص: 88
- ﴿ مال الله سرق بعضه بعضا ﴾ ص:119-156
- ﴿ من اتاكم و أمركم جميع ...﴾ ص:47
- ﴿ من احتكر على المسلمين ...﴾ ص:218
- ﴿ من بدل دينه ...﴾ ص:79
- ﴿ من شرب الخمر فاجلدوه ...﴾.....ص:26

-ه-

- ﴿ هي و مثلها و النكال ...﴾.....ص:25 -120

-و-

- ﴿ و اغد يأنيس ...﴾ ص:91
- ﴿ و في دية الخطأ ...﴾ ص:49
- ﴿ ولا تقتلوا شيخا ..﴾ .....ص: 79
- ﴿ و من ستر مسلما ...﴾.....ص:60
- ﴿ و من قتل له قتيل...﴾ .....ص: 48

- ي -

- ﴿ ياأبا ذر ، أعيرته بأمه ...﴾.....ص: 113
- ﴿ يقطع في ربع دينار ...﴾ ص:144



فهرس القواعد الأصولية والفقهية

- القواعد الأصولية -

- «إذا اجتمع أمران من جنس واحد ...».....ص:196
- «استصحاب البراءة الأصلية ».....ص:212
- «الأحكام تدار بما يلائم الأوضاع ».....ص:188
- «الإختلاف في الدليل يوجب سقوطه» ص:171
- «القصد من المأمورات إقامة مصالحها» ص:62
- «المصالح في حقيقتها تتنازع فيها المضار و المنافع ».....ص:193
- «المصالح وسائل مفضية إليها ، و حكمها حكم ما أفضت إليه».....ص:109
- «صدق الأقوال يقوم على الظهور دون النظر إلى البواعث» ص:61-165
- «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع» ص:44
- «لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا ...».....ص:44
- «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ».....ص:109
- « درء المفاسد أولى من جلب المصالح ».....ص:64-102

- القواعد الفقهية -

- «الأصل في الذنوب الستر ».....ص:91
- «الإقرار حجة بنفسه» ص:155
- «الجنايات تتفاوت بقدر الأحوال» ص:78

فهرس المراجع

- القرآن الكريم .

كتب التفسير :

- أحكام القرآن ، لابن العربي (دار الكتب العلمية ،بيروت : ب.ت) .
- أحكام القرآن ، الجصاص (دار الفكر ، القاهرة : ب.ت) .
- الأساس في التفسير ، سعيد حوى ، ط2 (دار السلام : 1989) .
- الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي ، ط1 (مكتبة الصفا ، القاهرة : 2005) .
- تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير ، قدم له : الأرناؤوط ، ط2 (دار بن باديس ، الجزائر : 1998) .
- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان ، ناصر السعدي ، قدم له : العثيمين ، ط1 (دار المغني للنشر و التوزيع ، السعودية : 1999) .

كتب الحديث وشروحه :

- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، ابن دقيق العيد (مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة : ب.ت) .
- التلخيص الحبير ، العسقلاني (مؤسسة قرطبة : ب.ت) .
- المصنف ، لابن أبي شيبة (دار الفكر ،، بيروت : ب.ت) .
- سنن ابن ماجة (الطباعة العربية السعودية : 1404 ه) .
- سنن أبو داود (المكتبة العصرية ، بيروت : ب.ت) .
- سنن الترمذي ، حققه : محمد عثمان ، ط2 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1983) .
- سنن النسائي (دار البشائر الإسلامية : 1986) .
- شرح معاني الآثار ، الطحاوي (دار المعرفة ،بيروت : ب.ت) .
- طرح التثريب ، ابن الحسين العراقي (دار إحياء الكتب العربية ، بيروت : ب.ت) .
- صحيح البخاري ، تحقيق : مصطفى ديب البغا (دار بن كثير ، اليمامة : 1987) .
- صحيح مسلم (دار إحياء الكتب العربية ، بيروت : 1985) .
- مسند أحمد (بيت الأفكار الدولية ، الرياض : 1998) .
- مشكل الآثار ، الطحاوي (دار الكتب العلمية ، بيروت :ب.ت) .
- موطأ الإمام مالك ، رواية : يحي بن يحي الليثي ، ط6 (دار النفائس ، بيروت : 1982) .
- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، الزيلعي (دار الحديث ، ب.ت) .

- نيل الأوطار ، الشوكاني ، ط1(دار الحديث ، القاهرة : 2000) .

كتب اللغة :

- القاموس المحيط ، الفيروزبادي ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1995) .
- لسان العرب ، ابن منظور ، ط3 (دار صادر ، بيروت : 1993) .
- لسان العرب ، ابن منظور ، ط1 (دار صادر ، بيروت : ب.ت) .
- معجم مقاييس اللغة ، بن فارس ، تحقيق : محمد هارون (دار الجيل ، بيروت : ب.ت) .

كتب الأصول :

- أصول الفقه ، أبو زهرة ، (دار الفكر العربي ، القاهرة ، ب.ت) .
- الإحكام في أصول الأحكام ، الآمدي ، تحقيق : سيد الجميلي ، ط2 (دار الكتاب العربي ، بيروت: 1986)
- البحر المحيط ، الزركشي (دار الكتبي ، ب.ت) .
- التقرير و التحبير في شرح التحرير ، ابن أمير حاج (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- المستصفى في علم الأصول ، الغزالي ، قدم له : محمد رمضان (دار الأرقم ، بيروت : ب.ت) .
- الفصول في الأصول ، الجصاص (وزارة الأوقاف الكويتية : ب.ت) .
- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي ، العطار (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- شرح التلويح على التوضيح ، التفتازاني (مكتبة صبيح ، مصر : ب.ت) .
- شرح الكوكب المنير ، أبو البقاء الفتوحي (مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة : ب.ت) .
- شرح تنقيح الفصول ، القرافي ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 1997) .
- كشف الأسرار ، البخاري (دار الكتاب الإسلامي : ب.ت) .

كتب الفقه :

الفقه الحنفي :

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم (دار الكتاب الإسلامي : ب.ت) .
- الجوهرة النيرة ، الحدادي العبادي (المطبعة المنيرية : ب.ت) .
- العناية شرح الهداية ، البابرتي (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .
- المبسوط ، السرخسي (دار المعرفة ، القاهرة : ب.ت) .
- بدائع الصنائع ، الكاساني (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت)
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الزيلعي (دار الكتاب الإسلامي : ب.ت) .
- درر الحكام شرح غرر الأحكام ، منلا خسرو (دار إحياء الكتب العربية ، بيروت : ب.ت) .
- رد المحتار على الدر المختار ، ابن عابدين (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- فتح القدير ، ابن الهمام (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .

الفقه المالكي :

- التاج و الإكليل لمختصر خليل ، المواق (دار الكتب العلمية ، بيوت : ب.ت) .
- الفواكه الدواني ، النفراوي (دار الفكر ، القاهرة : ب.ت) .
- المدونة ، ابن القاسم (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- المنتقى شرح الموطأ ، الباجي (دار الكتاب الإسلامي : ب.ت) .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ابن عرفة (دار إحياء الكتب العربية ، بيروت : ب.ت) .
- حاشية الصاوي ، الصاوي (دار المعارف ، بيروت : ب.ت) .
- حاشية العدوي (دار الفكر ، القاهرة : ب.ت) .
- شرح مختصر رخليل للخرشي (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .
- منح الجليل شرح مختصر خليل ، عليش (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، الحطاب (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .

الفقه الشافعي :

- أسنى المطالب شرح روضة الطالب ، ابن زكريا الأنصاري (دار الكتاب الإسلامي : ب.ت) .
- الأم ، الشافعي (دار الفكر ، القاهرة : ب.ت) .
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، ابن حجر الهيثمي (دار إحياء التراث العربي، بيروت : ب.ت) .
- حاشية البجيرمي على الخطيب (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .
- حاشية قليوبي و عميرة (دار إحياء الكتب العربية ، بيروت: ب.ت) .
- شرح البهجة ، ابن زكريا الأنصاري (المطبعة الميمنية : ب.ت) .
- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، الخطيب (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، الرملي (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .

الفقه الحنبلي :

- الإنصاف ، المداوي (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : ب.ت) .
- الفروع ، ابن محمد المقدسي (عالم الكتب، القاهرة : ب.ت) .
- شرح منتهى الإرادات ، البهوتي (عالم الكتب، القاهرة : ب.ت) .
- كشف القناع عن متن الإقناع ، البهوتي (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، الرحيباني (المكتب الإسلامي : ب.ت) .

الفقه الظاهري :

- المحى بالآثار ، ابن حزم (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .

كتب الفتوى :

- الفتاوي الكبرى ، ابن تيمية (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- فتاوي الرملي ، الرملي (المكتبة الإسلامية : ب.ت) .

كتب القضاء :

- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق : محي الدين عبد الحميد (المكتبة العصرية ، بيروت : 1987) .
- أقضية الخلفاء الراشدين ، د. أركي نور الدين بن أر– كي محي الدين ، تقديم : أ. د . محمد ضياء الرحمن الأعظمي ، ط1 (درا السلام ، الرياض : 2003) .
- تبصرة الحكام ، ابن فرحون (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر (دار الجيل ، بيروت : ب.ت) .
- الإتقان و الإحكام (شرح ميارة) ، ميارة (دار المعرفة ، بيروت : ب.ت) .
- معين الحكام ، الطرابلسي (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .

كتب القواعد الفقهية :

- الفروق ، القرافي (عالم الكتب ، بيروت : ب.ت) .
- الأشباه و النظائر ، السيوطي (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- القواعد لابن رجب (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، ط1 (دار القلم ، دمشق : 1998) .
- المنثور في القواعد الفقهية ، الزركشي (وزارة الأوقاف الكويتية : ب.ت) .
- غمز عيون البصائر ، الحموي (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ابن عبد السلام (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب .ت) .

كتب السياسة الشرعية :

- الأحكام السلطانية ، الماوردي (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) .
- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي و الرعية ، ابت تيمية (قصر الكتب ، البليدة : ب.ت) .
- شرح السير الكبير ، السرخسي (الشركة الشرقية للإعلانات : ب.ت) .

كتب الفقه المقارن :

- المجموع شرح المهذب ، النووي (المطبعة المنيرية : ب.ت) .
- المغني ، ابن قدامة (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : ب.ت) .

كتب المقارنة بين الشريعة و القانون :

- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، أ. عبد القادر عودة ، ط14 (مؤسسة الرسالة ، بيروت:2000) .

- العقوبة ، أبو زهرة (دار الفكر ، القاهرة : ب.ت) .
- العقوبة في الفقه الإسلامي ، أحمد بهنسي ، ط5 (دار الشروق ، القاهرة : 1983) .
- السياسة الجنائية المعاصرة و مبادئ الدفاع الاجتماعي من منظرو إسلامي ، د. نادره محمود سالم (دار النهضة العربية ، القاهرة : 1995) .
- السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية ، أحمد بهنسي ، ط1 (دار الشروق ، بيروت : 1983) .
- المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، أحمد بهنسي ، ط1 (دار الشروق ، بيروت : 1983) .
- جرائم السرقة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، د. عبد الخالق النواوي (منشورات المكتبة العصرية ، بيروت : ب.ت) .
- فلسفة العقوبات في القانون و الشرع الإسلامي ، د. علي محمد جعفر ، ط1 (المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت : 1997) .
- في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، د. محمد سليم العوا ، ط2 (دار المعارف ، القاهرة : 1983) .
- موقف الشريعة الإسلامية من نظرية الدفاع الإجتماعي ، بهنسي ، ط2 (درا الشروق ، بيروت : 1984)
- نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي ، بهنسي ، ط5 (درا الشروق ، القاهرة : 1988) .

كتب القانون و شروحه:

- الأحكام العامة للنظام الجزائي ، د. عبد الفتاح مصطفى ، ط1(جامعة الملك سعود ، الرياض : 1995)
- الجريمة و المجتمع ، د. سامية حسين الساعاتي ، ط2 (درا النهضة العربية ، بيروت : 1983).
- المجلة القضائية (الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر : 1998) .
- المجرم تكوينا و تقويما ، د. رمسيس بهنام (منشأ المعارف ، الإسكندرية : ب.ت) .
- المدخل للعلوم القانونية ، د. حبيب ابراهيم الخليلي (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1998) .
- النظرية العامة لقانون العقوبات ، د. سليمان عبد المنعم (درا الجامعة الجديدة ، الإسكندرية : 2000).
- الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. إبراهيم الشباسي (دار الكتاب اللبناني ، بيروت : ب.ت)
- الوجيز في شهادة الشهود ، أ. يوسف دلاندة (درا هومه ، الجزائر : 2004) .
- الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، د. أحسن بوسقيعة (درا هومه ، الجزائر : 2003) .
- تاريخ النظم القديمة ، د. دليلة فركوس (أطلس للنشر ، الجزائر : 1993) .
- دروس في شرحقانون العقوبات الجزائري ، السم الخاص ، د. عبد سليمان ، ط2 (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1983) .
- دراسات في قانون العقوبات المقارن ، د. ادوارد غالي الذهبي (مكتبة غريب ، القاهرة : ب.ت) .
- شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. عبد سليمان (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1995) .
- شرح قانون العقوبات الجزائري ، د. اسحق إبراهيم منصور ، ط2 (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر:1988) .

- شرح قانون العقوبات الجزائري ، محمد صبحي فهمي ، ط2 (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر:1990)
- ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية ، أحمد غالي (دار هومه ، الجزائر : 2003) .
- علم اجتماع العقاب ، د. نبيل السمالوطي ، ط1 (دار الشروق ، جدة : 1983) .
- علم العقاب ، المؤسسات العقابية و محاربة الجريمة في الجزائر ، د. فريد زين الدين بن الشيخ (منشورات دحلب ، الجزائر : ب.ت) .
- مبادئ علم الإجرام و العقاب ، د. محمد عوض ، د. محمد زكي (الدار الجامعية ، بيروت : 1992) .
- مبادئ القانون الجزائي ، أ. بن شيخ لحسين (درا هومه ، الجزائر : 2002) .
- مذكرات في القانون الجزائي الخاص ، بن شيخ لحسين (درا هومه ، الجزائر : ب.ت) .
- معجم المصطلحات القانونية ، جرار كونو ، ترجمة : منصور القاضي ، ط1 (المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، بيروت : 1998) .
- موجز في علم الإجرام و العقاب ، د. اسحق إبراهيم منصور (ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر: 1982)
- نظرية المال العام ، أ. أعمر يحياوي (درا هومه ، الجزائر : 2002) .

الموسوعات:

- الموسوعة الجنائية ، د. أحمد بهنسي (دار النهضة العربية ، بيروت : 1991) .
- الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت .
- موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، عصره و حياته ، د. محمد رواس قلعوجي ، ط4 (درا النفائس ، بيروت:1989) .

فهرس الموضوعات

- إهداء
- شكر وتقدير
- المقدمـــــة

الفصل الأول

تصور عام للسياسة العقابية من خلال مبادئها و إجراءاتها

المبحث الأول : مفهوم السياسة العقابية .....ص: 11

المطلب الأول : تعريف السياسة العقابية ص:11

المطلب الثاني : تعريف العقوبة.....ص:15

المطلب الثالث : مفهوم السياسة العقابية ص:19

المبحث الثاني : سند السياسة العقابية ص:22

المطلب الأول : سندها في الشريعة الإسلامية ص:22

المطلب الثاني : سندها في القانون ص:28

الفرع الأول : السند التاريخي.....ص: 29

الفرع الثاني : السند العقلي ص:31

المطلب الثالث : المبادئ المشتركة بين الشريعة الإسلامية و نظرية الدفاع الاجتماعي...ص:39

المبحث الثالث : مبادئ السياسة العقابية ص:41

المطلب الأول : مبدأ الشرعية.....ص:41

الفرع الأول : الأحكام التي تنص على الجريمة و على العقوبة.....ص:42

الفرع الثاني : مبنى الأحكام الشرعية التكليفية و الوضعية ص:44

الفرع الثالث: تطبيق القواعد السابقة على العقوبات.....ص:45
المطلب الثاني : مبدأ الشبهة.....ص:51
الفرع الأول : الشبهة التي تتعلق بالدليل.....ص:52
الفرع الثاني : الشبهة التي تتعلق بالملك ص:54
الفرع الثالث : شبهة تتعلق بالحق ص:54
الفرع الرابع : شبهة تتعلق بالصورة.....ص:55
الفرع الخامس : شبهة تتعلق بالجهل ص:56
الفرع السادس : شبهة تتعلق بالإثبات ص:59
المطلب الثالث : مبدأ الموازنة بين وظيفة الزجر و وظيفة الاستصلاح.....ص:63
الفرع الأول : وظيفة الزجر.....ص:63
الفرع الثاني : وظيفة الاستصلاح.....ص:66
المطلب الرابع : مبدأ التخفيف في الحدود.....ص:69
الفرع الأول : التخفيف بالتأجيل.....ص:70
الفرع الثاني : التخفيف بالاقتصاد.....ص:73
المطلب الخامس : مبدأ التغليظ.....ص:76
الفرع الأول : التغليظ بالنسبة لجسامة الضرر.....ص:77
الفرع الثاني : التغليظ بالنسبة لصفة خاصة وجدت في الجاني ص:80
الفرع الثالث: التغليظ بالنسبة للوسائل.....ص:81
المبحث الرابع : إجراءات السياسة العقابية.....ص:85
المطلب الأول : الإجراءات العقابية ص:85
الفرع الأول : العقوبات المقدرة ص:86
الفرع الثاني : العقوبات غير المقدرة.....ص:96
المطلب الثاني : الإجراءات العلاجية ص:102
الفرع الأول : الحبس ص:103
الفرع الثاني : التغريب و النفي.....ص:105
المطلب الثالث : الإجراءات الوقائية.....ص:109
الفرع الأول : الإجراءات الوقائية في الحدود ص:109
الفرع الثاني : الإجراءات الوقائية في التعازير.....ص:111

الفصل الثاني

ضوابط عقوبة السرقة

المبحث الأول : الضابط الشرعي ص:115

المطلب الأول : شرعية العقوبة.....ص:115

الفرع الأول : ما يوجب القطع.....ص:117

الفرع الثاني : ما لا يوجب القطع ص:119

الفرع الثالث : عمل خلفاء الراشدين ص:120

المطلب الثاني : الوضع اللغوي و الشرعي للسرقة ص:122

الفرع الأول : الوضع اللغوي ص:122

الفرع الثاني : الوضع الشرعي.....ص:123

المبحث الثاني : الضابط المادي ص:127

المطلب الأول : الأخذ خفية ص:127

الفرع الأول : إخراج السارق المسروق من حرزه ص:128

الفرع الثاني : أن يخرج المسروق من حيازة المجني عليه إلى حيازة الجاني ص:131

المطلب الثاني الاشتراك في الأخذ.....ص:132

المطلب الثالث : أن يكون المسروق مالا ص:135

الفرع الأول : التقوم ص:137

الفرع الثاني : الحرز.....ص:140

الفرع الثالث: بلوغ النصاب ص:143

المبحث الثالث: الضابط المعنوي ص:147

المطلب الأول : المسؤولية الجنائية ص:147

المطلب الثاني : القصد الجنائي ص:149

الفصل الثالث

أوجه اعتبار السياسة العقابية في عقوبة السرقة

المبحث الأول : اعتبار مبدأ الاحتياط ص:154

المطلب الأول : الاحتياط في الإثبات ص:154

الفرع الأول : ثبوت السرقة بالإقرار ص:154

الفرع الثاني : ثبوتها بالبينة.....ص:161

المطلب الثاني : الاحتياط في المسمى ص:168

المبحث الثاني : من حيث إعمال مبدأ الشبهة ص:176

المطلب الأول : شبهة الاستحقاق ص:176

المطلب الثاني : شبهة الإباحة ص:180

المطلب الثالث : مآخذ الفقهاء من الشبهتين ص:183

المبحث الثالث : اعتبار الاجتهاد ص:185

المطلب الأول : من حيث التطبيق على الحوادث ص:185

المطلب الثاني : من حيث اعتبار اجتهاد الحاكم.....ص:191

المبحث الرابع : من حيث اعتبار العادة و العرف ص:193

المطلب الأول : اعتبار العادة و العرف في تحديد المال المتقوم ص:193

المطلب الثاني : اعتبار العادة و العرف في الحرز.....ص:199

المبحث الخامس : اعتبار وجه المصلحة ص:202

المطلب الأول : أوجه المصلحة عند الفقهاء ص:203

المطلب الثاني : المصلحة المقصودة من القطع ص:204

الفرع الأول : مصلحة الزجر ص:205

الفرع الثاني : مصلحة المحافظة على أطراف الناس من الهلاك ص:211

المبحث السادس : إجراءات عقوبة السرقة ص:215

المطلب الأول : الإجراءات التبعية ص:216

الفرع الأول : تغريم السارق ص:216

الفرع الثاني : حبس السارق ص:218
المطلب الثاني : الإجراءات التكميلية ص:223
الفرع الأول : حقيقة المال المحترم و بيان أنه وسيلة و ليس غاية ص:224
الفرع الثاني : مقاصد الأموال ووسائل حفظها ص:226
الخاتمـــــة.....ص:230

الفهـــــارس

فهرس الآيات ص:236
فهرس الأحاديث ص:238
فهرس القواعد الفقهية و الأصولية ص:243
فهرس المراجع ص:245
فهرس الموضوعات ص:151