

# الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية أصول الدين والشريعة  
والحضارة الإسلامية  
قسم الشريعة والقانون

جامعة الأمير عبد القادر  
للعلوم الإسلامية  
قسنطينة

## التضييق من نطاق توقيع العقوبة - دراسة مقارنة -

رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون

من إعداد الطالب: دقيق مصطفى

أعضاء اللجنة	الإسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية
الرئيس	مكي دردوس	أستاذ	جامعة منتوري قسنطينة
المقرر	محمد الأخضر مالكي	أستاذ	جامعة منتوري قسنطينة
العضو	مصطفى باجو	محاضر	جامعة الأمير عبد القادر

نوقشت يوم: 23 ماي 2001.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير عبد

القادر للعلوم الإسلامية

# مقدمة البحث

جامعة الأمير  
عبد القادر  
للعلوم الإسلامية

# مقدمة

حمدا مضاعفا للثناء والشكر والتمجيد، يليق بجلال الله وجماله، وسابغ نعمته ووافر عطائه، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان، الدائمان المتلازمان، على أشرف خلق الله سيدنا محمد رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:

فإن الأساس الذي يقوم عليه النظام العقابي في الشريعة الإسلامية، أو الفكرة التي يستند إليها، هو ذاته الأساس الذي تقوم عليه الشريعة كلها، ذلك أن النظام العقابي جزء من الشريعة، وأساس الشريعة هو الرحمة، والرحمة تقتضي إيصال المنافع للناس ودفع الفساد عنهم.

وهذا الذي تقتضيه الرحمة ظاهر في الشريعة وذائع من استقرار نصوصها، وقد صرح بهذه الحقيقة غير واحد من الفقهاء بأن الشريعة أساسها ومبناها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، ومن الرحمة إلى ضدها، ومن المصلحة إلى المفسدة، ليست من الدين وإن أدخلت فيه بالتأويل.

وهذه الرحمة التي تغياها الشريعة وتتقصد ما يوصل إليها من وسائل ووسائل، وإن كان الظاهر منها في المجال العقابي خاصة، إنما جاءت لحماية جماعة الناس من أن تمتد إليها الأيدي الآثمة، وتزرو عليها النفوس المريضة، فتصيب منها المقتل أو تقض المأمن أو تهدد المأكل، وذلك بتقرير الزواجر والعقوبات حفظا للكليات الخمس، الدين والنفس والعقل والمال والنسل من حيث العدم، فإنها ليست مقصورة النطاق لازمة الأثر على حال المجني عليه وحسب، بل إن آثارها لتتعدى، وإن ظلها لتمتد، وإن أريجها لينشر، فيدخل في حوزتها الناس جميعا حتى الجناة أنفسهم، باعتبار الجاني واحدا من جملة المسلمين المخاطبين بأحكام التكليف، بل بوصفه واحدا من جماعة الناس الذين ما جاء التشريع إلا لإصلاح أحوالهم.

واستجابة لمقتضيات الرحمة العامة التي ذكرناها والتي تشمل المسلم والكافر، والطائع والعاصي، والمجني عليه والجاني، يأتي هذا الموضوع حول:

# التضييق من نطاق توقيع العقوبة

## دراسة مقارنة

بحثنا وتأصيلا لمفهوم الرحمة بالمتهم أو الجاني، باعتبار أن العقوبة المهديد بها أذى يلحق به. وفيها من حيث الظاهر منافاة لمبدأ الرحمة المقرر في الشريعة الإسلامية، وكافة الشرائع الأخرى: سماوية أو وضعية.

### أهمية موضوع البحث:

يعتبر موضوع التضييق من نطاق العقوبة وما يدور في فلكه من مواضيع، وما يشابهه من بحوث مقارنة له في علم الإجرام أو في علم العقاب أو فلسفة العقوبة، حلقة مهمة من سلسلة المواضيع التي تتطلب بحثا وتعميقا، وعرضا نظريا وتطبيقيا لما انتهى إليه التراث الفقهي الإسلامي في شتى مراحل نموه وازدهاره، أو خمول وركوده، أكثر مما تكتسبه المواضيع الفروعية والدراسات الجزئية، التوفيقية حيناً والتلفيقية في أحيان كثيرة، والتي انصرفت إليها هم من أهل الفكر الفقهي أو الحقوقي في خوالي السنين القلال، نتاجا لصحوة الفكر العربي والإسلامي، وبداية لإرهاصات المطالبة بتطبيق الشريعة في كثير من البلاد في الوطن العربي من جهة، ولاحتكاك كثير من المثقفين العرب والمسلمين بجامعة الغرب، ودراساتهم لأحدث النظريات القانونية الرشيدة وغير الرشيدة من جهة أخرى.

وتظهر أهمية هذا الموضوع الذي نحن بصدد الحديث عنه في عدة جوانب تتصل في جملتها أولا بمقصد الشريعة من تقرير العقاب على طائفة من الأفعال الشاذة عن معهود السلوك السوي، الذي تدعو إليه سلائم الفطر وتثبته صحائح الشرائع، وثانيها بطبيعة العقوبة نفسها من حيث كونها مفسدة لا يماري في كونها كذلك ذو عقل سليم، ومن ثم يجب التحوط فيها بقدر الإمكان، والأخذ منها بالقدر اللازم في الظرف اللازم، وثالثها بأنه ليس كل مرتكب لفعل جرمي في أي ظرف من الظروف، يحكم عليه بفساد النفس وخبث الطوية، ودناسة الدخيلة، والتي هي مناط العقاب في ظاهر النصوص والآثار.

## أهمية الموضوع من حيث أغراض العقوبة.

إن العقوبة في فلسفة التشريع الإسلامي ليست غرضا في ذاتها، وإنما هي وسيلة تقررت لغاية، وهذه الغاية هي تحقيق الاستقرار العام في المجتمع بحصر الفساد من أن ينتشر فيه وبنشر الفضيلة، ويكون ذلك بتقرير الحظر على طائفة من الأفعال وزجر مرتكبيها، أو من تسول لهم أنفسهم سلوك مسالكها، ولذلك يعرف الماوردي العقوبات بأنها: « زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به »<sup>(1)</sup>، ثم يبين ذلك بقوله: « فجعل الله من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة من ألم العقوبة، وخيفة من نكال الفضيحة، وليكون ما حظر من محارمه ممنوعا، وما أمر به من فروضه متبوعا، فتكون المصلحة أعم والتكليف أتم ».

ويقرر القرافي « أن الزواجر مشروعة لدرء المفاصد المتوقعة » وأن « الزواجر معظمها على العصاة زجرا لهم عن المعصية (وهو الردع الخاص)، وزجرا لمن يقدم بعدهم على المعصية (أي الردع العام) »<sup>(2)</sup>، بمعنى أن العقوبة إذا نفذت على شخص معين، فإنها تمنعه داته من العود إلى الإجماع مرة أخرى، وفي تنفيذها علنا ما يؤكد معنى المنع العام لهذه العقوبات.

وتأسيسا على هذا الأصل العام الثابت بالاستقراء التام غير المنخرم، فإن الجهد ينبغي أن ينصرف إلى تحقيق الغرض أكثر مما يسجحه إلى إنفاذ الوسيلة، فإذا تحقق الغرض بوسيلة أكثر صلوحية من العقاب الذي هو مفسدة بلا ريب، فإنه يصار إلى الأخرى شرعا وعقلا ما كانت مشروعة ومحقة للغرض، وهذا مقتضى صلوحيتها، وخاصة إذا كان فيها التضييق من نطاق مفسدة العقاب، وقد ألمح ابن عاشور إلى هذا المعنى اللطيف بقوله: « وكذلك لم يجوز أن تكون الزواجر والحدود إلا إصلاحا لحال الناس بما هو اللازم في نفعهم دون ما دونه ودون ما فوقه؛ لأنه إذا أصلحهم ما دونه ما تجاوزت الشريعة إلى ما فوقه، ولأنه لو كان العقاب فوق اللازم للنفع لكان قد خرج إلى النكاية دون مجرد الإصلاح »<sup>(3)</sup>.

## أهمية الموضوع من حيث كون العقوبة مفسدة.

من المقررات في الفقه الإسلامي اهتداء بنصوص الشرع وصریح العقل أن العقوبة أذى لمن وقع عليه العقاب، فهي بذلك مفسدة تلحق الجاني في حياته أو في سلامة جسده أو في اعتباره بين

الناس أو في حرите. وهي إلى ذلك مفسدة عامة تلحق الأمة في مجموعها، وذلك بإنقاص فرد من أفرادا تحقيقا كما في رجم المحصن أو القصاص من القاتل أو إعدام الجاسوس، أو احتمالا كما في الجلد للشرب أو القذف أو التعزير، أو بالحد من القدرات الجسمية للواقع عليه العقاب كما في القطع للسرقة.

فإذا كان الجاني مثلا انقص عدد الأمة واحدا باعتدائه، فقد زيد النقص واحدا آخر بالقود منه، والأمر في رجم الزاني المحصن أبلغ دلالة، فالعقوبة بذلك مفسدة ذات وجهين خاص وعمام. وما تطبيق العقوبات، مع كونها مفسد، في فلسفة التشريع الإسلامي من حيث الأصل العام، إلا استجابة لمقتضيات الموازنة بين المفسد، مفسدة تطبيق العقوبة مع ما فيها من أذى عام وخاص، ومفسدة ترك أهل الفساد يعيثون في الأرض قتلا وسلبا وترويعا للآمنين، وإغراء لمن كان على شاكرتهم من سلوك مسالكهم واقتفاء آثارهم والإقتداء بسيرتهم، دون أن يجدوا من يغل أيديهم ويمنع غوايتهم.

فكان الأساس إذا، ارتكاب المفسدة الصغرى بإنزال العقاب بالجاني إذا صار مصدر إذابة للأمة، دفعا للمفسدة الكبرى من ارتفاع العدل وذبوع الجور، وشيوع الفوضى، وارتفاع الأمن، وحدوث التهارج. جاء في قواعد الأحكام: « وربما كانت أسباب المصالح مفسد، فيؤمر بها أو تباح، لا لكونها مفسد بل لكونها المقصودة من شرعها، وذلك كقطع الأيدي المتأكلة حفظا للأرواح، ... وكذلك العقوبات الشرعية ليست مطلوبة لكونها مفسد بل لكون المصلحة هي المقصودة من شرعها، وقد سميت العقوبات مصالح من باب المجاز كتسمية السبب باسم المسبب»<sup>(4)</sup>.

واستنادا إلى هذه النظرة العقلانية المنطقية للعقوبة، على أنها مفسدة تمحضت لدفع مفسد أكبر، سعت الشريعة إلى التضييق من نطاق توقيعها، بشكل يبدو جليا من استقراء نصوصها، سواء بالتحوط في إثباتها ونسبتها إلى المتهم بها، وذلك بتقرير مبدأ قرينة البراءة، وقطعية دليل الإدانة بما ينفي الشبهة ويزيل الشك، ليس في دليل الإثبات فحسب، بل حتى في الأركان المشكلة للجريمة. أم بفتح باب الرحمة مشرعا للتوبة والرجوع، والعفو والإبراء، وبكافة الوسائل التي تحقق العدل، ولا تخرم مقاصد النظام العقابي. وهذا وجه آخر للأهمية موضوع البحث.

## أهمية الموضوع من حيث نظرية الخطورة الإجرامية كمناط للعقاب.

إن القراءة الفاحصة لنصوص التشريع الإسلامي في شقه الجزائي، ولكثير من مدونات التراث الفقهي، والمقولات المأثورات، يكشف حقيقة جلية تمام الجلاء، وهي أن تشديد الشريعة الإسلامية في العقوبات التي فرضتها لاسيما على جرائم الحدود والقصاص، لما لها من خطورة على النظام الاجتماعي العام، إنما مناطها على الخطورة الإجرامية التي تنطوي عليها نفس الجاني، وليس مجرد الفعل الإجرامي لذاته.

وتتخذ هذه الخطورة الإجرامية صوراً شتى، أو هما صورتان رئيستان وجميع الصور الأخرى متفرعة عنهما، فقد تكون متجسدة في تأثير الجاني على النظام العام بشكل يهز كيان الدولة كلها مع سبق الإصرار والتدبير، كما في جرائم الاتفاق الجنائي، وجرائم أمن الدولة من جهتي الداخل والخارج، وقد تكون متجسدة في فساد نفس الجاني نفسه بما لا مطمع فيه للإصلاح، كأن يكون الإجرام قد صار سجية من سجايه وخصلة من خصاله لا تنفك عنه، كالزاني المعتاد والسارق المحترف، بخلاف من كان الفعل الجرمي فلتة زلافة أو شهوة غلابة، صادفت إرادة ضعيفة فتمكنت إلى حين، والفريقان ليسا سواء في الوصف، فكان العدل يقتضي عدم تسويتهما في الحكم.

وفي القرآن الكريم والسنة النبوية إشارات إلى هذا المعنى، فقد فرقت آيات الذكر الحكيم بين المعتاد للإجرام الذي صارت الخطيئة صفة لازمة له، فعبرت عنه بالنعته، من ذلك قوله تعالى: ﴿والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور/ من الآية 102]، وقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة/ من الآية 38]، وبين من كان الإجرام وصفا عارضا فيه، فعبرت عنه بالفعل، من ذلك قوله تعالى: ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما﴾ [النساء/ من الآية 16]، والتعبير بالفعل لا يدل على الوصف الملازم وإنما على الوصف العارض.

والنصوص كما فرقت بينهما في الوصف فرقت بينهما في الحكم تبعا لذلك الوصف، فلم تعقب الوصف بالتوبة، وأعقبت الفعل بها، فقد قال تعالى لحاقا لآية: ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما﴾، ﴿فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾.

فالجاني إذا لم تتلبس نفسه بالخطيئة، ولم يصر الإجرام وصفا ملازما له وخصلة من خصاله، كان مظنة لانصلاح الحال، والرجوع إلى الجادة من غير توقيع العقوبة عليه، بل بالوعظ والإرشاد



حيناً، وبالتوبيخ حيناً آخر، بخلاف من اعتاد الإجرام وصار يشكل مصدر خطر على الأمة في مجموعها، ولذلك قال بعض الفقه بقبول توبة من لم يعتد الإجرام ولو بعد القبض عليه بخلاف المحترف المعتاد.

ومن هنا فإن في تأسيس التشديد في العقاب على الخطورة الإجرامية أهمية كبرى للحديث عن تضيق نطاق توقيع العقوبة بما يحقق أغراض النظام الاجتماعي في العقاب.

## أهمية موضوع البحث من حيث النقاش الدائر حول النظام العقابي الإسلامي.

إن النظام العقابي في الشريعة الإسلامية يمثل منطقة الصراع الأولى بين دعاة تطبيق الشريعة الإسلامية، سواء الذين يدعون لذلك عن عاطفة غير بصيرة، أم من يصدر عن دعوتهم عن علم ودراية وتبصر، وبين دعاة الحدائث والتتوير، سواء منهم من ينطلقون في دعوتهم عن تقليد أعمى لما آل إليه الحال بين الكنيسة والنظام الاجتماعي العام، وانبهار مطلق بالغرب فيما ينفع وما لا ينفع، أم أولئك الذين قادهم إلى دعوتهم تلك مناهج علمية، ارتضوها في قراءة النصوص الدينية وتحليل الأحداث التاريخية والأوضاع السياسية والاجتماعية والثقافية للأمة الإسلامية، وغيرها من أمم الأرض في محاولة للتحديث والعصرنة.

فقد أثارت دعوة تطبيق الشريعة الإسلامية بين الفريقين المختصمين جدلاً كبيراً من حيث صلاحية أحكامها - لاسيما الجزائية - للتطبيق، واستجابتها لمقتضيات العصر.

وقد كان هذا الجدل العلمي حيناً، والسياسي أحياناً كثيرة، عاملاً مهماً في دفع الدراسات القانونية في الجامعات لتولي وجهها شطر الشريعة الإسلامية، ونالت كل فروع القانون نصيباً موفوراً من المقارنة والتمحيص، وكان للقانون الجزائري - من ذلك - نصيب غير ضئيل، وتأتي هذه الدراسة المتواضعة حلقة من سلسلة حلقات الجهد المشكور الذي قام به هؤلاء وأولئك.

لقد عرف عالم الفكر القانوني تطوراً لا ينكر في مجال النظريات العقابية ومؤسسات الإصلاح، ومن النظريات التي كتب لها الرواج في أيامنا هذه، وخاصة مع موجة الديمقراطية وحقوق الإنسان، نظرية الدفاع الاجتماعي التي تسعى إلى التضيق من نطاق العقوبات، لاسيما العقوبات البدنية المتلفة كالإعدام مثلاً، وفي ظل هذا الفكر الذي أصبح يفرض نفسه، صارت أحكام العقوبات في الشريعة

تثير السؤل وعدم القبول، باعتبارها عقوبات شديدة مهذرة للكرامة الإنسانية ومعطلة للطاقت، فكان ينبغي أن توضح رحمة الشريعة بالجاني، واحتياطها في عقابه إلا بالقدر الذي يحقق الصالح ويرفع عن الناس جور المفسدين.

## المنهج المعتمد في البحث.

اعتمدت في إنجاز هذه الدراسة المنهج الاستقرائي الذي هو أصل المناهج كلها، في نطاق الدراسات الشرعية والحقوقية على وجه الخصوص، فعمدت إلى استقراء ما رأيت أنه كفيل بخدمة موضوع البحث من أحكام الشريعة في نصوصها وتراث فقائها، وأيضاً نصوص القانون وآراء الشراح، ما وسعني الجهد والوقت.

ثم اعتمدت بعد ذلك المنهج التحليل الاستتاعي الذي يقوم أولاً على تفكيك النصوص، وتحليل مضامينها، باعتبار أن الحكم على الشرع فرع عن تصوره، ومن ثم تشكيل صورة دقيقة أو تكاد، عما يتغيه الشارع أو المشرع أو الفقيه من تقرير الأحكام.

وأخيراً اعتمدت المنهج المقارن، لاسيما إذا كان ثمة اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في المسألة الواحدة، وهذا بالمقابلة بين النصوص التشريعية التي ظاهرها التعارض، وذلك بدفع هذا التعارض معتمداً في ذلك على المناهج المتقررة، إما عند علماء الحديث في تصحيح الآثار وتضعيفها، وإما عند علماء الأصول حينما يكون التعارض بين نصين صحيحي النسبة إلى الشارع، بتخصيص العموم أو تقييد الإطلاق، أو تقديم نص على نص إذا كان أقوى منه في الدرجة، أو متأخراً عنه في الصدور إذا لم يمكن الجمع. كما رجعت في مواضع ليست كثيرة إلى كتب النحو في الكشف عن معاني بعض الحروف التي لها أثر في ترجيح قول على قول.

وكما اعتمدت على المناهج الأصولية والاصطلاحية واللغوية في الترجيح، اعتمدت بالقدر نفسه أو أكثر على مقاصد الشارع من تقرير الأحكام شواهد دالة على المصالح، باعتبار ما تقرر عند أكثر الفقهاء والأصوليين وعلماء الكلام من أن مقاصد الشريعة قطعية، والترجيح بالقطعي أولى بالاعتبار من الترجيح بالظني، والنفس إليه أكثر اطمئناناً وأوفر تسليماً.

وهذا النهج الذي اعتمدته في نصوص الشريعة الإسلامية وآراء فقائها، اعتمدته في نصوص

القانون وأقوال شراحه وآراء فقهاءه، لاسيما بالاعتماد في الترجيح على السياسة الجنائية في المحافظة على الاستقرار العام وتحصيل مصالح المواطنين، أو في التجريم والعقاب، أو في تقرير أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقوبة.

أما في المقارنة بين أحكام كلا النظامين، الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، فإن المنهج الذي اعتمده يقوم على فكرة أن المقارنة بينهما، لا سيما في المجال الجزائي، ينبغي أن تتأسس على المقارنة بين الأصول العامة والكليات الكبرى لا على المقارنة بين الجزئيات والفروع، وذلك للاختلاف الكبير بين كلا النظامين من حيث التكييف القانوني للسلوك المجرم، وأيضاً من حيث شدة العقوبات المقررة لكل جريمة، إذ تعرف الشريعة طائفة من العقوبات، وهي عقوبات الحدود والقصاص، والتي هي أكبر الدواعي للحديث عن فكرة التضييق من نطاق توقيع العقوبة، باعتبارها عقوبات بالغة الشدة، هذه العقوبات لا تجد لها أثراً في أحكام القانون الوضعي، بل إن بعض الفقه العربي الحديث -ولسنا معه في ذلك- يعتبر العقوبات المقررة في التشريعات الوضعية في البلاد الإسلامية من قبيل عقوبات التعازير.

وعلى هذا، فإن هذه الدراسة لم تلتزم المقارنة في كل مباحثها بعقد عناوين فرعية لذلك، وإن ذكرته في مواضع كثيرة عند مناقشة الآراء والترجيح بينها، ولكن عندما يقتضي الحال المقارنة ولا تحول دون ذلك الاقتضاء الموانع التي سلف بياها، فإن الدراسة تتضمن مطالب أو فروعاً للمقارنة بين الشريعة والقانون لاسيما في كليتهما وأصولهما العامة.

وقد اعتمدت في تحرير المباحث الفقهية على أمهات كتب الفقه المذهبي والمقارن، فأخذت من كتب الحنفية من متقدمها المبسوط للسرخسي، والبداية للكاساني، والتبيين للزيلعي، وفتح القدير لابن الهمام، والهداية للمرغناني، والعناية للبابرتي، ومن متأخريها رد المحتار لابن عابدين، وطرق الإثبات لأحمد إبراهيم بك. ومن كتب الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة علماء الهند، والفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي. أما المالكية فقد رجعت إلى مدونة مالك برواية سحنون، وإلى مختصر الخليل بالكثير من شروحه كما هب الخليل للحطاب ومنح الخليل لعيش وحاشية الدسوقي. وحاشية العدوي، وشرح الزرقاني، واعتمدت المقدمات والمهدات والبيان والتحصيل لابن رشد الجدي، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد للحفيد. ومن كتب الفتاوى فتح العلي المالك لعليش، ومن كتب الأحكام التبصرة لابن فرحون، ومعين الحكام لابن عبد الرفيق.

وفي جميع مواضعه، مع ذكر الكتاب والباب، ورقم الحديث والصفحة، وبعدها ذكرت تخريج مسلم بنفس المنهج، ثم أذكر أصحاب الكتب الأخرى، السنن والمسانيد والمخرجات.

أما إذا خلا كتابا البخاري ومسلم من الحديث موضوع التخريج، رجعت إلى كتب الحديث التي دونهما، كالسنن مثل سنن البيهقي والنسائي وابن ماجه والترمذي، وكالمسانيد كمسند أحمد ومسند أبي يعلى، والمخرجات كالتلخيص الحبير للحافظ ابن حجر، ونصب الراية للزيلعي، وغيرها.

كما أعتمد في مواضع قليلة على بعض الكتب الأخرى التي وإن كان موضوعها ليس أصيلا في الحديث إلا أن أصحابها من أهل هذه الصناعة، كتاريخ بغداد للخطيب البغدادي، وكتب الرجال.

وإذا كان مدار تضعيف حديث وتوهينه على رجل من رواته، فإنني أرجع في شأنه إلى كتب الرجال، كتهذيب الكمال للحافظ المزي، والتهذيبين للحافظ ابن حجر، والضعفاء والمتروكون للنسائي، والمغني في الضعفاء للذهبي، وغيرها من كتب الرجال.

كما اعتمدت في النظر في الأحاديث لاسيما المختلف في الاحتجاج بها كالحكم على حديث ضعيف، بأنه يقبل التقوي بالشواهد والمتابعات أو لا يقبل ذلك، أو الحكم على موقوف بأن له حكم المرفوع لأنه مما لا مدخل للعقل فيه أم لا، على كتب المصطلح كالنكت لابن الصلاح، والتقييد والإيضاح لزين الدين العراقي، وتدريب الراوي في شرح تقريب النواوي لجلال الدين السيوطي. وأما فيما يخص تراجم الأعلام، فقد اكتفيت في الترجمة على غير المشاهير، ممن ورد ذكر أسمائهم في متن الرسالة دون المشاهير من الصحابة -رضوان الله عليهم- وأئمة المذاهب الفقهية، وأصحاب السنن، كما لم أترجم للأعلام الذين وردت أسماءهم في متن الرسالة على أنهم حلقة في سلسلة سند حديث.

أما فيما يخص المباحث القانونية في البحث فإن المنهج المعتمد فيها هو عرض المسألة محل النقاش من كافة الوجوه المطروحة بها عند الفقه، على حسب الاستطاعة والإمكان، ثم مقارنة ذلك كله بأحكام القانون الجزائري، مع إبداء الرأي في المواضع التي يتحرر لي فيها رأي معين.

## خطة البحث:

اقتضى منهج البحث تقسيمه إلى ثلاثة فصول ومقدمة وخاتمة، أما المقدمة فليان أهمية موضوع البحث ودواعي اختياره، والأهداف التي يتقصدها، ثم المنهج المتبع فيه وأخيرا مصادره.

فأما صلب الرسالة فقد احتوى على ثلاثة فصول، وتسعة مباحث موزعة عليها. فالفصل الأول بعنوان « التضييق في الإثبات الجزائي »، تضمن ثلاثة مباحث، المبحث الأول حول دور أطراف الدعوى العمومية في الإثبات، والمبحث الثاني حول سلطة القاضي الجزائي إزاء الإثبات، والمبحث الثالث حول التشديد في أدلة الإثبات.

أما الفصل الثاني بعنوان « التضييق بسبب الشبهة »، فقد تضمن أربعة مباحث، الأول لتعريف الشبهة وحجيتها، والثاني في الشبهات المتعلقة بركن الجريمة، والمبحث الثالث حول الشبهات المتعلقة بالجهل النافي للقصد الجنائي، أما المبحث الرابع فللشبهات المتعلقة بالإرادة المشتركة في القصد الجنائي.

وأخر فصول الرسالة وهو الفصل الثالث بعنوان « التضييق من نطاق العقوبة بسبب الإسقاط » فقد تضمن مبحثين، الأول للأعذار المعفية من العقاب، والثاني في الأسباب الحائلة دون اقتضاء الدولة حقها في العقاب.

وأخيرا خاتمة البحث، وتتضمن نتائجه وبعض الاقتراحات التي خلص إليها، كما ألحقت الرسالة بفهارس للآيات والأحاديث والمواد القانونية والقواعد الفقهية والقانونية، والقرارات القضائية، ثم فهرسا للأعلام.

(1) الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية والولايات الدينية دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ، ص273-275.

(2) القراقي: شهاب الدين، الفروق، دار المعرفة، بيروت، بلا تاريخ ج01 ص213.

(3) ابن عاشور: محمد طاهر، مقاصد الشريعة، طبعة تونس، ص100.

(4) ابن عبد السلام: عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الثانية، دار الجيل، بيروت، 1400هـ/

1980م، ج01 ص14.

## المفصل الأول

# التضييق في الإثبات الجزائي

المبحث الأول: دور أطراف الدعوى العمومية في الإثبات.

المبحث الثاني: دور القاضي الجزائي إنراء الإثبات.

المبحث الثالث: التشديد في أدلة الإثبات.

## تعمير وتقسيم

الإثبات هو إقامة جهة الادعاء الدليل على ثبوت ما تدعيه قبل المتهم، والوصف القائم به هو الثبوت، فالأول فعل يصدر عن المدعي، والثاني متعلقه.

على أن الثبوت عند القاضي والثبوت في واقع الحال أمران لا يحكم فيهما العقل بالإطراد؛ إذ يمكن أن يحكم القاضي بناء على ما ثبت عنده من دليل هو في واقع الحال غير معبر عن الحقيقة الواقعية التي هي غرض العملية الإثباتية؛ كأن يحكم بناء على شهادة الزور وهو لا يعلم، أو على قرينة تراءى له أنه قاطعة، وهي على غير ذلك في الواقع. كما أنه يمكن أن تكون الدعوى ثابتة في واقع الحال، لكن لا يمكن للمدعي بها إقامة الدليل عليها. وعليه فإنه لا يلزم من عدم الدليل عدم المدلول، كما أنه لا يلزم من صحة الإثبات صحة الثبوت.

فما هو موقف النظام القانوني في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي من تعارض الأمرين وتصادم المفسدتين؟ هل الأفضل تبرئة متهم ولو كان مجرماً على إدانته إذا كان بريئاً، ومن ثم نضيق من دائرة الحالات المعاقب فيها؟ أم العكس ومن ثم نوسع من دائرة هذه الحالات؟

هذا ما نحاول بحثه في هذا الفصل من خلال المباحث الثلاثة الآتية:

الأول: دور أطراف الدعوى العمومية في الإثبات.

الثاني: دور القاضي الجزائي إزاء الإثبات.

الثالث: التشديد في أدلة الإثبات.

## المبحث الأول:

### دور أطراف الدعوى العمومية في الإثبات

لسبيان دور أطراف الدعوى العمومية في الإثبات يقتضي منا الأمر منهجياً أن نسلط الضوء على مجموعة من المصطلحات الواردة في عنوان المبحث لأهميتها في بيان موضوعه، ثم نعرض لدور أطراف الدعوى في النهوض بععبء الإثبات، ولذلك فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين؛ فجعلت المطلب الأول لمفهوم الدعوى العمومية وأغراضها وبيان أطرافها، وجعلت المطلب الثاني للنهوض بععبء الإثبات في المواد الجزائية في الشريعة والقانون.

#### المطلب الأول: مفهوم الدعوى العمومية وأغراضها وبيان أطرافها.

قد تتفق الدعوى العمومية بين الشريعة والقانون من حيث المفهوم والأغراض والأطراف وقد تختلف، ولنسبين أوجه الاتفاق ومواطن الخلاف، نتناول هذا المطلب في فرعين؛ الأول لمفهوم الدعوى العمومية وأغراضها وبيان أطرافها في الشريعة الإسلامية، والثاني لمفهوم الدعوى العمومية وأغراضها وبيان أطرافها في القانون الوضعي.

#### الفرع الأول: مفهوم الدعوى العمومية وأغراضها وبيان أطرافها في الشريعة الإسلامية.

تقوم فكرة إقامة الدعوى العمومية في الفقه الإسلامي على الفكرة ذاتها التي يقوم عليها النظام العقابي كله، وهي إخلاء الأرض من المعاصي، ومنع الجريمة المنظمة وغير المنظمة، وحماية الفضيلة، وصيانة المجتمع من أن تستفحل الرذيلة فيه. كما تقوم أيضاً على فكرة تكوين رأي عام فاضل لا يظهر الشرف فيه، ويكون الخير واضحاً معلناً؛ ولذلك دعت الشريعة إلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، واعتبر الإسلام البريء مسؤولاً عن السقيم، فإن رأى فيه اعوجاجاً وكان قادراً على تقويمه فعليه أن يبادر بلسانه لهدايته إلى الخير من غير عنف ولا غلظة، أو بيده إن كان صاحب سلطان وسطوة ممن نيظ بهم ذلك من السلطات العامة في الدولة، أو بقلبه إن لم يقدر على هذا ولا ذاك، وليس بعد ذلك مقدار ذرة من إيمان<sup>(1)</sup>.

ولم تكتف الشريعة بهذا التكليف العام الذي يقوم به آحاد الناس، بل أوجبت أن يكون في الأمة من ينصب للهداية وتقويم الاعوجاج، وهو ما عرف بنظام الحسبة<sup>(2)</sup>، يقول تعالى: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾ [آل عمران: 104]<sup>(3)</sup>.

(1) أبو زهرة: الإمام محمد، العقوبة، دار الفكر العربي، بلا تاريخ، ص 26.

(2) هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي هو فرض على القوائم بأمر المسلمين، يعين لذلك من يراه أهلاً له، فيتعين فرضه عليه ويتخذ الأعوان على ذلك. انظر ابن خلدون: العلامة عبد الرحمن، المقدمة، الطبعة الثانية، دار الكتاب اللبناني ومكتبة المدرسة - بيروت، 1979م، ص 389.

والحسبة في اصطلاح الفقهاء هي "أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله". انظر الماوردي: القاضي أبو الحسن علي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بلا تاريخ، ص 299. الفراء: القاضي أبو يعلى، الأحكام السلطانية، تحقيق وتعليق محمد حامد. الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1403هـ/1983، ص 284.

(3) ودليل مشروعيتها من السنة ما أخرجه الخمسة إلا البخاري، واللفظ لمسلم من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من رأى منكم منكراً =



ومن صور الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر المشكل لفعل جرمي إبلاغ من يقدر على تغييره، وهي السلطة العامة ممثلة في جهاز القضاء الموكل له في الأصل تغيير المنكر باليد، على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأنّ يقع التهاجر والافتئات على سلطات الدولة باختصاص أفراد الناس بما احتكرته لنفسها، وهو ما يمكن أن يطلق عليه الدعوى العمومية.

هذا، ولم يعرف في الفقه الإسلامي مفهوم محدد ودقيق للدعوى العمومية مستقل عمّا يمكن أن يختلط بها<sup>(1)</sup>، كما هو الحال في ما وصل إليه القانون الوضعي. كما لم يعرف جهاز خاص بالادعاء العام بحيث يحتكر رفع الدعوى العمومية ومباشرتها، ومتابعة سير الإجراءات وتأمين أدلة الإدانة أو البراءة على شاكلة النيابة العامة في النظام الإجرائي الوضعي المعاصر؛ حيث كان مفهوم الادعاء في المسائل الجزائية على شكل دعوى حسبة<sup>(2)</sup>؛ وهي عبارة عن إبلاغ يتقدم به من وقف على منكر إلى القاضي أو من ينوب عنه، من أجل توقيع العقوبة المقررة لذلك المنكر، سواء كان هذا المبلغ رجل شرطة أم محتسبا أم عوناً له، أم كان واحداً من أفراد المجتمع، أو على

=فليغيره بيده فإن لم يستطع فيلسانه فإن لم يستطع فيقلبه وذلك أضعف الإيمان». أنظر ابن الدبيع الشيباني، تيسير الوصول إلى جامع الأصول، دار الفكر - بيروت، - بلا تاريخ، ج 01 ص 40، وابن تيمية: شيخ الإسلام أبو العباس أحمد، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، بلا تاريخ، ج 28 ص 66. الغزالي: حجة الإسلام أبو حامد محمد، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت - لبنان، - بلا تاريخ، ج 02 ص 307.

وهي فرض كفاية إذا قام بها البعض سقطت عن الباقيين؛ لأن المطلوب وجودها في المجتمع بغض النظر عن القائم بها، ولكن قد تصير الحسبة فرض عين إذا تبينت على شخص بعينه، لعدم وجود من يقوم بما غيره، كما تصير واجبة على المسلم إذا عينه ولي الأمر محتسبا، فيلزمه القيام بها وعدم التشاغل عنها. أنظر: زيدان: د. عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة - بيروت، - 1997م، ص 266. والحسبة نظام خاص مستقل بنطوي على اختصاص إداري، تقوم به في الوقت الحاضر إدارات كثيرة متخصصة تشرف عليها الهيئة التنفيذية، ولذلك سماها الإمام ابن تيمية وظيفة الحكومة الإسلامية، ومثال ذلك مصالح مكافحة الغش والرشوة ومراقبة الأسعار والمنافسة، ومصالح مراقبة النظافة والجودة، كما تمارس نظام الاتهام الفردي الذي يعبر عنه بدعوى الحسبة في الأمور الجزائية، كما تشمل أخيرا جانبا قضائيا في مجموعة من الحقوق.

وعلى ذلك فنظام الحسبة من حيث الصلاحيات أوسع من نظام النيابة العامة، حيث إن نظام الادعاء العام يأخذ بجانب ضيق من الحسبة، انظر: الزحيلي: د. محمد مصطفى، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر - دمشق، - 1982م، ص 82-83. (1) حيث كان مفهوم الدعوى مفهوما عاما ينتظم جميع الدعاوى المدنية والجزائية، دون فصل بينها فقد عرفها ابن قدامة بقوله: «الدعوى في الشرع إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شئ في يد غيره أو في ذمته»، انظر: ابن قدامة: موفق الدين المقدسي، المعنى على مختصر الخرقمي، طبعة بالوافست، دار الكتاب العربي - بيروت، - 1983/1403م، ج 12 ص 162. ويعرفها ابن عابدين في حاشيته بأنها «قول مقبول عند القاضي يقصد به قتاله طلب حق معلوم قبل غيره حال المنازعة، أو دفعه عن حق نفسه». ابن عابدين: محمد أمين، شرح رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، دار الفكر - لبنان، - 1386هـ/1966م، ج 05 ص 541.

ويلاحظ على هذين الحدين أنهما أخرجا دعوى الحسبة والتي ليس لمقيمها أمام القضاء حق شخصي، وإنما سعي في دفع الفساد، بفهم من سمجتها؛ إذ أنها احتساب للأجر عند الله، ومرجع ذلك فيما يبدو هو أن دعوى الحسبة عندهم عبارة عن شهادة يؤديها الواقف على المنكر المقترف، وعليه فهي داخلية في مسمى الشهادة، كما يلاحظ على التعريفين ميلهما - من حيث الصياغة - إلى قيام الدعوى في الحق المدني أكثر من الحقوق الجزائية.

(2) يراد بدعوى الحسبة، الإبلاغ الذي يتقدم به الشخص إلى القاضي دون أن يطلب به حقا خاصا لنفسه، وإنما يطلب به حقا لله تعالى، ويكون هو مدعيا وشاهدا في آن واحد في هذه الدعوى، وإنما جازت مع عدم وجود حق خاص بالمدعي يطالب به لنفسه؛ لأن الحسبة كما سبق أمر بمعروف ونهي عن منكر؛ فهي لهذا من فروض الكفاية، وقد غلب في استعمال الفقهاء إطلاق شاهد الحسبة دون إطلاق معنى دعوى الحسبة على من يتقدم إلى القاضي بها. أنظر ابن عابدين، المرجع نفسه، ج 05 ص 463. زيدان، المرجع نفسه، ص 95-96.

شكل خصومة ممن شكل الفعل الجرمي اعتداء على حق من حقوقه الخالصة الموجبة لحد القذف أو القصاص، أو ما اختلط فيه حق الله وحق العبد؛ وهي السرقة على قول الجمهور كما سيأتي تفصيله.

ويمكن تفسير الفراغ التشريعي في هذا الباب بأن الفقه الإجماعي فقه كثير التطور، ويخضع لمقتضيات الزمان وتطور المجتمعات، ومنه محاولة المشرع الإسلامي مسايرة هذه التطورات بما يخدم العدالة ويسهل عمل القاضي، من دون أن يخرج عن المبادئ الأساسية للتشريع ومقاصده العامة، وعلى ذلك فلا بأس من انتهاج أسلوب القانون الوضعي في معالجة هذه المباحث، مع التنبيه إلى أوجه الاختلاف إن وجدت.

### الفرع الثاني: مفهوم الدعوى العمومية وأغراضها وبيان أطرافها في القانون الوضعي.

في البداية لا بد أن نسارع قبل الخوض في بيان مفهوم الدعوى العمومية إلى الإشارة إلى أن كل جريمة قد ينشأ عنها نوعان من الضرر؛ الأول محقق وهو عام يصيب المجتمع بأسره، وهو الذي يقصده القانون بالخطر المباشر عندما يجعل من الواقعة جريمة؛ أي فعلا معاقبا عليه، وهذا الضرر العام يخول للسلطات العامة حق التدخل -عند وقوعه- طالبة من القضاء توقيع العقوبة المقررة له، وحقها هذا تباشره بواسطة الدعوى العمومية أو الجزائية (**Action publique**)<sup>(1)</sup>، والثاني خاص محتمل، وهو ضرر قد ينشأ عن الجريمة؛ ومقتضى كونه خاصا أن يصيب فردا من الأفراد في سلامة بدنه، أو ماله، أو اعتباره، أو شعوره، وحينئذ ينشأ لهذا الضرر حق في إقامة دعوى يطلب فيها تعويضا عن هذا الضرر، وحقه هذا يباشره عن طريق الدعوى المدنية (**Action civil**)<sup>(2)</sup>، وقد نصت (المادة 01/239) إجراءات جزائية على أنه «يجوز لكل شخص يدعي طبقا للمادة الثالثة من هذا القانون بأنه قد أصابه ضرر من جنابة أو جنحة أو مخالفة أن يطالب بالحق المدني في الجلسة نفسها».

والدعوى المدنية هذه هي في حقيقتها دعوى تعويض، إلا أنها تنشأ عن فعل خاطئ وضار يعد في نظر قانون العقوبات جريمة، فهي مشتركة المصدر مع الدعوى العمومية في الواقعة الإجرامية، ولهذا أنشأ قانون الإجراءات بين الدعويين العمومية والمدنية روابط قوية متعددة، ليس المجال مرتعا لذكرها، على أن هذه الروابط المتعددة لا تنفي بأن كلا منهما مستقلة عن الأخرى في أركانها وهي الموضوع والخصوم والسبب، فضلا عن استقلالهما فيما يتعلق بالكثير من القواعد والإجراءات، غير أن الذي يهمننا في هذا المقام هو اختلاف الدعويين من حيث الموضوع ومن حيث الخصوم.

فمن حيث الموضوع فالدعوى العمومية ترمي إلى معاقبة الجاني عن الإخلال بالنظام الاجتماعي العام، بينما تهدف الدعوى المدنية إلى تعويض المضرور عن وقوع الجريمة. أما من حيث الخصوم فإن الدعوى العمومية

(1) عوض: محمد، قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية -مصر-، بلا تاريخ، ج 01 ص 21.

(2) LOURDJANE: (Ahmed), le code algérien de procedure pénal, E. N. L.1984, p11. عبيد: د. رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة عشرة، دار الجيل للطباعة مصر، 1989م، ص 35؛ وانظر: النقيب: د. عاطف، أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت -لبنان-، 1986م، ص 41-42؛ الغريب: محمد عيد، الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي، بحث مقدم للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، 1989/04/12م، منشور في كتاب حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1990م، ص 378؛ ومطبوع معه أيضا: إدريس: د. عوض أحمد، بحث حقوق المجني عليه في القانون السوداني، ص 268.

تحمي مصلحة المجتمع؛ ولذلك يباشرها من يمثل المجتمع، بينما تتعلق الدعوى المدنية بمصالح شخصية للأفراد، فيباشرها المضرور من الجريمة. وعلى ذلك فالدعوى العمومية هي المقصودة إذن بالإجراءات الجزائية<sup>(1)</sup>.

### البند الأول: مفهوم الدعوى العمومية وأغراضها.

الدعوى العمومية هي الطلب الموجه من الدولة بواسطة جهازها المختص بالاقتام، إلى القضاء تجاه المتهم بارتكاب الجريمة لإقرار مدى ما للدولة من حق في معاقبته<sup>(2)</sup>، فالدولة بما تملكه من حق موضوعي في عقاب الجاني، تملك -تبعاً لذلك- حقاً إجرائياً في مطالبة القضاء بإقرار هذا الحق في مواجهة من تتهمه بارتكاب الجريمة، ومن دون هذا الحق الإجرائي لا يمكن للدولة إقرار حقها في العقاب<sup>(3)</sup>.

والهدف من الدعوى العمومية بوجه عام هو الدفاع عن المجتمع وحماية مصالحه، وذلك بالسعي إلى الكشف عن الحقيقة الواقعية لمعرفة الجاني الحقيقي، وإقرار حق الدولة في معاقبته، والعمل على ضمان حرية المتهم البريء.

فالحقيقة الواقعية إذن هي غرض الدعوى العمومية، باعتبار أن كشف هذه الحقيقة هو الأساس الوحيد الذي يبني عليه الحل القانوني لموضوعها، فالدعوى العمومية باعتبارها سياقاً قانونياً قادراً على كشف حقيقة الأمر في موضوعها، لا تستهدف إرضاء فضول الناس لمجرد المعرفة، وإنما تستهدف بلوغ غايات عملية مجسدة، تتمثل في تحديد الجريمة التي وقعت والمتهم الذي ارتكبها، وهذا وحده هو الذي يسمح بتوقيع العقوبة المستحقة قانوناً، وبالتالي تحقيق العدالة برد الفعل الجزائي عن الجريمة، وهو أمر يشكل في حد ذاته ضرورة اجتماعية<sup>(4)</sup>.

وحتى إذا قضى ببراءة المتهم دون أن يتحمل أية نتائج جزائية، فإن الدعوى العمومية تبقى حائزة لغرضها الأساس، إذ إن مجرد سيرها وتتابعها في ظل العلنية الواسعة التي تتسم بها الإجراءات الجزائية، فوائد جمة في تحقيق وظيفتها في الزجر العام تخويفاً وتأديباً<sup>(5)</sup>، وهذا لا يمنع من أن تكون للدعوى العمومية أهداف أخرى تكميلية تضرب عنها الذكر صفحاً لعدم الحاجة إليها في موضوعنا.

(1) عبيد، المرجع السابق، ص 171-172.

(2) ملباني: مولاي بغداداي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر، 1989، ص 15. ويسود في الفقه القانوني استعمال عبارة سلطة الدولة في العقاب بدل عبارة حق الدولة في العقاب، وهو مفهوم يستند إلى تكييف قانوني سائد، انظر مثلاً: سرور: د. أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية - مصر، 1993م، ص 96؛ وعلي الخصوص: الأحول: د. محمد عوض، انقضاء سلطة الدولة في العقاب. وقد انتقد الدكتور عبد الفتاح الصفي هذا التكييف القانوني، بأنه « يتناقض مع التسليم بتقادم هذه السلطة، فالسلطة لا تستقدم وإنما الذي يتقادم هو الحق ». أنظر: الصفي: د. عبد الفتاح مصطفى، حق الدولة في العقاب، الطبعة الثانية - مصر، 1985م، تصدير الطبعة، ص ز.

(3) سرور، المرجع نفسه، ص 96.

(4) أبو عامر: د. محمد زكي، نظرية الإثبات في المواد الجزائية، الفنية للطباعة والنشر، بلا تاريخ، ص 8-9.

(5) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 9.

## البند الثاني: أطراف الدعوى العمومية.

تسبب مما سلف أن الدعوى العمومية لها طرفان: المدعي ممثلاً في النيابة العامة، والمدعى عليه وهو المتهم بالفعل المشكل للجريمة، وهو ما تناوله في فقرتين: الأولى عن النيابة العامة والثانية عن المتهم.

## أولاً: النيابة العامة.

النيابة العامة هي هيئة قضائية إجرائية، مهمتها تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها نيابة عن المجتمع؛ حيث يتمثل دورها في توجيه الاتهام إلى من تشبه به في ارتكاب الفعل الجرمي، مع المطالبة بتطبيق القانون<sup>(1)</sup>. وتجدد الإشارة إلى أنه وإن كان القانون قد حول المحني عليه تحريك الدعوى العمومية في بعض الأحوال، فإن ذلك لا يعني اعتباره طرفاً في هذه الدعوى؛ لأن العبرة ليست بتحريك الدعوى وإنما بمباشرتها، ففارق إذن بين تحريكها الذي تشارك النيابة فيه جهات استثنائية، وبين مباشرتها الذي هو سلطة تحتكرها النيابة لنفسها؛ وآية ذلك أن قيام المحني عليه بإجراءات التحريك لا يكفي بذاته لترتيب الأثر القانوني لهذا الإجراء؛ وهو الاتهام، ما لم تتدخل النيابة العامة في الدعوى<sup>(2)</sup>.

هذا، والنيابة العامة في واقع الأمر هي مجرد طرف في الدعوى العمومية وليست خصماً - بالمعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة - فيها؛ لأنه ليست لديها مصلحة خاصة تهدف إلى تحقيقها من وراء طلباتها<sup>(3)</sup>، إذ إنها وإن كانت مختصة في جمع أدلة الإدانة ضد المتهم، لتنفي قرينة البراءة التي يعتصم بها<sup>(4)</sup>؛ فإنها كذلك ممثلة للمجتمع على نحو يفرض عليها البحث عن حقيقة الأمر في الدعوى العمومية، وأن تنقب وتدعم كل ما يمكن أن يفيد المتهم، فهي إذن إن شئنا اعتبارها خصماً فهي خصم ذو مركز قانوني خاص كما يرى الفقه القانوني السائد<sup>(5)</sup>، أي أنها خصم إجرائي وليست خصماً حقيقياً، وذلك لتحقيق قدر كبير من الموازنة بين حقوق المتهم وسلطات الدولة، من أجل التقليل من التفوق الذي تحزره النيابة على المتهم بحكم وظيفتها والسلطات التي تتمتع بها<sup>(6)</sup>.

## ثانياً: المتهم.

وهو الطرف السلبي في الدعوى العمومية، بحيث تنسب إليه سلطة الاتهام بواسطة تحريك الدعوى ارتكاب فعل يعد في نطاق قانون العقوبات جريمة، سواء بوصفه فاعلاً أم شريكاً<sup>(7)</sup>.

(1) ملباني، المرجع السابق، ص 97.

(2) عوض، المرجع السابق، ج 01 ص 23. وانظر: ملباني، المرجع نفسه، ص 97.

(3) سرور، المرجع السابق، ص 104.

(4) Patarin (J), particularisme de la théorie des preuves en droit pénal dans quelques aspects de l'autonomie de droit pénal, paris, 1956, p18 et suite.

(5) أبو عامر، المرجع السابق، ص 30.

(6) سرور، المرجع نفسه، ص 104.

(7) عوض، المرجع نفسه، ج 01 ص 55. وقد ميز القانون الفرنسي بين المتهم الذي يجري بشأنه تحقيق قضائي فأطلق عليه اسم *inculpé*، وبين المتهم الذي رفعت عليه الدعوى العمومية أمام محكمة الجنتح أو المخالفات وأطلق عليه اسم *prévenu*، وبين المتهم المحال إلى محكمة الجنايات وأطلق عليه اسم *inculpé*.

وحتى يعتبر الشخص المرتكب للجرime متهما، يجب تحريك الدعوى العمومية قبله؛ إذ لا يكفي في ذلك مجرد ارتكابه للفعل الجرمي. ويترتب على هذا الاعتبار في حال تعدد الجناة، ولم تقم النيابة العامة في حدود سلطتها التقديرية بتحريك الدعوى العمومية إلا على أحدهم دون غيره، فيعتبر هذا الشخص هو المتهم وحده. ويفرق الفقه القانوني بين المشتبه فيه والمتهم من الناحية القانونية، فلا يعتبر الشخص متهما بمجرد أن يقدم ضده بلاغ أو شكوى، أو أجرى بشأنه رجال الضبطية بعض التحريات أو الاستدلالات، وإنما يعد مشتبه به. فمن الأهمية بمكان مراعاة الدقة في استعمال لفظ "المتهم"؛ لأن ذلك يعني تحريك الدعوى العمومية ضده، ومنه نشأة الخصومة العمومية، وما يستتبع ذلك من تخويله بعض الحقوق وتحميله بعض الالتزامات.

ولا يصلح شخص لاعتباره متهما إلا بتوفر جملة من الشروط، تنتظمها نظرية الأهلية الإجرائية، والأهلية الإجرائية ليست مجرد شرط لتحريك الدعوى العمومية، بل هي أيضا شرط لاستمرار مباشرتها، فإذا أصابها عارض أدى إلى فقدانها توقفت الإجراءات بقوة القانون، ويتعين على المحكمة تقرير هذا الإيقاف في المحاكمة، إلا إذا كان حكمها واردا في غير خصومة أي منعدما<sup>(1)</sup>، وتتحقق الأهلية الإجرائية بما يأتي:

1- أن يكون من وجه إليه الاتهام شخصا قانونيا موجودا، فلا يوجه الاتهام إلى حيوان ولا إلى ميت ولا إلى شخص معنوي، ما لم يقرر القانون صلاحيته لإسناد الجريمة إليه، كما في بعض الأحوال الاستثنائية المنصوص عليها في القانون.

2- أن يكون خاضعا للقانون الوطني؛ فالمتنعون بالحصانة الدبلوماسية كرؤساء الدول الأجنبية، وأعضاء التمثيليات لا يصبح إطلاق لفظ المتهم عليهم؛ لعدم خضوعهم للقضاء الوطني بسبب الحصانة التي يتمتعون بها.

3- أن يكون متمتعا بالإدراك وقت تحريك الدعوى وعند مباشرتها؛ فإذا ثبت أن المشتبه فيه قد طرأت عليه عاهة في عقله بعد وقوع الجريمة توقفت إجراءات الخصومة العمومية قبله، حتى يعود إلى رشده، ويستوي في هذه الحال أن تكون الإجراءات إجراءات اتهام أم تحقيق أم إحالة أم محاكمة، كما أوضحناه سلفا من ضرورة استمرار الأهلية في كل مراحل الخصومة.

4- أن يكون معينا؛ وهذا شرط تملية طبيعة الاتهام والغاية منه، ويلاحظ في هذا المقام أن تعيين المتهم شرط لصحة رفع الدعوى عليه ومحاكمته، وليس شرطا لصحة التحقيق الابتدائي؛ لأن التحقيق ينصب على واقعة محددة، وغايته تحري الحقيقة من حيث حصول الجريمة ومعرفة مرتكبها وجمع الأدلة ضده. أما رفع الدعوى فيقتضي تعيين المتهم ابتداء وإلا كان رفعها لغوا؛ لأن الغاية من رفعها هو استصدار حكم بإدانة شخص معين وتنفيذ العقوبة عليه، ويكفي أن يكون المتهم معينا بذاته وصفاته، ولو عجزت سلطة الاتهام عن معرفة اسمه أو أطلقت عليه اسما غير اسمه الحقيقي<sup>(2)</sup>.

عليه اسم *accusé*، انظر: Merle, (R) l'inculpation, problèmes contemporains de procédure pénales

mélangés, 1964, p111-112 ، نقلا عن سرور، المرجع السابق، ص 137

(1) سرور، المرجع نفسه، ص 137-139.

(2) همام: د. رمسيس، الإجراءات الجنائية تحليلا وتأصيلا، منشأة المعرفة، الإسكندرية - مصر، 1984م، ص 177.

## المطلب الثاني: النهوض بعبء الإثبات في المواد الجزائية وأساسه القانوني.

رأينا أن للدعوى العمومية طرفين: أحدهما إيجابي وهو جهة الادعاء، والثاني سلبى وهو المتهم أو المدعى عليه، فهل يوجب القانون عبء الإثبات على الأول باعتباره يدعي خلاف الأصل الذي هو براءة الذمة، أم على الثاني باعتبار أن الدعوى العمومية جعلت حريته أو حياته أو سلامة بدنه أو سمعته في منطقة الخطر؟؛ هذا ما يتولى هذا المطلب الإجابة عليه في فرعين.

الأول في النهوض بعبء الإثبات في الشريعة الإسلامية وأساسه القانوني.

والثاني في النهوض بعبء الإثبات في القانون الوضعي وأساسه القانوني.

## الفرع الأول: النهوض بعبء الإثبات في المواد الجزائية وأساسه القانوني في الشريعة الإسلامية.

نبحث في هذا الفرع مسألتين: الأولى وهي من يتحمل عبء تقديم الدليل لجهة القضاء، هل هو جهة الادعاء أم المتهم؟، والثانية على أي أساس يستند تحميل عبء الإثبات لأحد الطرفين؟، وذلك في ثلاثة بنود؛ الأول حول النهوض بعبء الإثبات في الشريعة الإسلامية، والثاني حول أساس النهوض بهذا العبء فيها، أما الثالث فنجعله لحق المتهم في إثبات عدم المسؤولية.

## البند الأول: عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية.

يتفق الفقه الإسلامي في كافة مذاهبه على أن عبء إقامة الدليل في المواد الجزائية كما في المواد المدنية، بما يتضمنه من جمع للأدلة؛ باعتبار أن هذا الجمع ليس إلا وجها من أوجه الالتزام بإقامة الدليل أمام القضاء، وبما يتضمنه أيضا من تقديم لهذه الأدلة أمامه؛ باعتبار أن ذلك هو الممارسة العملية والنهائية الحتمية للتحميل والنهوض بعبء الإثبات، يقع على عاتق المدعي بالحق العام أو الخاص، أو حسبة لله تعالى؛ أي سواء أكان هذا المدعي ممثلا للسلطة العامة كرجل الشرطة أو المحتسب، أم كان من آحاد الناس كصاحب الحق المدني الذي شكل الاعتداء على حقه جريمة، كالمسروق منه مثلا، وكالمقذوف وولي المقتول، أم كان طرفا خارجا كالمنتطوع بالإبلاغ<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فالتهم بالفعل الجرمي، أو المدعى عليه بالحق المدني معفى من إثبات براءته مما نسب إليه؛ لأن ذلك أمر مفترض بيقينه، ولا ينخرم إلا بإثبات العكس إثباتا لا يقبل التزلزل ولو بالشبهة، وحين ذلك يكون على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا أن يقيم البرهان على ما يدعيه.

## البند الثاني: الأساس القانوني للنهوض بعبء الإثبات في الشريعة الإسلامية.

يجد الأصل الذي قدمناه من إلزام جهة الادعاء بإثبات ما تدعيه أساسه القانوني في جملة من الأدلة النقلية والعقلية، تنتظمها طائفة من القواعد الفقهية نجملها فيما يأتي:

(1) أنظر ما سبق في مفهوم الدعوى العمومية في الشريعة الإسلامية، ص 02-03.

أولاً: قاعدة " اليقين لا يزول بالشك " .

وهي قاعدة فقهية عليها مدار كثير من الأحكام الشرعية، زيادة على أن المنطق السليم يؤيد مضمونها؛ لأنها تحل معضلات عملية واسعة النطاق، ليس في المجال التشريعي فحسب، بل في كل مجالات التدبير الإنساني تفكيراً وتطبيقاً، فهي ثابتة بالاستقراء التام للنصوص الشرعية الكثيرة في كافة فروع الفقه الإسلامي، سواء في العبادات أم في المعاملات المالية أم في أحكام العقوبات، وقد استتجها الفقهاء من نصوص أحاديث نبوية كثيرة، ليس المقام متسعاً لذكرها؛ لأنها في أبواب فقهية غير التي نحن بصدد بحثها<sup>(1)</sup>، ولكنها مع ذلك ليست مقصورة على بيان ما ذكرت فيه، بل إنها شاملة لكافة المعاني الداخلة تحت موضوعها، وذلك عن طريق التعليل والقياس، فالفقهاء حققوا حكم الأحاديث التي ذكرت فيها في جميع المسائل التي تشارك النصوص المذكورة في علتها ومعناها، قال في الفتح نقلاً عن الخطابي - رحمه الله -: « وليس المراد تخصيص هذين الأمرين - أي صفة الصلاة ما لم يتيقن الحدث - باليقين؛ لأن المعنى إذا كان أوسع من اللفظ كان الحكم للمعنى »<sup>(2)</sup>، وهذا إعمال لقاعدة " العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب " .

أما من جهة العقل، فكون اليقين أقوى وأحكم أمر ثابت لا نزاع فيه؛ لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً لا ينهدم بالشك<sup>(3)</sup> .

هذا، وقد اتفقت كلمة الفقهاء والأصوليين على الاعتداد بهذه القاعدة، جاء في الفروق: « هذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه »<sup>(4)</sup> . على أن الاتفاق على أصل القاعدة لا يتنافى مع وجود شيء من الخلاف في التفريع عليها، حسب اختلاف وجهات النظر وطرائق الاستنباط<sup>(5)</sup>، كما أشار إلى ذلك صاحب عمدة الأحكام بعد أن ذكر الحديث بقوله: « والحديث أصل في إعمال الأصل وطرح الشك، وكل العلماء متفقون على هذه القاعدة، لكنهم يختلفون في كيفية استعمالها »<sup>(6)</sup> .

(1) وقد اعتاد الفقهاء في الاستدلال على هذه القاعدة أن يذكروا قوله - صلى الله عليه وسلم - في الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد شيئاً في الصلاة، فقال: « لا يفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » أخرجه البخاري: محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح مع فتح الباري، ترقيم فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة - لبنان -، بلا تاريخ، كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، (137)، ج 01 ص 237، من طريق سفيان عن الزهري عن سعيد بن المسيب وعن عبادة بن عيم أنه شكاً إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وذكره. ورواه أيضاً في باب من لم يبر الوضوء، إلا من المخرجين من القبل والدبر، (177)، ج 01 ص 283. ومسلم: ابن الحجاج القشيري، الجامع الصحيح بشرح النووي، دار الفكر - بيروت -، 1401هـ/1981م، كتاب الطهارة، باب الشك في الحدث، ج 04 ص 49-51. وذكره ابن دقيق العيد: الحافظ تقي الدين أبو الفتح، إتحاف الأحكام شرح عمدة الأحكام، دار الكتب العلمية - بيروت -، بلا تاريخ، باب في المذي وغيره من طريق عبد الله بن زيد، ج 01 ص 78.

(2) ابن حجر: الحافظ شهاب الدين أحمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 01 ص 237. والخطابي هو: أحمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي أبو سليمان، صاحب معالم السنن، وغريب الحديث، سمع من أبي سعيد بن العربي وأبي بكر بن داسة وأبي العباس الأصم، وتفقه بالشاشي الشافعي وغيره، حدث عنه الحاكم والاسفراييني والهرودي والكرائسي، توفي سنة 386هـ. الحافظ الذهبي، سير أعلام النبلاء، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة - بيروت -، 1402هـ/1982م، ج 17 ص 23.

(3) الندوي: علي أحمد، القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، 1412هـ/1991م، ص 318.

(4) القرافي: أحمد شهاب الدين، الفروق، الطبعة الأولى، دار إحياء الكتب العربية، 1344هـ، ج 01 ص 111.

(5) الندوي، المرجع نفسه، ص 328.

(6) ابن دقيق، المرجع نفسه، ج 01 ص 78.

ولا بد أن نلاحظ هنا أن اليقين فيما تقدم عرضه ليس مقصودا به ما قد يتبادر إلى الذهن من أنه اليقين على حسب إطلاق المناطقة، الذي يعني الاعتقاد الجازم المطابق الثابت، كما جاء في بعض القواميس اللغوية والفنية<sup>(1)</sup>؛ لأن ذلك أمر متعسر الوصول إليه إلا في القليل النادر.

ومن المعلوم أن الظن الغالب معتد به في الشرع وتبنى عليه الأحكام؛ ذلك أن الأمر في كثير من الأحيان يعتبر في الشرع يقينا لا يزول بالشك، في حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه، ومثال ذلك: الأمر الثابت بشهادة الشهود العدول، فإنها في حكم الشرع يقين ثابت للعيان، مع أن شهادة الشهود مع عدالتهم لا تخرج عن كونها خبر آحاد، يجيز العقل في رواته السهو والخطأ والكذب، وهذا الاحتمال لا يخرج ذلك عن اعتباره يقينا حكما، وإن لم يكن حقيقيا؛ لأنه لقوة ضعفه قد اطرح أمام مقابله، ولم يبق له اعتبار في نظر الناظر<sup>(2)</sup>.

وعلة ذلك أن الشارع تعبدنا بالظن ببناء الأحكام الفقهية على الظاهر؛ لأن الوصول إلى اليقين متعذر في كثير من الأحيان، فجوز الشرع اعتبار الظن الغالب لندرة خطئه وغلبة إصابته<sup>(3)</sup>، قال صاحب الفروق: «الأصل أن لا تسبى الأحكام إلا على العلم، لكن دعت الضرورة للعمل بالظن لتعذر العلم في أكثر الصور، فبنيت عليه الأحكام لندرة خطئه وغلبة إصابته، والغالب لا يترك للنادر، ويبقى الشك غير معتبر إجماعا»<sup>(4)</sup>.

وعلى ذلك فاليقين في هذا المقام هو الاستصحاب لما يتقن في الماضي وهو الأصل، وأطلق عليه اليقين مجازا من باب المشابهة الصورية، والمراد بالشك هو الشك الطارئ بعد حصول اليقين<sup>(5)</sup>، فلا يتعين هنا إلا هذا المفهوم؛ باعتبار أن اليقين لا يتصور مع وجود الشك، إذ إنهما تقيضان؛ والتقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان معا، وإلى جانب ذلك يجب أن يفسر اليقين بمعنى الاستقرار، الذي أشار إليه صاحب التعريفات بقوله: «يقن الماء في الحوض إذا استقر»<sup>(6)</sup>.

## ثانيا: قاعدة "البينة على المدعي".

هذه القاعدة نص لحديث نبوي شريف، وهي من الأصول المهمة التي يركز عليها القضاء، ويبنى عليها أحكامه، ولو عدم أصلها لوقع القضاة في حرج شديد، واستعصى عليهم الفصل في الدعاوى والخصومات، مما

(1) مثل: ابن فارس: أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر - لبنان، 1399هـ/1979م، ج 06 ص 157، وأيضا الكفوي: أبو البقاء أيوب، الكليات، القسم الخاص، فهرسه عدنان درويش ومحمد المصري، منشورات الثقافة والإرشاد، دمشق، 1974م، ص 116. والتهانوي: محمد علي الفاروقي، كشاف اصطلاحات الفنون، تحقيق لطفي عبد البديع، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1382هـ/1962م، ج 06 ص 1547، والفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي - لبنان، بلا تاريخ، ج 04 ص 278.

(2) الزرقاء: الشيخ أحمد، شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بلا تاريخ، ص 35.

(3) الندوي، المرجع السابق، ص 325.

(4) القراني: شهاب الدين أحمد، الذخيرة، تحقيق محمد بوخيزة، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي - بيروت، 1994م، ج 01 ص 168.

(5) السبكي: تاج الدين، الإبهاج في شرح المنهاج، كتب هوامشه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1416هـ/1995م، ج 03 ص 173.

(6) الجرجاني، التعريفات، تحقيق عبد المنعم الحفني، دار الرشد - القاهرة، بلا تاريخ، ص 290.



يترتب عليه تخلف المقصد العام من نصب القضاء، ووقوع التهاجر والدعاوى الباطلة<sup>(1)</sup>، وفي هذا يقول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»<sup>(2)</sup>؛ وتعليل ذلك أن المدعي هو الذي يدعي خلاف الظاهر، ويثبت خلاف الأصل المستصحب<sup>(3)</sup>، وهو عدم شغل الذمة بشيء، وقد جاء في قواعد الأحكام أن الأصل في الإنسان «براءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات... ومن الأقوال كلها ومن الأفعال كلها»<sup>(4)</sup>؛ بمعنى أن جانب المدعي ضعيف؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، فكانت الحجة القوية واجبة عليه يتقوى بها جانبه الضعيف؛ والحجة القوية هي البينة، وجانب المدعي عليه قوي؛ لأن الأصل عدم المدعى به<sup>(5)</sup>.

### ثالثاً: قاعدة "الأصل براءة الذمة".

وهذه القاعدة من فروع قاعدة اليقين لا يزول بالشك، وهي التطبيق العملي لها فيما نحن بصدد دراسته؛ فقد قرر الفقهاء أن الأصل في الإنسان «براءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات... ومن الأقوال كلها ومن الأفعال بأسرها»<sup>(6)</sup>.

وهذه القاعدة التي قررها الفقه الإسلامي هي بذاتها التي انتهت إليها النظم الجزائرية الحديثة، التي تجعل الأصل في الإنسان البراءة؛ وذلك باعتبار أن الجريمة صورة من صور السلوك الشاذ الخارج عن المؤلف، ومن ثم يجب الاحتياط في نسبتها إلى شخص معين، وذلك بافتراض براءته حتى يثبت بدليل قاطع ارتكابه للجريمة<sup>(7)</sup>، إلا أن المجال الذي تعمل فيه قاعدة افتراض البراءة في النظم القانونية المعاصرة هو المجال الجزائي فحسب<sup>(8)</sup>، حفاظاً على الحرية العامة من أن يتهددها الاعتساف الإجرائي أو يعصف بها الظلم الموضوعي، بينما تعمل قاعدة "الأصل براءة الذمة" المقررة في الفقه الإسلامي في نطاق أوسع من النطاق الجزائي، إذ تمتد أذرعها إلى كافة فروع، في

(1) الندوي، المرجع السابق، ص 362.

(2) أخرجه مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، ج 12 ص 02، من طريق ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس، أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»؛ والترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي مع عارضة الأحوذى لابن العربي، دار الكتب العلمية -بيروت-، بلا تاريخ، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، ج 06 ص 87-88، من طريق محمد بن عبيد الله عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال في خطبته: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه». وقال: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره، إهـ.

(3) الدهلوي: الشاه ولي الله، حجة الله البالغة، دار التراث -القاهرة-، بلا تاريخ، ج 02 ص 167.

(4) ابن عبد السلام: سلطان العلماء عز الدين: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الثانية، دار الجيل -بيروت-، 1400هـ/1980م، ج 02 ص 32.

(5) الزرقاء، المرجع السابق، ص 304.

(6) ابن عبد السلام، المرجع نفسه، ج 02 ص 32.

(7) العوا: د. محمد سليم، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، الطبعة الثانية، دار المعارف -القاهرة-، 1983م، ص 99.

(8) أبو عامر، المرجع السابق، ص 39.

كافة صور الواجبات والتكليفات حتى الدينية البحتة أو التعبدية المحضة<sup>(1)</sup>. وعليه فلا يجوز أن يفرض أي التزام من أي نوع كان -جزائيا أم مدنيا- على شخص إلا بعد قيام الدليل المثبت لهذا الالتزام في حقه، وتطبيق ذلك في المجال الجزائي أن لا يعتبر الشخص معرضا للعقوبة أو مستحقا لها إلا بعد أن تثبت إدانته ثبوتا يقينيا<sup>(2)</sup>.

### البند الثالث: حق المتهم في إثبات عدم المسؤولية.

إذا كانت القواعد الفقهية الثلاثة السالفة البيان تلقي بعبء الإثبات كاملا على جهة الادعاء أيما كانت، وتخلي ساحة المتهم من أي التزام بإثبات براءته، لاسيما في مرحلة البحث عن الأدلة؛ فإن ذلك إنما هو قيد مقرر لمصلحة المتهم الذي يتمسك بالأصل الثابت الذي لا يتزلزل إلا بإثبات العكس، ومع ذلك فإنه ينبغي الإشارة هنا إلى أنه إذا أمكن المتهم التمسك بعدم الالتزام بإثبات براءته أثناء مرحلة البحث عن الأدلة، فإنه لا ينبغي له أن يستمر على هذه الحال في مرحلة تقدير الأدلة من طرف القاضي؛ إذ إن في اتخاذه هذا الموقف السليبي مضرة محتملة تلحقه، لاسيما وأن القاضي في هذه المرحلة الثانية من سير إجراءات الدعوى يبيح حكمه على ما تكون لديه من اعتقاد، قد يكون لصمت المتهم أو لسلبيته أثر سعي في تكوين المحكمة لهذه العقيدة في غير صالحه.

ومن هنا فإن المتهم يكون مضطرا حتما -إن شاء الدفاع عن مصلحته في إخلاء ساحته مما نسب إليه- إلى اتخاذ موقف إيجابي من الأدلة المقدمة ضده؛ بأن يبادر إلى تقديم الأدلة التي يثبت بها براءته مما أسند إليه سواء بالظن في الأدلة المقدمة ضده، أم في كفايتها، أم في إنشاء أدلة جديدة يكون من شأنها التأثير على القناعة المبدئية التي تشكلت لدى القاضي، بموجب أدلة الإثبات التي تقدمت بها جهة الادعاء<sup>(3)</sup>.

فمثال الأول أن يطعن المتهم في الشهود الذين اتخذهم جهة الادعاء دليل إثبات الوقائع المشككة للفعل الجرمي، ونسبته إلى المتهم به؛ بأن يطعن في عدالتهم، أو يثبت أن لهم فيما شهدوا به وجه مصلحة دنيوية يجرونها أو مضرة يدفعونها، أو يثبت أن بينه وبين أحدهم أو كلهم خصومة حول المشهود به، أو عداوة في غير دين، أو أن لأحدهم أو لكلهم وجه قرابة بالمدعي بالحق المدني أو المجني عليه تمنعهم من الشهادة، أو يثير عيبا من عيوب التحمل أو الأداء، كعدم الإبصار؛ لاسيما وأن الشهادة في المواد الجزائية في الشريعة الإسلامية يشترط فيها الإبصار أثناء التحمل والأداء عند عامة الفقهاء، أو يقيم البيئة على أن أحد شهود الادعاء محدود في قذف، أو غير ذلك من العيوب التي ترد على الشاهد فترد بها شهادته، أو يطعن في مضمون الشهادة نفسها بأن ينبه القاضي عند استفساله الشهود إلى تناقضهم فيما يشهدون به؛ كاختلافهم في زمن وقوع الفعل، أو في كلفيته، أو في ماهيته، كأن يشهد أحد الشهود بأن المتهم زنى يوم الخميس ويشهد الآخرون بأن ذلك كان يوم السبت، أو يشهد

(1) السيوطي: الحافظ جلال الدين، الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت، -1411هـ/1990م، ص53 وما بعدها. وانظر: ابن نجيم: زين الدين إبراهيم، الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت، -1413هـ/1993م، ص59. وانظر: ابن عبد السلام، المرجع السابق، ج02 ص32؛ حيث يقول: « فيدخل في هذا ( يقصد أصل البراءة) جميع العقود والتصرفات حتى الكفر والإيمان».

(2) العوا، المرجع السابق، ص101.

(3) انظر: المبحث الأخير من هذا الفصل في المطلب الأول منه: التشديد في شروط الإثبات في الشريعة الإسلامية، حيث تحدثنا عن شروط قبول الشهادة وأسباب ردها، وفضلنا فيه القول بأدلته.

بعضهم أنه زنى بقسنطينة ويشهد آخرون أنه فعل ذلك بعنابة، أو يشهد بعضهم أنه زنى ببضاء ويشهد الباقيون أنه زنى بسنجية سوداء، أو تقيم امرأة متهمة بالزنى شهودا من النساء بأنها عذراء أو رتقاء، أو أن الذي اهتمت به لا يتصور منه الفعل بأن يكون محبوبا أو نحو ذلك.

ومثال الثاني إثبات المتهم من الوقائع ما يؤثر على مسؤوليته الجزائية، التي تتطلب في الشريعة الإسلامية أن يكون مقترف الفعل بالغا، عاقلا، مختارا، حتى يكون أهلا لتحمل تبعه أفعاله، أو ادعاؤه بتوافر سبب من أسباب الإباحة ككونه في حالة دفاع شرعي؛ أو ما يسمى في الفقه الإسلامي بدفع الصائل.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه الإسلامي يتجه على العموم -إلا في بعض التفصيلات- إلى أن ما يشترط في بيئنة الإثبات من شروط شديدة كعدد الأربعة في الشهادة على الزنا، وكالاثنين في غيره، واشتراط الذكورة واتحاد مجلس الشهود والتفصيل في المشهود به، وعدم قبول قرائن الأحوال وعلم القاضي على الغالب من أقوال الفقهاء، وغير ذلك على ما سيأتي تفصيله -إن شاء الله-، إنما هو قيد مقرر لمصلحة المشهود عليه في درء العقوبة عنه ما أمكن.

وعلى ذلك فإن هذه الأوصاف والقيود لا تشترط في بيئنة النفي؛ إذ إن الدور المنوط بينة النفي ليس هو تشكيل قناعة راسخة لدى القاضي بعدم الفعل، أو عدم نسبه إلى من نسب إليه كما هو الحال في بيئنة الإثبات، وإنما هو إثارة الشبهة والشك للذين يزلزلان ما استقر عنده بيئنة الإثبات، فإذا ثار أدنى شك لدى القاضي فيما قدم لديه وجب إعماله قاعدة "درء الحدود بالشبهات"، وعلى ذلك فيقبل في الشهادة على النفي في الزنا الواحد والاثنان، وتقبل في الشهادة على العذرية المرأة<sup>(1)</sup>، خلافا للمالكية<sup>(2)</sup>، ويقبل الشهود في مجلس واحد أو في مجلسين أو أكثر، ولا يستحب للقاضي استفصال شهود النفي فيما شهدوا به كما هو الحال في شهود الإثبات، بل على العكس يستحب له التعريض لهم بعدم التفصيل مخافة انتقاض شهادتهم، كما تقبل القرائن في النفي -كما تقدم- كقرينة العذرية مع احتمال وقوع الفعل مع بقائها، وهذا أمر يثبتته الطب، وكقرينة اختلاف الشهود في ماهية الفعل المشهود به، أو كفيئته، أو زمانه، أو مكانه<sup>(3)</sup>.

ويقبل أكثر الفقهاء مجرد ادعاء الشبهة من المتهم، لا سيما في عقوبات الحدود دون الحاجة إلى إقامة أدلة إثباتية على ذلك، كما سيأتي تفصيله في الفصل الثاني من هذا البحث؛ فيقبلون دعوى الإكراه ممن وجدت حاملا وليس لها زوج، ويقبلون أيضا دعوى المعتدي على الوقف للفقراء بأنه منهم، ولا يلزمونه بإثبات ذلك<sup>(4)</sup>.

(1) الكاساني: غلاء الدين، بدائع الصنائع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي -بيروت-، 1402هـ/1982م، ج 07 ص 46. وانظر الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 265. وابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 189. وابن حزم: الإمام أبو محمد محمد، المحلى بالآثار، تحقيق د. عبد القادر سليمان البنداري، دار الكتب العلمية -بيروت-، بلا تاريخ، ج 09 ص 395.

(2) المواق، التاج والإكليل بمامش مواهب الجليل للحطاب، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1412هـ/1992م، ج 06 ص 195.

(3) وهذا لأن سبب التشديد في دليل الإثبات إنما للاحتيال في الدرء والتضييق من نطاق العقوبة، وهو وصف مناقض لما هو عليه الحال في بيئنة النفي التي هدفها إخلاء ساحة المتهم مما نسب إليه، وأيضا لأن الشبهة تمنع من إثبات العقوبة ولا تمنع من نفيها. انظر: الكاساني، المرجع نفسه، ج 07 ص 46.

(4) انظر الفصل الثاني من هذا البحث، في الشبهة وأثرها في التضييق من دائرة العقاب فقيه تفصيل ذلك.

## الفرع الثاني: النهوض بعبء الإثبات في المواد الجزائية وأساسه في القانون الوضعي.

على غرار الفرع السابق فإننا سنبحث في هذا الفرع أيضا ثلاث مسائل في ثلاثة بنود؛ فنجعل الأول للنهوض بعبء الإثبات في القانون الوضعي، والثاني لأساس الإلقاء بهذا العبء في المواد الجزائية، ونجعل الثالث لحق المتهم في إثبات عدم المسؤولية.

## البند الأول: النهوض بعبء الإثبات.

يتفق الفقه القانوني على أن عبء الإثبات في المواد الجزائية كما في المواد المدنية يقع في الأصل على جهة الادعاء العام في الأول، وعلى المدعي بالحق المدني في الثاني؛ لأهما يريدان زعزعة الأصل الثابت وهو خلو الذمة من أي التزام قانوني مدنيا كان أم جزائيا.

غير أنه -وفي نطاق القانون المدني- إذا أثبت المدعي شغل ذمة المدعى عليه انقلب الوضع رأسا على عقب؛ ليصبح المدعى عليه ملزما بإثبات العكس، ويجد هذا الوضع أساسه في مبدأين عامين في القانون المدني: الأول هو أن اليقينة على المدعي، والثاني أن المدعى عليه يصبح مدعيا عند الدفع، وقد وضعت (المادة 323) من القانون المدني لهذين المبدأين تطبيقا في خصوص إثبات الالتزام «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه»<sup>(1)</sup>. ويرى أكثر فقهاء القانون المدني أن لهذا النص مضمونا عاما يسيطر على النظرية العامة للإثبات، وقابل للانطباق على جميع مواد القانون.

وحضوع الإثبات في المواد المدنية لهذين المبدأين هو انعكاس للشكل الاتهامي للإجراءات المدنية -من حيث المبدأ- الذي يقتضي أن يكون عبء الإثبات كاملا على عاتق من يريد هدم أو تعديل الوضع القائم، أصلا أو عرضا أو ظاهرا.

غير أنه ينبغي ملاحظة أن القواعد المتعلقة بالإثبات في المواد المدنية ليست في الأصل من النظام العام؛ إذ بمقدور الأطراف مخالفتها بالاتفاق على غيرها<sup>(2)</sup>.

## البند الثاني: أساس الإلقاء بعبء الإثبات على جهة الادعاء في المواد الجزائية.

يختلف الفقه القانوني في تحديد الأساس الذي ينبغي عليه تحميل عبء الإثبات في المواد الجزائية، ولهذا الاختلاف آثاره العملية كما سيأتي بيانه، وعلى ذلك فإننا سنتناول هذا البند في ثلاث فقرات؛ الأولى في تأسيس الإثبات في المواد الجزائية على قواعد مستقلة عن القواعد المدنية، والثانية في توحيد القول في هذا التأسيس بين القواعد الجزائية والمدنية، والثالثة في أثر الخلاف بين الرأيين.

(1) القانون الصادر بالأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، وقد كان حريا بالمشروع إدراج هذه المادة ومواد أخرى متعلقة بالإثبات ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية، لأن ذلك هو مكانها الصحيح.

(2) أبو عامر، المرجع السابق، ص 33-34 في إشارة لبعض المراجع الأجنبية.

أولاً: تأسيس الإثبات في المواد الجزائية على قواعد مستقلة عن المواد المدنية.

يقوم الأساس الوضعي لتحديد من يقع عليه عبء إثبات الدعوى العمومية عند أصحاب هذا الاتجاه، على جملة من الاعتبارات المنطقية المستمدة من صريح العقل ومن روح العدالة، فالأغراض الأساسية التي تتغياها الدعوى العمومية، والمصالح الجوهرية المرتبطة بها، وأيضا الوضع المتميز لأطرافها، كل هذه العناصر تمارس تأثيرا بالغ الأهمية في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، ومن ثم تحديد المصلحة الأولى بالانحياز في نظرية الإثبات في المواد الجزائية، وأيضا تحديد الطرف الذي يتحمل مخاطر العجز عن توفير الدليل، وهذه الاعتبارات جميعا تستند إلى قرينة البراءة؛ باعتبارها الأساس الرئيس في تحميل جهة الادعاء عبء الإثبات كاملا<sup>(1)</sup>.

1- فمن جهة الأغراض الأساسية للدعوى العمومية؛ فإنها - كما أسلفنا - تلتخص أساسا في كشف حقيقة الأمر في موضوعها، بغض النظر عما تسفر عنه هذه الحقيقة؛ أي سواء بإدانة المتهم، أم بإخلاء ساحته من أي اتهام، وقيام الدعوى العمومية بهذا الدور إنما هو استجابة لحق المجتمع في معرفة الحقيقة الواقعية، ومن ثم فإنه من مقتضيات المنطق ومتطلبات المصلحة أن يلقي بعبء الإثبات كاملا على النيابة العامة؛ بوصفها الجهة الأقدر على إدراك أغراض المجتمع، لاسيما وأنه قد وضع تحت سلطتها كل الصلاحيات والإمكانات، للاضطلاع بهذا الواجب الذي لا ينحصر في حشد أدلة الإدانة ضد المتهم، بل هي ملزمة أن تنقب أيضا عن كل ما يمكنه أن يفيد المتهم؛ باعتباره واحدا من أفراد المجتمع الذين تكفل لهم الدستور بالحماية حقوقا وحرية، وقضى بأن الأصل فيهم البراءة؛ وباعتبارها أيضا - أي النيابة العامة - ليست خصما حقيقيا للمتهم.

2- أما من جهة المصالح الجوهرية المرتبطة بالدعوى العمومية؛ فإنه من الواضح أنه يرتبط بها مصطلحان: أولهما مصلحة المجتمع في تجريم قائم على الحقيقة الواقعية، وفاء لدوره في الحق والشرعية في التجريم، وهو أمر يستلزم تحويل الجهات القضائية القائمة على أمر الدعوى دورا خاصا في إقامة الدليل أمام القضاء، بحثا عنه وتقديما له، وهو ما يتطلب أن يناط هذا الأمر بجهة الادعاء العام؛ باعتبارها الأقدر على الدفاع عن هذه المصالح وتحصيلها. والثانية مصلحة المتهم، حيث تضع الدعوى العمومية حرية الشخصية وسمعته واعتباره بين الناس في وضع لا يحسد عليه، وهو ما يستوجب عدم اعتباره مذنبا مهما كانت جسامة الشبهات الحائمة حوله، ومن ثم وجب إعفاؤه من إثبات براءته؛ لأنها أمر مفترض فيه خلال جميع مراحل الإجراءات، حماية لحرية واعتباره الشخصيين.

3- وأما من جهة الطبيعة المتميزة لأطراف الدعوى، فإنه خلافا لما عليه الحال في الدعوى المدنية التي يقف طرفاها كخصمين مقارنين لكل منهما ذات الفرص والوسائل في مواجهة الآخر، فإن الصراع في الدعوى العمومية

(1) ومن يقول بهذا الرأي في الفقه الفرنسي جارو وفيدال وكرافن وبوي، أنظر:

Merle (Roger) et VETU (andré), traité de droit criminel, Edition Cujas, 1973, tome 2, procedure pénal, p131. ومالكى محمد الأخضر، قرينة البراءة من خلال قانون الإجراءات الجنائية الجزائري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه -جامعة قسنطينة-، 1991/1990م، ص277. النقيب، المرجع السابق، ص297؛ ومن يقول به في الفقه العربي: د. محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص30-31. محمود مصطفى، الانسبات في المواد الجنائية، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة، 1977، ص62. سرور: أحمد فتحي، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية -القاهرة-، 1377هـ/1977م، ص129.

يجري بين طرفين يفوق أحدهما الآخر، فالنيابة العامة وهي الخصم الإجرائي للمتهم تفوق هذا الآخر من عدة جوانب؛ إذ إنها مؤسسة من مؤسسات الدولة تجمع كل الصلاحيات، وتسخر جميع الإمكانيات للحصول على ما يتقوى به جانبها، خلافا للمتهم الذي ليس له شيء من هذا السلطان<sup>(1)</sup>، وعلى ذلك فإنه من منطوق العدالة أن يكلف الأكثر سلطانا بعبء إثبات هذه الدعوى وفاء لما خول له، ومن ثم تحميله أثر العجز على إقامة الدليل أمام القضاء، فيكون الغنم بالغرم. وتحميل هذا العبء على عاتق المتهم قد تكون نتيجته عند عجزه عن إقامة الدليل إدانة بريء، وهو ما يحرص التنظيم الإجرائي والقضائي برمته على تلافيه؛ ومن ثم تقتضي العدالة أن تكلف النيابة بهذا العبء، مع ما يمكن أن يكون في عجزها هي أيضا عن إقامة هذا الدليل إفلات مجرم من العقاب، وهي مفسدة في منطوق الموازنة بين المفاسد أهون من مفسدة إدانة بريء.

ثانيا: توحيد القول في تأسيس الإلقاء بعبء الإثبات بين المواد المدنية والجزائية.

يؤسس جانب من الفقه الوضعي مسألة الإثبات في المواد الجزائية على ذات المبادئ التي يتأسس عليها الإثبات في المواد المدنية، ويعتبرها مبادئ عامة ومستقرة تعلق عن التقنين، أساسها عندهم الحكمة اللاتينية المتكونة من شقين، أحدهما أن البينة على من ادعى، والثاني أن المدعى عليه يصبح مدعيا عند الدفع<sup>(2)</sup>.

فموجب هذا المبدأ يقع عبء الإثبات القانوني والمادي للجريمة على جهة الادعاء، كما يقع عليها أيضا نسبتها إلى من تتهمه باقترافها، وبالمقابل يقع على المتهم عبء التخلص من هذه الاتهامات، سواء كان ذلك بإثبات الدفوع التي يثيرها، أم بإثبات التخلص من السلوك السليبي المنسوب إليه في الدعوى. فإذا أثار مثلا في دفاعه سببا من أسباب الإباحة، أو الإعفاء من المسؤولية، أو العذر، فإنه يكون مجبرا على إثبات ذلك، وإلا كان الحكم في غير صالحه.

وقد انتقد هذا الاتجاه في تسويته بين الأسس الحاكمة لكلا الدعويين: العمومية والمدنية؛ بأنه تجاهل الفوارق الجوهرية بينهما من حيث أغراض كل واحدة منهما، ومن حيث الخصوم، وأخيرا من حيث طبيعة المصالح الوارد عليها حماية كل منهما، وهذه الفوارق تمارس دورا بالغ الأهمية في تحديد المصلحة الأولى بالانحياز في الدعوى العمومية فتجعلها للمتهم، ومن ثم تحمل النيابة العامة عبء الإثبات كاملا، بخلاف الدعوى المدنية التي يقف فيها الخصمان على قدم المساواة، فيتوزع عبء الإثبات بينهما مناصفة وفقا للقاعدة اللاتينية المذكورة<sup>(3)</sup>.

وليس هذا التفريق بين الدعويين من حيث الأسس التي انبثت عليها تفريقا اصطلاحيا أو منهجيا فحسب، وإنما هو تفريق ينتج آثارا عملية بالغة الأهمية في نطاق سير إجراءات الدعوى العمومية.

(1) أبو عامر، المرجع السابق، ص 30-31.

(2) يقول بهذا الرأي في الفقه الفرنسي كل من باتاران وميرل وفيتي وديجاغاد انظر: باتاران، المرجع السابق، ص 123؛ وميرل وفيتي، المرجع السابق، ص 132. وفي الفقه العربي انظر: سلامة: د. مأمون، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري - القاهرة -، 1977م، ص 121. وأبو المعاطي أبو الفتوح، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص 280 نقلا عن مالكي، المرجع السابق، ص 277.

(3) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 32.

## ثالثا: أثر الخلاف بين الرايين.

تظهر الآثار العملية لهذا الاختلاف، في تحديد من يقع عليه عبء إثبات الدفوع التي يثيرها المتهم في دفاعه، وأيضا في إثبات السلوك السليبي المشكل للفعل الجرمي، وهو ما نتناوله فيما يأتي:

## 1- عبء إثبات الدفوع.

يختلف الفقه في شأن عبء إثبات الدفوع التي يثيرها المتهم، كأسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب، والأعذار بكل أنواعها، سواء كانت مخففة أم معفية إلى رأيين؛ الأول يحملها لجهة الادعاء، والثاني يلقيها على عاتق المتهم.

## أ- تحميل جهة الادعاء عبء إثبات الدفوع.

يذهب الاتجاه الأول الذي يجعل الأسس التي يبنى عليها تحديد من يقع عليه تحمل عبء الإثبات بناء على مبدأ أصل البراءة، إلى أن إثبات جميع عناصر الجريمة بما في ذلك الدفوع، يقع على عاتق جهة الادعاء العام؛ باعتبار أن أسباب الإباحة مثلا تعد من مكونات الركن الشرعي للجريمة، وعلى النيابة العامة إثبات عدم قيام أي سبب من هذه الأسباب، حتى يكون طلبها للإدانة مبنيا على أسس واقعية متينة.

فالنيابة العامة بمقتضى هذا الاتجاه مكلفة بإثبات عدم توافر أسباب الإباحة كالدفوع الشرعية، أو مانع من موانع المسؤولية كالإكراه، أو مانع من موانع العقاب، أو أحد أسباب انقضاء الدعوى العمومية كالتقادم مثلا؛ لأن معنى ثبوت التهمة يقتضي ثبوت عناصر الجريمة كلها مع عدم قيام الدفوع التي يثيرها المتهم<sup>(1)</sup>.

والمتهم في ظل هذا الاتجاه غير مكلف بإثبات العكس، وإنما عليه إثباته فحسب بل حتى إذا لم يثره أصلا؛ إذ إنه في بعض الحالات لا يلتفت المتهم إلى إثارة الدفع إذا كان سياق الدفاع يقتضي ذلك؛ كأن ينكر مثلا اقتراح الجريمة، فإن هذا النفي يجعله لا يثير حالة الدفاع الشرعي وإلا ألزم بالاعتراف، فإذا اقتنعت المحكمة في إطار قناعتها الشخصية بارتكابه الفعل ولم تأخذ بإنكاره، فإن عليها أن تتمكن من حقه في الدفع إذا كان لا يعلمه<sup>(2)</sup>.

## ب- تحميل المتهم عبء إثبات الدفوع.

يذهب الاتجاه الثاني الذي يوحد القول في مسألة تأسيس عبء الإثبات بين المواد المدنية والمواد الجزائية إلى أن المدعي -وهو النيابة العامة- مكلف بإثبات الجريمة، وعلى المتهم إثبات الدفوع التي يثيرها، وهذا تأثرا بالحكمة اللاتينية المشار إليها بأن المدعى عليه يتقلب مدعيا عند الدفع؛ وبمعنى أوضح يتوجب على كل طرف في الخصومة العمومية إثبات ما يحقق مصلحته في الدعوى، فإذا تمكنت النيابة العامة من إثبات عناصر الدعوى العمومية فإنها تكون قد استوفت مصلحتها في الإثبات، أما ما ينجي المتهم من الإدانة من دفوع، فإنه يقع عليه وحده<sup>(3)</sup>.

(1) انظر في عرضه مالكي، المرجع السابق، ص 277؛ وعمود مصطفى، المرجع السابق، ص 62. وسرور، المرجع السابق، ص 129.

(2) مالكي، المرجع نفسه، ص 278.

(3) النقيب، المرجع السابق، ص 297.

## ج- موقف المشرع الجزائري.

لم يفصل المشرع الجزائري في مسألة من يقع عليه إثبات الدفع في المواد الجزائية، ومن ثم يمكن القول بأنه يجري على الشريعة العامة في الإثبات الجزائي، وهي الإلقاء بعبء الإثبات كاملا على عاتق النيابة العامة، سواء كان إثبات السلوك الإيجابي أم كان إثبات الدفوع وهذا تحقيقا لمبدأ أصل البراءة.

غير أنه قد يكون الفصل في مسألة جزائية متوقفا على تكييف مدني لبعض التصرفات، أو الوقائع القانونية كما هو الحال فيما تنص عليه (المادة 31) من قانون الجنسية<sup>(1)</sup> على أنه « يتحمل في قضايا الجنسية كل شخص سواء كان بواسطة الدعوى أو عن طريق الدفع يدعي هو نفسه أو شخص آخر بأنه يحمل أو لا يحمل الجنسية الجزائرية ... »، فإذا افترضنا وبموجب (المواد 582-589) من قانون الإجراءات الجزائية، أنه حصلت متابعة لشخص ارتكب جريمة في الخارج على أنه جزائري، ولكنه يدفع بأنه ليس كذلك، فهل يمكن اعتبار المشرع الجزائري قد حاد عن النهج العام في شأن الإثبات الجزائي؟ ومن ثم حمل المتهم إثبات هذا الدفع الذي أثاره أم أنه يجري على سنته العامة؟.

يرى بعض الفقهاء -عارضوا ومنتقدا- أن النص المذكور يلزمه بتحمل عبء إثبات هذا الدفع، ومن ثم خلس إلى القول بأن المشرع الجزائري قد اعتنق القاعدة العامة السائدة في المجال المدني، من ضرورة تحميل المدعى عليه عبء إثبات الدفوع التي يثيرها<sup>(2)</sup>.

وإلزام المشرع بهذا الاستنتاج محض اجتهاد في استجلاء موقف المشرع الجزائري في مسألة سكت عنها، ويلاحظ أنه يرى إمكان تفسير النص الجنائي بنص من القانون الخاص.

غير أنه وإن كان على المشرع الجزائري أن يفصل في المسألة محل البحث بأن يبين من هو المكلف بإثبات الدفوع، إلا أنه يمكن القول بأنه وإن كان قانون الجنسية -وهو من فروع القانون الخاص المرجع فيه من حيث الإجراءات إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية- يحمل عبء الإثبات لمن يدعي الجنسية أو ينفيها، فإنه لا يستلزم ذلك القول بتحميل القانون الجزائري هذا الحكم.

وتفسير ذلك أن النص الأول الخاص بإثبات الجنسية نص مدني في طبيعته، ومن ثم وجب خضوعه آليا لقواعد الإثبات المدني من تحميل مدعي الجنسية أو نافيها عبء إثبات ما يدفع به، وفاء لما تقرر من طبيعة النزاع وطبيعة الخصوم وطبيعة المصالح في المجال المدني، أما الفرض الثاني فإنه في المجال الجزائي وبناء على ذاتية القاعدة الجزائية واستقلاليتها وأيضاً طبيعة النزاع وطبيعة الخصوم في مجال الدعوى العمومية، فإنه يفرض تطبيق القواعد العامة في الإثبات الجزائي، من إبقاء المتهم في دائرة البراءة حتى تثبت جهة الادعاء عدم صحة الدفوع التي أثارها. زيادة على أنه لا يجوز أن يؤدي التفسير المنطقي للنص الجزائي أو التكييف المدني لبعض التصرفات المشككة لفعل جرمي، إلى نقل عبء الإثبات من ممثل الادعاء إلى المتهم؛ إذ إن الأصل في المتهم البراءة حتى تثبت

(1) من القانون 70-89 الصادر بتاريخ 15/12/1970م.

(2) هذا الرأي لأستاذنا: الأستاذ الدكتور محمد لخضر مالكي، المرجع السابق، ص 280.



الجهات القضائية إدانته، وعبء إثبات الإدانة أيا كان وصفه يقع دائما على عاتق جهة الادعاء، فلا يكون تفسيرا صحيحا ذلك الذي يؤدي إلى نقل عبء الإثبات ممن هو مكلف به قانونا وهي النيابة العامة إلى المتهم<sup>(1)</sup>.

## 2- عبء إثبات السلوك السليبي..

السلوك السليبي هو امتناع الشخص أو تقصيره في القيام بالالتزام القانوني الملقى على عاتقه، مما يفضي إلى نتيجة إجرامية؛ فإذا كان السلوك الإيجابي يتمثل في «فعل» فإن السلوك السليبي يتمثل في «امتناع أو عدم فعل»<sup>(2)</sup>، مثاله: أن تمتنع الأم عن إرضاع وليدها مما يؤدي إلى وفاته، ومثاله أيضا تقصير المؤمنين في الحفاظ على ما في عهدتهم من أمانات، مما يؤدي إلى هلاكها، فنكون في هذه الحال أمام جريمة بسبب سلوك سليبي<sup>(3)</sup>. وقد ذهب الفقه في تحديد من يقع عليه تحمل عبء إثبات السلوك السليبي إلى اتجاهين: الأول حملة للنيابة العامة؛ باعتبارها الجهة المكلفة بالإثبات إعمالا لأصل البراءة، وذهب البعض الآخر إلى تحميله للمتهم؛ باعتبار أن ذلك هو سبيل حصوله على البراءة مما نسب إليه.

وسبب الخلاف يرجع أساسا إلى الصعوبة البالغة حد الاستحالة العادية في بعض الحالات في التوصل إلى إثبات هذه الجريمة؛ لأن هذا النوع من الجرائم يقوم على اعتبارات ذاتية يصعب الكشف عنها، فامتناع الأم عن الرضيع مع ما جبلت عليه الأمهات، حتى من غير نوع الإنسان على العطف والحنان فطرة أو غريزة يجعل مظنة النسيان أو عدم اتزان العقل أو المرض الحائل قائمة، زيادة على أن الامتناع قد يكون من الرضيع نفسه لسبب ما، عضويا كان أم نفسيا<sup>(4)</sup>، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى الخروج عن القاعدة العامة ومن ثم إلزام المتهم بتبرئة نفسه من السلوك السليبي بإثبات قيامه بالتزامه القانوني، وهذا تفصيل القولين.

### أ- تحميل المتهم عبء إثبات عدم السلوك السليبي.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي يتزعمه "الفقيه جارسون" (Garçon) إلى أن تحميل النيابة إثبات السلوك السليبي أمر مستحيل، ومن ثم وجب تحميل المتهم عبء إثبات قيامه بالتزامه القانوني بما ينفي عنه الجريمة الناتجة عن السلوك السليبي، ويمثل لهذه الاستحالة تجرمة التشرد المنصوص عليها بموجب (المادة 278) من قانون العقوبات الفرنسي، والتي تتكون من ثلاثة عناصر: وهي عدم وجود محل إقامة معين للمتهم، وعدم وجود موارد للتعيش، وعدم وجود دخل للمتهم، وهذه العناصر الثلاثة مستحيلة الإثبات؛ إذ إنها متعلقة بشخص المتهم، وربما لا يجب الإفصاح عنها، ومن ثم فإن تحميل عبء الإثبات على النيابة العامة تكليف بمستحيل وهو أمر ممتنع قانونا وعقلا<sup>(5)</sup>.

(1) العوا: محمد سليم، تفسير النصوص الجنائية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مكتبات عكاظ، 1401هـ-1981م، ص122. نقلا عن:

Bassiouni, (m.c), substantive criminal law, P64.

(2) الصيفي: عبد الفتاح مصطفى، الأحكام العامة للنظام الجزائي، مطابع جامعة الملك سعود -السعودية-، 1416هـ/1995م، ص161.

(3) المتيت: أبو الزيد علي، جرائم الإهمال، نقلا عن مالكي، المرجع السابق، ص207.

(4) مالكي، المرجع نفسه، ص207-208.

(5) Garçon (E), code pénal annoté, paris, 1906, tome I, p 645 et suite.

وتنتيجة لذلك يرى هذا الاتجاه أن يكلف المتهم بإثبات براءته من تهمة التشرد بإثبات دخله، أو عمله ومحل إقامته، وإن كان غير مستعمل له، فإذا عجز عن ذلك كان عليه تحمل مخاطر العجز وتثبت الجريمة في حقه. وهذا القول مجاف للعدالة، إذ إنه يفترض في المتهم الإذنب وعليه أن يثبت عكس ذلك، وفي هذا إخلال بمبدأ أصل البراءة اللصيقة بالشخص مهما كانت جسامته الشبهات الحائمة حوله، وحنة الاستحالة التي استند إليها الاتجاه الأول مبرر خطير؛ إذ قد يشرع الباب واسعا لأن تكفي النيابة بالادعاء كلما عجزت عن الإثبات ويلقى العبء على المتهم، وهو ما يدعو إلى القول بأن على البريء أن يثبت براءته، وهي نتيجة أقل ما يقال عنها أنها مخالفة للمنطق والعقل، كما أنه يقتضي القول بأن المتهم حين يعجز عن إقامة الدليل على براءته يقدم دليل إدانته، وهذا مخالف لقواعد العدالة التي تقتضي بعدم إلزام المتهم بتجريم نفسه<sup>(1)</sup>.

### ب- تحميل النيابة عبء إثبات السلوك السليبي.

تزعّم "الفقيه غارو" (Garraud) القول بأنه ليس ثمة وقائع سلبية يكلف المتهم بإثباتها؛ لأن ذلك إخلال بمبدأ أصل البراءة؛ فجريمة التشرد التي يبنى عليها "جارسون" (Garçon) رأيه لا تلتزم فيها النيابة بإثبات أمر سليبي، حتى يحتج في ذلك بضابط الاستحالة، وإنما ينصب جهدها على إثبات الوقائع الإيجابية المقابلة للشروط السلبية، فتثبت عدم وجود محل إقامة للمتهم عن طريق إثبات تنقله وعدم استقراره، وتثبت إضافة لذلك عدم وجود وسائل للتعيش عن طريق إثبات فقره وعدم مكنته من توفير حاجيات حياته، وتثبت أخيرا عدم توفره على العمل عن طريق إثبات بطالته على الرغم من عدم وجود عائق عن العمل.

فكل هذه الوقائع هي أمور إيجابية وليست سلبية، ويمكن للنّابة إثباتها، وعند عجزها عن ذلك تعتبر هذه الوقائع غير متوافرة لكونها غير حقيقية؛ إذ لا يمكن إثبات بطالة عامل، ولا فقر من له وسائل عيش كافية، ولا تشرد من له محل إقامة حتى ولو لم يستعمله<sup>(2)</sup>.

زيادة على أن أغلب جرائم الركن السليبي تقوم على أساس الخطأ المفترض، كعدم مراعاة الأنظمة واللوائح، وكعدم التزام الحيطة والحذر إلى غير ذلك، فيكفي هنا أن تثبت النيابة العامة هذا الخطأ أو مكوناته، بالقياس على المجرى العادي للأمر، حتى تثبت قيام الركن المادي للجريمة<sup>(3)</sup>.

### ج- موقف المشرع الجزائري.

يبدو من خلال عدم نص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على من يتحمل عبء إثبات السلوك السليبي أنه تبني هذا الرأي الأخير، إعمالا للقاعدة العامة في الإثبات، والقاضية بإلقائه كاملا على عاتق جهة الادعاء، وفي عدم نصه إشارة إلى أن القاعدة أصبحت من المسلمات التي لا تحتاج إلى نص.

(1) مالكي، المرجع السابق، ص 209.

(2) GARAUD (R), traité théorique et pratique de l'instruction criminelle et de procédure pénal, 1929, Tome I, p 479-480. وبتاران، المرجع السابق، ص 12.

(3) مالكي، المرجع نفسه، ص 210.

غير أن ثمة استثناءات لبعض الجرائم جعلت فيها مهمة عبء إثبات السلوك السليبي للمتهم، نذكر منها مثلا واحدا إثارا للإيجاز؛ وهو ما نصت عليه (المادة 196) من قانون العقوبات الجزائري في شأن جريمة التشرد من أنه « يعد متشردا ويعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر كل من ليس له محل إقامة ثابت، ولا وسائل تعيش ولا يمارس عادة حرفة أو مهنة، رغم قدرته على العمل، ويكون قد عجز عن إثبات أنه قدم طلبا للعمل، أو يكون قد رفض عملا بأجر عرض عليه ».

فقد حمل النص المتهم خطورة عجزه عن إثبات أنه قدم طلبا للعمل، أو أنه رفض عملا قدم إليه، وهو مطالبة له بإثبات عدم هذا السلوك السليبي، زيادة على أن المشرع جعل وجود المتهم في الأوضاع الثلاثة المذكورة قرينة بسيطة مفترضة في أنه متشرد بدليل أنه يجوز إثبات عكسها.

وواضح أن صعوبة إثبات المتهم عدم قدرته على الحصول على عمل، أكثر استحالة من الإستحالة المدعاة في عدم قدرة النيابة العامة -وهي من هي- عن إثبات السلوك السليبي.

ولذلك فإن إلزام المتهم بإثبات الدفع، أو إثباته قيامه بالالتزام القانوني الذي ينفي عنه السلوك السليبي المشكل للفعل الجرمي، منافاة صارخة لمبدأ أصل البراءة؛ إذ إن في إلزامه عبء توفير الدليل على ما يثبت براءته هو دعوته لإثبات ما هو ثابت، وهذا في المنطق منافاة لقواعد النظر الصحيحة، إضافة إلى أنه تحميل لمخاطر العجز عن إقامة الدليل على عاتق المتهم، وفي هذا خطورة إدانة بريء لا لشيء إلا لأنه عجز عن إثباتها، وفي هذا هدم للعدالة وتهديد للناس في حياتهم، حتى يضحى كل فرد في المجتمع غير آمن من أخذه بالظنة والتهمة<sup>(1)</sup>.

على أنه وإن كان الواجب إعفاء المتهم من العبء القانوني في إثبات براءته فإنه لا يعني سلبه الحق في إثارة ما يمكنه أن يدفع به التهمة عن نفسه إذا تم إثباتها من جهة الادعاء، وهو ما تناوله فيما يلي.

### البند الثالث: حق المتهم في إثبات عدم المسؤولية.

مع أن النيابة العامة هي وحدها التي يقع عليها العبء الكامل للإثبات، سواء أعلق الأمر بإثبات وجود الوقائع التي تتأسس عليها المسؤولية الجزائية للمتهم، أم بإثبات عدم وجود الوقائع التي تعوق تلك المسؤولية؛ فإنه ينبغي أن نلاحظ أن المتهم على المستوى الواقعي لا يمكنه أن يتخذ من الاتهام الموجه إليه موقفا سلبيا محضاً، فمثل هذا الموقف إن أمكنه اتخاذه فيما يتعلق بالبحث عن الأدلة، فإنه لا يمكن منطقياً أن يتخذه في مرحلة تقدير الأدلة، ففي هذه المرحلة يبني القاضي حكمه على العقيدة التي تكونت لديه، وقد يكون لصمت المتهم أو لسلبيته أثر سيئ على تكوين القاضي لعقيدته، ومن هنا فإن المتهم يكون مضطراً حتماً لاتخاذ موقف إيجابي من الأدلة المقدمة ضده، على نحو نستطيع معه أن نقرر بأن المتهم يتحمل حقيقة جزءاً كبيراً من العبء في الإثبات، وهو ما يعرف بالعبء الفعال للإثبات ( *La charge effective de la preuve* ) وهو ما يغيّر العبء القانوني ( *La charge Jurédique de la preuve* ) الذي هو من التبعات الملقاة على جهة الادعاء. وتحمل المتهم للعبء الفعال

(1) مالكي، المرجع السابق، ص 211، وما بعدها؛ وانظره لزيادة الاستفصال فقد ذكر حالات أخرى، خرج فيها المشرع الجزائري الجزائري عن القاعدة العامة في إثبات الدعوى العمومية من إلزام النيابة العامة بذلك، من دون تقيد أو استثناء، وفصل فيها النقد والتوجيه.

للإثبات مرجعه إلى أنه هو وحده صاحب المصلحة الكبرى في الإثبات، لا سيما فيما يتعلق بالعناصر المؤثرة على المسؤولية الجزائية.

والواقع أن المتهم حين يتحمل العبء الفعال للإثبات، سواء بتقدم الأدلة التي تثبت وجود الواقعة المبيحة للفعل أو المعفية من العقاب، أو النافية للمسؤولية، فضلا عن حقه في مناقشة الأدلة التي تقدمها النيابة، إنما يستخدم حقه في الإثبات، وأي حكم يحول بينه وبين ما يراه من أدلة يكون على حد تعبير محكمة النقض الفرنسية مستحقا للنقض، لكن تقدم المتهم للدليل، أو بالأقل إثارته للشبهة الواضحة على وجود واقعة معفية أو مبيحة، يفرض على النيابة العامة أن تثبت أن مثل هذه الواقعة لم تحدث<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فإن عبء الإثبات يقع إذن من الناحية القانونية على النيابة العامة، ويشاركها في حمله من الناحية الواقعية المتهم، لكن هناك حالات يقرر القانون فيها بصريح النص ولاعتبارات خاصة وضع إثبات الواقعة المبيحة أو المعفية على عاتق المتهم، على نحو تعفى فيه النيابة العامة من عبء إقامة الدليل على عدم وجود الواقعة، كما تقدم بيانه في خصوص إثبات السلوك السلبي.

(1) أبو عامر، المرجع السابق، ص76 في إشارة إلى بعض المراجع الأجنبية.

## المبحث الثاني:

### سلطة القاضي الجزائي إزاء الإثبات.

للقاضي بالغ الأهمية في سير إجراءات العملية الإثباتية؛ إذ يرجع إليه الحكم على أدلة الإثبات بالقوة والكفاية في إنتاج أثرها وفي دلالتها على مضمونها، أو الحكم عليها بالضعف والتهافت، ومن ثم الحكم بإدانة المتهم أو بإخلاء ساحتها. ويختلف مدى هذا الدور -سعة وضيقا- بحسب تحديد سلطته إزاء العملية الإثباتية، وتصرفه في الأدلة المعروضة أمامه، والقيود الواردة عليه من أجل كفالة حسن سير المحاكمة وضمانا لعدم الجور والاعتساف في استعمال سلطته، وهو ما تفصل القول فيه في المطلبين الآتين: الأول حول سلطة القاضي الجزائي إزاء الإثبات في الشريعة الإسلامية، والثاني حول سلطته في القانون الوضعي.

#### المطلب الأول: سلطة القاضي الجزائي إزاء الإثبات في الشريعة الإسلامية.

نبحث هذا المطلب في ثلاثة فروع؛ الأول حول طبيعة نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية، والثاني في استخلاص القاضي للحقيقة من قرائن الأحوال، والثالث في قضائه بناء على علمه الشخصي.

#### الفرع الأول: طبيعة نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية.

يتفق الفقه الجنائي الإسلامي على أن للقاضي في نطاق جرائم التعزير أن يستخلص حقيقة الأمر في شأن الواقعة الإجرامية من أي دليل يطرح أمامه<sup>(1)</sup>، بشرط أن يكون الدليل وضعيا أي مطروحا للنقاش أمامه بالجلسة، ومشروعا بأن لا يكون ناجما عن إكراه أو تهديد، أو وليد تجسس أو أي طريق لا يقره الشرع، وأن يكون قطعيًا بأن لا يتطرق إليه احتمال شك ولا تعتربه شبهة، على ما سيأتي تفصيله.

وهذا الذي ذكرناه من حرية الإثبات، الاتفاق فيه مقصور على جرائم التعزير وحسب، أما الجرائم التي تستوجب العقوبات المقدرة؛ وهي جرائم الحدود والقصاص، فإن الفقه متفق على أنها تثبت بالشهادة والإقرار فيها جميعا، وبالقسامة فيما يتعلق بجرائم القصاص. غير أن الفقهاء مختلفون في شأن الإثبات بالقرائن وعلم القاضي؛ أي المعلومات الشخصية المتحصلة له سواء قبل توليه منصب القضاء أم بعده، وسواء كان ذلك في دائرة اختصاصه المكاني أم خارجه، على تفصيل يأتي ذكره إن شاء الله.

وأصل الخلاف في هذه المسألة مرده إلى الاختلاف في شأن نظام الإثبات في نطاق جرائم الحدود والقصاص؛ هل هو نظام مقيد يلتزم فيه القاضي بأدلة معينة ومحددة على سبيل الحصر، وهي الشهادة والإقرار والقسامة، فيحكم بموجبها ولو كان ذلك مخالفا لما رسخ في قناعته الشخصية، أم أنه نطاق مطلق، للقاضي فيه حرية الإثبات بما يراه موصلا إلى الكشف عن الحقيقة الواقعية في شأن الواقعة الإجرامية المعروضة أمامه، وليس

(1) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية وبهامشه الفتاوى البيزانية، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بلا تاريخ،

عليه حينئذ إلا أن يعمل فكره في استخلاص تلك الحقيقة من أي مصدر جاءت، وبأي وسيلة كانت، بشرط أن لا تخرج عن نطاق الشرعية، ولا عتاب عليه بعدئذ فيما وصل إليه ما دام متحصلا من قناعة راسخة لديه.

فذهب جمهور الفقهاء إلى القول بخصر الأدلة في طائفة معينة: وهي الشهادة والإقرار أساسا؛ بناء على أن النصوص الشرعية واردة بها حصرا، وفي فتح باب الأدلة على مصراعيه وعدم الاعتبار في الإثبات بطرق معينة تطمئن إليها النفوس، تعريض لأرواح الناس للتلف والضياع، وذلك لأن حاكما ظلما لا يعدم أن يقول ثبت عندي كذا بأمارة كذا؛ من أجل هذا وجب حصر الأدلة وعدم التوسع فيها، حماية للناس من جور القضاة وتعسفهم وانحيازهم<sup>(1)</sup>.

وذهب بعض الفقهاء -وأبينهم رأيا الإمام ابن القيم- إلى إطلاق الأدلة؛ فأجازوا إثبات أي دعوى سواء كانت واردة على جرائم الحدود، أم جرائم القصاص والدية، أم جرائم التعازير، بأي دليل كان؛ بناء على أن الغاية من قضاء القاضي تحقيق العدل، وإعطاء كل ذي حق حقه، بلا وقف على وسيلة من الوسائل مادامت مشروعة، بل إن من الأدلة ما يحقق القطع لدى القاضي فيما يبحث عن إثباته أكثر مما تحققه الشهادة والإقرار، ومن ثم فأى طريق يتوسم فيه الإيصال إلى الحق وتحقيق العدل والقسط فهو من شرع الله ودينه، بل إن البيئة في كلام الشارع الحكيم كتابا وسنة، وفي كلام الصحابة -رضوان الله عليهم- اسم شامل لكل ما يتبين به الحق وتنجلي به الحقيقة، وليست كما خصها فقهاء المذاهب بالشهادة والإقرار، مما جر إلى القول بالحصص المدعى<sup>(2)</sup>.

ومذهب الجمهور في تقييد أدلة الإثبات، حدا ببعض فقهاء القانون الوضعي إلى القول بأن توافر العدد المطلوب من الشهود طبقا للشروط المطلوبة، يؤدي إلى حكم القاضي مهما كان اقتناعه الشخصي؛ أي أن الشريعة الإسلامية بينت وسائل الإثبات والقيمة التي تعطى لكل واحد منها، وبالتالي فإن نظام الإثبات الجزائي الإسلامي هو نفسه نظام الأدلة القانونية<sup>(3)</sup>.

بينما يتجه جانب من الفقه القانوني المعاصر إتجاهها وجيها تدعمه التطبيقات العملية وصنيع الفقهاء القدامى في كتبهم؛ مفاده أن نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية ليس نظاما قانونيا بحتا، ولا نظاما معنويا بحتا، وإنما هو نظام وسط؛ فإذا كانت الأدلة التي تتطلبها الشريعة الإسلامية متوافرة، فإن القاضي لا يمكنه أن يحكم بالإدانة إلا إذا اقتنع بذلك، وأن قيام الدليل بشروطه لا يلزم القاضي بتوقيع العقوبة إلا إذا اقتنع بصحة الدليل<sup>(4)</sup>. فاشتراط طرق معينة للإثبات في الشريعة الإسلامية إنما هو قيد مقرر لمصلحة المتهم، وموجه أساسا إلى القاضي؛

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق محمود مطرجي وآخرين، دار الفكر -لبنان-، 1414هـ/1994م، ج 17 ص 313. وابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 333.

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين عبد الحليم، المكتبة العصرية -بيروت-، 1407هـ/1984م، ج 01 ص 89. وهو محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، من أركان الإصلاح الإسلامي، وأحد كبار العلماء، إمام محقق له تصانيف كثيرة، ولد بدمشق وتوفي بها سنة 751هـ. الزركلي: خير الدين، الأعلام، الطبعة السادسة، دار العلم للملايين، بيروت -لبنان-، 1984م، ج 06 ص 56.

(3) Marneur (François), essai sur la théorie de la preuve en droit musulman، نقلا عن الغماز: د. إبراهيم، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دار عالم الكتب -القاهرة-، سنة 1980، ص 674.

(4) الغماز، المرجع نفسه، ص 664.

بحيث لا يجوز له أن يقبل في الإثبات ما هو أدنى في الدلالة على ثبوت نسبة الجريمة إلى المتهم من هذه الطرق، ولكن القاضي يلتزم في الوقت نفسه بألا يكون دوره شكليا أو آليا بحثا بحيث يقضى بالإدانة والعقوبة بمجرد أن تقوم لديه بينة مما حددته الشريعة الإسلامية، وإنما على القاضي أن يزن الدليل بميزان ضميره بحيث لا يقضى بالإدانة إلا وقد ثبت لديه يقينا ارتكاب المتهم للجريمة، وقد يقال إن القاضي ملزم بالقضاء بما يثبت لديه بالبينة الصحيحة التي لا شبهة فيها، وهذا مسلم به إذا علمنا أن صحة البينة مسألة يجب على القاضي التيقن منها، فإذا ثبت صحتها لديه كان ذلك هو الطريق لثبوت ما بيته، وبذلك فقط يصح قضاؤه<sup>(1)</sup>.

أما حين تتخلف الأدلة التي اشترطت الشريعة توافرها، فإن القاضي لا يجوز له أن يقضى بالعقوبة المقررة ولو غلب على ظنه ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه؛ لأن هذه الأدلة مقررة لمصلحة المتهم بحيث لا تجوز إدانته إلا بمقتضاها<sup>(2)</sup>.

وهذا الموقف من الفقه الإسلامي في رسمه طرقا معينة للإثبات لا يجوز للقاضي أن يقضى بالعقوبة المقررة شرعا إلا إذا توافرت له الأدلة التي تتطلبها الشريعة حصرا، إنما هو للحرص الشديد على التضييق من نطاق توقيع العقوبات، بل إن الشريعة - تحقيقا لهذا الحرص في التضييق - أباحت للقاضي أو من كان في مجلسه بأن يستفصل الشهود محاولا إيجاد ما تنتقض به شهادتهم، كظهور التناقض في أقوالهم، أو التضارب بينهم في ذكر المشهود به على الوجه الصحيح، كما أباحت له أيضا أن يقبل في النفي أي دليل يطرح أمامه، دون تقييده في ذلك كما هو الحال في دليل الإثبات؛ إذ يقبل في ذلك القرينة وشهادة الواحد والاثنين في نفي الزنا، وشهادة النساء بالبكارة، وكل ما من شأنه أن يثير الشبهة ليتنفي بها الحد أو القصاص عن المتهم، كما قيدت القاضي بجملة من الضمانات في صالح المتهم ليحوز حكمه وصف الصحة والمقبولية؛ وتتمثل على وجه الإجمال كما سلف البيان في وضعية الدليل، وفي قطعيته، وفي إلزام القاضي بالحياد، وأخيرا في تسيب الأحكام، وهي ضمانات لا تختلف فيها الشريعة والقانون، من حيث الأصل إلا في اليسير من التفصيلات التي يختلف فيها فقهاؤها أنفسهم، نشير إليها في حينها.

وعليه فإنه يجب على القاضي سماع الأدلة واستكمالها فإذا ترك ذلك متعمدا كان جائرا، ويجري عليه حكم القاضي الجائر؛ وهو الذي يتحيز لأحد الخصوم والقاضي الجائر يلزمه في أحكام الشريعة الإسلامية الضمان في ماله ويعزل عن القضاء<sup>(3)</sup>.

كما يجب عليه أيضا تسيب حكمه بالإدانة أو البراءة من أجل أن يقتنع المحكوم عليه بالحكم من جهة، ويقتنع الكافة بسلامة القضاء من جهة أخرى. جاء في المسوط «ينبغي على القاضي أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع يقتضي القضاء عليه فلم يكن غيره ليكون

(1) العواء، المرجع السابق، ص 98. وانظر: EL-AWA (M<sup>td</sup> S) Punishment in islamic law, Ed Amirican trust Publication, Indianapolis, USA, 1982, p130 and following

(2) أبو زهرة، العقوبة، ص 219.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 05 ص 418.

ذلك أدفع لشكايته الناس ونسبته إلى أنه جار عليه»<sup>(1)</sup>. ويتبين من هذا النص أن ضوابط التسبب الشرعية تتمثل فيما يلي :

أولاً: وضوح الحكم بحيث لا يشوبه اللبس أو الغموض.

ثانياً: بيان فهم القاضي لحجج المحكوم عليه، وإلمامه بكل عناصرها إلاماً تاماً، وعدم إغفاله جانباً منها في حكمه.

ثالثاً: بيان الحكم الشرعي لواقعة النزاع ومخالفة ما يدعيه المحكوم عليه لأحكام الشريعة، ومن الأحكام الشرعية ما يتصل بالموضوع، ومنها ما يتعلق بالإجراءات، وعلى القاضي بيان ما يعرض له الخصوم منها من أسباب قضائه والإشارة إلى مصادرها المحددة في التشريع الإسلامي<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: استخلاص القاضي للحقيقة من قرائن الأحوال.

يثير الحديث عن سلطة القاضي الجزائي في الإثبات مدى حجية استخلاصه للحقيقة الواقعية - التي هي الهدف الأساس للدعوى الجزائية - من قرائن الأحوال، وقد آثرت تناول هذا الموضوع في هذا المبحث بدلاً من المبحث الثالث المتعلق بأدلة الإثبات؛ على اعتبار أن قرائن الأحوال هي نشاط عقلي للقاضي في مقابلة الأشياء والمقارنة بينها، وليست دليلاً بشرائطه وأركانها، ويستفاد هذا من مفهوم القرينة عند فقهاء الاصطلاح.

والقرينة في اللغة تعني المصاحبة والتلازم، ويشهد لذلك نصوص الكتاب وعيون شعر الاحتجاج<sup>(3)</sup>، أما في الاصطلاح الفقهي فهي أمر ظاهر يصاحب خفياً فيدل عليه<sup>(4)</sup>، ومثال ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 16 ص 266.

(2) وقد عرفت كتابة الأحكام في صدر الإسلام، حيث أنشأ عمر بن الخطاب الدواوين، ومنها ديوان كانت تودع فيه الصحف والسجلات، وهي كتب القاضي التي تحوي الأحكام القضائية، وكانت توضع في أعلاها علامة القاضي وتظل في حوزته ليحتج بها الخصوم عند اللزوم. حسن: إبراهيم، تاريخ الإسلام، الطبعة السابعة، دار الأندلس، بيروت، 1964م، ج 01 ص 444 وما بعدها.

(3) ومنه قوله تعالى: ﴿ قال قاتل منهم إني كان لي قرين ﴾ [الصفوات/51]، أي مصاحب وملازم، وقوله تعالى: ﴿ ومن يعيش عن ذكر الرحمن نقيض له شيطاناً فهو له قرين ﴾ [الزحرف/36]، وقوله أيضاً: ﴿ ومن يكن الشيطان له قريناً فساء قريناً ﴾ [النساء/38] قال القرطبي: (فهو له قرين) أي ملازم ومصاحب، ومن قرينة الرجل زوجته، أي مصاحبته وملازمته، والقرينة الناقية تشد إلى الأخرى فتلازمها، والنفس لأنها ملازمة لصاحبها، وجبال قرائن أي متقابلة متلازمة، قال تآبط شرا:

وحثت مشعوف النجاء وراعني \* أناس بفيضان فمزت القرائنا

ومن مشتقاتها القران وهو الزواج، والجمع بين حجة وعمره، وأن تقرن بين عمريين تأكلهما، والقرن الحبل يقرن بين شيتين فيتلازمان، قال تعالى:

﴿ وترى المجرمين يومئذ مقرنين في الأصفاد ﴾ [إبراهيم/49]، ومنه قول جرير:

بلغ خلفتنا إن كنت لاقية من \* أن لدى الباب كالمشودود في قرن

أنظر: ابن منظور: جمال الدين، لسان العرب، تحقيق عبد القادر سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت، - بلا تاريخ، مادة (قرن)، ج 05 ص 3612-3613، والفيروزآبادي، المرجع السابق، فصل القاف باب النون، ج 04 ص 258.

(4) استخلص هذا التعريف من الجواب الحاصل من مجموعة من التعريفات المتعددة، إما بأنها لم تجمع جميع أفراد المعرف، وإما أنها لم تمنع ما هو خارج عن المعرف من الدخول فيه، وإما لأنها مبهمة لا تحدد مفهوم القرينة بشكل واضح وديق، ومنها تعريف الجرجاني في قوله: « القرينة أمر يشير إلى المطلوب»، انظر الشريف الجرجاني، المرجع السابق، ص 199. وهو تعريف مبهم لا يحدد القرينة تحديداً تاماً ولا يبين حقيقتها وماهيتها بل يشير إلى القرينة الضعيفة التي تكون دلالتها مجرد إشارة وإيماء، ومنها أيضاً تعريف مجلة الأحكام العدلية بقولها: « القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين»، =



البكر تطلب للزواج: «رضاها صماها»<sup>(1)</sup> فجعل الصمت وما يصاحبه من حياء واحمرار الوجه قرينة على الرضا، وقد اختلف الفقهاء في حجية القرائن في إثبات العقوبات المقدرة على قولين تناولهما فيما يأتي:

**البند الأول: إثبات العقوبات بالقرائن القوية القاطعة بنسبة الفعل الجرمي إلى المتهم به.**

وهو مقتضى قول المالكية، وما ذهب إليه ابن القيم وشيخه ابن تيمية<sup>(2)</sup> من الخنابلة، وابن الغرس<sup>(3)</sup> من الحنفية.

أما المالكية<sup>(4)</sup> فإنهم وإن تعرضوا في إثبات الحدود لظهور الحمل بمن لا زوج لها ولا سيد، ووجود رائحة الخمر فيمن يشتبه بأنه شربها، ولم يتعرضوا لغيرها اعتباراً بأن دلالة الحمل ورائحة الخمر قطعية في نسبة الجريمة إلى المتهم، ولا تنتفي عنه بمجرد ادعاء الشبهة كما سيأتي تفصيله - إن شاء الله - وهو وصف غير متوفر في باقي القرائن التي عرفت عندهم اعتماداً منهم على المعارف العلمية التي كانت متوفرة لديهم في تحقيق الجنايات، إلا أن مقتضى مذهبهم أن كل قرينة أفادت أن نسبة الفعل الجرمي إلى المتهم نسبة قطعية، وجب إعمالها والتعويل عليها، وبدلنا لذلك ما صرح به فقهاء المذهب في إعمال القرائن مطلقاً إذا توافر فيها القطع، ومن ذلك أن الإمام القراني جعل الحجاج التي يقضى بها الحاكم سبعة عشر حجة ذكر منها القسامة والقافة وقمط الحيطان وشواهدا واليد، وهذه كلها قرائن وأمارات وقال - رحمه الله - «ويعتد أبداً الترجيح بالعوائد وظواهر الأحوال، والقرائن فيحصل لك من هذا النوع ما لا ينحصر عدده»<sup>(5)</sup>، ولم يستثن حداً ولا غيره فجاء كلامه على عمومته. أما الإمام القرطبي فقد قال

=أنظر مجموعة من الفقهاء، مجلة الأحكام العدلية في الدولة العثمانية، بشرح علي حيدر، الطبعة الأولى، دار الجليل، بيروت - لبنان، 1991، الباب الثاني من بيان الحجج الخطية والقرينة القاطعة، المادة 1741، ج 04 ص 484، ويرد على هذا التعريف بأنه لا يبين حقيقة القرينة وماهيتها بل يعرفها بالمرادف وهي الأمانة زيادة على أنه قد اقتصر على القرينة القاطعة.

(1) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر أو الثيب إلا برضاها عن عائشة رضي الله عنها، رقم 5137، ج 09 ص 191 وأخرج نحوه عن أبي سلمة أن أبا هريرة حدثهم أن النبي صلى الله عليه وسلم - قال: « لا تنكح الأم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن»، قالوا يا رسول الله وكيف إذها؟ قال: « أن تسكت ». المرجع نفسه، رقم 5136، ج 09 ص 191، واللفظ له. ومسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ج 09 ص 202-205. ومالك الموطأ مع شرح الزرقاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1401هـ - 1990م، كتاب النكاح، باب 362 استئذان البكر والأم في نفسها، (1137)، ج 03 ص 364. وأبو داود، سنن أبي داود، مراجعة وضبط وتعليق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر - لبنان، بلا تاريخ، كتاب باب في الاستئمار، (2092)، ج 02 ص 231. والترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، وقال حديث حسن صحيح، ج 05 ص 23. والنسائي: الإمام أبو عبد الرحمن أحمد، سنن النسائي مع شرح السيوطي، دار الكتب العلمية، لبنان، بلا تاريخ، كتاب النكاح، باب في استئذان البكر في نفسها، ج 06 ص 84-86، وصححه الألباني: المحدث ناصر الألباني، صحيح سنن النسائي باختصار السند، مكتب التربية العربي لدول الخليج - الرياض، 1409هـ/1988م، (3058)، ج 02 ص 688.

(2) هو أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم النميري الحارثي الدمشقي، حنبلي المذهب، شيخ الإسلام العالم المجتهد، له تصانيف كثيرة، ولد بدمشق ونشأ بها، وبقلعتها توفي سنة 728هـ، الأعلام، ج 01 ص 144.

(3) هو محمد بن محمد بن خليل بن الغرس، فاضل من فقهاء الحنفية، غاية في الذكاء، ولد بالقاهرة، وبها توفي سنة 894هـ. الأعلام، ج 07 ص 52.

(4) القراني، الفروق، ج 04 ص 75.

(5) القراني، المرجع نفسه، ج 04 ص 75. وهو شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الصنهاجي، مصري المولد والنشأ والرفاة، له كتب جليلة القدر

في الفقه والأصول، توفي سنة 684هـ، من كتبه: الفروق في القواعد، والذخيرة في الفقه، وتنقيح الفصول في علم الأصول. الأعلام، ج 01 ص 94.

في تفسيره لقوله تعالى: ﴿وجاءوا على قميصه بدم كذب﴾ [يوسف/من الآية 18]: «استدل الفقهاء بهذه الآية في أعمال الإمارات في مسائل من الفقه كالقسامة وغيرها، وأجمعوا على أن يعقوب -عليه السلام- استدل على كذبهم بصحة القميص، وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الإمارات والعلامات إذا تعارضت، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح، وهي قوة التهمة، ولا خلاف بالحكم بها»، ثم ذكر أمثلة على أن شريحا وإياس بن معاوية كانا يعملان على العلامات في الحكومات<sup>(1)</sup>.

أما ابن الغرس من الحنفية فإن كلامه في الفواكه البدرية - كما نقل عنه ابن عابدين - يقتضي اعتبار القرائن الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به طريقا لإثبات جميع الحقوق حدا كان أم غيره؛ إذ لم يستثن حقا بل ترك كلامه على عمومته، وهو مسلك منه يدل على العمل بالقرائن لإثبات جميع الحقوق، إذ ترك الاستفصال عند اقتضاء الحال يكسو الكلام ثوب العموم في المقال، فيقول ما نصه: «والحجة وهي إما البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضي بما يريد أن يقضي به أو القرائن الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به»، ثم ضرب مثلا في الحكم بالقرينة في الدماء<sup>(2)</sup>.

أما الإمام ابن تيمية فإنه وإن لم يكن يذكر الاستدلال بالقرائن صراحة، إلا أنه بنى عليها بعض الأحكام؛ من ذلك استدلاله على زنا المرأة بظهور الحمل بها وليس لها زوج ولا سيد ما لم تدع شبهة، وأيضا قوله بإقامة الحد على من وجدت منه رائحة الخمر أو رؤي يتقيؤها، وهو مسلك يدل على اعتبار القرائن القوية الواضحة<sup>(3)</sup>. وأكثر من أوضح مذهبه في هذا الشأن الإمام ابن القيم في كتبه الثلاثة: الطرق الحكمية، وزاد المعاد، وإعلام الموقعين، فقد اعتبر -رحمه الله- البينة الواردة في النصوص غير مقصورة على طريق معين، بل كل ما أبان الحق وأظهره، وأنها -أي البينة- بهذا المعنى الواسع يثبت بها كل حق سواء أكان حدا أم غيره، ثم قال: «فالشارع لم يبلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال، بل من استقرأ الشرع وجده شاهدا لها بالاعتبار ومرتبنا عليها الأحكام»<sup>(4)</sup>، ويزيد هذا وضوحا ما قاله في إعلام الموقعين: «والمقصود أن الحاكم يحكم بالحجة التي ترجح الحق إن لم يعارضها مثلها»<sup>(5)</sup> وفي الحدود والدماء خاصة وهي مقصودنا هنا، يقول: «والمقصود أن الشارع لم يقف

(1) القرطبي: أبو عبد الله محمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق إبراهيم أطفيش، بلا معلومات، تفسير سورة يوسف -عليه السلام-، ج 09 ص 150. وهو محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري، أندلسي من قرطبة، فقيه مالكي، عرف عنه الإنصاف وعدم التعصب، من كبار الفقهاء والمفسرين، له تصانيف كثيرة، توفي في أسبوط سنة 671هـ. الأعلام، ج 05 ص 322. وشريح هو ابن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي أبو أمية، أسلم في حياة النبي -صلى الله عليه وسلم-، حدث عن عمر وعلي وعبد الرحمن بن أبي بكر وحدث عنه الكثير، من أشهر القضاة الفقهاء، وهو ثقة يؤخذ عنه الحديث، ولي قضاء الكوفة سنة 60هـ، وتوفي بها وقيل بالبصرة سنة 70 وقيل 78. السير، ج 04 ص 100 وما بعدها، الأعلام، ج 03 ص 161. وإياس هو ابن معاوية بن قره المزني أبو وائلة قاضي البصرة، يضرب المثل بذكائه وفطنته، كان عجيب الفراسة، توفي بواسط سنة 122هـ. الأعلام، ج 02 ص 33.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 05 ص 354. وهو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، الدمشقي الحنفي فقيه أصولي ولد بدمشق سنة 1198 في 21 ربيع الثاني، من تصانيفه: رد المختار على الدر المختار، وعقود الآلي في الأسانيد العوالي، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية.

انظر: كحالة: عمر رضا، معجم المؤلفين، مكتبة المثنى ودار إحياء التراث العربي -بيروت-، بلا تاريخ، ج 09 ص 77، الأعلام، ج 05 ص 322.

(3) ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، موفم للنشر، بلا تاريخ، ص 133.

(4) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، بلا تاريخ، ص 12.

(5) ابن القيم، الإعلام، ج 01 ص 89.

الحكم في حفظ الحقوق على شهادة ذكركين لا في الدماء ولا في الأموال ولا في الفروج، بل قد حد الخلفاء الراشدون والصحابة -رضوان الله عليهم- في الزنا بالحبيل وفي الخمر بالرائحة والقيء، وكذلك إذا وجد المسروق عند السارق كان أولى من ظهور الحبيل والرائحة في الخمر»<sup>(1)</sup>، وهذا ظاهر في توضيح مذهبه في إثبات العقوبات بالقرائن.

ثم يقرر -رحمه الله- أن عدم الاعتداد بالقرائن يترتب عليه إضاعة كثير من الحقوق فيقول: «والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده الحالية والمقالية، كفقهاء في كليات الأحكام، أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه، ولا يشكون فيه اعتمادا على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه، وقرائن أحواله»<sup>(2)</sup>، وقال في شرحه كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري -رضي الله عنهم- في القضاء عند قوله " فافهم إذا أدلي إليك " : « ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بتوعين من الفهم؛ أحدهما: فهم الواقع والفقهاء فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما، والسنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله تعالى الذي حكم به في كتابه الكريم أو على لسان رسوله -صلى الله عليه وسلم- في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر، فمن بذل جهده واستفرغ وسعه لم يعدم أجرين أو أجرا في ذلك، فالعالم يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله تعالى ورسوله -صلى الله عليه وسلم- كما توصل شاهد يوسف -عليه السلام- بشق القميص من دبر، إلى معرفة براءته وصدقه، وكما توصل سليمان -عليه السلام- بقوله: "أتتوني بالسكين حتى أشق الولد بينكما" إلى معرفة الأم » إلى أن يقول: « ومن تأمل الشريعة وقضايا الصحابة -رضي الله عنهم- وجدها طافحة بهذا، ومن سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم»<sup>(3)</sup>، وأفاض في الرد على من قال بأن بعض القرائن مخالفة للأصول وأثبت بالأدلة موافقتها لها وبين اعتبار الشارع لها وبناء الأحكام عليها.

هذا، وقد استدل من قال بالقرائن طريقا لإثبات الحدود بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة، وأقوال الصحابة وأفعالهم، وبما تقضي به العقوبة الصريحة نذكر طرفا منها إثارة للإيجاز:

أولا: من الكتاب.

1- قوله تعالى في قصة يوسف -عليه السلام-: ﴿وجاءوا على قميصه بدم كذب﴾ [يوسف/من الآية 18]، ووجه الاستدلال أن إخوة يوسف -عليه السلام- لما حبكوا حبكتهم، وأرادوا جعل الدم في القميص علامة على صدقهم فيما يدعون، قرن الله عز وجل بها علامة تعارضها وتدفعها، وهي سلامة القميص من التمزيق؛ إذ لا يتصور أن يوكل يوسف ويسلم القميص، قال ابن العربي: «قد استدل يعقوب -عليه السلام- بالعلامة، فروى العلماء أن

(1) ابن القيم، المرجع السابق، ج 01 ص 87.

(2) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 04.

(3) ابن القيم، الإعلام، ج 01 ص 87-88، والحديث رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب إذا ادعت المرأة ابنا (6969)، ج 01 ص 55؛ ومسلم، كتاب الأقضية، باب اختلاف المجتهدين، ج 12 ص 18-19، واللفظ له؛ والنسائي، باب حكم الحاكم بعلمه، ج 08 ص 234-236؛ وصححه الألباني، (4992)، ج 03 ص 1095.

الإخوة لما ادعوا أكل الذئب له (أي يوسف) قال: أروني القميص فلما رآه سليما قال: لقد كان هذا الذئب حلّيما» ثم أردف « وليس هذا بمناقض لقوله عليه السلام - البينة على المدعي واليمين على من أنكر، فالبينة إنما هي البيان، ودرجات البيان تختلف بعلامة تارة وبأمانة أخرى وبشاهد أيضا، وبشاهدين ثم بأربع»<sup>(1)</sup>

2- قوله تعالى: ﴿فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية في رحل أخيه، ثم أذن مؤذنا أيتها العير إنكم لسارقون، قالوا وأقبلوا عليهم ماذا تفقدون، قالوا: نفقد صواع الملك ولن جاء به جمل بعير وأنا به زعيم، قالوا: تالله لقد علمتم ما جئنا لنفسد في الأرض وما كنا سارقين، قالوا: فما جزاؤه إن كنتم كاذبين، قالوا: جزاؤه من وجد في رحله فهو جزاؤه كذلك نجزي الظالمين﴾ [يوسف/70-75]، ووجه الاستدلال بهذه الآيات من ثلاثة أوجه<sup>(2)</sup>:

الأول: أن توجيه التهمة إلى إخوة يوسف كان بناء على قرينة وجودهم في المكان الذي سرق فيه الصواع.

الثاني: أن دفع إخوة يوسف التهمة عن أنفسهم، وتأكيدهم لبراءتهم كان باعتمادهم على قرائن ذكرها أهل التفسير، ترجع في مجملها إلى زهدهم وورعهم عن أكل أموال الناس، وسيرتهم الحسنة، فإنهم قد تربوا في بيت نبوة، ونشؤوا في محضن رسالة.

الثالث: أن استخراج الصواع من وعاء أخي يوسف - عليه السلام - قرينة ظاهرة في أنه هو السارق، وإن لم يكن في حقيقة الحال كذلك إلا أنهم حكموا بظاهر الحال، ولهذا قال إخوة يوسف لأبيهم - عليهم السلام جميعا - : ﴿يا أبانا إن ابنك سرق وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [يوسف/ من الآية 81] اعتمادا منهم على ما ظهر من قرينة حيازة الشيء المسروق، جاء في أحكام القرآن: «إنما أخبروا عن ظاهر الحال لا عن باطنها، إذ لم يكونوا عاملين بباطنها»<sup>(3)</sup>.

وقد يرد على الاستدلال بهذه الآيات بأنها شرع من قبلنا ولا يستقيم الاستدلال بها على أحكام شرعنا؛ إذ فيه ما يغنيها وقد نسخ ما سبق من أحكام الشرائع السابقة<sup>(4)</sup>، وقد أجيب على هذا بأجوبة كثيرة منها:

(1) ابن العربي: أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد الجاوي، دار الفكر - بيروت، بلا تاريخ، ج 03 ص 1085. وابن العربي هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، وكنيته أبو بكر، الإشبيلي المالكي، قاض من الحفاظ، وله تصانيف كثيرة، في مختلف فنون العلم، ولي قضاء إشبيلية، ومات بقرب فاس، سنة 543هـ. الأعلام، ج 06 ص 230.

(2) ابن الجوزي عبد الرحمن، زاد المسير في علم التفسير، تحقيق د. محمد بن عبد الرحمن بن عبد الله، الطبعة الأولى، دار الفكر - بيروت، 1987م، تفسير سورة يونس، الآيات 73-74-75، ج 04 ص 196. وانظر القرطبي، المرجع السابق، ج 09 ص 234.

(3) الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا تاريخ، ج 03 ص 176.

(4) اختلف الأصوليون في هذه المسألة على رأيين: الأول وهو قول أكثر الحنفية، وجمهور المالكية، وجمع من أصحاب الشافعي منهم الشيرازي، ورواية عن أحمد، فقد ذهبوا أن شرع من قبلنا شرع لنا، والثاني وهو قول جمهور الشافعية والمتكلمين، الذين ذهبوا إلى أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا، واستدل كل فريق بأدلة تقوي جانب الصواب عنده، ليس المقام بمتمسك لذكرها، ولزيادة الاستفصال انظر: الشيرازي: أبو إسحاق، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق محمد حسن هيتو، دار الفكر - بيروت، 1980م، ص 285-286. التفتازاني: سعد الدين، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح، ومعه صدر الشريعة: عبيد الله بن مسعود، التوضيح في حل غوامض التنقيح، دار الكتب العلمية - بيروت، بلا تاريخ، ج 02 ص 16-17. ابن قدامة: موفق الدين المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت، ص 82-83.

أ- عدم التسليم بأن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا، إذ إن المصالح والعادات لا تختلف فيها الشرائع ولكنه قد يختلف وجودها من وقت لآخر، فإذا وجدت فلا بد من اعتبارها والأخذ بها<sup>(1)</sup>.

ب- أنه ما من شيء أنزله الله عز وجل علينا إلا ولنا فيه فائدة وعبرة، وقد أمرنا الله عز وجل بالاقتداء بالذين هداهم<sup>(2)</sup>، فأية يوسف -عليه السلام- بما فيها من دلالة على العمل بالقرائن واعتبارها مقتدى بها معول عليها<sup>(3)</sup>.

3- قوله تعالى في اللعان: ﴿ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين﴾ [النور/08]، فالمرأة إذا نكلت عن أيمان اللعان يثبت عليها بمجرد النكول حد الزنا وترجم، فنكولها إذن قرينة قوية ظاهرة على صدق الرجل فيما رماها به من الزنا، فجعل لعانه ونكولها في الثبوت كشهادة الشهود، وكثير من القرائن والأمارات أقوى من النكول.

### ثانيا: من السنة.

1- عن عطية القرضي -رضي الله عنه- قال: «كنت في سبي بني قريضة فكانوا ينظرون -أي الصحابة- فمن أنبت قتل ومن لم ينبت لم يقتل، فكنت فيمن لم ينبت»<sup>(4)</sup>، ووجه الدلالة أن الإنبات قرينة واضحة على البلوغ، وقد عرف هذا بالمشاهدة والاستقراء وهي كقرينة الاحتلام بالنسبة للذكر، وبروز الثديين بالنسبة للأنثى، وقد رتب الشارع على هذه الأمارات أحكاما كثيرة في أبواب الفقه المتنوعة فظاهر الحديث يدل على اعتبار القرينة الظاهرة في الدماء.

ورد بأن الإنبات ليس حدا للبلوغ، وإنما يفصل به بين أهل الشرك، فيقتل مقاتلوهم ويترك غير مقاتليهم<sup>(5)</sup>، أو بأنه «حين جعل الإنبات في الكافر بلوغا ولم يعتبره في المسلمين هو أن أهل الكفر لا يوقف على بلوغهم من جهة السن، فلا يمكن الرجوع إلى قولهم لأنهم متهمون في ذلك لدفع القتل عن أنفسهم، فأما المسلمون وأولادهم فقد يمكن الوقوف على مقادير أسنانهم بأن أسنانهم محفوظة وأوقات المواليد فيهم مؤرخة»<sup>(6)</sup>.

وأجيب عن الأول بأنه ثبت بالاستقراء والمشاهدة أن الإنبات قرينة مصاحبة للبلوغ، مثل الاحتلام بالنسبة للذكر وبروز الثديين والحيض بالنسبة للأنثى، وقد رتب الشارع على هذه العلامات أحكاما كثيرة.

(1) ابن العربي، المرجع السابق، ج 03 ص 1085.

(2) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده﴾ [الأنعام/90].

(3) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 11.

(4) حديث عطية القرضي «كنت في سبي بني قريضة...»، رواه أبو داود، واللفظ له، كتاب الحدود، باب في الغلام يصيب الحد، (4404)، ج 04 ص 141. والترمذي، كتاب السير، باب ما جاء في العزل على الحكم، ج 07 ص 82، وقال حديث حسن صحيح. والنسائي، كتاب الطلاق، باب متى يقع طلاق الصبي، ج 06 ص 155، وصححه الألباني، (3208)، ج 02 ص 323. وابن ماجه، وصححه الألباني، انظر صحيح سنن ابن ماجه، باختصار السند، الطبعة الثالثة، مكتب التربية العربية لدول الخليج، 1988م، (2059)، ج 02 ص 78. وعطية القرضي: صحابي صغير له حديث واحد، يقال سكن الكوفة. ابن حجر، تقريب التهذيب، الطبعة الأولى، دار نشر الكتب الإسلامية، باكستان، 1973م، ص 240.

(5) الخطابي أبو سليمان البستي، معالم السنن، بهامش مختصر سنن أبي داود، للمنذري، تحقيق أحمد محمد شاكر، ومحمد حامد الفقي، دار المعرفة -بيروت-، بلا تاريخ، ج 06 ص 232.

(6) الخطابي، المرجع نفسه، ج 06 ص 233.

وأجيب عن الثاني بأنه لا دليل عليه، وظاهر الحديث وفعل النبي -صلى الله عليه وسلم-، والصحابة -رضوان

الله عليهم- يدفعه، وإن كان هذا الحديث ورد على سبب معين، فالعبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب<sup>(1)</sup>.

2- عن أنس -رضي الله عنه- في قصة العرنين<sup>(2)</sup> قال: «قدم أناس من عكل أو عرينة فاجتوا المدينة فأمر لهم

النبي -صلى الله عليه وسلم- بلقاح، وأن يشربوا من أبوالها وألبانها، فانطلقوا فلما صحوا قتلوا راعي النبي -صلى الله عليه وسلم-، واستاقوا النعم، فجاء الخبر في أول النهار، فبعث في آثارهم، فلما ارتفع النهار جيء بهم، فأمر بقطع أيديهم وأرجلهم وسمرت أعينهم وألقوا في الحرة يستسقون فلا يسقون».

ووجه الاستدلال أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أقام حد الحراة على العرنين بناء على قرينة شاهد الحال،

ولم يوقف ذلك على حضور الشهود على الفعل أو إقرار الجناة.

3- عن علقمة بن وائل عن أبيه أن «امرأة وقع عليها في سواد الصبح وهي تعمد إلى المسجد بمكروه على

نفسها، فاستغاثت برجل مر عليها، فأخذوه وسبقهم الآخر فجاؤوا به يقودونه إليها، فقال: أنا الذي أغتكت، وقد ذهب الآخر، قال: فأتوا به إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- فأخبرته أنه الذي وقع عليها، وقال القوم أنهم أدركوه يشتد، فقال: إنما كنت أغتتها على صاحبها فأدركني هؤلاء فأخذوني، فقالت: كذب هو الذي وقع علي، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «انطلقوا به فارجموه» فقام رجل من الناس فقال: لا ترجموه وارجموني، فأنا الذي فعلت بها الفعل، فاعترف... الحديث<sup>(3)</sup>.

ووجه الاستدلال أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أمر برجم المتهم من غير بينة ولا إقرار، وإنما بقرينة اتهام

المرأة له ولحقوق المغيثن به مشتدا هاربا، جاء في زاد المعاد: «هذا من أدل الدلائل على اعتبار القرائن والأخذ

(1) عزيزة: عدنان حسن، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار عمار، 1990م، ص90.

(2) حديث قصة العرنين: رواه البخاري، واللفظ له، كتاب الوضوء، باب أبوال الإبل، (233)، ج01 ص335، وقد ذكره في خمسة عشر موضعا. ومسلم، كتاب القسامة، باب حكم المحاربين والمرتدين، ج11 ص153. وأبو داود، المرجع نفسه، كتاب الحدود، باب [ما جاء في المحاربة، رقم 4364، ج04 ص130. والترمذي مختصرا، المرجع نفسه، كتاب الأطعمة، باب ما جاء في شرب أبوال الإبل، ج08 ص35؛ وقال هذا حديث حسن صحيح. والنسائي، المرجع نفسه، وقد ذكر الحديث بطوله وطرقه، كتاب تحريم الدم، باب تأويل قوله الله عز وجل: ﴿إِنَّمَا جِزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ...﴾ وفيمن نزلت وذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر أنس بن مالك فيه، ج07 ص93-101. وصححه الألباني بطرقه جميعها، (3757) وما بعده، ج03 ص548 وما بعدها.

(3) حديث علقمة بن وائل في المرأة التي وقع عليها، أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب في صاحب الحد يبيء فيقر، (4379)، ج04 ص134. والترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا، ج06 ص235-236، من طريق محمد بن يوسف عن إسرائيل: حدثنا سماك بن حرب عن علقمة بن وائل الكندي، وذكره. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وعلقمة سمع من أبيه، قال الألباني: رجاله ثقات كلهم رجال مسلم، وفي سماك كلام لا يضر، وهو حسن الحديث في غير روايته عن عكرمة ففيها ضعف. وأخرجه أحمد في مسنده، ج06 ص379، من طريق محمد بن عبد الله بن الزبير: ثنا إسرائيل، بلفظ آخر. وأخرجه البيهقي عن أسباط بن نصر عن سماك بلفظ آخر، ج08 ص275، ثم ذكر رواية إسرائيل معلقا، وأحال في لفظها على رواية أسباط، ولم يعلها، فأشار بذلك إلى صحتها، قال الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف -الرياض-، 1415هـ/1995م، (900)، ج02 ص568؛ وأسباط بن نصر وإن كان فيه كلام من قبل حفظه، فقد احتج به مسلم، وقال فيه البخاري «صدوق»، وضعفه آخرون، فهو لا بأس به في الشواهد والمتابعات. إبه. وعلقمة: هو ابن وائل بن حجر، صدوق، إلا أن يحيى بن معين يقول روايته عن أبيه مرسله. الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة -بيروت-، بلا تاريخ ج03 ص108.

بشواهد الأحوال في التهم وهذا يشبه إقامة الحدود بالرائحة والقيء كما اتفق عليه الصحابة، وإقامة حد الزنا بالحبل كما نص عليه عمر -رضي الله عنه- «<sup>(1)</sup>».

ثالثاً: من أقوال الصحابة وأفعالهم.

1- عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: « قال عمر: لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله؛ ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن، إذا قامت البينة أو كان الحمل أو الاعتراف »<sup>(2)</sup>.

2- روي أن عثمان بن عفان أتى بامرأة قد ولدت لسته أشهر، فأمر بها أن ترحم فقال له علي بن أبي طالب: ليس ذلك عليها إن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ [الأحقاف/ من الآية 15] وقال: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ [البقرة/ من الآية 233]، فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها، فبعث عثمان في أثرها فوجدها قد رجمت<sup>(3)</sup>، قال صاحب المغني بعد ذكر هذا الحديث: « هذا على أنه كان يريد أن يرحمها بحملها، وعن عمر نحو من هذا ... ورحم من ظهر بها حمل بغير زوج ولا سيد قول سادة الصحابة، ولم يظهر لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعاً »<sup>(4)</sup>.

ووجه الاستدلال أن الأئمة الراشدين حكموا بموجب قرينة ظهور الحمل بمن لا زوج لها ولا سيد، ولم يوقفوا الحكم على البينة والاعتراف، وهو مذهب المالكية<sup>(5)</sup>، وابن تيمية<sup>(6)</sup> وابن القيم من الحنابلة، وقال ابن القيم أنه أصح الروايتين عن أحمد<sup>(7)</sup>.

ورد بأن الصحابة -رضي الله عنهم- قد اختلفت الرواية عنهم في إقامة الحد بالحبل، فقد روي أن امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- ليس لها زوج وقد حملت، فسألها عمر فقالت: إني امرأة ثقيلة الرأس وقع علي رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد<sup>(8)</sup>، وعن حديث عمر -رضي الله عنه- في قوله: « الرجم حق على من زنى إذا كانت البينة أو الحبل أو الاعتراف »، أن المستفاد منه أن الحبل إذا كان من زنى

(1) ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق وتخريج وتعليق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرئوط، الطبعة الرابعة عشر، مؤسسة الرسالة -بيروت-، ومكتبة المنار الإسلامية -الكويت-، 1407هـ/1986م، ج 03 ص 346-347. والطرق الحكمية، ص 08.

(2) رواه البخاري، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا والذي بعده، (6829، 6830)، ج 12 ص 137 وما بعدها. ورواه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنا، ج 11 ص 191-192. ومالك، كتاب الحدود، باب (571) ما جاء في الرجم، رقم 1599، ج 04 ص 176.

(3) مالك، كتاب الحدود، باب (571) ما جاء في الرجم، (1602)، ج 04 ص 179.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 10 ص 193.

(5) الخرشبي، على مختصر سيدي خليل، دار الفكر -لبنان-، بلا تاريخ، ج 04 ص 81. عيش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر -لبنان-، بلا تاريخ، ج 04 ص 496. ابن عبد البر: الحافظ أبو عمر، الاستذكار، تحقيق عبد المعطي قلعجي: الطبعة الأولى، دار قتيبة -دمشق، بيروت-، دار الوعي -القاهرة-، 1414هـ/1993م، ج 24 ص 60-111، الزرقاني: عبد الباقي، شرح مختصر خليل، دار الفكر -بيروت-، بلا تاريخ، ج 08 ص 81.

(6) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 83-84.

(7) ابن القيم، المرجع نفسه، ص 06.

(8) البيهقي: الحافظ أبو بكر أحمد، السنن الكبرى، دار الفكر -لبنان-، بلا تاريخ، كتاب الحدود، باب من زنى بامرأة مستكرهة، ج 08 ص 235.

ثيباً وجب فيه الرجم، وهو كذلك، ولكن لا بد من ثبوت كون الحبل من فعل الزنى، ولا ترجم بمجرد الحبل مع قيام الاحتمال فيه؛ لأن عمر درأ الحد عن الحامل وقد ادعت الإكراه<sup>(1)</sup>.

وأجيب عن الاعتراض الأول وهو أن الصحابة -رضوان الله عليهم- اختلفت الرواية عنهم في إقامة الحد بالحبل، وأن عمر -رضي الله عنه- درأ الحد عن التي ادعت الإكراه، بأن عمر قال مقولته وهو يخطب على المنبر في مسجد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يوم الجمعة، والصحابة -رضوان الله عليهم- متوافرون شاهدون، ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً، وأما عن درئه الحد عن المكره فإنه للشبهة العارضة، وهذا لا يعني عدم إقامته عند عدم المعارض.

وأجيب عن الاعتراض الثاني وهو أن إقامة عمر الحد لم يكن بمجرد قرينة الحبل، بل مع تعضده بالاعتراف، بأن هذا تكليف للنص ما لا يطبق وتحميل له ما لا يحتمل، فإن عمر -رضي الله عنه- قابل الحبل بالاعتراف بحرف العطف، وهو يقتضي المغايرة والتخيير وقسيم الشيء لا يكون قسمه<sup>(2)</sup>.

وعليه فالحكم بحد الحامل من غير زوج مستنده القرينة الظاهرة والأمانة القوية؛ وهو ظهور الحبل، وفيه دليل على اعتبار الشريعة للقرينة والأمانة الظاهرة والأخذ بها، حتى في الأمور الخطيرة في جلد الحامل أو رجمها.

3- وما ورد أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- خرج على الصحابة، فقال: إني وجدت من فلان ربح شراب، فزعم أنه شرب الطلا، وأنا سائل عما شرب فإن كان يسكر جلده، فجلده عمر الحد تماماً<sup>(3)</sup>.

4- وقد ورد أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- جلد قدامة بن مضعون حد الشرب لما شهد عليه اثنان أنهما رآياه يتقياً الخمر<sup>(4)</sup>.

5- وعن حصين بن المنذر -أبو ساسان- قال: «شهدت عثمان بن عفان وأتى بالوليد قد صلى الصبح ركعتين، ثم قال: أريدكم فشهد عليه رجلان، أحدهما حمران أنه شرب الخمر، وشهد آخر أنه رآه يتقياًها فقال عثمان: إنه لم يتقياًها حتى شربها، فقال: يا علي قم فاجلده.. الحديث»<sup>(5)</sup>.

(1) ابن حجر، فتح الباري، ج 12 ص 154، والحديث سبق تخريجه، ص 32.

(2) ابن حجر، المرجع نفسه، ج 12 ص 155.

(3) مالك، كتاب الأشربة، باب (582) الحد في الخمر، (1632)، ج 04 ص 204، من طريق السائب بن يزيد؛ والنسائي، كتاب الأشربة، باب الأخبار التي اعتل بها من أباح شراب السكر، ج 08 ص 326. وقال الألباني، (5266)، ج 03 ص 1152: صحيح الإسناد. والسائب هو: ابن يزيد بن سعيد الكندي، ويعرف بابن أخت النمر، صحابي صغير ولاء عمر سوق المدينة، مات سنة 81هـ، وهو آخر من مات بالمدينة من الصحابة. ابن حجر، تقريب التهذيب، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر -بيروت-، 1395هـ/1975م، ص 116.

(4) عبد السرزاق: الحافظ أبو بكر بن همام، المصنف، حقق نصوصه وخرج أحاديثه الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، بلا تاريخ، باب من حد من أصحاب النبي -صلى الله عليه وسلم-، (17075)، ج 09 ص 240. البيهقي، كتاب الأشربة والحد فيها، باب من وجد منه ربح شراب أو لقيء سكران، ج 08 ص 316. وقدامة هو: ابن مضعون بن حبيب القرشي صحابي شهد بدرًا وما بعدها، استعمله عمر على البحرين ثم عزله لشربه الخمر، مات سنة 36هـ. الأعلام، ج 05 ص 191.

(5) مسلم، كتاب الحدود، باب حد الخمر، ج 11 ص 216، واللفظ له؛ وأبو داود، كتاب الحدود، باب الحد في الخمر، (4476)، ج 04 ص 162. وحصين هو: ابن المنذر بن حارث بن وعلة، الذهلي الساساني الرقاشي، أبو ساسان تابعي من سادات ربيعة وشجعانهم، ومن ذوي الرأي فيهم، كان صاحب راية علي يوم صفين، توفي سنة 97هـ. الأعلام، ج 02 ص 263.



6- ما روي أن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- قرأ سورة يوسف -عليه السلام- بجمص فقال رجل: ما هكذا أنزلت، فدنا منه عبد الله فوجد منه رائحة الخمر، فقال: أتكذب بالحق وتشرب الرجس؟ لا أدعك حتى أجلدك، فضربه الحد، قال: والله هكذا أقرأنيها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-<sup>(1)</sup>.

ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث، أن الصحابة -رضي الله عنهم- أقاموا حد الشرب بمجرد ظهور رائحة الخمر أو تقيئتها، وهما قريبتان ظاهرتان على شرب الخمر إذ لا تشم رائحتها ممن لم يشربها، ولا يتقيؤها إلا وقد عبها، ورد استدلالهم من وجوه كثيرة:

أ- أما حديث عمر فليس فيه ما يدل على الحد بالرائحة؛ فإنه سأل ابنه حين شم الرائحة فاعترف بشرب الطلاب، فحده باعترافه<sup>(2)</sup>، ولو كان الواجب الحد بوجود الرائحة لبادر إليه دون أن يسأل<sup>(3)</sup>.

ب- أنه لا يتحقق بالرائحة شرب الخمر؛ لأنه يجوز أن يكون تميمض بالخمر ثم مجها ولم يشربها، أو ظنها لا تسكر، أو كان مكرها على شربها، أو أكل نبقاً أو شرب التفاح، أو أكل السفرجل، فالرائحة مشتركة فيها، وقد قال القائل:

يقولون لي إنك شربت مدامة \* فقلت لهم بل أكلت السفرجلا

وإذا احتتمل ذلك لم يجب الحد الذي يدرأ بالشبهات<sup>(4)</sup>، وأجيب بأن الأصل عدم الإكراه، وإن الشرب أكثر من المضمضة وغيرها، والكلام حيث تيقنا أنه ربح خمر لا تفاح ولا نبق ولا سفرجل<sup>(5)</sup>.

#### البند الثاني: الاقتصار في إثبات الحدود والدماء على الشهادة والإقرار.

ذهب جمهور الفقهاء إلى الاقتصار في إثبات الحدود والدماء على الشهادة والإقرار بشروط يأتي ذكرها -إن شاء الله-، وعدم الاحتجاج بالقرائن مطلقاً، ولو كانت قوية قاطعة -من حيث الظاهر- بنسبة الفعل الجرمي إلى المتهم به؛ كظهور الحمل لمن لا زوج لها ولا سيد، أو وجود رائحة الخمر أو تقيئه على ما ذهب إليه المجيزون للأخذ بالقرائن؛ لأن الإثبات بها لا يصل حد اليقين الدال على أن من قامت القرائن تدينه هو فعلاً ارتكب جنابة حدية تلزمه بما عقوبتها المقدرة، وهو قول جمهور الفقهاء؛ فقد قال به الحنفية<sup>(6)</sup> في مشهور مذهبهم، خلافاً لابن الغرس، الذي ذهب كما تقدم إلى إعمالها، وإليه ذهب عامة الشافعية<sup>(7)</sup>، والحنابلة<sup>(8)</sup>، واستدلوا بالمنقول والمعقول.

(1) الحديث ذكره زين الدين العراقي في كتاب طرح التثريب في شرح التقریب للنووي، مكتبة ابن تيمية -القاهرة-، بلا تاريخ، باب حد الخمر مع وجود الرائحة مع القرينة، ج 08 ص 36-37.

(2) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 332.

(3) الماوردي، الحاوي، ج 17 ص 313.

(4) السرخسي، المبسوط، ج 09 ص 171، الماوردي، المرجع السابق، ج 17 ص 313. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 332.

(5) القرافي، الذخيرة، ج 12 ص 202.

(6) الرملي: خير الدين، الفتاوى الحيرية، الطبعة الثانية، مصور عن طبعة بولاق 1300هـ، دار المعرفة -بيروت-، 1974م، ج 02 ص 12. وانظر: تكملة حاشية ابن عابدين، ج 07 ص 437.

(7) الماوردي، المرجع السابق، ج 17 ص 313.

(8) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 192 وما بعدها.

أولاً: من الكتاب.

- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ﴾ [سورة الإسراء/ من الآية 36]. ووجه الاستدلال أن الآية بعموم لفظها تنهى عن اعتماد الإنسان على ما ليس له به علم والتعويل على الظن والتخمين والقرائن منه؛ إذ إنها مجرد استدلالات لا تخرج عن كونها مجرد ظنون وأمارات، لا ترقى إلى درجة القطع واليقين، بخلاف الشهادة والإقرار، التي تنتفي عنها ظنون الاشتباه<sup>(1)</sup>.

ثانياً: من السنة.

1- حديث ابن عباس أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: « لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها»، وفي رواية أخرى قال ابن عباس: « تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء»<sup>(2)</sup>. ووجه الاستدلال أن هذه امرأة شاع عنها الفاحشة، واقترب ذلك بما يقوي جانب التهمة في جانبها من قرائن ودلائل حال، ولأنه لم يثبت عليها ما يستوجب حداً من شهادة أو إقرار لم يقم النبي -صلى الله عليه وسلم- عليها الحد<sup>(3)</sup>.

2- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- لم يجد الغامدية وقد جاءت إليه حاملاً، حتى أقرت أمامه بأنها زنت مع أن الحمل قرينة تدل على الفعل، إلا أنه -صلى الله عليه وسلم- لم يقض بها بل راجعها أربعاً، احتيلاً في الدرء، فقال لها: « ويحك ارجعي، فاستغفري الله وتوبي إليه»<sup>(4)</sup>، فلما أصرت على إقرارها حدها، ولو لم تصر لما لزمها الحد مع ظهور حملها، وهو قرينة قاطعة دالة على فعل الواقعة.

3- ما ورد أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال لأصحابه حين رمى هلال بن أمية زوجته بالزنا ولاعنها: « أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدج الساقين فهو لشريك بن سمحاء»، فجاءت به كذلك، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: « لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»<sup>(5)</sup>.

(1) الماوردي، المرجع نفسه، ج 17 ص 313.

(2) البخاري، كتاب الطلاق، باب قول النبي -صلى الله عليه وسلم- لو كنت راجماً بغير بينة، (5310)، ج 09 ص 454، وفيه؛ قال رجل لابن عباس في المجلس: « هي التي قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: « لو رجمت أحداً بغير بينة رجمت هذه»؟، فقال: لا تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء»، وفي كتاب الطلاق، باب قول الإمام اللهم بين، (5316)، ج 09 ص 461؛ ومسلم، كتاب اللعان، ج 10 ص 130؛ والنسائي، كتاب الطلاق، باب قول الإمام اللهم بين، ج 06 ص 174-175؛ ولفظه « تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام الشر»؛ وصححه الألباني، (3237، 3238)، ج 02 ص 734. وابن ماجه، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، وصححه الألباني، (2073)، ج 02 ص 82، ولفظه: « لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها».

(3) الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمجد الدين ابن تيمية، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، بلا تاريخ، ج 07 ص 177.

(4) مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنا، ج 11، ص 203؛ وأبو داود، كتاب الحدود، باب المرأة التي أمر النبي -صلى الله عليه وسلم- برجمها من جهينة، (4442)، ج 04 ص 152؛ والحاكم: أبو عبد الله، المستدرک علی الصحیحین ومعه التلخیص للذهبي، دار الكتاب العربي -بيروت-، بلا تاريخ، كتاب الحدود، باب حكاية رجم امرأة من غامد، ج 04 ص 363-364.

(5) الأكحل: من كانت منابت أجهانه سوداء، كأن فيها كحلا، وسابغ الإليتين عظيمهما، وخدج الساقين ممتلئهما. والحديث أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب يبدأ الرجل بالتلاعن، عن ابن عباس مختصراً، (5307)، ج 09 ص 445. وأخرجه كذلك في تفسير سورة النور، باب ﴿ ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ﴾ عن ابن عباس بطوله، (4747)، ج 08 ص 449. وذكره الزيلعي: جمال الدين، نصب الراية-

ووجه الاستدلال أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أراد بقوله: «لولا ما مضى من كتاب الله تعالى لكان لي ولها شأن» أي لولا ما سبق من حكم الله تعالى أن أيمان اللعان تدفع الحد عن المرأة لأقمت الحد عليها من أجل الشبه الظاهر بين الذي رميت به، ويعضد هذا التأويل قوله -صلى الله عليه وسلم- في رواية أخرى لهذا الحديث: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» لأنها لم تنكل وأقسمت باليمين وقالت: «لا أفصح قومي سائر اليوم»، وإذا فاللعان سبب أقوى من الشبه فحيث تعارضا قدم أقوى الدليلين وطرح الضعيف.

ثالثا: من أقوال الصحابة وأقضيتهم.

1- روي أن امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت، فسألها فقالت: إني امرأة ثقيلة الرأس، وقع علي رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ، فدرأ عنها الحد<sup>(1)</sup>.

فهذه الرواية عن عمر دليل على أنه لم يكن يعول على القرائن في إثبات الحدود، لمكان الشبهة ودعرا للعقوبة بها، وهما معارضتان لما روي عنه من أنه كان يقيم الحد بالشبهة، قال صاحب المغني: «وفي هذا دليل على أن الصحابة -رضي الله عنهم- أهملوا القرائن ولم يعملوا بها»<sup>(2)</sup>.

2 - ومن قضايا علي -رضي الله عنه- «أنه أتى برجل في خربة بيده سكين ملطخة بالدماء، وبين يديه قتيلا يتشحط في دمه، فسأله فقال: أنا قتلته، قال: اذهبوا به فاقتلوه، فلما ذهبوا أقبل رجل مسرعا فقال: يا قوم لا تعجلوا ردوه إلى علي، فردوه، فقال الرجل: يا أمير المؤمنين ما هذا صاحبه، أنا قتلته، فقال علي للأول: ما حملك على أن قلت أنا قتلته ولم تقتله، قال: يا أمير المؤمنين، وما أستطيع أن أصنع وقد وقف العسس على الرجل وهو يتشحط في دمه، وأنا واقف وفي يدي سكين وفيها أثر الدم وقد أخذت في خربة، فخفت ألا يقبل مني، وأن يكون قسامة فاعترفت بما لم أصنع، واحتسبت نفسي عند الله، فقال علي -رضي الله عنه-: بئسما صنعت، فكيف كان حديثك؟ قال: إني رجل قصاب خرجت إلى حانوتي في الغلس فذبحت بقرة وسلختها، فبينما أنا أصلحها أخذني البول فأتيت خربة كانت بقربي فدخلتها، فقضيت حاجتي وعدت أريد حانوتي، فإذا بهذا الرجل يتشحط في دمه فراعني أمره، فوقف أنظر إليه والسكين في يدي، فلم أشعر إلا بأصحابك قد وقفوا علي فأخذوني، فقال الناس: هذا قتل هذا ماله قاتل سواه، فأيقنت أنك لا تترك قولهم لقولي، فاعترفت بما لم أجنه، فقال علي للمقر الثاني: فأنت كيف كانت قصتك؟ فقال: أعرابي أفلس، فقتلت الرجل طمعا في ماله، ثم سمعت حس العسس

=لأحاديث الهداية، دار الحديث-القاهرة-، كتاب الحدود (01)، ج 03 ص 306، وفيه: «إنت بأربعة يشهدون على صدق مقاتلك»، وقال: غريب بهذا اللفظ. ومعناه ما رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن أنس بن مالك قال: أول لعان كان في الإسلام أن شريك بن سمحاء قذف هلال بن أمية بامرأته، فرفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم- فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: «أربعة شهود وإلا حد في ظهرك»، فقال: «يا رسول الله إن الله يعلم إني لصادق، وليترن الله عليك ما يبرأ ظهري من الحد»، فأنزل الله عز وجل آية اللعان، ولاعن النبي - صلى الله عليه وسلم- ورفق بينهما. إهـ. وهلال هو: ابن أمية الأنصاري الواقفي، شهد بدرًا وأحدا، أحد الذين تخلفوا عن غزوة تبوك. ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي -بيروت-، ومكتبة المثنى -بغداد-، 1328هـ، ج 03، ص 574. وشريك هو: ابن سمحاء، وهي أمه، واسم أبيه عبده بن مغيث العجلاني البلوي، حليف الأنصار، الإصابة، ج 02 ص 147.

(1) سبق تخرجه، ص 32.

(2) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 193.

فخرجت من الخبرة، واستقبلت هذا القصاب على الحال الذي وصف، فاستترت ببعض الخبرة حتى أتى العسس، فأخذوه وأتوك به، فلما أمرت بقتله علمت أي أبوء بدمه أيضا فاعترفت بالحق، فقال علي للحسن -رضي الله عنه-: ما الحكم في هذا : فقال يا أمير المؤمنين، إن كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا، وقد قال الله تعالى: ﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا﴾ [المائدة/من الآية 32]، فخلى علي سبيله وأخرج دية القتل من بيت المال «(1)». ووجه الاستدلال أن هذه القصة وأمثالها مما يزلزل جانب الأخذ بالقرائن التي سموها قاطعة فيضعف الاحتجاج بها ويفت في عضدها مع وجود هذا الاحتمال الذي تبين أن الواقع على خلافه. ورد هذا الاستدلال من وجهين (2):

**الأول:** بأنها كما تضعف الأخذ بالقرينة تضعف الأخذ بالإقرار أيضا مع أنه أقوى الحجج الشرعية، فإذا جاز ترك الاحتجاج بالقرينة لوجود هذا الاحتمال الذي إن تحقق وجوده مرة فهو في حيز التوهم ألف مرة، فإنه يجوز ترك الاحتجاج بالإقرار أيضا، لاشتراك كل ما فيه توهم الاحتمال ولم يقل ذلك أحد.

**الثاني:** أن القرينة لا يؤخذ بها إلا مع الاحتياط القوي واليقظة الشديدة حتى تطمئن نفس الحاكم إليها، ويثلج صدره بما يحكم به، كما أن شهادة الشاهدين على القتل -مثلا- لا يؤخذ بها إلا بعد شدة التحري واستيفاء الشهادة شروطها، فكما أن احتمال كذب الشاهدين قائم بعد عمل أقصى ما يمكن من التحري، ومع ذلك فلا يمتنع الأخذ بشهادتهما في الدماء والأموال، فكذلك الاحتمال البعيد بل الموهوم الذي يوجد مع القرينة القاطعة يجب ألا يمنع العمل بها.

**رابعاً:** من المعقول.

ومن المعقول أن القرائن ليست مطردة الدلالة ولا منضبطة، وكثيرا ما تبدو دالة على المقصود ثم يعترها ما يفت من عضدها ويزلزل قيمتها من الضعف الشديد، فتزل دلالتها إلى الوهم والبعد عن حقيقة الحال، وتحف بها شبهات كثيرة تجعلها غير صالحة لبناء الأحكام عليها.

وفيما سبق سرده من قصص وأقضية عبرة وشاهد على صحة هذه الدعوى، والحدود كما تدرأ بالشبهات فإنها لا تثبت مع وجودها ولا بدليل يحتملها ولا يفيد قطعاً ولا يقينا.

ورد بأن هذا الاحتمال كما هو في القرائن فهو متحقق في الإقرار وهو سيد الأدلة وموجود في شهادة الشهود، «ولئن أودت القرائن القوية القاطعة بحياة وأموال أناس وهم مظلومون، لقد أودت شهادة الشهود العدول المزكين بحياة وأموال الكثيرين أيضا، وهم مظلومون، ومادام الوصول إلى الدليل القاطع الذي ينتفي معه كل احتمال ولو ضعيف، لا يطمع فيه إذ هو في حيز شبهة المستحيل العادي، وجب الأخذ بحكم الضرورة

(1) أنظر الاستدلال والرد عليه عند أحمد بك إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، إعداد المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مطبعة القاهرة الحديثة -مصر-، 1405هـ/1985م، ص 461. والقصة ذكرها ابن القيم في الطرق الحكيمة، ص 83، ولم أقف لها على تحريج.

(2) أنظر الاستدلال والرد عليه عند أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 461.

بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء في الثبوت وتقديم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرجحة»<sup>(1)</sup>.

### البند الثالث: مناقشة الأدلة والترجيح.

بعدما عرضنا في البندين السابقين موقف الفقهاء من الاحتجاج بالقرائن طريقاً للإثبات في العقوبات المقدرة وأدلة كل فريق، نعرض فيما يأتي لمناقشة هذه الأدلة والترجيح بينها للوصول إلى الرأي الأوفق.

هذا وقد استدلل القائلون بإعمال القرائن مطلقاً بأدلة نقلية وعقلية، وهذه مناقشتها:

**1 -** ما استدلوا به من القرآن الكريم من سورة يوسف -عليه السلام- شرع من قبلنا، وشرعهم ليس شرعاً لنا لأن في شرعنا ما يعني عنه، والشريعة الخاتمة جاءت ناسخة لكل الشرائع السماوية في أحكامها التشريعية، لكن إذا سلم لهم به على اعتبار ما ذكروه من أن المصالح والعادات لا تختلف فيها الشرائع، وأنا مأمورون بالاعتداء بمن هداهم عز وجل من قبلنا من الأمم الغابرة، فإنه مشروط بالألا يكون في شرعنا ما يخالفه؛ أي في حالة البراءة الأصلية أو ما يسمى بالفراغ التشريعي، لكن في نصوص الشريعة الإسلامية مما ذكرناه من أدلة المانعين مناقض لما ذهبوا إليه، وعلى ذلك فالعبارة للشريعة الناسخة فعليةا التعويل وإليها الاستناد.

هذا، زيادة على أن المنع من قبول القرائن في الإثبات في العقوبات المقدرة معلل بما يعترها من شبهات وشكوك، تندري بها هذه العقوبات، وهو وصف غير متحقق فيما استدلوا به، فأية ﴿وجاؤوا على قميصه بدم كذب﴾ [يوسف/ من الآية 18] ليس فيها ما يدل على ترتب العقوبة على الاستناد إلى القرينة التي تضمنتها، وآية: ﴿فلما جهزهم بجهازهم...﴾ [يوسف/ من الآية 70]، ليس فيها عقوبة مما يندري بالشبهة في شرعنا الإسلامي كقطع يد السارق في التهمة المسندة إلى أخي يوسف -عليه السلام-، فضلاً عن أنه يتأكد فيها المحذور من قبول القرائن؛ إذ إن أخا يوسف -عليه السلام- لم يكن سارقاً في حقيقة الحال، وإن كان الظاهر خلاف ذلك، فالزامه العقوبة اعتماداً على ما ظهر من قرائن الحال بحاف للعدالة ومجانب للحق.

أما آية ﴿وشهد شاهد من أهلها...﴾ [يوسف/ من الآية 26] فإنه وإن كانت القرائن بينة، ومع هذا فلا دليل فيه على براءته، إذ الأصل براءة الذمة، ولا يعدل عنه إلا بدليل يقيني، وليس هذا محل نزاعنا، فقد قدمنا في المبحث الأول أن ما يشترط في بينة الإثبات لا يشترط في بينة النفي للاحتيال في الدرء.

**2 -** وأما ما استدلوا به من حديث سبي بني قريضة، فهو زيادة على ما ذكرنا من مناقشته في موضعه، خارج عن محل النزاع وموضوع البحث؛ إذ ليس فيه موجب لعقوبة من العقوبات المقدرة، فضلاً عن أنه حكم من أحكام حالة الحرب التي لها ما يحكمها من تشريعات.

(1) أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 461.

وأما استدلالهم بحديث العرنين فإنه يحتمل أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أقام عليهم حد الحرابة بناء على إقرارهم، أو شهادة عدول ممن نقلوا الخبر إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- وإلا كيف وصل الخبر إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- بفعلهم على الوصف المذكور من قتلهم الراعي واستياقتهم النعم لولا شهود رأوا ذلك فشهدوا به، أو أقروا به هم أنفسهم لما جيء بهم إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- ثم أين هي القرينة التي اعتمد عليها النبي -صلى الله عليه وسلم- في استجلاء أمرهم؟!.

3 - وأما ما استدلوا به من حديث النسائي عن المرأة التي اعتدي عليها وهي تعمد إلى المسجد، فمعارض بنص الحديث نفسه، حيث ثبتت براءة الرجل وظهر الفاعل الحقيقي، وهذا ما يضعف الاحتجاج بالقرينة ويفت من عضده.

وأما ما رواه ابن عباس عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فيمكن حمله على أن كلمة "أو" التي جاءت بعد كلمة "الحبل" وقبل كلمة "الاعتراف" في قوله: «أو كان الحبل أو الاعتراف»، فيمكن أن تحمل على أنها عاطفة، ويكون قول عمر في هذا: أو كان الحبل والاعتراف<sup>(1)</sup>، أو حملها على أنها للإضراب فيكون قوله: أو كان الحبل بل الاعتراف<sup>(2)</sup>، وهذا لا يعارض قواعد اللغة العربية، ويرجح ما جاء عن عمر -رضي الله عنه- من أنه لم يقيم الحد على من جاء معترفاً لأنه ارتكب جريمته وهو مكره.

4 - والقرينة إذا دلت على جريمة فإنها لا تدل على الطريقة التي وقعت بها أو الظروف التي أحاطتها، وما استدلل به ابن القيم من أن لفظ البينة يصدق على كل ما يبين الحق ويظهره دون تخصيص شيء دون شيء، لا حجة فيه ولا يلزم منه إثبات الحدود بالقرائن، فإنه وإن سلم له بذلك لغة، لا يسلم اصطلاحاً، والحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية في كلام الشارع؛ لأن الله تعالى لم يذكر كلمة البينة التي تثبت بها الحدود عرية عن أي

(1) حيث ذكر أهل اللغة لحرف «أو» كثرة من المعاني انتهت إلى اثني عشر وقال بعضهم ثمانية، أحدها: الجمع المطلق قاله الكوفيون والأخفش والجرمي، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿أو يزيدون﴾ أي «ويزيدون»، وقول توبة: وقد زعمت ليسلى بأني فاجر \* لنفسي تقاها أو عليها فجورها. وقول جرير: جاء الخلافة من كانت له قدرا \* كما أتى ربه موسى على قدر. وأيضا قوله: كان سيان أن لا يسرحوا نعمنا \* أو سرحوه بما واغبرت السوح. أي وكان الشأن ألا يرعوا الإبل وأن يرعوها سيان لوجود الفحط. وقال النابغة: قالت إذا سمعوا الصريخ رأيتهم \* ما بين ملجم مهرة أو سافع.

انظر ابن هشام، مغني اللبيب عن كتب الأعراب، الطبعة الثانية، دار الفكر -بيروت-، 1969م، ج01، الباب الأول في تفسير المفردات وذكر أحكام (أ / أو)، ص64-68. وانظر الحسن بن القاسم المرادي، الجني الداني في حروف المعاني، تحقيق د. فخر الدين قباوة وأحمد ندم فاضل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية -بيروت-، 1413هـ/1992م، الباب الثاني في الثنائي حرف أو، ص229-230.

(2) وهو أحد معاني أو عند علماء اللغة؛ قال الكوفيون وأبو علي وأبو الفتح وابن برهان: تأتي للإضراب مطلقاً أي بغير شرط ولا قيد خلافاً لما ذهب إليه سيبويه من أن ذلك مشروط بشرطين: الأول تقدم نفي أو نهي، وإعادة العاقل نحو "ما قام زيد أو ما قام عمرو". واستدل الجمهور على الإطلاق بقول الشاعر: ما ترى في عيال قد برحت بهم \* لم أحص عدتهم إلا بعدد كانوا ثمانين أو زادوا ثمانية \* لولا رجاؤك قد قتلت أولادي

ويشهد لهذا أيضاً قراءة أبي الشمال: ﴿وأرسلناه إلى مائة ألف أو يزيدون﴾، فقال الفراء: «بل يزيدون»، وأيضا قوله تعالى: ﴿وما أمر الساعة إلا كلمح البصر أو هو أقرب﴾ أي «بل هو أقرب»، وقوله تعالى: ﴿فهي كالخجاجة أو أشد قسوة﴾ أي بل أشد قسوة، انظر: ابن هشام، المرجع السابق، ج01 ص64-68.

تقييد، كما أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد اتبع كلمة البيعة التي يعتد بها في إثبات الحدود بما يحدد معناها، ويقصرها على الشهادة والإقرار، كما في حديث المرأة التي ظهر بها السوء، في منطقتها وهيئتها ومشيتها، مع قيام كل هذه القرائن لم يقم النبي -صلى الله عليه وسلم- عليها عقوبة.

هذا، ويتضح من هذه المناقشة ترجيح مذهب المانعين للعمل بالقرائن في العقوبات المقدرة لصحة ما استدلوها به، لاسيما وأن اختيارهم يتفق وقصد الشارع من التشوف إلى الدرء بأدق الشبهات، وهو ما يستفاد من نصوص كثيرة ذكرناها في موضعها، عند الحديث عن الندب إلى الستر والاستتار.

### الفرع الثالث: قضاء القاضي بناء على معلوماته الشخصية.

صورة ذلك أن يعلم القاضي بحادثة في البلدة التي هو عليها أو في غيرها، كأن يسمع رجلا يقذف رجلا، أو يراه يقتل إنساناً<sup>(1)</sup>، أو يسطو على محل تجاري فيسرق موجوداته، أو غير ذلك مما يوجب حداً أو قصاصاً، سواء حصل ذلك العلم حال نضبه قاضياً أم قبله، في مصره أم في غيره، وجدت بيعة على ذلك أم لم توجد، ثم ترفع إليه تلك الحادثة وهو على قضائه، فهل يجوز له الحكم في هذه القضية استناداً إلى ما علمه فيها أم لا؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب، فذهب فريق منهم إلى المنع مطلقاً في سائر الحقوق سواء كانت لله تعالى أم للعباد، وذهب فريق آخر بالجواز مطلقاً في سائر الحقوق، وذهب آخرون إلى التفصيل في ذلك، وهذا تفصيل ما أجملناه نسوقه مع أدلته فيما يأتي:

### البند الأول: المانعون مطلقاً من قضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلتهم.

ذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى أنه لا يحكم القاضي بعلمه في حد ولا قصاص، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها؛ وهو قول عامة المالكية<sup>(2)</sup>، وقول عند الشافعية وليس بمعتمد<sup>(3)</sup>، وهو ظاهر مذهب الحنابلة<sup>(4)</sup>، ومروي عن محمد بن الحسن، وبه قال المتأخرون من الأحناف<sup>(5)</sup>، وهو مذهب بعض الصحابة ومروي عن بعض فقهاء الأمصار<sup>(6)</sup>، واستدلوا بالسنة والمعقول:

(1) أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 43.

(2) القرائي، الذخيرة، ج 10 ص 89-97؛ والفروق، ج 04 ص 44-45. وابن رشد: أبو الوليد محمد الحفيد، بداية الاجتهاد ونهاية المقتصد، الطبعة السادسة، دار المعرفة - بيروت، - 1403هـ/1983م، ج 02 ص 392.

(3) النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد أبو الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية - لبنان، - بلا تاريخ، ج 08 ص 141-142.

(4) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 191، وج 11 ص 400. أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتاب العربي - بيروت، - بلا تاريخ، ج 02 ص 206.

(5) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 05 ص 439؛ والفتاوى الهندية، ج 03 ص 339. أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 45. وقد عللوا عدول المتأخرين عن قول المتقدمين لفساد الزمان وخراب الذمم. ومحمد هو: ابن الحسن بن فرقد الشيباني، ولد بواسط سنة 132هـ ونشأ بالكوفة، تلمذ على أبي حنيفة وسمع الحديث من مسعر والثوري، ومالك بن دينار، ومالك بن أنس، والأوزاعي، وأبي يوسف، وسكن بغداد، وولي قضاءها للرشد، توفي بالري سنة 189هـ. أبو حاتم الرازي، الجرح والتعديل، الطبعة الأولى، دار المعارف العثمانية، حيدر آباد الركن، الهند، 1952/1371، ج 07 ص 227. ميزان الاعتدال، ج 03 ص 513.

(6) منهم شريح والشعبي وإسحاق وأبو عبيد، أنظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج 11 ص 400.

أولاً: من السنة:

1- عن القاسم بن محمد قال: ذكر ابن عباس رضي الله عنه المتلاعنين فقال رجل: هي التي قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم- « لو كنت راجما امرأة من غير بينة؟ » قال: لا، تلك امرأة أعلنت، وعند ابن ماجه عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: « لو كنت راجما أحدا من غير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها ». وعند الشيخين، فقال ابن عباس: لا تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء<sup>(1)</sup>. ومحل الاستشهاد فيما سبق قوله -صلى الله عليه وسلم-: « لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة»، فقصر الإثبات من غير الإقرار على البينة ولم يذكر غيرها، مع أنه -صلى الله عليه وسلم- كان يعلم وقوع الزنا منها، وهذا دليل على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه.

2 - ما روي عن عائشة -رضي الله عنها- « أن النبي -صلى الله عليه وسلم- بعث أبا جهم مصدقا فلاحه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم فشججه، فأتوا به إلى النبي -صلى الله عليه وسلم-، فقالوا القود يا رسول الله، فقال: لكم كذا وكذا فرضوا، فقال: إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم، قالوا نعم، فخطب فقال: إن هؤلاء الذين أتوني يريدون القود فعرضت عليهم كذا وكذا، فرضوا، أفرضيتهم؟ قالوا: لا فهم المهاجرون بهم، فأمرهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن يكفوا عنهم فكفوا، ثم دعاهم فزادهم، فقال أراضيتهم؟ قالوا: نعم، قال: إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم، قالوا نعم، فخطب فقال: أراضيتهم، قالوا: نعم<sup>(2)</sup>. فالتني -صلى الله عليه وسلم- لم يحكم عليهم بعلمه، فيلزمهم بما رضوا به أولا، وبهذا الحديث يستدل على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه<sup>(3)</sup>.

3- ما روي أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: « ادعوا الحدود بالشبهات<sup>(4)</sup>. قالوا وهذا الحديث تلقته الأمة بالقبول وأجمع على العمل به فقهاء الأمصار، وعلم القاضي لا يورث الاطمئنان عند الكافة خصوصا فيما يتعلق بحق الله تعالى الذي تطالب به الكافة، ويورث شبهة عند الناس، ومن أجل ذلك لا يقضي بعلمه<sup>(5)</sup>.

ثانيا: من المعقول.

استدلوا من المعقول بوجود التهمة وفساد الزمان؛ فإن قاضيا ظالما لا يعدم حينئذ أن يعمد إلى رجل مستور لم يعهد منه فجور قط، فيرجمه ويدعي أنه رآه يزني، أو يقطع يدعي أنه سارق، أو غير ذلك، فإن هذا الباب لو فتح لوجد كل قاض السبيل إلى قتل عدوه وتفسيقه، ولذلك قال الشافعي: لولا قضاة السوء لقلت إن للحاكم أن يحكم بعلمه<sup>(6)</sup>.

(1) سبق تخريجه، ص 36.

(2) أبو داود، كتاب الديات، باب العامل يصاب على يديه خطأ، (4534)، ج 04 ص 181-182؛ والنسائي، باب السلطان يصاب على يديه،

وصححه الألباني، (4446)، ج 03 ص 989. وأبو جهم هو: ابن حذيفة بن غاتم العدوي القرشي. الإصابة، ج 04 ص 35.

(3) عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات، دار الفكر العربي -بيروت-، بلا تاريخ، ص 130.

(4) سيأتي تخريجه -إن شاء الله- في الفصل الثاني من هذا البحث تخريجا علميا مفصلا.

(5) عبد المنعم البهي، المرجع نفسه، ص 130.

(6) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 230. وأحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 49.



البند الثاني: المجيزون مطلقا لقضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلتهم.

ذهب بعض أهل الفقه إلى القول بجواز قضاء القاضي بعلمه في سائر الحقوق، سواء ما كان منها حقا خالصا لله تعالى، أم ما كان حقا خالصا للعبد أم ما كان حقا مشتركا، علم ذلك في زمان ولايته أم قبله، في مصره الذي يقضي فيه أم في غيره؛ لأنه إذا جازت له إقامة الحد بالبينة والاعتراف الذين لا يفيدانه إلا الظن، فما يفيد العلم أولى، وهو قول الظاهرية<sup>(1)</sup>، وأحد قولي الشافعي<sup>(2)</sup>، وأحمد في رواية عنه<sup>(3)</sup>، واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

أولا: من الكتاب.

قول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله﴾ [النساء/ من الآية 135]، ووجه الدلالة أن الله تعالى أمر بالقسط، وليس من القسط أن يترك القاضي الظالم على ظلمه لا يغيره، ويترك الفساق على فسوقهم، يعيشون في الأرض فسادا، لأنه عدم البينة فتضيع بذلك الحقوق ويعم الفساد<sup>(4)</sup>.

ثانيا: من السنة.

- 1- قول رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه... »<sup>(5)</sup>. ووجه الاستدلال أن تغيير المنكر واجب وجوبا عينيا على كل من استطاعه، والحاكم بما آتاه الله من سطوة وسلطان قادر على تغييره فإن علمه ولم يغيره حتى تأتيه البينة فقد عصى الله ورسوله -صلى الله عليه وسلم-، قال في المحلى: « فصح أن فرضا عليه أن يغير كل منكر علمه بيده، وأن يعطي كل ذي حق حقه، وإلا فهو ظالم »<sup>(6)</sup>.
- 2 - استدلوا أيضا بأحاديث أخرى في أبواب أخرى من الفقه غير ما نحن بصدد مناقشته، كالمعاملات المالية والديون، والنفقة على الأهل، ولأنها خارجة عن موضوع التزاع، لا مساغ لذكرها.

ثالثا: من المعقول.

- 1- أن القاضي لما جاز له أن يحكم في تعديل الشهود وجرحهم بعلمه، ولو لم يعلم ذلك غيره، أو علم كذب المجرحين لهم، جاز له أيضا أن يحكم بعلمه في ثبوت الحق وعدمه<sup>(7)</sup>.
- 2 - قضاء القاضي بالبينة والإقرار جائز بالإجماع، فيجوز القضاء بعلم القاضي من باب أولى، وهذا لأن المقصود بالبينة ليس عينها بل حصول العلم للقاضي بالحادثة، وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل

(1) ابن حزم، المحلى، ج 09 ص 427.

(2) النووي، الروضة، ج 08 ص 141.

(3) أبو البركات، المرجع السابق، ج 02 ص 206.

(4) البهي، المرجع السابق، ص 131، ابن حزم، المحلى، ج 09 ص 326-329.

(5) سبق تخريجه، ص 02.

(6) ابن حزم، المرجع نفسه، ج 09 ص 426.

(7) البهي، المرجع نفسه، ص 132.

بالشهادة؛ لأن الحاصل بالشهادة أو الإقرار علم غالب الرأي، وأكبر الظن مع التثبت والاحتياط، والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين، فكان هذا أقوى وكان القضاء به أولى<sup>(1)</sup>.

### البند الثالث: القائلون بالتفصيل وأدلتهم.

يرى أصحاب هذا الرأي أن القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة لله، وهي الحدود الخمسة وهي الزنا والسرقه والبغى والحراية والشرب، ويحكم فيما عداها من قصاص وحد القذف، ورد المال في السرقة؛ وهو قول الحنفية في القديم<sup>(2)</sup> وقد تقدم أن ما عليه الفتيا والقضاء فيما استقر عليه متأخرو المذهب خلاف ذلك، والقول بالتفصيل هو المشهور عند الشافعية<sup>(3)</sup>، واستدلوا بالسنة والمعقول.

#### أولاً: من السنة.

1 - قول النبي -صلى الله عليه وسلم- في قصة الملاعنة « لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها »<sup>(4)</sup>. قالوا إن هذا الحديث أفاد منع القاضي من القضاء بعلمه في الزنا، ثم عدوا هذا الحكم إلى سائر الحدود التي هي خالص حق الله تعالى بجماع أن الكل متحقق فيه هذا الوصف، وحقوق الله مبنية على المسامحة والتساهل، ولأنه يحتاط في درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم القاضي، وقد رد ابن حزم هذا التعليل فيما تقدم.

2 - ما روي أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: « ادروا الحدود بالشبهات »، قالوا وهذا الحديث تعلقته الأمة بالقبول، وأجمع على العمل به فقهاء الأمصار، وعلم القاضي لا يورث الاطمئنان عند الكافة، خصوصاً فيما يتعلق بحق الله تعالى، الذي تطالب به الكافة ويورث شبهة عند الناس، ومن أجل ذلك لا يقضي بعلمه. ورد بأنه لم يصح عن النبي -صلى الله عليه وسلم- ومن ثم فلا فرق بين الحدود وغيرها في أن الحكم في كل ذلك بالحق<sup>(5)</sup>.

#### ثانياً: من المعقول.

1 - قالوا أن الحدود حق خالص لله تعالى يستوفيه الإمام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك معين يطالب بها من العباد، فلو اكتفى بعلم نفسه في إقامة الحدود لتطرقت إليها التهمة، وهو مأمور بأن يصون نفسه عن التهم، أما حقوق العباد الخالصة والمشاركة، فإن هناك خصماً يطالب بها من العباد وبوجوده تنتفي التهمة عن القاضي.

(1) البهي، المرجع السابق، ص 132.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 07. والفتاوى الهندية، ج 03، ص 339. وجعل القياس القبول في الكل والاستحسان خلافه.

(3) شهاب الدين الرملي، المرجع السابق، ج 08، ص 260. الشرييني: محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر - بيروت -

ج 04 ص 398. مجموعة من العلماء، التكملة الثانية لمجموع النووي في شرح المهذب للشيرازي، ج 18 ص 389. والنووي، الروضة، ج 08 ص 141.

(4) سبق ترجمته، ص 36.

(5) البهي، المرجع نفسه، ص 131 وما بعدها، في عرض الاستدلال وردده.

2 - أن المقر بحق من حقوق الله الخالصة إذا رجع صح رجوعه، ولم يكن للقاضي إقامة الحد عليه للتعارض بين إقراره وإنكاره، فكذلك إذا أخرج القاضي أنه رأى ذلك وأنكره الرجل، لم يكن له أن يقيم الحد عليه للتعارض بين الخبرين، وليس أحدهما بأولى من الآخر؛ لأن كل مسلم أمين فيما يخبر به<sup>(1)</sup>.

3 - أن الحجّة في وضع الشيء هي البيئة التي تتكلم بها، ومعنى البيئة وإن وجدت فقد فاتت صورتها، وفوات الصورة يورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، بخلاف القصاص فإنه حق العبد وحقوق العباد لا يحتاج في إسقاطها وكذا حد القذف؛ لأن فيه حق العبد وكلاهما لا يسقطان بشبهة فوات الصورة<sup>(2)</sup>.

هذا إذا قضى بعلم استفاده في زمان القضاء ومكانه، فأما إذا قضى بعلم استفاده في مكان القضاء وفي غير زمانه، أو في زمان القضاء وفي غير مكانه؛ وذلك قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضاءه فقد اختلف فيه على قولين:

أ- أنه لا يجوز أصلاً وهو قول الجمهور، للفرق الحاصل بين العلمين؛ وهو أن العلم الحادث له في زمن القضاء علم في وقت هو مكلف فيه بالقضاء، فأشبه البيئة القائمة فيه، والعلم الحاصل في غير زمن القضاء علم في وقت هو فيه غير مكلف بالقضاء فلم يشبه البيئة القائمة فيه، وهذا لأن الأصل في صحة القضاء هو البيئة إلا أن غيرها قد يلحق بها إذا كان في معناها، والعلم الحادث في زمان القضاء في معنى البيئة يكون حادثاً في وقت هو مكلف فيه بالقضاء، فكان في معنى البيئة، والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول إلى مكانه حاصل في وقت هو غير مكلف بالقضاء، فلم يكن في معنى البيئة فلم يجوز القضاء به<sup>(3)</sup>.

ب- والقول الثاني أنه يجوز -فيما سوى الحدود الخالصة- وهو قول الصحابين من الحنفية، والمشهور عند الشافعية، باعتبار أنه لما جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد في زمن القضاء جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء؛ لأن العلم في الحالين على حد سواء، إلا أن ههنا استدام العلم الذي كان له قبل القضاء بتجدد أمثاله، وهناك حدث له علم لم يكن وهما سواء في المعنى، إلا أنه لم يقض به في الحدود الخالصة لتمكن الشبهة فيه، باعتبار التهمة والشبهة تؤثر في الحدود ولا تؤثر في حقوق العباد<sup>(4)</sup>.

#### البند الرابع: مناقشة الأدلة والترجيح.

بعدما عرضنا الآراء الفقهية المختلفة، في خصوص مدى جواز قضاء القاضي بمعلوماته الشخصية، وفصلنا القول في أدلة كل رأي، مع ذكر الاعتراضات الواردة عليها، نورد فيما يأتي مناقشة هذه الأدلة مع ترجيح الرأي الأليق بالإعمال.

(1) البيهقي، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 07.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 05، ص 423. وانظر: الفتاوى الهندية، ج 03 ص 339.

(4) الكاساني، المرجع نفسه، ج 07، ص 07. ومتأخرو الحنفية على خلافه لأنهم لما ردوا الأول لفساد الزمان كان رد الثاني تبعاً له. شهاب الدين

الرملي، المرجع السابق، ج 08 ص 260.

## أولاً: مناقشة أدلة المانعين مطلقاً.

استدل هؤلاء كما مر بنا بجملة من الأدلة النقلية والعقلية وهذه مناقشتها:

1- أما استدلالهم بما روي من قصة الملاعنة « لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرحمتها » فقد اعترض عليه بعض الباحثين بأنه لا يستقيم به الاستدلال في موضوع النزاع، لأنهم اقتصروا في الاستدلال به على صدر الحديث وهو بهذه الصورة قد يفيدهم في الاستدلال، لكن الحديث بتمامه لا يستقيم لهم بذلك، وهو ليس من تمام قصة الملاعنة، إنما كان من امرأة ظهر منها سوء واحتج المعترض بحديث ابن عباس -رضي الله عنهما- عند ابن ماجه قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: « لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرحمت فلانة فقد ظهر منها سوء في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها »، يقول: « والحديث بتمام روايته كما ترى لا دلالة فيه على منع القاضي من القضاء بعلمه، لأن الرسول -صلى الله عليه وسلم- لم يعلم وقوع الزنا منها، وإنما رأى من حالها وهيئتها ما يكون قرينة على وقوع الزنا منها »<sup>(1)</sup>.

هذا، وإن كنا نتفق مع المعترض على سبب ورود هذا الحديث، وأنه ليس في الملاعنة وإنما في ظهور قرائن وأمارات تدل على الفساد، إلا أننا نرى صحة الاحتجاج به في هذا الموطن لما في عموم لفظه من دلالة على استبعاد ما دون البينة والإقرار في الإثبات؛ لأن تمام نص الحديث إنما هو لبيان علة ارتياب النبي -صلى الله عليه وسلم- من المرأة، أما شطره الأول فقد بين الحكم العام الذي ينبغي التعويل عليه وهذا استناداً إلى القاعدة الأصولية التي تنص على أن "العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب"<sup>(2)</sup>.

2- وأما استدلالهم بالأثر المروي عن عمر -رضي الله عنه- فقد اعترض عليه بأنه مذهب صحابي، ومذهب الصحابي غير متفق على الاحتجاج به، فضلاً عن أنه معارض بما روي عنه -رضي الله عنه- من أنه يجيز للقاضي القضاء بعلمه إذا وجد شاهداً واحداً<sup>(3)</sup>.

ويجاب على هذا الاعتراض بأنه وإن وقع الاختلاف في الاحتجاج بمذهب الصحابي<sup>(4)</sup>، فإن في الحديث السابق الإشارة إليه، معضداً لقول عمر في هذه المسألة، فيصير قول عمر -رضي الله عنه- في المنع من قضاء القاضي بعلمه مسنوداً بما روي عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، أما ما روي عنه -رضي الله عنه- من أنه يجيز أن يقضي القاضي بعلمه إذا وجد شاهداً واحداً، فإنه من جهة معارض بما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- في الحديث السابق، وأيضاً فإنه يحتل أن يكون ذلك في غير عقوبة كسائر الحقوق المالية أو المعاملات المدنية، وليس هذا محل نزاع، أو في عقوبة تعزيرية، وليست موضوع خلاف؛ لأنها تثبت بكافة وسائل الإثبات، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال كسأه ثوب الإجمال وسقط به الاستدلال.

(1) عبد المنعم البهي، المرجع السابق، ص 135-136.

(2) وهي قاعدة أصولية. أنظر: الجويني، إمام الحرمين، أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، الطبعة الثالثة، دار الوفاء -مصر-، 1412هـ/1992م، ج 01 ص 251-252.

(3) عبد المنعم البهي، المرجع نفسه، ص 138.

(4) أنظر في حجية مذهب الصحابي: شليبي: محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية بيروت -لبنان-، 1406هـ/1986م، ص 160 وما بعدها.

3- وأما احتجاجهم بحديث « ادروا الحدود بالشبهات » فقد اعترض عليه الإمام ابن حزم - كما مر بنا - بأنه لم يرو مرفوعا، ولم يرد من طريق صحيح.

والرد عليه أن الحديث مروى من طرق كثيرة يعضد بعضها بعضا - كما سيأتي تفصيله -.

4- وأما ما احتجوا من حديث أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - في قصة أبي جهم، فإنها وإن لم تكن في باب العقوبات إلا أن فيها دلالة واضحة على منع القاضي من القضاء بعلمه، وذلك أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حينما امتنع من القضاء بعلمه في مسألة مالية الخطب فيها يسير، كان من باب أولى امتناعه من ذلك في الدماء والأنفس، التي يحتال لدرء العقوبات فيها ما أمكن.

5- أما استدلالهم بالمعقول فمستقيم جدا؛ لأن فساد الزمان وخراب الذمم مع الإجازة للقاضي أن يحكم بعلمه الخاص في دماء الناس وأعراضهم مؤذن باختلال ميزان العدالة وفشو الظلم والإعتساف، فمع وجود البيئة والإقرار وقعت مظالم كثيرة وانتهكت حرمانات، فكيف إذا أطلق العنان للقاضي أن يقضي بما لا يمكن الرقابة عليه من جهة قضائية أعلى<sup>(1)</sup>.

ثانيا: مناقشة أدلة المجيزين مطلقا.

استدل أصحاب هذا الرأي بالكتاب والسنة والمعقول.

1- أما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ﴾ [المائدة/ من الآية 08] ففي غير موضوع التراع؛ ذلك أن الآية واردة في الشهود وخاصة بهم، ونظمها يقوي هذا المعنى، لأن شهداء حال من الضمير المستكن من قوامين يؤيد هذا ما جاء عن ابن عباس في تفسيرها « كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْحَقِّ فِي الشَّهَادَةِ عَلَىٰ مَنْ كَانَتْ وَلَمْ يَكُنْ مِنْ قَرِيبٍ أَوْ بَعِيدٍ »<sup>(2)</sup>.

وعلى فرض عموم لفظها فلا محذور على الحاكم في امتناعه من الحكم بعلمه، إذا لم يأت المظلوم بحجة يحكم له بها، والحاكم لا لوم عليه إذ لا حجة معه يوصل بها صاحب الحق إلى حقه، وفي هذه الحال لا يكون ممتنعا من القيام بالقسط<sup>(3)</sup>.

2- أما استدلالهم بحديث « من رأى منكم منكرا... » فإنه معارض بقوله - صلى الله عليه وسلم - : « لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها »، فنصه مقيد لإطلاق ما احتجوا به من الحديث.

3- أما استدلالهم بالمعقول من أنه لما أجاز للقاضي أن يقضي بالبيئة والإقرار وهما لا يفيدانه إلا ظنا راجحا، جاز له من باب أولى أن يقضي بما يفيد علمنا يقينا، فهذا الكلام لا مزية فيه من حيث إن العلم الحاصل للقاضي بمعانيته ومشاهدته هو أقوى بيقين من الظن الحاصل له بشهادة الشهود وإقرار المدعي عليه أو نكوله،

(1) وهذه العلة هي التي جعلت الحنفية ينتقلون عن رأيهم من القول بجواز القضاء بعلم القاضي في حقوق العباد إلى القول بعدمه، قال ابن عابدين: « وأصل المذهب جواز العمل بعلم القاضي، والفتوى على عدمه في زماننا لفساد القضاء ». أنظر ابن عابدين، رد المختار، ج 05، ص 423. وقال ابن نجيم: « الفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا ». ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 222. هذا في زمانهم فكيف يكون الحال في زماننا؟

(2) الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي - بيروت، -، 1985، ج 05، ص 167.

(3) البهي، المرجع السابق، ص 139.

والإطناب في الاستدلال عليه إسراف في القول، والمنازعة فيه مكابرة، ولكن محل التراع الحقيقي إنما هو: هل نصدق القاضي في قوله أنه علم بالحادثة التي حكم فيها وهو يتناول في حكمه الدماء والأعراض، أم نحتاط في ذلك محافظة على دماء الناس وأعراضهم؟

الحق أن الاحتياط في ذلك واجب بل هو من أعظم مطالب الشريعة الحكيمة العادلة، فلا نسلم للقاضي ما يقضي به ولا نقره عليه إلا إذا بين لنا أسبابا مقنعة وحججا واضحة استند في قضائه عليها، يزيل بها التهمة عن نفسه، ولأمر كهذا أوجبت الشريعة أن تكون الجلسات علنية، وأوجبت على القضاة تسبيب أحكامهم وذكر وسائل الإثبات التي استندوا إليها<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: مناقشة أدلة الفريق الثالث.

رأينا فيما مر بنا أن أصحاب هذا القول استدلو بما استدل به أصحاب القول الثاني من الأدلة النقلية، وقد سبق مناقشتها عند مناقشة أدلة أصحاب القول الأول، غير أنهم في استدلالهم العقلية فرقوا بين الحدود الخالصة لله تعالى وحقوق العباد من قصاص وقذف.

1 - أما قولهم أن القاضي تتطرق إليه التهمة في إقامة الحد بعلمه إذ لا مطالب له من العباد بإقامته، بخلاف الحقوق الأخرى فإن فيها خصما يطالب بها، وبوجوده تنتفي التهمة عن القاضي، فالرد عليه أن التهمة كما تتطرق إلى القاضي في إقامة الحد بعلمه، تتطرق إليه في الحقوق الأخرى، ولا تنتفي التهمة بوجود الخصم بل تتأكد لاحتمال وجود تواطؤ بينهما وسابق اتفاق وقيام صلة<sup>(2)</sup>.

2- أما قولهم بأن المقر بحق من حقوق الله الخالصة إذا رجع صح رجوعه، ولم يكن للقاضي إقامة الحد عليه للتعارض بين إقراره وإنكاره، فكذلك إذا أخبر القاضي وأنكر الرجل لم يكن له أن يقيم عليه الحد للتعارض بين الخبرين وليس أحدهما بأولى من الآخر، فهذا من حيث الأصل لا اعتراض عليه، ولكن ليس فيه ما يفرق بين حكم حق الله وحقوق العباد؛ لأنه في حقوق العباد أيضا إذا أخبر القاضي وأنكر الرجل لم يكن له ذلك للتعارض بين الخبرين، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيترجح قول المتهم بقريئة براءة الذمة.

هذا، ويتبين من المناقشة التي سقناها لاستدلالات المذاهب الثلاثة في قضاء القاضي بعلمه في العقوبات المقدرة أن القول الأول وهو قول من المانعين من أن يقضي القاضي بمعلوماته الشخصية في الحدود والقصاص جميعا أولى بالاتباع، لقوة أدلته وظهور حججه، واستجابته للسياسة التشريعية ومقاصدها الكلية، أما ما استدل به الفريقان الثاني والثالث فواضح ضعفه زيادة على أنه يفتح أبوابا لا يقدر على سدها من الضرر العام واضطراب أحوال الناس؛ إذ لا يأمن أحد حينئذ من أن يعمد قاض إلى رجل فيدعي أنه علمه يزني، أو رآه يسرق مالا محرزا ليس له فيه وجه حق، أو سمعه يقذف محصنا أو غير ذلك، وهذا باب واسع غير مأمون العاقبة، وسلاح مصلت في يد القاضي على رقاب العباد، والقاضي ليس نبيا معصوما عن الجور، وإنما هو بشر كسائر الناس له طبائعه

(1) أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 49.

(2) البهي، المرجع السابق، ص 142.

وغرائزه، له أصدقاؤه وله أعداؤه، ويجري عليه ما يجري على سائر البشر، وقد منعت الشريعة شهادة من يتهم بقرابة أو خصومة، ولو كان من أعدل العدول، فكيف بالقضاء.

أما إذا منعنا القاضي من القضاء بعلمه فالضرر الذي يترتب على هذا المنع محدود الأثر؛ لأنه لا يتعدى في أسوأ الأحوال بعض المتقاضين، أما نفعه فإنه يطال المجتمع كله، فيأمن الناس على أعراضهم وأموالهم ودمائهم، كما أنه حماية للقاضي ولكانة القضاء من أن تنزل في نفوس الناس ويهن شأنها في نظرهم، زيادة على أنه يمكن حينها من الرقابة على أعمال القاضي؛ لأن أي وسيلة غير علمه يمكن لأي كان إذا أوتي علما وبصيرة أن يقدر قوتها وكفايتها في الحكم بالإدانة، أو الحكم بإخلاء ساحة المتهم من أي اشتباه.

وتأسيسا عليه وللأسباب السالفة الذكر، يظهر أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الخاص، سواء تحصل هذا العلم قبل تولية القضاء أم بعده، وسواء أكان في بلده الذي ولي فيه القضاء أم في غيره صونا للعدالة وتحقيقا للصالح العام.

### المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائي في الإثبات في القانون الوضعي.

عرف تاريخ القضاء الوضعي بخصوص تنظيم الإثبات في المواد الجزائية نظامين؛ الأول وهو نظام الأدلة القانونية، والثاني هو نظام الاقتناع الذاتي للقاضي.

#### الفرع الأول: نظام الأدلة القانونية: (preuve juridique)

يمتاز نظام الأدلة القانونية بالدور الرئيس الذي يقوم به المشرع في عملية الإثبات؛ حيث يحدد مسبقا الأدلة التي يستند إليها القاضي في حكمه بالإدانة أو البراءة، طبقا لما يرسمه في التشريع الجاري العمل به، أو وفقا لشروط قانونية يحددها سلفا<sup>(1)</sup>، وفي هذه الحال لا يتجاوز دور القاضي إجراء عملية تطبيق للقواعد التي يحددها المشرع، وليس له بعد ذلك أن يبحث فيما عدا هذه الأدلة القانونية عن مصدر آخر لاقتناعه الشخصي هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يقتضي هذا النظام أنه إذا توافرت هذه الأدلة فإنه لا يكون للقاضي مطلق الحرية في تقدير قيمتها الاستدلالية، بل إن دوره يقتصر على مجرد التحقق من قيامها، ومراقبة توافر شروطها القانونية المنصوص عليها في التشريع، لكي يقرر بعد ذلك إدانة المتهم أو إخلاء ساحتها مما نسب إليه؛ ومن ذلك مثلا أن يستلزم عددا من الشهود<sup>(2)</sup>، أو يقيده بصفات خاصة فيهم، كالذكورة أو السن أو شروط مستلزمة كأن تكون شهادة معاينة لا شهادة سماعية، ومنصبه على الواقعة نفسها موضوع الدعوى دون غيرها، أو أن يتطلب من المتهم اعترافا لإمكان الحكم بعقوبة معينة، أو بتضافر مجموعة من الأدلة لإمكان الحكم بعقوبات معينة<sup>(3)</sup>.

(1) محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية، ص12. وانظر: عوض، قانون الإجراءات الجنائية، ج02، ص138-139.

(2) عبيد، المرجع السابق، ص733.

(3) سرور، المرجع السابق، ص746.

وعلى ذلك فإن عمل القاضي في هذا الشأن لا يعدو أن يكون مجرد عملية رياضية أو إجراء لمنطق أرسطي في المقدمات والنتائج، لا دخل فيها لنشاط عملي عقلي من القاضي، يحمل على الاقتناع الشخصي<sup>(1)</sup>. وعليه فإن هذا النظام لا يعترف باقتناع القاضي، وإنما يعول على اقتناع المشرع المبني على افتراض صحة الدليل، ويعتبر نظام الأدلة القانونية أقدم النظامين فقد عرّف في أقدم العهود الرومانية وعرّف في أوروبا في القرون الوسطى، وأظهر مثال ما كانت عليه الحال في فرنسا في ظل النظام القديم، حيث كانت الأدلة مرتبة بشكل متدرج حسب قوتها الإثباتية إلى ثلاثة أنواع:

### 1- الأدلة الكاملة أو الوافية التامة (preuves pleines) :

وهذا النوع من الأدلة هو الوحيد الذي يكفي منفردا ليرتب على وجوده تطبيق العقوبة المنصوص عليها قانونا مهما كان اقتناع القاضي، ولكي تكون البينة دليلا كاملا كان يشترط شهادة شاهدين على الواقعة نفسها كما يشترط في الشاهد بأن يكون قد شهد الواقعة بنفسه، وأن يتصف الشاهد بالاستقامة وأن يكون جازما في شهادته، كما أن المحرر لا يكون دليلا كاملا إلا إذا توافر على شرطين، أولهما أن يكون محررا رسميا أو مقرونا بإقرار المتهم، وثانيهما أن يكون نصا في ارتكاب الجريمة، وتكون القرينة دليلا كاملا إذا كانت واضحة تفيد ارتكاب الجريمة، أما الاعتراف فلا يكفي وحده دليلا كاملا إلا إذا أضيف إليه نصف دليل كشهادة شاهد<sup>(2)</sup>.

### 2- الأدلة شبه الوافية أو شبه أدلة (preuves semi-pleines ou semi-preuves) :

ويطلق عليها أيضا الأمارات القرينة (Indices prochains)<sup>(3)</sup>، وتمثل هذه الأدلة في الشهادة المنفردة أو اعتراف المتهم، وهذه الأدلة لا تسمح للقاضي بالحكم بالعقوبة المقررة وإنما يمكن أن يحكم بعقوبة أخف<sup>(4)</sup>.

### 3- الأدلة الخفيفة (preuves légères) :

وتسمى أيضا الأمارات البعيدة (Indices éloignés)<sup>(5)</sup>، وهذا النوع من الأدلة لم يكن ينتج أية عقوبة إلا إذا أكملتها أدلة أخرى، أو تنحصر قيمتها في كونها مجرد قرينة للأدلة شبه الوافية لتطبيق التعذيب<sup>(6)</sup>. وكان يلزم في ظل هذا النظام لإمكان الحكم بالإعدام دليل واف (preuve plain)، حيث لا يكفي لذلك الدليل شبه الوافي إلا إذا أضيف إليه اعتراف المتهم أو بتعدد الأدلة شبه الوافية (Semi-preuve)، بصورة ما، وإلا كانت العقوبة مخففة عما هو مبين في القانون<sup>(7)</sup>.

(1) سرور، المرجع السابق، ص746، وانظر: RACHED (Ali), de l'intime conviction du juge, thèse, paris, p23

(2) محمود مصطفى، المرجع السابق، ص09.

(3) عبيد، المرجع السابق، ص733.

(4) مصطفى محمود، المرجع نفسه، ص09.

(5) عبيد، المرجع نفسه، ص734.

(6) علي راشد، المرجع السابق، ص27.

(7) عبيد، المرجع نفسه، ص734.



ويقوم نظام الأدلة القانونية على أساس من مبدأ حماية مصلحة المتهمين من تعسف القضاة؛ فقد اعتبر كضمان لحماية المتهم من تعسف القاضي، بحيث لا يحكم على أحد بالعقوبة إلا بناء على أدلة حددها المشرع وبشروط اطمأن إليها من حيث صحتها، وخاصة أن سيادته كانت في وقت كانت فيه عقوبة الإعدام واسعة النطاق في أغلب الجرائم، ولذلك اعتبر محققا لأقصى الضمانات من تطبيق مثل هذه العقوبة البالغة الخطورة<sup>(1)</sup>. هذا، وقد ظل هذا النظام سائدا في العالم أجمع لم تخل منه شريعة من الشرائع، إلى أن عدلت منه الجمعية التأسيسية في إثر الثورة الفرنسية عندما أقرت مشروع قانون بإدخال نظام المحلفين وقاعدة شفوية المرافعة، وفي الوقت نفسه نظام الإثبات الجزائي المبني على حرية القاضي في تكوين اقتناعه، وكان ذلك بتاريخ 18 جانفي 1791 ثم استقر في تشريع تحقيق الجنايات الفرنسي الذي وضع سنة 1808<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: نظام الاقتناع الذاتي: (Intime conviction du juge).

ويسمى أيضا نظام الأدلة الأدبية أو المعنوية (preuves morale) أو نظام حرية الأدلة (Libertés des preuves) ومضمون هذا النظام أن للقاضي كامل الحرية في قبول الأدلة وتقدير حجيتها دون تدخل من المشرع لإملاء حجية معينة<sup>(3)</sup>، فسلطة القاضي الجزائي في قبول الاعتراف وتقدير حجيته محكمة بمبدأ حرية القاضي الجزائي في الاقتناع (Intime conviction)، وهذا المبدأ يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى نتيجتين:

**الأولى:** هي حرية القاضي الجزائي في قبول الدليل على نحو تكون فيه جميع طرق الإثبات مقبولة - من حيث المبدأ- في المواد الجزائية، من دون تدخل من المشرع ليقيده أو يملئ عليه وسيلة معينة، كما هو الحال في نظام الأدلة القانونية، فالقاضي يستطيع في سبيل الوصول إلى الحقيقة وبناء اقتناعه الاستعانة بأي دليل يراه مقنعا، في إدانة المتهم أو إخلاء ساحته، حسبما يملئ عليه ضميره بما يتفق مع العقل والمنطق<sup>(4)</sup>.

**والثانية:** وهي أن الدليل الجزائي يخضع لمطلق تقدير القاضي، فلا يقيد المشرع بإضفاء أي قوة إثباتية لأي دليل، وضمير القاضي هو المعول عليه في تحديد مدى قوة أي دليل في الإثبات، من دون أن يخضع حكمه للمجادلة أمام المحكمة العليا، ما دام يبين في حكمه أنه لم يقض بالبراءة أو الإدانة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة ووزنها<sup>(5)</sup>، وهو ما يلزمه بتسبب حكمه بالإدانة أو البراءة.

هذا، ويتأسس انحياز الفقه الجزائي المعاصر إلى مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإثبات على فكرة بناء الأدلة على اليقين الذي يستبعد كل فرص الشك، ما دام الدليل لا يستمد قيمته في الإثبات من ذاته، وإنما من قدرته على

(1) مصطفى محمود، المرجع السابق، ص 50.

(2) عبيد، المرجع السابق، ص 744.

(3) سرور، المرجع السابق، ص 747. وانظر: عوض، المرجع السابق، ج 02 ص 139.

(4) راشد، المرجع السابق، ص 20. وأبو عامر، المرجع السابق، ص 127.

(5) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 104. عبيد، المرجع نفسه، ص 735. وانظر: عوض، المرجع نفسه، ج 02 ص 139.

إحداث الاقتناع لدى القاضي لينتقل الإثبات الجزائي من مجرد الشكلية التي تخطئ التقدير في الغالب إلى موضوعية الإثبات التي من شأنها إصابة وجه الحق إلا في القليل النادر<sup>(1)</sup>.

وقد ساعد على انتشار هذا النظام الجديد الذي ظهر في فرنسا بعد الثورة الفرنسية<sup>(2)</sup>، ثم استتب له الأمر نهائيا في العالم أجمع<sup>(3)</sup>، ظهور الأدلة العلمية وتقدمها مثل تلك المستمدة من الطب الشرعي والتحليل وعلم تحقيق الشخصية، ومضاهاة الخطوط وغيرها، وهي لا تقبل بطبيعتها إخضاع القاضي لأي قيد بشأنها، بل ينبغي أن يترك الأمر في تقديرها لمحض اقتناعه، خصوصا وأنها كثيرا ما تتضارب مع باقي الأدلة في الدعوى، وذلك فضلا عن احتمال تضارب آراء المختصين بشأنها<sup>(4)</sup>.

ومن مستلزمات هذا النظام أن تقدير القاضي لهذه الأدلة لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، فليس لها أن تراقبه في تقديره، وكل ما لها أن تراقبه هو صحة الأسباب التي استدلت بها على هذا الاقتناع، فمادامت النتيجة التي انتهت إليها محكمة الموضوع تتفق مع العقل والمنطق؛ فالقاضي ليس مكلفا ببيان أسباب اقتناعه الشخصي ولكنه مكلف ببيان أسباب الحكم الذي انتهى إليه، وهو في مقام هذه الأسباب لا بد أن يذكر الأدلة التي اعتمد عليها وكانت مصدرا لاقتناعه، ولكنه ليس مكلفا بتحديد علة اقتناعه بهذه الأدلة بالذات<sup>(5)</sup>.

وعليه فإن لمحكمة الموضوع كامل الحرية في أن تستمد اقتناعها من أي دليل تطمئن إليه، طالما أن لها مأخذا صحيحا فيما طرح أمامه بالجلسة، فلها أن تعول في تكوين عقيدتها على أقوال متهم آخر متى اطمأنت إليها، ومن حقها أن تعول على أقوال شهود الإثبات وتعرض عما قاله شهود النفي ما دامت لا تثق فيما شهدوا به، وهي غير ملزمة بالإشارة إلى أقوالهم طالما أنها لم تستند إليها في قضائها، ولها أن تعول على أقوال الشاهد في إحدى مراحل التحقيق ولو خالفت ما شهد به أمامها دون أن تبين العلة في ذلك، ولها أن ترجح الأقوال المتحصلة على سبيل الاستدلال على الشهادة، ولها أن تفضل شهادة شاهد واحد على شهادات متعددة ومتطابقة في معنى

(1) أبو عامر، المرجع السابق، ص 127. ويرى بعض الباحثين أنه لا يمكن القطع بصحة أي من النظامين أو بفساده، فلكل منهما مزاياه وعيوبه، والاختيار بينهما هو المزاج العام في كل عصر ثم أعقب بقوله: "ولعل نظام الإثبات أكثر استجابة لما يسود الجماعات من قيم" انظر عوض محمد، المرجع نفسه، ج 02 ص 139 وللسنا ندرى ما مقصوده بنظام الإثبات فهو نظام الإثبات المقيّد أم المطلق.

(2) حيث نص عليه المشرع الفرنسي في قانون 16-29 سبتمبر 1791م، وكذا قانون الجرائم والعقوبات الصادر في 3 برومير من السنة الرابعة. انظر: مهدي: عبد الرؤوف، حرية القاضي الجزائي في تكوين عقيدته، بحث تعليق حكم النقض الصادر في 1980/01/28، الطعن رقم 1297 س 3، ص 9، أنظر: الكيك: محمد علي، رقابة محكمة النقض على تسيب الأحكام الجنائية، مكتبة المؤلف - الإسكندرية -، بلا تاريخ، ص 154. وتأكدت له السيادة في النظام الفرنسي بالنص عليه في المادة 342 من قانون تحقيق الجنائيات الملغى. انظر: علي راشد، المرجع السابق، ص 23. ثم أقره المشرع في المادة 427 من تقنين الإجراءات الجنائية الحالي.

(3) وقد ظهر عقب ذلك في كثير من البلاد العربية فأشارت إليه المادة 232 من قانون تحقيق الجنائيات المختلط الصادر عام 1904 ثم المادة 303 من قانون الإجراءات الجنائية الحالي الصادر سنة 1950، كما ظهرت أيضا في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي تحت رقم 73 لسنة 1971، انظر: محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 16-17. وفي الجزائر نصت عليه المواد 212، 213، 219، 233، 234، 235، 286، 307 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الصادر بالأمر رقم 66-155 مؤرخ في 18 صفر 1386هـ. الموافق لـ 08 يونيو 1966م.

(4) عبيد، المرجع السابق، ص 735.

(5) سرور، المرجع السابق، ص 748-749. أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 1985 ص 274.

مخالف<sup>(1)</sup>، ولها أيضا كامل الحرية في تقدير القوة التدللية لتقارير الخبرة المقدمة إليها، ولها أن تفاضل بين هذه التقارير، وتأخذ منها بما تراه وتطرح ما عداها، ولها أن تجزم بما لم يجزم به الخبير في تقريره، ولها كامل الحرية في تقدير صحة الاعتراف وقيمتها الاستدلالية في الإثبات، وأن سلطتها مطلقة في الأخذ باعتراف المتهم في حق نفسه، وفي حق غيره من المتهمين في أي دور من أدوار التحقيق، وإن عدل عنه بعد ذلك، متى اطمأنت إلى صحته ومطابقتها للحقيقة الواقعية، أو في إهداره كلية إذا بدا لها مشوها أو مشكوكا فيه أو متعارضا مع عناصر الإثبات الأخرى، ولها أن تجزئ الاعتراف فلا تستند إليه إلا جزئيا مستبعدة -مثلا- ظرف الدفاع الشرعي الذي أثاره المتهم المعترف بالقتل في اعترافه<sup>(2)</sup>.

والأمثلة في هذا كثيرة تعج بها ساحات المحاكم، وفيها سيل من أحكام النقض، وإنما جاء سرد هذه الأمثلة لتوضيح أن اقتناع القاضي إنما مرجعه إلى اطمئنانه وضميره، وأن قيمة أي عنصر من عناصر الإثبات المقبولة قانونا والمطروحة للمرافعة إنما ترجع إلى التقدير النهائي لقاضي الموضوع<sup>(3)</sup> بشروط نذكرها لاحقا، ونرى من الواجب أن نتنبه هنا إلى أمرين:

**الأول:** أن حرية القاضي الجزائي في الاقتناع إنما هي حرية إقتناع عقلي (une convection de raison) يجد مصدره في العقل لا في العاطفة باعتباره عملا ذهنيا أو عقليا (un travail intellectuel) وليس مؤسسا على هوى عواطفه أو حدسه أو تخمينه، في منأى عن قواعد العلم وأسس المنطقية<sup>(4)</sup>.

**الثاني:** أن الاقتناع معناه أن يتوفر لدى القاضي من الأدلة الوضعية ما يمكن لتسبب إذعانه بالتسليم بثبوت الوقائع كما أثبتها في حكمه وبنسبتها إلى المتهم، وليس معناه اليقين والجزم بالمعنى العلمي الفلسفي لليقين والجزم كحالة عقلية ينتفي معها أي شك ولا يخالطها أي ريب، ولا جهلا ولا غلطا لدى الآخرين، فذلك أمر نادر الحصول، بل هو اعتقاد قائم على أدلة موضوعية أو يقين قائم على تسبب، فهو يمثل المنطقة الوسط بين الاعتقاد الذي ينبني على أسباب شخصية واليقين الذي يحتوي على أسباب كافية من الناحية الشخصية والموضوعية، والمهم أن الحكم النهائي يلزم أن يكون قائما على أسباب يقينية وهو ما يفرض استبعاد كل فرص الشك والاحتمال<sup>(5)</sup>.

فحرية القاضي في الاقتناع ليست إذن من نوع الحرية المطلقة أو التحكيمية<sup>(6)</sup>، كما أن الإقناع المطلوب في المواد الجزائية ليس هو الانطباع العاطفي، بل هو الاقتناع العقلي المؤسس على أكبر قدر من اليقين، وهي درجة لازمة في الحكم الجزائي بصرف النظر عن جسامة الجريمة الصادر بها، فظهور الحقيقة الواقعية ضرورة اجتماعية

(1) عوض، المرجع السابق، ج 02 ص 140.

(2) الكيك، المرجع السابق، 156-157.

(3) أبو عامر، نظرية الإثبات، ص 132.

(4) الكيك، المرجع نفسه، ص 160.

(5) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 134 وما بعدها.

(6) عوض، المرجع نفسه، ج 02 ص 140، وانظر الكيك، المرجع نفسه، ص 157.

والحكم الخاطئ يضر بالمحكوم عليه أيا كانت جسامة الجريمة، أو درجة العقوبة، ولذلك وجب إحاطتها بضمانات تكون قيودا مقررمة لمصلحة من يقع عليه الضرر المتوقع والضمانات السابقة من نوعها.

### الفرع الثالث: نظام الإثبات في القانون الجزائري.

ينتهج المشرع الجزائري نظام الاقتناع الذاتي للقاضي سواء فيما تعلق بجرمته في قبول الدليل، أم في سلطته في تقدير قيمته الاستدلالية، فقد نصت (المادة 01/212) من قانون الإجراءات الجزائية على حرية القاضي في الاستعانة بكل وسائل الإثبات بقولها: « يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص ». وتنص (المادة 01/286) من القانون نفسه على أن رئيس محكمة الجنايات يتمتع بسلطة تقديرية تسمح له باتخاذ أي إجراء يراه نافعا لإظهار الحقيقة.

وتؤكد (المادة 307) من القانون نفسه حرية القاضي في الاستعانة بأي وسيلة من وسائل الإثبات بنصها على: « أن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا على الوسائل التي بها قد وصلوا إلى اقتناعهم»، ومعنى هذا أن القاضي يستعين بالدليل الذي يستريح إليه ضميره، ويستبعد كل دليل لا يقتنع به، يستوي في ذلك اعتراف المتهم مع شهادة الشهود، أو تقارير الخبراء أو المحررات التي يمكن أن يحتوي عليها ملف الدعوى أو القرائن التي تستخلص منها.

وتتضح حرية القاضي في الاستعانة بكافة وسائل الإثبات من خلال النصوص القانونية المحددة لهذه الوسائل، إذ تنص (المادة 233) إجراءات على أن رئيس المحكمة يوجه ما يراه لازما من أسئلة إلى الشاهد بعد أداء شهادته، كما أن القاضي ليس مقيدا بعدد ولا بنوع من الشهود، وكما أن (المادة 234) من القانون نفسه تنص على أنه: « للرئيس أثناء سير المرافعات أن يعرض على المتهم أو الشهود أدلة الإثبات ويتقبل ملاحظاتهم عنها، إذا كان ذلك ضروريا»، وكذلك إعادة سماع الشهود من جديد وذلك ما نصت عليه (المادة 233) الفقرة الأخيرة، كما نصت أيضا على المواجهة بين المتهمين والشهود، والتي يجريها الرئيس إذا كان هناك داع لذلك. بالإضافة إلى ذلك فللقاضي مطلق الحرية في أن يتنقل إلى عين المكان للإجراءات اللازمة لإظهار الحقيقة حسبما ورد في نص (المادة 235) إجراءات، كما له الحرية بناء على أحكام (المادة 256) إجراءات أن يأمر بإجراء تحقيق تكميلي.

هذا فيما يخص سلطة القاضي في قبول الدليل، أما فيما يخص سلطته في تقدير حججته، فقد أقر المشرع الجزائري هذه النتيجة بالنص عليها صراحة في (المادة 02/307) إجراءات: « ... ولا يرسم لهم ( أي القضاة) قواعد بما يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما ».

ويزيد هذا وضوحا ما نص عليه في خصوص اعتراف المتهم في (المادة 213) إجراءات؛ بأن الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي، فالقاضي يمكنه أن لا يعتد بالاعتراف الذي يدلي به المتهم إذا اقتنع بأنه لا ينطبق مع الحقيقة، ويحدث ذلك بالنسبة لبعض المتهمين الذين لهم أغراض معينة، كمن يريد افتداء متهم آخر قريب له، أو من يريد دخول السجن هربا من البطالة أو إدمان المخدرات.

كما تنص (المادة 219) من القانون نفسه بأنه تترك مسألة إجراء الخبرة للسلطة التقديرية للمحكمة، على أن تتبع في ذلك الأحكام المتعلقة بالخبرة المنصوص عليها في (المواد 143 - 156) من القانون نفسه.

فتقرير الخبرة ليس له حكم وليس له قيمة ثبوتية ذاتية، فهي مجرد إبداء رأي في مسألة فنية وعلمية، ليست من اختصاص القاضي، وليست دليلاً قائماً بذاته، وإنما العبرة باقتناع القاضي.

وتؤكد المحكمة العليا في الجزائر ما نصت عليه هذه التشريعات في قراراتها الصادرة عن الغرف الجزائية المختلفة، ومن بينها: « إن العبرة في مواد الجنايات هي باقتناع المحكمة التي لها السلطة المطلقة في تقدير الوقائع، وأدلة الإثبات بدون معقب عليها من طرف المجلس الأعلى»<sup>(1)</sup>.

وأيضاً ما نصت عليه في قرار آخر على « أن أعضاء محكمة الجنايات غير ملزمين بذكر الوسائل التي توصلوا بها إلى اقتناعهم بإدانة المتهم... »، وأيضاً « إن (المادة 307) من قانون الإجراءات الجزائية لا تلزم أعضاء محكمة الجنايات بأن يذكروا كيف توصلوا إلى تكوين عقيدتهم في دعوى هتك عرض كانت الضحية فيها بكفاء وصماء، متى ثبت أن من مقتضيات المادتين (92 و301) إجراءات قد وقعت مراعاتهما وأن القضاة والمساعدين المخلفين قد أجابوا بالإيجاب وبأغلبية الأصوات على السؤال المتعلق بالإدانة»<sup>(2)</sup>.

وفي الإجابة عن طعن تقدمت به النيابة العامة صدر قرار من إحدى الغرف الجزائية بأن « طعن النيابة العامة المبني على أن محكمة الجنايات لم تأخذ بعين الاعتبار ما ورد في محضر إعادة تمثيل الجريمة يعد جدلاً موضوعياً يختص به قضاة الموضوع»<sup>(3)</sup>.

وفي خصوص تقدير الاعتراف قرر قضاة النقض بأن « الاعتراف هو إقرار المتهم بكل أو بعض الوقائع المنسوبة إليه، وهو كغيره من أدلة الإثبات موكول لتقدير قضاة الموضوع وفقاً لأحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية»<sup>(4)</sup>.

وفي خصوص الشهادة صدر القرار بأن « شهادة الشهود كغيرها من أدلة الإثبات يقدرها قضاة الموضوع تبعاً لاقتناعه الشخصي»<sup>(5)</sup>.

وفي خصوص الخبرة قرر قضاة الغرفة الجنائية بأن « الخبرة كغيرها من أدلة الإثبات متروكة لتقدير قضاة الموضوع»<sup>(6)</sup>.

(1) قرار صادر يوم 23 نوفمبر 1982م من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 30.485 أنظر: بغدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار - الجزائر، 1996م، ج 01 ص 11، بند 03.

(2) قرار صادر يوم 15 ماي 1984م من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 33.977 أنظر: جيلالي، المرجع نفسه، ج 01 ص 11-12، بند 04.

(3) قرار صادر يوم 02 يناير 1985م من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 41.086 أنظر: جيلالي، المرجع نفسه، ج 01 ص 12، بند 05.

(4) قرار صادر يوم 02 ديسمبر 1980م من الغرفة الجنائية الثانية. أنظر: مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 26. نقلاً عن جيلالي، المرجع نفسه، ج 01 ص 13، بند 11.

(5) قرار صادر يوم 08 نوفمبر 1983م من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 33.185 أنظر: جيلالي، المرجع نفسه، ج 01 ص 15، بند 18.

(6) قرار صادر يوم 04 ديسمبر 1981م من القسم الثاني للغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم 24.880، وكذا القرار الصادر يوم 04 يناير 1988م من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 30.093 أنظر: جيلالي، المرجع السابق، ج 01 ص 16، بند 24.

## الفرع الرابع: الضوابط الواردة على حرية القاضي الجزائي في الإثبات.

إن نظام الاقتناع الذاتي للقاضي، وما خوله إياه من حرية واسعة النطاق في قبول الدليل وفي تقدير قيمته الاستدلالية، لم يفتح له الباب مشرعا لهدم قرينة البراءة وإعلان مسؤولية المتهم بمحض التحكم والهوى، وإنما خط له إلى جانب ذلك جملة من القواعد التي هي بمثابة ضوابط رسمها المشرع على مبدأ قضاء القاضي بمحض عقيدته، وجعلها قيودا على القضاء وضمانات للمتهمين ضد أي شائبة خطأ أو فلتة تسرع، وتنظيما لحسن سير العدالة، مما جعل بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> يعد مبدأ حرية القاضي في الاقتناع بسبب هذه القيود ذا كم مظهري أكثر بكثير من أن يكون ذا كم حقيقي.

وتنقسم هذه الضوابط - كما أشرت - إلى قسمين: الأولى تتمثل في مجموعة من الضمانات المكفولة للمتهم من أن يصدر في حقه حكم بغير وجه حق، والثانية جملة من القيود المقررة لمصلحته على القضاة لئلا يجيدوا في أحكامهم عن جادة الصواب، وهو ما نتناوله فيما يأتي.

## البند الأول: ضمانات عدم اعتساف القاضي في حكمه بالإدانة.

وتتمثل هذه الضمانات في التدابير الإجرائية التي قررها القانون لضمان سلامة الحكم الجزائي الصادر في مواجهة المتهم وبخاصة في حالة الإدانة، والتي تمنع أو تقلل من احتمالات الخطأ والعسف والتسرع، التي يمكن أن ينطوي عليها الحكم الجزائي باعتباره حصيلة جهد بشري يجوز فيه الخطأ والعسف والتسرع، وهذه الضمانات حسبما قرره القانون هي:

## أولا: تعدد القضاة.

إن نظام القضاء الجماعي في القضايا الجزائية يعتبر من أهم الضمانات التي تنفي أو تكاد احتمالات الخطأ والتسرع والاعتساف، في حكم القاضي الفرد؛ إذ إن في ثلاثة عقول مختلفة المشارب والثقافات والأمزجة والميولات طمأنينة أكثر، إذ يبعد في واقع الحال تواطؤهم على أمر مخالف للحقيقة الواقعية، مع ما يتيح تعددهم من دراسة وافية للقضية محل النظر إماما بكل جوانبها، وملاحظة المسائل الدقيقة فيها والتعمق في دراستها وفهمها للخروج في النهاية باقتناع جماعي يكون أكثر تأكيدا و يقينا، ويورث الطمأنينة والارتياح إلى أنه أصاب وجه الحق<sup>(2)</sup>. ويختلف النصاب المشروط في تشكيل المحكمة الجزائية تبعا لاختلاف درجات المحاكم ذاتها، وأيضا طبيعة هذه المحاكم، وأيضا مدى شدة العقوبة المترتبة عن ارتكاب الجريمة محل النظر.

فمحكمة الجناح تتشكل من ثلاثة قضاة لهم ولاية القضاء، بأن يتم تعيينهم بصفة رسمية بقرار وزاري يحدد المحاكم التي يلتحقون بها، ويؤدون اليمين القانونية المنصوص عليها في النظام القضائي، وقد نصت (المادة 340) إجراءات على هذا بقولها: « تحكم المحكمة بثلاثة قضاة في مواد الجناح، وتحكم بقاض مفرد في مواد المخالفات ».

(1) أبو عامر، في كتابه المشار إليه سابقا، ص 139.

(2) زبدة: مسعود، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر -، 1989م، ص 78.

وتنص (المادة 450) إجراءات على أن محكمة الأحداث تتشكل من قاضي الأحداث رئيسا ومن قاضيين محلفين لهما اهتمام بشؤون الأحداث، ويراعى في تعيينهم التخصص والدراية. كما تنص (المادة 429) من القانون نفسه على أنه يحكم في استئناف الجرح والمخالفات بثلاثة قضاة على الأقل.

أما فيما يخص محكمة الجنايات وهي الأشد خطرا بالنظر إلى الجرائم المنظورة أمامها، والعقوبات البالغة الشدة التي تحكم بها، والتي يمكن أن تصل إلى حد الإعدام، فإن القانون قد نظر إلى هذا الجانب من الخطورة فقرر في (المادة 01/258) على أنها تتشكل من أحد رجال القضاء بالمجلس القضائي رئيسا ومن قاضيين مساعدين بالمجلس القضائية أو بالمحاكم ومن أربعة مساعدين محلفين، فيحصل من ذلك سبعة أعضاء، كما تتشكل غرفة الاتهام باعتبارها هيئة قضائية لفصلها في طلبات رد الاعتبار القضائي بالإضافة إلى سلطتها في التحقيق من رئيس ومستشارين حسبما ورد في نص (المادة 176) إجراءات<sup>(1)</sup>.

وتتشكل المحاكم العسكرية من ثلاثة أعضاء؛ رئيس ويشترط فيه أن يكون قاضيا يندب لهذا الغرض من بين قضاة المجلس القضائي، ومن قاضيين مساعدين يكونان من العسكريين، ويراعى في اختيارهما الدراية والخبرة العسكرية، وأن يكون أحدهما على الأقل من نفس رتبة المتهم<sup>(2)</sup>.

أما الغرفة الجزائية للمحكمة العليا، فإنها تتشكل من رئيس الغرفة، واثنين من المستشارين المساعدين القضائيين يقوم أحدهما بأعمال مقرر الغرفة<sup>(3)</sup>.

#### ثانيا: علانية الجلسة وحضور الأطراف.

هذه الضمانة الأساسية تهدف بوجه عام إلى حسن سير العدالة وكفالة حقوق الدفاع. ومبدأ العلانية وحضور أطراف الدعوى تفره كل التشريعات المعاصرة بلا نزاع وهذا لإرضاء الجمهور بالعدالة؛ إذ إنه يمكن من الرقابة على أعمال السلطة القضائية، كما يزرع الثقة بأحكام القضاء وأيضا يعطي ضمانا أكثر للمتهم، بحيث يتعرف الجمهور على نوع الجريمة التي قام بها المتهم ونوع العقوبة المتابع بها، وأن لا تكون هناك أية اعتبارات ضده<sup>(4)</sup>.

غير أنه ولأسباب يقدرها القاضي تتعلق بالآداب العامة والنظام العام، يمكن أن تعقد الجلسة بصفة سرية وخاصة بالنسبة لجنوح الأحداث وجوبا لاعتبارات تتعلق بحمايتهم، وأيضا في الجرائم الأخلاقية أو الجنسية الشذوذ الجنسي والزنا حماية للآداب العامة والحياء العام، ويجدر التنبيه إلى أن المقصود بالسرية مقصور على سماع الدعوى وما يخطط بها من تحقيق نهائي، ومرافعات الأطراف ومحاميتهم، ولا يشمل السرية قرار الإحالة أو قرار رئيس

(1) زبدة، المرجع السابق، ص 79-80.

(2) منصور: د. إسحاق إبراهيم، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، 1980، ص 165.

(3) زبدة، المرجع نفسه، ص 80-81.

(4) زبدة، المرجع نفسه، ص 81-82.

الجلسة والنطق بالحكم، ويجب على رئيس المحكمة أن يثبت في الحكم قراره الخاص بسرية الجلسة حماية للنظام العام والآداب العامة<sup>(1)</sup>.

وتستلزم علنية الجلسة في المواد الجزائية أن تكون المرافعات فيها شفوية وما يستتبع ذلك من سماع الخصوم وشهادة الشهود، ولا يجوز للمحكمة أن تبني اقتناعها على مجرد محاضر الاستدلالات أو التحقيقات الابتدائية ما لم تخضعها للمناقشة الشفوية، وهو ما يوجب على القاضي أن يكون إجراؤه للتحقيق النهائي بحضور كل الأطراف، النيابة العامة والمتهم والضحية أو المدعي المدني، والمسؤول عن الحقوق المدنية، ويظل كل تحقيق نهائي في غيابهم، إلا إذا تخلفوا عن حضور الجلسة بعدما استدعوا إليها بصفة قانونية، وثبت إبلاغهم رسمياً بميعاد الجلسة<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: تسبيب الأحكام.

يعتبر تسبيب الأحكام ضماناً تنضاف إلى الضمانات التي منحها المشرع والمؤسس الجزائريان<sup>(3)</sup> للمتقاضين وفرضها على القاضي لحسن سير الرقابة على الأحكام، فقد نص المؤسس في (المادة 144) من الدستور على أن «تعلى الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية»، كما نص المشرع في (المادة 01/379) إجراءات على أن كل حكم يجب أن ينص على هوية الأطراف وحضورهم أو غيابهم في يوم النطق بالحكم، ويجب أن يشمل على أسباب ومنطوق، وتكون الأسباب أساس الحكم<sup>(4)</sup>.

وعليه يشترط لصحة الحكم وسلامته أن يشتمل على بيان الواقعة محل العقوبة، والظروف التي وقعت فيها، مع إظهار العناصر القانونية المكونة للفعل الجرمي، والمستخلصة من وقائع الدعوى، وذكر الظروف التي يأخذها المشرع بعين الاعتبار سواء أكانت مشددة أم مخففة. أما إذا كان الحكم بالبراءة فعلى المحكمة أن تبين في أسباب حكمها العناصر والأدلة التي استندت عليها وأدت بها إلى الحكم بالبراءة، كأن تظهر المحكمة عدم توافر أحد الأركان المكونة للجريمة أو عدم توافر الشروط اللازمة للعقاب، أو انتفاء الجريمة أصلاً.

كما أوجب المشرع في هذا الصدد ذكر النصوص المطبقة على العقوبة، أو بالنسبة لظروف التشديد أو التخفيف، التي استند إليها القضاة في تقديرهم للعقوبة، وكذا بالنسبة للحكم ببراءة المتهم، إذا كانت هذه البراءة قد تأسست على سبب قانوني؛ كأن يكون سبباً من أسباب الإباحة أو عذراً معنياً من العقاب، أو سبباً من أسباب موانع المسؤولية، وكذلك الشأن بالنسبة للبراءة المؤسسة على انتفاء أحد أركان الجريمة، فيلزم في هذه الأحوال جميعها ذكر النص الذي اعتمده القضاة في بناء الحكم<sup>(5)</sup>.

(1) ملياني بغداددي، المرجع السابق، ص 372.

(2) سرور، المرجع السابق، ص 136.

(3) وأيضاً في قرار الغرفة الجزائية الثانية بالجلس الأعلى جاء فيه ما يلي: «إن تقدير المسائل المتعلقة بالوقائع في السلطة التقديرية المكونة لقضاء قضاة الموضوع شرط أن يكون قضاؤهم معللاً، ولا شيء يمنع هؤلاء القضاة من الحكم على المتهم وتقرير براءة آخر ما دامت تلك البراءة معللة»، قرار نقض رقم 03 صادر بتاريخ 83/01/04، الغرفة الجزائية الثانية، القسم الأولى، المحكمة العليا، نقلاً عن زبدة، المرجع السابق، ص 85.

(4) ملياني بغداددي، المرجع نفسه، ص 405.

(5) ملياني بغداددي، المرجع نفسه، ص 405، وما بعدها. زبدة، المرجع نفسه، ص 84-85. عبيد: د. رؤوف، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، القاهرة، 1963، ج 02 ص 496.



وتظهر الأهمية العملية لإلزام قاضي الموضوع بتسييب أحكامه في تمكين المحكمة العليا من بسط رقابتها على مقبولية اقتناع القاضي وسلامته، بأن يكون اقتناعا عقليا قائما على أدلة يقينية بالمعنى القضائي الذي بيناه، غير منطوق على قضاء سيئ و مؤسس على الظن والاحتمال من الاعتبارات أو الفروض المجردة<sup>(1)</sup>، أو على ترجيح ثبوت التهمة؛ إذ إن ذلك يعيبه ويوقعه تحت طائلة النقص، ومعنى آخر لتراقب ما إذا كانت الوقائع كما أثبتها قاضي الموضوع تدخل في الصياغة القانونية للجريمة كما أعلنها الحكم<sup>(2)</sup>.

وعلى ذلك يلزم في الحكم الجزائي أن يكون مبنيا على الجزم واليقين بمعناه القضائي، وأن تكون الأدلة التي يستند إليها متساندة يكمل بعضها بعضا بحيث تستمد منها محكمة الموضوع عقيدتها مجتمعة<sup>(3)</sup>، وألا يكون بينها تناقض أو تخاذل ينفي بعضها البعض الآخر، بحيث لا يعرف أي الأمرين هو مقصود المحكمة<sup>(4)</sup>، كأن يعتمد القاضي على دليلين متعارضين في ظاهرهما دون أن يتعرض لهذا التعارض، ويبين أنه عند فصله في الدعوى كان منتبها له وفحصه واقتنع بعدم وجوده في الواقع، وفي هذه الحال يكون القاضي قد اعتمد على دليلين متساقطين لتعارضهما، مما يجعل حكمه معيبا وكأنه غير مسبب<sup>(5)</sup>.

كما أنه يجب ألا يكون هناك تناقض بين أسباب الحكم ومنطوقه، كأن يورد القاضي في عرضه للوقائع ما يفيد إحراز المتهم للمخدر بقصد الاتجار، إلا أنه يثبت إدانة المتهم بجريمة الإحراز قصد استعمال المخدر شخصيا، من دون أن يبين الأسباب التي انتهت به إلى هذا الرأي ويرر هذا التناقض بين الأسباب والمنطوق، مما يعيب حكمه ويوجب نقضه<sup>(6)</sup>.

ويلحق التناقض تخاذل الأدلة بأن يقضي العقل بعدم تلاؤمها، وهي مسألة نسبية تختلف من شخص لآخر، ومن صورته أنه إذا كانت المحكمة بعدما بينت عدم الاعتماد على اعتراف المتهم عادت واتخذت منه قرينة مؤيدة لأقوال الشهود، وبهذا يكون حكمها مشوبا بالتخاذل والقصور<sup>(7)</sup>.

(1) أبو عامر، نظرية الإثبات، ص 153. وشاتبة الخطأ ص 267 وما بعدها. غير أن التسييب في المواد الجزائية مقصور النطاق على مواد الجنح دون الجنايات، ويرجع الشراح ذلك إلى طبيعة تشكيل المحكمة في كلا النوعين، ففي المخالفات تشكل المحكمة من قضاة لهم الدراية القانونية في تسييب أحكامهم، بخلاف محكمة الجنايات التي تشكل إضافة إلى قضاة لهم ولاية القضاء من أعضاء مساعدين ليس علم بالقانون ومن ثم لا سبيل إلى مطالبتهم بالإفصاح عن الأسباب التي بنوا عليها حكمهم بالإدانة أو البراءة، وإنما يكفي منهم بالإجابة عن سؤال «هل المتهم مذنب أم لا؟» بالإيجاب أو السلب. زبدة، المرجع السابق، ص 100. غير أن هذا التبرير وإن كان في الواقع له وجه من المعقولة إلا أن عدم دراية المساعدين الخلفين بالقانون لا يكفي لهدم ضمانة ما تقررت إلا للحد من السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، مع ما قد يخالفها من عسف وجور، أو خطأ وسوء تقدير، ولتمكين قضاء النقص من بسط سلطانه في رقابة المعقولة، وأخيرا ليضمن الكافة إلى أحكام القضاء ولا تهن العدالة في أعينهم. فكيف إذن نقرر هذه الضمانة في الجنح وعقوباتها أقل خطورة، ولأنقرها في الجنايات، وهي الجرائم ذات العقوبات الأشد، والتي قد تصل إلى السجن مدى الحياة أو إلى الإعدام!؟

(2) محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 69. وميرل وفييتي، المرجع السابق، ص 1118. وجارو، المرجع السابق، ص 05 ص 28.

(3) زبدة، المرجع نفسه، ص 99-101. ومحمود مصطفى، المرجع نفسه، ص 110.

(4) محمود مصطفى، المرجع نفسه، ص 110.

(5) الغماز، المرجع السابق، ص 650-651.

(6) الغماز، المرجع نفسه، ص 652.

(7) زبدة، المرجع نفسه، ص 104. وانظر: عبيد، المشكلات العملية، ج 02 ص 653. ، وانظر: الغماز، المرجع نفسه، ص 653. ومحمود مصطفى،

المرجع نفسه، ص 110 هامش 3.

والواقع أن قيد المعقولية في التسبب من ابتداء قضاء النقض الذي فيما يبدو أنه لاحظ أن رقابته على معقولية اقتناع قضاء الموضوع هو الوسيلة الوحيدة لمنع انزلاقه في حرية الاقتناع إلى حد التحكم والهوى، وهو موقف من قضاء النقض لا تبرره وظيفته في التطبيق الموحد للقانون، إذ إن الحكم في النهاية بهذا الموقف يكون خاضعا برمته لتقدير قضاة النقض سواء ما تعلق منه بجانبه القانوني أم بجهة الواقع؛ فإن توافق تقدير قضاة النقض مع قضاة الموضوع، أبرم الحكم، أما إذا اختلف بينهما التقدير كان القول قول قضاة النقض، ولو كانت أسباب مراجعتهم راجعة إلى منطقة اقتناع القاضي الذي سلم له القانون بكامل الحرية في تكوين عقيدته، مبررين ذلك بأنها مسألة قانون، وعلى ذلك لا يعدو القول بجزئية قاضي الموضوع في الاقتناع من أن يكون مظهرا أكثر من أن يكون حقيقة، وإن ردد النقض في أكثر من مرة بأن حرية القاضي الجزائي في الاقتناع هي أمر موضوعي يفلت من رقابة المحكمة العليا<sup>(1)</sup>.

#### رابعا: طرق الطعن.

طرق الطعن هي وسائل قانونية حولها المشرع للخصوم في الدعوى تمكنهم من رفع ما أصابهم من ضرر ناتج عن حكم أو قرار قضائي في غير صالحهم، وعليه فلا يجوز لشخص غير خصم في الدعوى أن يطعن في الحكم أو القرار ولو كان يهيمه هذا الحكم أو ذلك القرار<sup>(2)</sup>.

وتقرير هذه الضمانة إنما هو لتلافي أن يشوب الأحكام القضائية خطأ نتيجة ما يعترى القاضي من نسبة ذاتية في إصدار أحكامه، ولتقييد حرية القاضي في الاقتناع؛ إذ إنه مهما كان ضمير القاضي عادلا وحييا إلا أنه شخص يجوز في حقه الضعف وقصور النظر وقلة المعلومات<sup>(3)</sup>، ولذلك وجد هذا الضابط كضمان للمحكوم لغير صالحهم في مواجهة أخطاء القضاة، ومن جهة ثانية فإن إعادة طرح القضية على القضاء من جديد تكفل جعل الحقيقة القضائية أقرب ما تكون إلى الحقيقة الواقعية، وتدعم الثقة في حجية الحكم الجزائي؛ إذ إن طرق الطعن تؤدي دورا إصلاحيا للحكم الجزائي بقصد ضمان الوصول إلى حسن تطبيق القانون وتحقيق أهدافه<sup>(4)</sup>.

وينص القانون -على سبيل الحصر- على طرق الطعن، مما لا يجيز التوسع فيها، وعليه فليس للمحكمة قبول الطعون الواردة إليها خارج الطرق الأربعة المذكورة في التشريع وهي المعارضة والاستئناف والطعن بالنقض، وأخيرا التماس إعادة النظر<sup>(5)</sup>.

هذا ويتنمي الطريقتان الأولان إلى طائفة طرق الطعن العادية التي محلها الأحكام الابتدائية، وتمتاز بالأثر الفعال الناقل للطعن. بمعنى أن المحكمة المختصة بالطعن تعيد بحث القضية برمتها، وبالتالي تمكين الخصم الذي حوكم غيايبا من محاكمته في حضوره حتى يتمكن من إبداء دفاعه، وإتاحة الفرصة للمحكمة في سماع أقواله بالنسبة

(1) أبو عامر، نظرية الإثبات، ص 148-149.

(2) ملباني بغدادي، المرجع السابق، ص 453.

(3) الغماز، المرجع السابق، ص 629.

(4) سرور، المرجع السابق، ص 1205.

(5) زبدة، المرجع السابق، ص 86.

للطعن بالمعارضة في إصلاح الأخطاء القضائية التي يمكن أن يقع فيها قضاة محاكم الدرجة الأولى بالنسبة للطعن بالاستئناف<sup>(1)</sup>.

أما الطريقتان الثالث والرابع فيتميان إلى طائفة طرق الطعن غير العادية؛ وهي الطعون المنصبة على الأحكام النهائية، وهي الأحكام الفاصلة في الموضوع؛ بحيث يمتنع إعادة طرح نفس الدعوى من جديد أو مرة أخرى إلا إذا ألغي الحكم بناء عليها؛ بأن يكون مخالفاً لأحكام القانون غير مطابق لنصوصه بالنسبة للطعن بالنقض والذي تنظره المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون، ولتصحيح الأخطاء الجسيمة التي تشوب الأحكام الجزائية الباتة -استثناء- وذلك بالنسبة لالتماس إعادة النظر من أجل حماية المصلحة الاجتماعية في تلافي الخطأ القضائي في الأحوال التي تتفوق فيها هذه المصلحة على المصلحة الاجتماعية في الاستقرار القانوني<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: القيود الواردة على حرية القاضي الجزائي في الاقتناع.

ترجع القيود الواردة على حرية القاضي الجزائي في الاقتناع إلى مجموعة من النصوص القانونية الواردة في التشريع على سبيل الحصر وهي:

- 1- ما نصت عليه (المادة 02/212) إجراءات من أنه: « لا يسوغ للقاضي أن يبيّن قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضورياً أمامه».
- 2- ما نصت عليه (المادة 160) إجراءات بقولها: « تسحب من ملف التحقيق أوراق الإجراءات التي أبطلت وتودع لدى قلم كتاب المجلس القضائي، ويحظر الرجوع إليها لاستنباط عناصر أو اتهامات ضد الخصوم في المرافعات، وإلا تعرضوا لجزاء تأديبي بالنسبة للقضاة، ومحاكمة تأديبية للمحامين المدافعين أمام مجلسهم التأديبي».
- 3- ما نصت عليه (المادة 341) عقوبات من أن « الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها (بالمادة 339)، وهي جريمة الزنا -كما سيأتي تفصيله- يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم، وإما بإقرار قضائي».
- 4 - ما نصت عليه (المادة 01/218) إجراءات حيث جاء فيها: « إن المواد التي تحرر عنها محاضر لها حجيتها إلى أن يطعن فيها بالتزوير تنظمها قوانين خاصة». وقد فصل إجمال هذه المادة في مواد أخرى من نفس القانون نذكرها في حينها.

هذا وقد أضاف القضاء -كما أسلفنا-<sup>(3)</sup> قيوداً أخرى هو معقولة اقتناع القاضي، وعدم انطواء حكمه على قضاء سيئ، مستغلاً في ذلك ما قرره القانون من ضرورة تسبب الأحكام، وقد تطرقنا إلى هذا القيد عند الحديث على تسبب الأحكام ولا حاجة لإعادته هنا.

وعلى ذلك فالقيود القانونية الواردة على حرية القاضي الجزائي في نظر غالبية الفقه، تتلخص فيما يلي:

(1) الذهبي: د. إدوارد غالي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980م، ص 641. وانظر أيضاً: ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 455، ومنصور، المرجع السابق، ص 169.

(2) زبدة، المرجع السابق، ص 89. وملياني بغدادي، المرجع نفسه، ص 455.

(3) انظر ما سبق في تسبب الحكم، ص 58 ومانعدها.

أولاً: وضعية الدليل بمعنى أن يكون مطروحا في الجلسة.

ثانياً: مشروعية الدليل؛ أي أن يستمد القاضي اقتناعه الشخصي من دليل لم يقع تحت طائلة البطلان.

ثالثاً: أنه مقيد في إثبات بعض الجرائم -استثناء- ببعض الأدلة المنصوص عليها في التشريع.

ويرى بعض الفقه<sup>(1)</sup> أن هذه القواعد القانونية لم تضع، فيما عدا قاعدة وضعية الدليل، قيوداً على حرية القاضي الجزائي في الاقتناع، وإنما في المنطق القانوني الصحيح وضعت قيوداً على الأدلة المقبولة أمام القاضي الجزائي ليستمد اقتناعه منها، وهو موضوع المبحث الثالث من هذا الفصل وهو ما نميل إليه، فالقاضي الجزائي مقيد -مثلاً- في إدانته للمقترب لجريمة الزنا بالأدلة التي أوردتها (المادة 341) عقوبات، فهي وحدها تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا، وهو ما يقال أيضاً في حجية المحاضر، فهي إذن تضع قيوداً على الدليل المقبول لإثبات الجريمة، وليس على حرية القاضي الجزائي في الاقتناع، بدليل أن الفقه والقضاء متفقان على أنه لا يكفي لإدانة المتهم بالزنا مجرد توافر دليل من تلك الأدلة، دون أن يكون القاضي مقتنعاً بوقوع الجريمة من ذلك المتهم.

وعلى هذا فسرجى الحديث على هذه القيود -ما عدا قيد وضعية الدليل- إلى المبحث الثالث لاندراجها في موضوعه، وتكلم الآن عن قيد وضعية الدليل والذي نصت عليه (المادة 212) السالفة الذكر.

والاستناد إلى دليل وضعي أو ما يطلق عليه بعض الفقهاء الدليل القضائي<sup>(2)</sup>، هو تطبيق لقاعدة شفهية المرافعة، وقد نصت على هذا الشرط (المادة 02/212) إجراءات في حيث منعت القاضي من بناء حكمه على دليل لم يطرح أمامه في الجلسة، سواء أكان دليل براءة أم دليل إدانة، وذلك كي يمكن الخصوم من الاطلاع عليه والإدلاء بأرائهم فيه<sup>(3)</sup>.

ويقصد بالأدلة المطروحة في الجلسة كافة الأدلة التي تحصل بالطرق والشروط القانونية، والتي لها مصدر في أوراق الدعوى، سواء أكانت في محاضر الاستدلال أم في قرار الإحالة أو أثناء سير المحاكمة<sup>(4)</sup>.

وعليه، فليس للقاضي أن يحكم بمقتضى شهادة شاهد في قضية أخرى لم يسمعها هو بنفسه، أو بمقتضى معلوماته الشخصية في الدعوى، أو على ما رآه هو بنفسه أو حققه في غير مجلس القضاء كما لو كان حصلها أثناء حديث أو مقابلة خاصة<sup>(5)</sup>، إذ يكون قد جمع في شخصه بين صفة الشاهد وصفة القاضي: وشهادته قابلة للخطأ ولو بدون وعي منه أو بناء على إشاعة عامة أو وضع معروف للكافة، كما أنه لا يجوز له أن يستند إلى معلوماته الشخصية، بالإضافة إلى الأدلة الأخرى؛ لأن الأدلة الجزائية متساندة ولا يعرف مبلغ تأثير كل منها على ضمير القاضي<sup>(6)</sup>.

(1) انظر هذا الرأي عند الدكتور محمد زكي أبو عامر في كتابه الإثبات في المواد الجنائية المشار إليه سابقاً، ص 140-141.

(2) سرور، المرجع السابق، ص 749.

(3) تقابلها المادة 309 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، حيث نصت على ما يلي: « يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، ومع ذلك لا يجوز أن يبيح حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة ».

(4) سرور، المرجع نفسه، ص 749.

(5) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 143. وانظر: محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 158-159.

(6) هنام، الإجراءات الجنائية، ص 698.

ويلحق بهذا قضاء المحكمة بناء على أوراق ضمت بعد انتهاء المرافعة، أو بناء على معاينة أجرتها بغير إخطار الخصوم أو اطلاعهم عليها، أو بناء على مستند لا يعلم به من اتخذ دليلاً ضده، أو يعلم به فيطلب التأجيل للرد عليه أو لتفسيره، على الوجه الذي يراه في مصلحته، فلا توجيه المحكمة إلى طلبه تمكيناً له من حق الدفاع المكفول له قانوناً، ثم تعتمد عليه في تكوين عقيدتها في موضوع الدعوى<sup>(1)</sup>.

بمعنى أن القاضي ينبغي أن يكون وضعياً، فلا تثبت عنده إلا الوقائع التي استقامت أمامه بدليل، بصرف النظر عن سائر الظروف التي وقعت فيها الجريمة، أو الظروف التي تتعلق بالمتهم كسوابقه، أو التي تتصل بالمجني عليه، أو غيرها من الظروف التي تؤثر على شعور القاضي، كاهتياج الرأي العام وتلهفه للبراءة أو الإدانة، فهذه الظروف وإن كان لها في القانون الجنائي أهمية قصوى إلا أنها ينبغي ألا تثور إلا بعد الثبوت المادي للوقائع<sup>(2)</sup>.

أما المعلومات التي يحصلها القاضي وهو في مجلس القضاء، أثناء نظر الدعوى فيجوز له الاعتماد عليها<sup>(3)</sup>، كما لو قضى بأن الفريقين من النوع المعروف بالمشاجرات، وقد ارتكبا مع بعضهم جنائية قتل في المحكمة أثناء نظر هذه القضية في جلسة سابقة، وترى المحكمة استعمال الشدة معهما، كما لا يعتبر نقضاً لقاعدة وضعية الدليل ولا من قبيل قضاء القاضي بعلمه الشخصي الاستناد إلى رأي يقول به العلم أو يجري به العرف كالقول بأن الجبن كلما طال به الوقت نقصت كمية الماء فيه وزادت كمية الدسم، أو كان من قبيل المعلومات العامة<sup>(4)</sup>، كقول المحكمة -تأييداً لعدم الرؤية- بسطوع القمر في مساء اليوم الخامس من الشهر العربي فهو حقيقة لا تخفى باعتبارها من المعلومات العامة.

هذا، ومن أهم مقتضيات قيد وضعية الدليل حياد القاضي عن كل نزعات الاتهام أو العاطفة، وعلى الأخص تلك الأدلة التي تحملها إليه جهات التحقيق، أو الاستدلال، وبناء اقتناعه الشخصي على ما يجريه هو نفسه من تحقيق يجري أمامه بالجلسة وفي حضور الخصوم<sup>(5)</sup>، فالمحاضر كلها مهما اختلفت أنواعها ليست لها في حد ذاتها أية قوة ذاتية في الإثبات، فمناط الأمر كله إلى اقتناع القاضي، بما يدور أمامه في الجلسة، ومتى اقتنع بما ورد في التحقيقات الأولية أصبح مصدر اقتناعه دليلاً قضائياً فالصفة للدليل تستمد من الصفة القضائية للمحكمة، التي قامت بفحص الدليل وتمحيصه<sup>(6)</sup>، وليس هذا معناه إلغاء القيمة الاستدلالية لما توصلت إليه جهات التحقيق من أدلة والتي غالباً ما تكون معبرة عن الحقيقة الواقعية، بحسب الظاهر بسبب القرب الزمني بين وقوع الجريمة واستخلاص الوقائع وهو ما لا يتوفر لقاضي الموضوع، وإنما لا يجعلها أساس اقتناعه بل مستنداً استثنائياً لا دليلاً استدلالياً لأنها قناعة غيره لا قناعته الذاتية<sup>(7)</sup>.

(1) عبيد، المشكلات العملية، ج 02 ص 652-653.

(2) أبو عامر، المرجع السابق، ص 145.

(3) عمر فاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، الطبعة الثانية، مصر، 1994م، ص 258.

(4) عبيد، المرجع نفسه، ص 652. ورمسيس منام، المرجع السابق، ص 700.

(5) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 146.

(6) فتحي سرور، المرجع السابق، ص 136. وانظر أيضاً: عمر فاروق الحسيني، المرجع نفسه، ص 256.

(7) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 147.

## المبحث الثالث

### التشديد في أدلة الإثبات

تطرقنا في المبحثين السابقين إلى دور أطراف الدعوى العمومية في الإثبات في المبحث الأول، ودور القاضي الجزائي إزاء الإثبات في المبحث الثاني، ولتكمّل الصورة نتناول في هذا المبحث أدلة الإثبات وأثرها في التضييق، باعتبارها موضوع العملية الإثباتية، ومنها يتحدد منهج المشرع في تضييق الحالات المعاقب فيها أو في توسيعها ونتناوله في مطلبين الأول: حول التشديد في أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية، والثاني في القيود الواردة على الدليل في القانون الوضعي.

#### المطلب الأول: التشديد في أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية.

سبق وأن أشرنا -فيما بسطنا- أن الشريعة الإسلامية قد حددت طرق الإثبات في الجرائم التي قدرت لها عقوبات محددة، وألزمت القاضي هذه الطرق لا يتجاوزها، كما أنها أباحت للقاضي حرية الاقتناع في حكمه بالعقوبات التعزيرية، والتي لا يختلف فيها المشرع الوضعي مع أحكام الشريعة الإسلامية، إنما ينصب الخلاف على العقوبات المقدرة، ومن ثم كان لزاما علينا أن نقتصر في الحديث على طرق الإثبات التي يمكن على أساسها الحكم بالعقوبة المقدرة، وبيان شروطها في القبول والرد، معتمدين في شأن العقوبات التعزيرية على اجتهادات فقهاء القانون.

وقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية في شأن وسائل الإثبات في العقوبات المقدرة بالبحث في شروطها ونصابها وتحملها وأدائها ومتى تقبل ومتى ترد، على أن أهم البحوث المتعلقة بوسائل الإثبات هو بحث شروط قبولها وأسباب ردها، لمعرفة مدى رغبة المشرع الإسلامي في تضييق أو توسيع نطاق الحالات التي يجب أن توقع فيها عقوبة معينة لارتكاب سلوك إجرامي ما، ولذلك فإن دراسة النظام الإجرائي في الإسلام لا تكتمل إلا بدراسة هذا الجزء المهم منه.

والطرق المعتد بها فيما يتعلق بإثبات العقوبة المقدرة عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية هي الشهادة والإقرار، وهو ما تتولى بإذن الله تعالى بحثه فيما يأتي، لنبين منهج الشريعة من خلالها في تضييق دائرة تطبيق العقوبة أو توسيعها.

وعلى ذلك فسنبحث هذا المطلب في ثلاثة فروع؛ الأول حول النذب إلى ستر الذنوب وعدم التطوع بالإبلاغ عنها أو الإقرار بها. والثاني حول التشديد في شروط الشهادة، والثالث حول التشديد في شروط الإقرار.

#### الفرع الأول: النذب إلى ستر الذنوب وعدم التطوع بالإبلاغ عنها أو الإقرار بها.

على خلاف إثبات الحقوق المدنية التي أوجبت الشريعة الإسلامية فيها أداء الشهادة على من تحملها، وإلا لحقه الإثم، لقوله تعالى: ﴿ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة/ من الآية 282] وقوله أيضا: ﴿ومن يكتمها فإنه

آثم قلبه ﴿البقرة/ من الآية 283﴾، فإن فقهاءها متفقون على أن من كانت عنده شهادة في حد من حدود الله تعالى فهو مخير بين أن يقيمها حسبة لله تعالى، وإقامة لحدوده، وسعيًا في دفع الفساد وزجر المقترفين للمعاصي والآثام، وبين أن يكتمها ولا يتطوع بأدائها إيثارًا لجانب الستر، ودرءًا للعقوبة وفسحًا لباب التوبة والرجوع<sup>(1)</sup>.

بل إن الشريعة السمحاء ذهبت إلى أبعد من التسوية بين طرفي الأمر، حيث نذبت إلى الستر والكتمان، ورتبت عليهما الأجر والثوبة، ويجد هذا الأصل أساسه في سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - حيث يروى أن رجلاً سأل عقبة بن عامر فقال: إن لي جيرانا يشربون الخمر أفأدفعهم إلى السلطان؟ فقال عقبة بن عامر: إني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: « من ستر عورة مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة »<sup>(2)</sup>، ووجه الدلالة بين في استحباب الستر وعدم الإظهار من ورود الحديث بلفظ العموم الذي ينتظم جميع أنواع الستر على من بدر منه ما ينكر من معاص<sup>(3)</sup>.

وفي حديث آخر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لرجل يقال له هزال كان قد نصح ماعزًا الذي أصاب حداً بأن يأتي النبي - صلى الله عليه وسلم - ويقر بذنبه: « لو سترته بردائك لكان خيرا لك »<sup>(4)</sup>، فهذا الحديث وإن لم يرد في باب الشهادة بل في باب الإقرار، إلا أن فيه دلالة واضحة على استحباب الستر والكتمان، وإرشادا بينا بأنه كان على هزال أن ينصح ماعزًا -رضي الله عنهما- بالستر على نفسه والتوبة إلى الله<sup>(5)</sup>، ويبدو أن أمر استحباب الستر كان معروفا عند فقهاء الصحابة؛ يدل على ذلك الحديث في رواية أخرى<sup>(6)</sup>، أنه « جاء ماعز ابن مالك إلى عمر بن الخطاب فقال له أنه أصاب فاحشة فقال له أخبرت بها أحدا قبلي، قال: لا، قال فاستتر

(1) المرغناني: برهان الدين، الهداية شرح بداية المبتدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1410هـ/1990م، ج 03 ص 129. السرخسي، المبسوط، ج 09 ص 146. ابن فرحون: برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مراجعة وتقديم طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، مكتبة الكليات الأزهرية، -مصر-، 1406هـ/1986م، ج 01 ص 245. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، رئاسة إدارة البحوث والإفتاء والدعوة والإرشاد، السعودية، بلا تاريخ، ج 03 ص 546.

(2) الحديث أخرجه البخاري في كتاب المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه، عن سالم عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-، (2442)، ج 02 ص 862، بلفظ «... ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة». وأخرجه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب بشارة من ستر الله عليه في الدنيا بأن يستر عليه في الآخرة، ج 16 ص 143، وابن ماجه، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، وصححه الألباني، (2062، 2063)، ج 02 ص 79. وعقبه هو: ابن عامر الجهني صاحب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- حدث عنه مرثد وجبير وسعيد بن المسيب وأبو إدريس الخولاني، كان عالما فقيها مقرئا شهد صفين مع معاوية وولي إمرة مصر له، توفي سنة 58. السير ج 02، ص 467-469، الطبقات، ج 04، ص 343، الجرح والتعديل ج 06، ص 313، تقريب التهذيب، ص 236.

(3) المرغناني، المرجع السابق، ج 03 ص 129.

(4) أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب الستر على أهل الحدود، (4377)، ج 04 ص 134. والبيهقي، كتاب الحدود، باب المعترف بالزنا يرجع عن إقراره فيترك، ج 08 ص 228؛ والحاكم كتاب الحدود، ج 04 ص 363، من طريق الطيالسي عن شعبة عن يحيى بن سعيد، وفيه: وقال يحيى ذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال، فقال يزيد هذا الحق حق، وهو حديث جدي، وصححه على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي؛ وعبد الرزاق، باب الرجم والإحصان، (13342)، ج 07 ص 323. و هزال هو ابن يزيد الأسلمي صحابي ذكره ابن سعد في طبقات الخندقيين. تقريب التهذيب 363، الإصابة، ج 03، ص 570، وماعز بن مالك هو الصحابي الذي أصاب الذنب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأقيم عليه الحد. ابن سعد، الطبقات الكبرى، دار صادر لبنان، بلا تاريخ، ج 04 ص 324.

(5) ابن المهام: كمال الدين، فتح القدير، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت -لبنان-، بلا تاريخ، ج 07 ص 364.

(6) البيهقي، كتاب الحدود، باب من قال لا يقيم عليه الحد حتى يعترف أربع مرات، ج 08 ص 228.

بستر الله وتب إلى الله؛ فإن الناس يعيرون ولا يغيرون، والله يغير ولا يعير، فتب إلى الله ولا تخبر به أحدا، فانطلق إلى أبي بكر، فقال له مثل ما قال عمر، فلم تقر نفسه، حتى أتى رسول الله فذكر له ذلك.»

وقد روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- وأصحابه تلقين الدرء في أكثر من مرة، وفيه دلالة على أفضلية الستر، من ذلك ما روي عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: «أتى بسارق إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- قيل: يا رسول الله إن هذا سرق، فقال: ما إخاله سرق»<sup>(1)</sup>. وقد ورد في كتب السنة أنه جاء رجل إلى عمر فشهد على المغيرة بن شعبة فتغير لون عمر، ثم جاء رجل آخر فشهد فاستنكر ذلك، ثم جاء شاب يخطر ببديه، فقال عمر ما عندك يا سلح العقاب، وصاح به عمر صيحة، فقال رجل: لقد كدت أن يغشى علي، فقال: يا أمير المؤمنين رأيت أمرا قبيحا، فقال الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان بأصحاب محمد -صلى الله عليه وسلم- فأمر بأولئك نفر فجلدوا»، وفي رواية أنه لما شهد على المغيرة ثلاثة وبقي واحد فقال عمر: «أرى شابا حسنا أرجو أن لا يفضح الله على لسانه رجلا من أصحاب محمد -صلى الله عليه وسلم-»<sup>(2)</sup>.

هذا، زيادة على أن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والسعة، وإن الستر والكتمان إنما يجزمان خوف فوات حق المحتاج إلى الأموال، والله تعالى غني عن العالمين، وليس ثمة خوف فوات الحق فيبقى صيانة المطلاع على الفعل الجرمي لعرض أخيه ودمه<sup>(3)</sup>، ويتخرج على هذا الموقف الفقهي أن من كانت لديه شهادة في سرقة ورفض السارق إرجاع الشيء المسروق إلى صاحبه، وكان في عدم الشهادة تفويت المتاع عليه، كان للشاهد حينئذ أن يشهد أنه متاع هذا أخذه منه هذا من غير أن يذكر السرقة، وليس للقاضي أن يسأله عن صفة أخذ المال إثارا لجانب الستر على السارق ودرءا للعقوبة عنه من جهة، وإنفاذاً لجانب الشهادة في حقوق العباد من جهة ثانية، ليكون الآخذ مجبرا على رد العين المسروقة حال قيامها، وعلى رد القيمة عند هلاكها، فيتوصل صاحب المتاع إلى حقه، ولا ينتهك ستر الآخذ، وهو صادق في هذه الشهادة<sup>(4)</sup>.

هذا، وإذا كان الستر مندوبا إليه فدفعت الجاني للإقرار أو الشهادة عليه خلاف الأولى الذي يرجع إلى كراهة التزيه، لأنها في رتبة الندب في جانب الترك، وكراهة التزيه في جانب الفعل، وفي ذلك أن أبا بكره ونافعا

(1) رواه الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي، دار الكتاب العربي -بيروت-، بلا تاريخ، ج 04 ص 381، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، وصححه على شرط مسلم وسكت عنه الذهبي. والبيهقي، كتاب السرقة، باب ما جاء في الإقرار بالسرقة والرجوع عنه، ج 08 ص 276، من طريق ابن ثوبان عن أبي هريرة كاملا. والطحاوي: أبو جعفر، شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار وآخرين، الطبعة الأولى، عالم الكتب، 1414هـ/1994م. كتاب الحدود، باب الإقرار بالسرقة التي توجب القطع، (4974-4977)، ج 03 ص 168. وابن أبي شيبه، كتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق مختار أحمد الندوي، الطبعة الأولى، الدار السلفية، الهند، 1401هـ/1981م، كتاب الحدود، باب (1472) في الرجل يؤتى به فيقال أسرقت؟ (8726)، ج 10 ص 24، عن ابن ثوبان مرسلا مختصرا. وذكره الزيلعي في نصب الراية، كتاب السرقة، فصل في كيفية القطع الحديث الثاني عشر، ج 03 ص 371. وقال: رواه أبو عبيد القاسم في غريب الحديث وإبراهيم الحربي في غريب الحديث. وعبد الرزاق، باب ستر المسلم، (18919) وما بعدها، ج 10 ص 225 من طريق ابن ثوبان مرسلا وكاملا.

(2) أخرجه البيهقي، كتاب الحدود، باب شهود الزنا إذا لم يكملوا أربعة، ج 08 ص 234-235، من طرق عدة، عن قسامة بن زهير، وقناة، وعيينة ابن عبد الرحمن عن أبيه؛ والحاكم في المستدرک، كتاب معرفة الصحابة، ج 03 ص 448؛ وعبد الرزاق، باب ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾، (13567-13564)، ج 07 ص 384.

(3) الباري أكمل الدين، العناية على الهداية، مامش فتح القدير لابن الهمام، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت -لبنان-، بلا تاريخ، ج 07 ص 364.

(4) السرخسي، المسوط، ج 09 ص 146.



وشبل بن معبد، شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا عند عمر -رضي الله عنه- ولم ينكر عليهم<sup>(1)</sup>، ومنه أن أحد الصحابة قال لرسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم- نعم»<sup>(2)</sup>، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مضعون بشرب الخمر، فأجيزت شهادتهما، وأيضا لأن في الشهادة إزالة الفساد أو تقليده<sup>(3)</sup>.

هذا، وقد يعترض على هذا التوجيه الفقهي في عدم الإقرار والتطوع بالشهادة إذا تعلق بما يوجب العقوبة المقدره بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة/ من الآية 282]، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبِهِ﴾ [البقرة/ من الآية 283]، وبأن العقوبات إنما جعلت لتكفير الإنسان عن ذنبه، وإيثاره عذاب الدنيا على عذاب الآخرة، فإذا نحن لم نقدم إنسانا لعقوبة الدنيا فقد أضربنا به من حيث أردنا نفعه وستره، وقد قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «الحدود كفارات لأهلها»<sup>(4)</sup> وقال في شأن المرأة التي وقع عليها في الليل: «لقد تابت توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم»<sup>(5)</sup> زيادة على أن في كتمان الشهادة تشجيعا للفساد، وتعطيلا لحدود الله تعالى التي ما فرضها إلا ليحدث التوازن والاستقرار في المجتمع ويمنع التهاجر والفساد.

فيجاء على الاعتراض بالآيتين، بأنهما زيادة على كونهما خاصتين في المداينة، فإنهما مخصصتان بما ورد من أحاديث الرسول -صلى الله عليه وسلم- التي سبق ذكرها، والقدر المشترك فيما نقل منها متواتر في المعنى<sup>(6)</sup>، أو هي على الأقل بلغت مبلغا لا ينحط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع تلقي الأمة لها بالقبول<sup>(7)</sup>.

وأما أن العقوبات الدنيوية مكفرات للذنوب بتعجيل العذاب فيجاء عليه بأن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «أيها الناس من أتى منكم من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله، فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه

(1) سبق تخريجه، ص 66. وأبو بكره هو نفيح بن الحارث مولى النبي -صلى الله عليه وسلم-، حدث عنه بنوه الأربعة والحسن البصري وابن سيرين وخلق كثير، توفي سنة 51 وقيل 52 هـ. ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة أخبار الصحابة، دار الكتاب العربي بيروت لبنان والمكتبة الإسلامية الرياض، بلا تاريخ، ج 05، ص 38، والطبقات ج 07، ص 15. ونافع هو ابن الحارث حدث عنه زياد بن المنذر، قال البخاري لم يصح حديثه. الميزان ج 04، ص 341، والسير، ج 03، ص 05.

(2) رواه مسلم، كتاب اللعان، ج 10 ص 130؛ ومالك، كتاب الأفضية، باب (505) القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلا، (1485)، ج 04 ص 20؛ والشافعي في الأم، دار المعرفة -بيروت- بلا تاريخ، ج 06 ص 137، من طريق مالك عن سهيل عن أبيه عن أبي هريرة؛ أبو داود، كتاب النيات، باب من وجد مع أهله رجلا أيقنته؟، (4532)، ج 04 ص 181؛ والبيهقي، كتاب الحدود، باب الشهود في الزنا، ج 08 ص 230؛ وعبد الرزاق، باب الرجل يجد على امرأته رجلا، (17917-17918)، ج 06 ص 434.

(3) سبق تخريجه، ص 34.

(4) رواه مسلم، كتاب الحدود، باب الحدود كفارات لأهلها، ج 11 ص 222 وما بعدها، بلفظ: «من أصاب ذنبا فأقيم عليه حد ذلك الذنب فهو كفارته»؛ الترمذي، أبواب الحدود، باب ما جاء أن الحدود كفارات لأهلها، ج 06 ص 218، من طريق أبي إدريس الخولاني عن عبادة بن الصامت في حديث طويل وفيه: «ومن أصاب منكم من ذلك شيئا (يقصد الحدود)، فعوقب عليه فهو كفارة له»، وقال: وفي الباب عن علي وجرير بن عبد الله وخزيمة بن ثابت، وحديث عبادة بن الصامت حسن صحيح، وقال الشافعي: لم أسمع في هذا الباب أن الحدود تكون كفارة لأهلها شيئا أحسن من هذا الحديث، إهـ. وأخرجه البيهقي، كتاب الأشربة والحد فيها، باب الحدود كفارات، ج 08 ص 328، من طرق عدة.

(5) سبق تخريجه من حديث الغامدية، ص 36.

(6) الباقري، المرجع السابق، ج 07 ص 364.

(7) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 08 ص 368.

حد الله تعالى «<sup>(1)</sup>»، وهذا أمر منه -صلى الله عليه وسلم- بالاستتار، وهو لا يأمر بمعصية أو بما يضر الإنسان في دينه ودينه، ويوضح أن للإنسان أن يتوب من ذنبه الذي اقترف ولو بلغ زبد البحر ما لم يصل أمره إلى القاضي، وفي قوله لزال «لو سترته بثوبك لكان خيرا لك»<sup>(2)</sup> دلالة واضحة لا تنكر.

أما أن في كتمان الشهادة تشجيعا للفساد وتعطيلا للحدود فيجاء عنه من وجهين:

الأول: أن العقاب إنما جعل رمزا مانعا لا عاما جامعا، بمعنى أنه جعل لزرع المقتربين المجاهرين بالمعصية.

والثاني: أن الندب إلى ستر الذنوب وعدم دفع فاعلها للإقرار، وعدم التطوع بالإبلاغ عنها، وعدم هتك ستر فاعلها ليس على إطلاقه؛ وإنما مشروط بقيدين يتحقق بهما قصد الشارع في منع الفساد، وسواد الفضيلة في الناس. أول هذين الشرطين أن يكون المقترب للفعل الجرمي ممن لا يصر على المعاصي وترجى توبته، بأن كان فعله استحابة لشهوة في النفس غلابة، أو إغراء من أهل السوء، فإن كان معتادا غير مترجر عن فعله، فالمندوب إليه أن يقيم الشهادة، وقال بعضهم بالوجوب، وعليه فيكون توقفه مكروها في القدر المشترك<sup>(3)</sup>، وقال بعض الفقهاء بالحرمة<sup>(4)</sup>. وثاني الشرطين ألا يكون في توقفه عن الشهادة إيجاب حد على غيره، كما لو شهد ثلاثة على رجل بالزنا فإن الرابع يلزمه الأداء ويحرم عليه التوقف<sup>(5)</sup>.

### الفرع الثاني: التشديد في شروط الشهادة.

الشهادة عند علماء اللغة ذات مدلولات كثيرة ترجع في مجملها إلى أصل واحد مداره على الحضور والعلم والإعلام، أما في الاصطلاح فإنها: إخبار صدق لإثبات حق لغيره على غيره بلفظ الشهادة في مجلس القاضي<sup>(6)</sup>.

(1) أخرجه مالك، كتاب الحدود، باب (572)، ما جاء في من اعترف على نفسه بالزنا، (1604)، ج 04 ص 179، عن زيد بن أسلم أن رجلا اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فدعا له رسول الله بسوط، فأتي بسوط مكسور، فقال: «فوق هذا»، فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرة، فقال: «دون هذا»، فأتي بسوط قد ركب به ولان، فأمر به رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فجلد، ثم قال: «أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله، فمن أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فإنه من يد لنا صفحته نقم عليه حدود الله»، قال ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق سعيد أحمد أعراب، بدون ذكر دار الطبع، 1396هـ/1976م: «هكذا روى هذا الحديث مرسلًا جماعة رواة الموطأ ولا أعلمه يستند بهذا اللفظ من وجه من الوجوه». وأخرجه الشافعي في الأم، باب السوط الذي يضرب به، ج 06 ص 145، من طريق مالك، وقال: هذا حديث منقطع ليس مما يثبت به، هو نفسه حجة وقد رأيت من أهل العلم عندنا من يعرفه ويقول به فنحن نقول به. والبيهقي، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في صفة السوط والضرب، ج 08 ص 326، من طريق الشافعي عن مالك، وأخرجه عبد الرزاق، (13515) من طريق معمر بن يحيى بن أبي كثير وهو مرسل؛ والحاكم، كتاب الحدود، ج 04 ص 383، من طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر -رضي الله عنهما- بلفظ: «اجتنبوا هذه القاذورات التي نهي الله عنها فمن ألم فليستتر بستر الله وليتب إلى الله فإنه من يد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله عز وجل»، ولم يشر إلى درجته. وصححه الذهبي على شرط الشيخين.

(2) سبق تخريجه، ص 65.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج 21 ص 56.

(4) العدوي: علي الصعدي، حاشية على كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، دار المعرفة، بيروت -لبنان-، بلا تاريخ، ج 02 ص 311.

(5) الماوردي، المرجع نفسه، ج 21 ص 56، بتصرف.

(6) حصل لنا هذا التعريف من مجموعة من التعريفات غير الجامعة أو غير المانعة منها تعريف تاج الشريعة في كشف الحقائق، ج 02 ص 75 بأنها: «إخبار بحق للغير على الآخر»، ويرد عليه أنه يشمل الأخبار الكاذبة وليست بشهادة، وإنما يطلق عليها لفظ الشهادة مجازا، ويشمل الأخبار في غير مجلس القاضي، وليس بشهادة، ومنها تعريف ابن الهمام بأنها «إخبار صدق لإثبات حق في مجلس القضاء»، وهو غير مانع من دخول الدعوى والإقرار.

ويتضح نهج الشريعة الإسلامية في التضييق من دائرة الإثبات بالشهادة، في التشديد في شروطها بشكل يقربها إلى القطع الذي تكاد تنتفي معه أية شبهة في أن المشهود عليه بريء مما نسب إليه.

والشاهد هو العنصر المحرك لوسيلة الإثبات هذه؛ إذ إنه يلعب دورا بالغ الأهمية في الحكم على المتهم بالإدانة أو البراءة، ولما كان للشاهد هذه الخطورة في عملية الإثبات فقد خصته الشريعة الإسلامية بالجانب الأوفر من شروط الشهادة مما سنذكره فيما يأتي إن شاء الله تعالى. ويجدر بنا التنبيه إلى أن ما نذكره من هذه الشروط ليس محل اتفاق بين فقهاء الشريعة في كل جزئياته وتفصيله، ولذلك فسنركز على رأي الأكثر مع الإشارة إلى الآراء الأخرى عند اقتضاء الحال، مع ترجيح ما نراه من آراء فيما يتسنى لنا من مواضع البحث.

### البند الأول: شرط الإسلام.

اتفق الفقهاء بأن شهادة المسلم جائزة على أهل الملل جميعا؛ لأنه عدل على غيره تنتفي التهمة عنه، ولأن عداوته للكفار عداوة دينية لا تنفي عنه صفة العدالة، كما اتفقوا على أنه لا شهادة لمشرك أو لكتابي ذميا كان أم مستأمنا، على مسلم في عقوبة لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء/ من الآية 141]، ولأن الشهادة فيها معنى الولاية لما فيها من الإلزام بالحكم ولا ولاية للكافر على المسلم.

أما فيما يخص شهادة الكفار بعضهم على بعض فقد اختلفت الآراء فيها على أقوال ثلاثة؛ أولها: أن الكفر مانع من الشهادة مطلقا، ولو كانت شهادة كافر على كافر<sup>(1)</sup>، والثاني: تقبل شهادة أهل الملة بعضهم على بعض ولا تقبل على غيرهم<sup>(2)</sup>، والثالث: تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على البعض وإن اختلفت مللهم، والذمي على المستأمن ولا عكس، والمستأمنين بعضهم على بعض<sup>(3)</sup>، ولكل أدلته.

والقول الأول فيما يبدو هو أقوى الآراء، للنصوص الكثيرة الدالة عليه، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق/ من الآية 02] والكافر ليس عدلا ولا هو منا، ومن المعقول أنه لما ردت شهادة المسلم الفاسق لفسقه، ردت شهادة الكافر من باب أولى؛ لأن الفاسق أكمل من الكافر لصحة العبادات من الفاسق واستحقاق الميراث، وذلك لا يصح للكافر<sup>(4)</sup>، ولأننا لو قبلنا شهادتهم لأوجبنا القضاء بها على القاضي.

### البند الثاني: شرط العدالة.

العدالة في اللغة الاستقامة، والعدل في اصطلاح أهل الشرع حقيقة فيمن كان مرضي الدين مقبول المروءة<sup>(5)</sup>.

(1) وهو قول جمهور الفقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية. انظر: العدوي، المرجع السابق، ج 02 ص 320. والشريبي، المرجع السابق،

ج 04 ص 427. وابن القيم، الطرق، ص 177. وابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 405-406.

(2) وهو قول الزهري والشعبي، انظر: ابن حزم، المرجع نفسه، ج 09 ص 411.

(3) وهو قول الحنفية، وقول ضعيف عند الحنابلة. المرغناني، المرجع السابق، ج 03 ص 137-138. وابن القيم، المرجع نفسه، ص 177.

(4) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 67-68. وابن قدامة، المرجع السابق، ج 12 ص 54.

(5) ابن منظور، المرجع السابق، باب عدل، ج 4، ص 2838. الماوردي، المرجع السابق، ج 21، ص 161. والأولى أن يقال أن مرجعها إلى العرف

العالم في تحديد مفهومها.

وقد اتفق الفقهاء على أن العدالة شرط وجوب القضاء على القاضي للنصوص الكثيرة الدالة على ذلك، وذهب جمهورهم<sup>(1)</sup> إلى رد شهادة من لم يثبت له هذا الوصف أو من ثبت له خلافه<sup>(2)</sup>.

والأصل في اشتراط العدالة في الشهود قول الله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق/من الآية 02] وقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرَضَوْا مِنْ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة/من الآية 282] والفاسق ليس برضي لأن الرضا متوجه إلى العدل<sup>(3)</sup>، ومن السنة قوله -صلى الله عليه وسلم- « لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية »<sup>(4)</sup>.

غير أن هناك رأياً آخر قال به الحنفية، ومقتضاه أن العدالة ليست بشرط لصحة الشهادة؛ فلو قضى القاضي بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه لوجود أهلية الشهادة، وهي الولاية غير أنه يلحقه لذلك الإثم<sup>(5)</sup> وخصه أبو يوسف بالفاسق الوجيه في الناس صاحب المروءة، لأنه لا يستأجر لوجاهته، ويمتنع عن الكذب لمروءته<sup>(6)</sup>، ورد بأنه تعليل في مقابلة النص<sup>(7)</sup>، وقيد في الدر نفاذ القضاء بشهادة الفاسق بأن يغلب على ظن القاضي صدق الشاهد، ونقل في تكملة رد المختار عن جامع الفتاوى أن القاضي إذا تحرى الصدق في شهادة الفاسق تقبل وإلا فلا<sup>(8)</sup>، وقال ابن القيم: « أن مدار قبول الشهادة وردها على غلبة ظن الصدق وعدمه، والصواب المقطوع به أن العدالة تتبع بعض، فيكون الرجل عدلاً في شيء فاسقاً في شيء، فإذا تبين أنه عدل فيما شهد به قبلت شهادته، ولم يضره فسقه في غيره »<sup>(9)</sup>.

والواقع أن القول الأول أولى بالاتباع فيما يتعلق بالعقوبات المقدرة التي هي من الخطورة بما كان، ذلك أن غير العدل وإن استوثق القاضي من شهادته وتحرى الصواب فيها إلا أنها تورث مع ذلك كله شكاً وريبة، والشك يفسر لصالح المتهم، إلا إذا عضدت شهادة الفاسق ظروف أخرى ككون المشهود عليه محترفاً للإجرام، فهنا يجوز للقاضي أن يخضع الشهادة لمحض تقديره، غير أنه يجب أن تكون سلطته في التقدير محاطة بجملة من

(1) المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية. ابن عبد الرقيق، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق محمد بن عباد، دار الغرب الإسلامي، 198م، ج 02 ص 642. الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 324-325. والحصني: تقي الدين، كفاية الأخبار في حل غاية الإختصار، الطبعة الرابعة، المكتبة العصرية، لبنان، 1409هـ/1988م، ج 02 ص 522. البهوتي، المرجع السابق، ج 03 ص 546. ابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 393.

(2) وقد ادعى ابن رشد اتفاق الفقهاء على اشتراطها في قبول الشهادة. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج 02 ص 462. وهو مخالف بما يأتي ذكره من خلاف.

(3) ابن عبد الرقيق، المرجع نفسه، ج 02 ص 643. الماوردي، المرجع نفسه، ج 01 ص 159. المرغناني، المرجع نفسه، ج 03 ص 131. ابن حزم، المرجع نفسه، ج 09 ص 393.

(4) الحصني، المرجع نفسه، ج 02 ص 522. والحديث رواه أبو داود، كتاب الأفضية، باب من ترد شهادته، (3601)، ج 03 ص 306، بلفظه فيه «ولا ذي غمر على أخيه». والبيهقي، كتاب الشهادات، باب لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه ولا ضنين ولا خصم، ج 10 ص 200، وقال ابن حجر في التلخيص، ج 04 ص 218: «سند قوي».

(5) ابن مردود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمد أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بلا تاريخ، ج 01 ص 141.

(6) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 07، ص 376. وأبو يوسف هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد، من بني عمر بن عوف الأنصاري، مشغل بالحديث والفقه والأصول، لزم أبا حنيفة النعمان، وتفقه عليه، ولي القضاء للعباسيين، إلى أن توفي في الخامس من ربيع الآخر، سنة 182هـ، في خلافة الرشيد. الطبقات، ج 07 ص 330. الجرح والتعديل، ج 09 ص 201-202. الميزان، ج 04 ص 447.

(7) نقل الإعتراض البائري ورد عليه، أنظره، المرجع السابق، ج 07 ص 376.

(8) الدر المختار، وعليه حاشية ابن عابدين، ج 07 ص 78-79.

(9) ابن القيم، الطرق، ص 175.

الضوابط والضمانات التي تمنع الاعتساف وتعدم الجور، كما أنه يندب للقاضي أن يمتثل في ردها بأن يبالغ في استفصال الشاهد ومتابعته فيما يدق من خفاياها وتفصيلها، لاسيما إذا كان المشهود عليه لا يشتهر باقتراف المعاصي والمجاهرة بالسوء؛ لأن في شهادة الفاسق احتمال الكذب ولو بعد استفصاله.

### البند الثالث: شرط الولاية على الغير.

ومقتضى ذلك أن يكون الشاهد عاقلاً بالغاً حراً. فالبلوغ شرط صحة الشهادة في العقوبات بإجماع الفقهاء<sup>(1)</sup>، وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّاهِدَاتِ﴾ [البقرة/من الآية 282]، ووجه الدلالة أن الآية اشترطت أن يكونا من الرجال وليس الصبيان منهم، وعدلت إلى النساء عند عدم الرجال ولم تعدل إلى الصبيان، ونصت على استشهاد الرضي وليس الصبي برضي، فقد سئل ابن عباس -رضي الله عنه- وهو قاض لابن الزبير عن شهادة الصبيان فقال: « لا أرى أن تجوز شهادتهم إنما أمر الله تعالى ممن نرضي والصبي ليس برضي »<sup>(2)</sup>.

ومن السنة قوله -صلى الله عليه وسلم- رفع القلم عن ثلاث ذكر منهم الصبي حتى يحتلم، ووجه الدلالة أنه لما كان القلم مرفوعاً عن الصبي في حق نفسه إذا أقر، كان أولى أن يكون في حق غيره إذا شهد<sup>(3)</sup>.

أما كمال العقل فيوجب رد شهادة من كان مجنوناً أو معتوها أو مغفلاً لعدم قدرته على الإدراك وفهم حقيقة ما يقع عليه بصره؛ بأن يشهد على الرجل مثلاً ولا يعرفه كأن يتسمى له بغير اسمه، أو يلحق الشهادة فيأخذ بما يلقي إليه<sup>(4)</sup>. ويلحق بالمغفل من كثر غلظه ونسيانه؛ لأن النفس لا تسكن إلى شهادته لحملها في الأغلب على السهو والغلط، فيورث في نفس القاضي الشك والشبهة « والحدود تدرأ بالشبهات، وأما الغلط اليسير فلا يقدح في الشهادة لأنه لا يسلم منه أحد فتقبل بعد الاستفصال والتثبت »<sup>(5)</sup>.

(1) يستخلص ذلك من استقراء أقوالهم في مضافاً كما سيأتي -إن شاء الله-، وما روي عن بعضهم في إجازة الصبيان في الجرح والقتل فإنه فيما يكون بينهم. مالك، الموطأ، ص 726، والواقع أن ذلك لا يوجب العقوبة لانعدام المسؤولية الجنائية، وإنما فيه الدية على العاقلة والتأديب، وليس هذا محله.

(2) القرافي، الذخيرة، ج 10 ص 210. البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، ج 03 ص 535، الماوردي، الحاوي، ج 21 ص 65، ابن عبد البر، الاستذكار، ج 22 ص 80، وانظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 171، وانظر: الكاساني، المرجع السابق، ج 06 ص 267. والحديث رواه البيهقي، كتاب الشهادات، باب من رد شهادة الصبيان ومن قبلها في الجراح ما لم يتفرقوا، ج 10 ص 161.

(3) الحديث روي بألفاظ مختلفة، فقد رواه البخاري في صحيحه معلقاً موقوفاً عن علي، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والمكره والسكران والمجنون، ج 09 ص 388. ورواه الدارقطني ج 03 ص 139 عن ابن عباس مع قصته عن علي مرفوعاً. ورواه أحمد في مسنده "مسند علي" من طريق الحسن عن علي -رضي الله عنهما- مرفوعاً -وقال أحمد شاکر في تحقيقه للمسند، (940)، ج 02 ص 188: إسناده صحيح. ورواه أحمد أيضاً بلفظ قريب، عن الحسن عن علي مرفوعاً، (956)، ج 02 ص 197. ورواه من طريق قتادة عن الحسن مع قصته عن علي، وقال أحمد شاکر إسناده صحيح. وإن كان ظاهره الإرسال (لأن القصة فيها عمر، والحسن لم يدرك عمراً). ولكن يروي هذا الحديث عن علي -أي الحسن- فهو يحكي القصة رواية لا مشاهدة، (1183)، ج 02 ص 259؛ والترمذي، أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، ج 06 ص 159، وقال: حديث علي حسن غريب من هذا الوجه؛ وأخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب الصلوة، ج 02 ص 89، من طريق الأسود عن عائشة مرفوعاً، بقريب من هذا اللفظ، وصححه علي شرط مسلم ووافقه الذهبي. وأخرجه في ج 01 ص 258، وج 04 ص 389، من طريق ابن عباس عن علي مع قصته مرفوعاً، وصححه علي شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

(4) النووي، الروضة، ج 08 ص 214؛ الكاساني، المرجع نفسه، ج 06 ص 267.

(5) النووي، المرجع نفسه، ج 08 ص 214.

## البند الرابع شرط الذكورة:

اشترط جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup> في الشهادة على الحدود والقصاص أن يكون الشاهد ذكراً، وعليه فلا تقبل شهادة النساء نظراً لنقصان العقل وقصور الولاية، واعتباراً بما يلحق شهادتهن من النسيان والتضليل<sup>(2)</sup>، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء/ من الآية 15]، وفيما عدا الزنا من عقوبات قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة/ من الآية 282]، ووجه الدلالة أن اشتراط الأربعة في الزنا نص في العدد والذكورة فقبول امرأتين مع ثلاثة رجال مثلاً مخالف لما نصت عليه من العدد والمعدود، وكذلك في الآية الثانية؛ فإن النص بعمومه يتناول الشهادة بالحدود والقصاص وهو نص في العدد والذكورة<sup>(3)</sup>.

ومن السنة ما ورد عن الزهري قال: «مضت السنة من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والخليفين من بعده، أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والقصاص». وأن ذلك لم ينسخ، وظل العمل به، ولم يعلم فيه مخالف فانعقد به الإجماع إلا في القصاص فإنه يحكى عن الأوزاعي والثوري جوازها<sup>(4)</sup>.

أما عند ابن حزم<sup>(5)</sup>، فشهادة النساء في الحدود والقصاص مقبولة اعتباراً بسائر الحقوق، وحاملاً للنصوص

(1) الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية، وفي الزنا خاصة عند الإمامية. انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 66. القرابي، الفروق، ج 01 ص 246. الهيثمي: ابن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي، دار صادر، بلا تاريخ، ج 10 ص 246. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 175. الحيمي: شرف الدين الحسين بن أحمد، الروض النضير، دار الجيل، بيروت، بلا تاريخ، المجلد الرابع، ج 01 ص 227. الحلبي: المحقق، شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري بإشراف محمد جواد مغنية، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1978م، ج 09 ص 237.

(2) البهوتي، المرجع السابق، ج 09 ص 248؛ ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 175. واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿أن تظل إحداهما فذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة/ من الآية 282]، وقال: «إنما أجزت فيما عدا العقوبات للحاجة ولا حاجة هنا لأن العقوبات يَحْتال لدرئها لا لإقامتها».

(3) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 07 ص 369؛ الباري، المرجع السابق، ج 07 ص 369؛ البهوتي، المرجع السابق، ج 03 ص 348؛ ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 175؛ ابن المرتضى، البحر الزخار، مراجعة عبدالله الصديق، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة، بلا تاريخ، ج 06 ص 20.

(4) ابن الهمام، المرجع نفسه، ج 07 ص 369؛ ابن المرتضى، المرجع نفسه، ج 06 ص 20. والحديث رواه أبو يوسف في كتاب الخراج، مطبوع في موسوعة الخراج، دار المعرفة، بيروت، بلا تاريخ، فصل في أهل الدعارة والتلصص والجنائيات وما يجب فيه من الحدود، ص 164. قال حدثنا الحاج عن الزهري قال، فذكره. والحجاج بن أرطاة قال فيه ابن حجر في التقریب رقم 1122، ج 01 ص 188: صدوق كثير الخطأ والتدليس. قلت: وقد عنعن في هذا الحديث عن الزهري، فهو ضعيف من هذا الوجه، ومن جهة أخرى، فقد قال أبو حاتم: صدوق يدل على الضعفاء، يكتب حديثه، فإذا قال حدثنا فهو صالح لا يرتاب في صدقه وحفظه إذا بين السماع، لا يحتج بحديثه، لم يسمع من الزهري، ولا من هشام بن عروة، ولا من عكرمة. أه، تهذيب الكمال، ج 05 ص 425. وقال أبو زرعة: صدوق مدلس، وقال هشيم: قال لي حجاج ابن أرطاة: صف لي الزهري فإني لم أره. تهذيب الكمال، ج 05 ص 425. والأوزاعي هو: عبد الرحمن بن عمر، إمام الديار الشامية، فقيه زاهد، ولد ببعلبك، سكن بيروت وتوفي بها سنة 157هـ.

الطبقات، ج 07 ص 488. الأعلام، ج 03 ص 320. والثوري هو: سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب بن عبد الله، حدث عن أبي هريرة وجرير بن عبد الله وابن عباس وغيرهم، روى عنه أصحاب الكتب الستة، توفي سنة 161هـ. السير، ج 07 ص 229 وما بعدها؛ الجرح والتعديل، ج 02 ص 97.

(5) ابن حزم: هز علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد. فقيه محدث أصولي، أديب، حافظ متكلم، عالم الأندلس في عصره، ولد في قرطبة سنة 384هـ، في بيت عز ووزارة، حيث كان تولى أبوه رياضة الوزراء بقرطبة، ثم آلت إليه من بعده. له تصانيف كثيرة في شتى الفنون والعلوم الإسلامية، منها: المغرب في تاريخ المغرب، الفصل في الملل والنحل، المحلى بالآثار، مداواة النفوس، الإيصال إلى فهم الخصال الجامعة، الإحكام في أصول الأحكام، توفي سنة 456هـ. السير، ج 11 ص 188. معجم المؤلفين، ج 07 ص 16.

على عمومها، وليس في شيء منها ما يدل على تخصيص الحدود والقصاص، ورد رحمه الله على استدلالهم وأفاض في الرد عليها، وليس المقام لبسط أدلته<sup>(4)</sup>.

### البند الخامس شرط العدد:

ويشترط في الشهادة في العقوبات المقدرة سواء كانت حداً أم قصاصاً نصاب معين ليستقيم الحكم بمقتضاها. ففي الشهادة على الزنا يشترط أربعة شهود من الرجال على قول جمهور الفقهاء<sup>(2)</sup>، وعند ابن حزم<sup>(3)</sup> ومن وافقه تجوز شهادة النساء تعدل شهادة الرجل شهادة امرأتين. والأصل في اشتراط الأربعة في الزنا قوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء/ من الآية 15]، وقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور/ من الآية 04]<sup>(4)</sup>.

ومن السنة قوله - صلى الله عليه وسلم - في حديث الملاعة: «إئت بأربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك»<sup>(5)</sup>، وشهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة وتوقف الرابع عن إكمال النصاب، فجلد عمر الشهود الثلاثة ولم يرحم المغيرة<sup>(6)</sup>.

والحق بعض الفقهاء اللواط بالزنا في اشتراط عدد الشهود؛ استدلالاً بأنه داخل في مسمى الزنا أو هو أشد منه؛ لأنه وطء في فرج لا يستباح بحال، فلما ساواه في العقوبة وجب أن يساويه في نصاب الشهود، وقال آخرون باشتراط شاهدين؛ استدلالاً بأن عقوبته تعزيرية فيكفي فيه الشاهدان كسائر المعاصي<sup>(7)</sup>.

وأما إثبات سائر الحدود والقصاص فيشترط فيه شاهدان على قول الجمهور، أو رجل وامرأتان، أو أربع نسوة على قول ابن حزم ومن وافقه كما سبق بيانه، والأصل في اشتراط الشاهدين قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة/ من الآية 282]، فإن النص بعمومه يتناول الشهادة بالحدود والقصاص، وهو نص في بيان العدد، وخص حد الزنا من العموم بالنصوص المذكورة آنفاً.

- (1) ابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 395-398. وروى ذلك عن عطاء بن رباح، قال: ولو شهد عندي ثمانية نسوة على امرأة بالزنا لرحمتها. وانظر: ابن القيم، الطرق، ص 153. وعزاه ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 175 إلى حماد بن أبي سليمان. وأجازها بعض الفقهاء في البعض دون البعض، فسفيان الثوري يقبلها في القصاص خاصة، ولا يقبلها في الحدود، ولا يقبلهن منفردات إلا فيما لا يطلع عليه إلا النساء. ابن حزم، المرجع نفسه ج 09 ص 398. وابن القيم، الطرق، ص 154. وفي قول عند الحنابلة أنه تجوز في الحدود إذا اجتمعن في العرس أو الحمام خاصة. ابن مفلح: شمس الدين، الفروع، مكتبة المنار، مصر، 1345هـ. ج 06 ص 579. وعند الجعفرية يثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال وامرأتين، وبرجلين وأربع نساء، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم ويثبت به الجلد، ولا تثبت بغير ذلك. الحلبي، المرجع السابق، ج 02 ص 237. وروى عن طاووس قال: تجوز شهادة النساء في كل شيء إلا الزنا، من أجل أنه لا ينبغي أن ينظرن إلى ذلك. ابن حزم، ج 09 ص 397. وابن القيم، المرجع نفسه، ص 153.
- (2) المرغناني، المرجع السابق، ج 03 ص 129. ابن فرحون، المرجع السابق، ج 01 ص 319. الماوردي، المرجع السابق، ج 17 ص 65.
- (3) ابن حزم، المرجع نفسه، ج 09 ص 398.
- (4) المرغناني، المرجع نفسه، ج 03 ص 129. ابن فرحون، المرجع نفسه، ج 01 ص 319. الماوردي، المرجع نفسه، ج 17 ص 65.
- (5) سبق تخريجه، ص 37.
- (6) سبق تخريجه، ص 66.
- (7) ابن القيم، المرجع نفسه، ص 153.

## البند السادس: شرط سلامة حواس التحمل والأداء.

وحواس التحمل والأداء هي: البصر، والنطق، وتناولها فيما يأتي:

## أولاً: الإبصار.

اشترط الفقه في تحمل الشهادة على الجرائم الإبصار؛ لأن الجرائم أفعال والأفعال لا تدرك إلا بحاسة البصر لتمييزها وتمييز فاعلها، فلا تصح الشهادة بغيره كالسمع من الغير؛ ولأنه يمكن الوصول إليها بالإبصار<sup>(1)</sup>، فالشاهد على الفعل محتاج إليه، ولا يمكن الوصول إليها إلا بالنظر، وهو أقوى في إثباتها من السماع، وما يندري بالشبهة إذا كان الوصول إلى العلم به بالأقوى لم يجوز أن يتوصل إلى العلم به بما هو أضعف في الدلالة عليه<sup>(2)</sup>، هذا فيما يتعلق بالتحمل.

أما الأداء فقد ذهب الحنفية إلى عدم القبول؛ اعتباراً بأن الشاهد على الفاعل محتاج عند تحقيق الشهادة إلى الإشارة إلى المشهود له والمشهود عليه، ولا يتحقق ذلك إلا بالرؤية، أما التعويل على سماع الصوت ففيه شبهة قوية<sup>(3)</sup>.

وأصل قولهم حديث علي -رضي الله عنه- أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى فذكر ذلك لعلي فرد شهادته<sup>(4)</sup>.

وذهب الشافعية إلى أنه إذا شهد على إنسان وأثبت ذلك اسماً ونسباً ثم عمي تقبل شهادته؛ اعتباراً بأنه لما قبلت الشهادة على المشهود عليه مع غيبته بعد موته؛ لأنه يتعين بالاسم والنسب كما يتعين بالإشارة، قبلت للاشتراك في الوصف<sup>(5)</sup>.

والصحيح فيما يبدو أن الأمر موكول إلى القاضي يقدره بما يحف القضية من ملايسات؛ فإذا كان الشاهد فاقد البصر يعرف المشهود عليه معرفة تطابق بين الاسم والنسب والشكل قبلت شهادته؛ لأنه يؤمن خطؤه خاصة مع تطور وسائل تحقيق الشخصية، أما إذا كان لا يعرفه تلك المعرفة التامة؛ أي معرفة المطابقة بين الاسم والصورة ترد هذه الشهادة؛ لأن الجاني قد يكون شخصاً آخر انتحل اسم بريء وألقى به إلى الشاهد عندما أبصره، فلما تنحى لم يتسن له الإشارة إلى الفاعل الحقيقي فيوقع القضاء في خطأ، وأيضا ينظر القاضي إلى حال المشهود عليه من حيث سيرته، وسوابقه فإن كان معتاداً للإجرام كان ذلك بمثابة معضد لشهادة عدم البصر.

(1) النووي، الروضة، ج 08 ص 231-232.

(2) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 37.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 06 ص 268. السرخسي، المرجع السابق، ج 16 ص 229.

(4) ووجه الدلالة فيه أن علياً -رضي الله عنه- رد شهادته دون أن يستفسر عن حاله وقت التحمل، كما أن في مبادرة أخت المشهود عليه بذكر عماء دليل على أن ذلك كان معروفاً بينهم. السرخسي، المرجع نفسه، ج 16 ص 128. والحديث رواه عبد الرزاق، قال أخبرنا ابن عيينة عن الأسود بن قيس عن أشياخهم، أن علياً لم يجوز شهادة أعمى في السرقة، (15380)، ج 08 ص 324. وهو ضعيف من هذا الوجه لجهالة العين والحال معا في من روى عنهم ابن قيس هذا.

(5) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 46.



## ثانياً: النطق.

أي أن يكون الشاهد ناطقاً بالفعل فيؤدي شهادته عن طريق ما سمع منه من كلامه، فإن كان غير متكلم فإن للفقهاء في الاعتداد بشهادته آراء .

ففقهاء الحنفية يرون أن النطق شرط من شروط الأهلية بالنسبة للشاهد؛ وعليه فلا تقبل شهادة الأخرس، وكذلك ترد الشهادة إن أصيب الشاهد بالخرس إن أداها ولم يحكم بعد بمقتضاها؛ لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة ضده أي عند القضاء؛ لأنها إنما ترد للقضاء فيما يمنع الأداء يمنع القضاء . والعمى الخرس والجنون يمنع الأداء فيضع القضاء.<sup>(1)</sup>

وذهب فقهاء المالكية إلى قبول شهادة الأخرس والاعتداد بها سواء أداها كتابة أو إشارة بشرط أن تكون مفهومة معبرة تعبيراً واضحاً يوفي المقصود، كما أجازوا شهادة الأصم على الأفعال أما شهادته على الأقوال فلا تقبل إلا فيما سمعه قبل الصم.<sup>(2)</sup>

أما فقهاء الشافعية فإن عندهم رأيين أحدهما يرى قبول شهادة الأخرس مطلقاً، والثاني قيد قبول شهادة الأخرس بحالة الضرورة. وعليه فلا يعتد بها في الحدود إذ لا ضرورة في الشهادة بها.<sup>(3)</sup>

كما ذكر ابن قدامة أن شهادة الأخرس لا تجوز بحال، نص عليه أحمد -رضي الله عنه- فقال: « لا تجوز شهادة الأخرس. قيل وإن كتبها؟ قال: لا أدري » وهذا قول أصحاب الرأي، وعلل ابن قدامة ذلك بأن الشهادة لا يعتبر فيها إلا اليقين ولا يحصل اليقين بالإشارة.<sup>(4)</sup>

والواقع أن شهادة الأخرس بإشارته المفهومة لا يعتد بها في إثبات الجرائم الحدية أو القصاص؛ لأنها وإن أفهمت إلا أنها لا تخلو من الشبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، أما إذا أداها عن طريق الكتابة الواضحة المفهومة وأجاب عن طريق الكتابة عن كل ما يوجه إليه من استفسار وما يطلب منه بيانه، إجابة أدت إلى اليقين فلا مانع من الاعتداد بهذا في الإثبات؛ لأن شهادته بهذه الطريقة قد بعدت من احتمال الشبهة وأفادت القطع واليقين.

## البند السابع: ألا يثبت عليه حد في قذف.

يتفق الفقه الإسلامي بكافة مذاهبه على أن من أقيم عليه حد في قذف ولم يبادر بالتوبة ترد شهادته، أما إذا ثبت عليه أنه قذف إنساناً غير أن الحد لم يقيم عليه بعد، أو أقيم بعضه ولم يكمل، فقد انقسم الفقه فيه إلى رأيين:

فقال الحنفية والمالكية أن رد شهادته معلق بجلده تمام الحد، فإن لم يجلد أو جلد بعض الحد فقط، لم تسقط شهادته؛ استناداً إلى أن الآية في قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 16 ص 266 و 268. ابن الممام، المرجع السابق، ج 07 ص 399.

(2) الآبي: صالح عبد السميع، حوار الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ، ج 02 ص 233.

(3) الماوردي، الكرجع السابق، ج 21 ص 47. الأردبيلي: يوسف، الأنوار لأعمال الأبرار، مؤسسة حلبي، القاهرة 1390هـ/1970م، ج 02 ص 668.

(4) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 12 ص 63. هاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1990م، ص 548.

جلدة ولا تقبلوا منهم شهادة أبدا ﴿[النور/من الآية 04]﴾، رتبت رد الشهادة والفسق على الجلد لا على مجرد ثبوت الفعل، وترتيب الحكم على الوصف يدل أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، فيكون الحد هو السبب للفسق فحيث لا جلد لا فسوق<sup>(1)</sup>.

وذهب الشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> إلى أن مجرد ثبوت الفعل عليه يسقط شهادته دون الحاجة في ذلك إلى إقامة الحد عليه؛ لأنه بذلك ثبت فسقه، ورد شهادته متعلق بفعله لا بفعل غيره، والقذف فعله، والجلد فعل غيره، وهذا اعتبارا بفسق الإنسان بالسرقة دون القطع وبالزنا دون الجلد، والأصل في ذلك أن الآية رتبت على القذف ثلاثة أحكام؛ وهي وجوب الحد ثمانون جلدة، وفسق القاذف المسقط لعدالته، ورد شهادته، فلما تعلق الجلد بالقذف، وجب أن يكون ما ضم إليه وقرن به متعلقا به<sup>(4)</sup>.

### البند الثامن: شرط الأصالة.

تقبل شهادة الأصل باتفاق العلماء، والأصل هو الذي يشهد بما عاين من أقوال أو أفعال لا بما ألقى إليه من عاين وشهد، أما الشهادة على الشهادة أو شهادة النقل وهي إخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره أو إسماعه إياه لقاض، فقد اختلفوا فيها على أقوال.

فذهب الحنفية<sup>(5)</sup>، والحنابلة في المعتمد<sup>(6)</sup>، والإباضية<sup>(7)</sup> والزيدية<sup>(8)</sup> وبعض فقهاء الأمصار<sup>(9)</sup> إلى عدم قبول شيء غير شهادة الأصل؛ اعتبارا بأن الحدود والقصاص مما يسقط بالشبهة، وما سقط بالشبهة كان محمولا على التخفيف والشهادة على الشهادة تغليظ<sup>(10)</sup>، كما أن الحدود والقصاص موضوعة على الستر والكتمان وعدم التطوع بالإبلاغ، فكانت لذلك منافية لتأكيدها بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي<sup>(11)</sup>، وأيضا لأن فيها شبهة البديلية، والشهادة عبادة بدنية، ولا تجري البديلية في العبادات، وإنما أجزت فيما عدا الحدود

(1) الكاساني، المرجع نفسه، ج 06 ص 271. البابرتي، المرجع السابق، ج 07 ص 400. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 05 ص 477. الغماري: محمد بن الصديق، مسالك الدلالة في شرح متن الرسالة، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ، ص 320.

(2) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 25 وما بعدها.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 12، ص 75.

(4) الماوردي، المرجع نفسه، ج 21 ص 46.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج 04 ص 237.

(6) إمام الدين المقدسي، المرجع السابق، ص 539. المرادوي: علاء الدين، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي - بيروت، -1406هـ/1986م، ج 11 ص 222.

(7) اطفيش، شرح كتاب النيل، مكتبة الإرشاد - جدة - ودار الفتح - بيروت، - بلا تاريخ، ج 13 ص 206.

(8) الحيمي، المرجع السابق، ج 03 ص 220.

(9) منهم: النخعي، والشعبي، وقتادة، ومسروق وشريح والحسن البصري، وعطاء، وطاوس والأوزاعي. انظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 439. والحيمي، المرجع نفسه، ج 03 ص 419.

(10) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 07 ص 462؛ البهوتي، المرجع السابق، ج 03 ص 559.

(11) الزيلعي، المرجع نفسه، ج 04 ص 239. ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 12 ص 87.

والقصاص استحسانا للحاجة كي لا تضيع الحقوق، ولا حاجة هنا؛ لأن ستر صاحبها أولى من الشهادة عليها<sup>(1)</sup>، هذا بالإضافة إلى أن فيها زيادة احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الأصل لعدم العصمة، وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الأصل، وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل<sup>(2)</sup>، واستند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه بقوله - صلى الله عليه وسلم - للشاهد عنده « إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فذع » ولا يعلم مثل الشمس إلا من عاين بنفسه<sup>(3)</sup>، وأيضا ما ورد عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: « لا تقبل شهادة على شهادة في حد ولا قصاص »<sup>(4)</sup>.

وذهب المالكية<sup>(5)</sup> والظاهرية<sup>(6)</sup> وقول عند الشافعية<sup>(7)</sup> إلى تصحيحها؛ نظرا لأن الشهادة وثيقة مستدامة، وقد يطرأ على الشاهدين من احتدام المنية والعجز عن الشهادة لغيبة أو مرض ما تدعو الضرورة فيه إلى الإرشاد على شهادته، لتستدم بها الوثيقة ويقوى بها الحق، كما أن الشهادة خير، فلما جاز نقل الخبر لاستدامة العلم به جاز نقل الشهادة للتوثيق بها، ولما جازت الشهادة على الشهادة في حقوق الآدميين، وتثبت بشهود الفرع كتبها بشهود الأصل، جازت في حقوق الله تعالى؛ لأن حقوق الله تعالى لا تسقط بالعفو، فهي أحق بالاستيفاء مما يجوز أن يسقط بالعفو<sup>(8)</sup>.

أما الشافعية في المعتمد<sup>(9)</sup> والجعفرية<sup>(10)</sup> والحنابلة في قول ضعيف<sup>(11)</sup> وبعض فقهاء الأمصار<sup>(12)</sup>، فقد فصلوا في ذلك؛ فصححوها في حقوق الآدميين، وردوها في حقوق الله المحضة، كحد الزنا وشرب الخمر والقطع في السرقة، ومستندهم في هذا التفريق بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين؛ أن الأولى مبنية على التخفيف

(1) البائري، المرجع السابق، ج 07 ص 462. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 07 ص 462.

(2) الزيلعي، المرجع السابق، ج 04 ص 238. البهوتي، المرجع السابق، ج 03 ص 559.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 06 ص 266. والحديث رواه الحاكم، كتاب الأحكام، ج 04 ص 98، عن طاووس عن ابن عباس، وصححه، وضعفه الذهبي، وذكره الزيلعي في نصب الراية، وقال أخرجه البيهقي في سننه، والحاكم في المستدرک، وقال البيهقي: لم يرو من وجه يعتمد عليه، تلخيص الحبير، ج 04 ص 218. وقال الحافظ في التلخيص: بل هو حديث واه، فإن محمد بن سليمان قال بضعفه غير واحد. إهـ، ج 04 ص 98. وضعفه بن عدي والنسائي، نصب الراية، ج 04 ص 82.

(4) الحيمي، المرجع السابق، مجلد 04، ج 01 ص 227. والحديث رواه الإمام زيد في مسنده، جمعه عبد العزيز بن إسحاق البغدادي، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية 1403هـ/1983م باب حد السارق، ص 301.

(5) ابن فرحون، المرجع السابق، ج 01 ص 435.

(6) ابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 440.

(7) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 276.

(8) الماوردي، المرجع نفسه، ج 21 ص 276.

(9) النووي، المنهاج مع شرح الفمراوي، ص 616.

(10) الحلبي، المرجع السابق، ج 02 ص 238.

(11) روي ذلك عن الإمام أحمد ونصره القاضي أبو يعلى وأصحابه وحزم به في الروضة، انظر: المرداوي، المرجع السابق، ج 11 ص 321. وقال ابن قدامة في المغني، ج 12 ص 87-88: « وذكر أصحابنا هذا رواية عن أحمد لأن ابن منصور نقل أن سفيان قال: شهادة رجل على رجل في الطلاق جائزة، قال أحمد: ما أحسن ما قال، فجعله أصحابنا رواية في القصاص وليس هذا برواية، فإن الطلاق لا يشبه القصاص، والمذهب أنها لا تقبل فيه؛ لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات، وتبين على الإسقاط فأشبه الحدود ».

(12) منهم: شريح ومسروق والحسن، وابن سيرين والشعبي وقادة والنخعي والأوزاعي. انظر: ابن حزم، المرجع نفسه، ج 09 ص 439.

والمساهلة، والثانية موضوعة على التشديد وعدم المسامحة إلا في الأموال التي يجوز أن تستباح بالبذل، فلما صحت الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي في الأموال التي هي أخف كان جوازها في المغلظ أحق<sup>(1)</sup>.

### البند التاسع: الانفكاك عن التهمة.

يشترط الفقه الإسلامي في أغلبه في الشاهد ألا يكون متهما بشهادته، فلا تقبل -مثلا- شهادة العدو على عدوه<sup>(2)</sup>، كشهادة المذوف على القاذف، والمسروق منه على السارق، وولي المقتول على القاتل، وضابط العداوة التي ترد بها الشهادة عندهم أن تبلغ معه حدا يتمنى معه زوال نعمته، ويفرح لمصيبته ويحزن لمسرته<sup>(3)</sup>.

والأولى أن يقال إن المرجع في معرفتها إلى العرف؛ لأنه لا يمكن ضبطها بحد معين ويوكل إلى تقدير القاضي تحديد ذلك. والأصل في المنع من شهادة العداوة قول الله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة/من الآية 282]، فالآية الكريمة رفعت الريبة، والعداوة من أقوى الريب<sup>(4)</sup>، وأيضا حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي إحنة »<sup>(5)</sup>.

ومن التهم التي ترد بها الشهادة قرابة الشاهد للمشهود له كالأصول للفروع، والفروع للأصول، والأزواج لبعضهم، والإخوة والأخوات، ويلحق بهم الصديق الملاطف لصديقه والمستأجر للموَجِر، والمكفول لكافله على خلاف في ذلك، فجمهور فقهاء المذاهب الأربعة يتفقون على عدم قبول شهادة الوالد للولد، وإن سفل، وشهادة الولد للوالد وإن علا، واختلفوا فيما دون ذلك من الأقارب<sup>(6)</sup>.

ومستندهم في عدم قبول شهادة الأصول للفروع وشهادة الفروع للأصول قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة/من الآية 282]، ووجه الدلالة أن الله تعالى جبل الناس على الميل إلى فروعهم وأصولهم، وزرع بينهم المودة والمحبة، ومن ذلك أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال لعائشة - رضي الله عنها - : « يا عائشة فاطمة بضعة مني يربيني ما يربيهها »، ولذلك فإن في شهادة بعضهم لبعض مظنة التهمة؛ فلا تقبل رفعا للريبة والشك<sup>(7)</sup>.

(1) الشريبي، المرجع السابق، ج 04 ص 453. والرمل، المرجع السابق، ج 08 ص 324. الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 238.

(2) والمقصود بالعداوة هنا: العداوة الدنيوية، أما العداوة الدينية كعداوة المسلم للكافر بسبب كفره، وعداوة المسلم للفاسق لفسقه، فلا ترد بها الشهادة؛ لأنها عداوة مأمور بها، فلا تكون الطاعة سببا لرد الشهادة. الصنعان: ابن القاسمي، التاج المذهب لأحكام المذهب، مكتبة اليمن الكبرى، بلا تاريخ، ج 04 ص 75.

(3) النووي، الروضة، ج 08 ص 213.

(4) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 174. اطفيش، المرجع السابق، ج 13 ص 127؛ ابن المرتضى، المرجع السابق، ج 06 ص 34.

(5) القراني، المرجع السابق، ج 10 ص 267. والماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 174. والحديث ذكره ابن حجر في التلخيص، ج 04 ص 288، وقال: روي من طريق عبد الله بن عمرو، بمعناه، ورواه مالك من حديث عمر موقوفا، وهو منقطع، إهـ.

(6) الحنفية والمالكية والشافعية في المشهور والحنابلة في الظاهر. انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج 16 ص 121؛ القراني، المرجع السابق، ج 10 ص 159 وما بعدها؛ الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 176. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 12 ص 64.

(7) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 176-177؛ والحديث رواه البخاري، كتاب فضائل الصحابة، باب قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومنقبة فاطمة عليها السلام - بنت النبي صلى الله عليه وسلم -، (3746)، ج 07 ص 77 بلفظ: « فاطمة بضعة مني فمن أغضبها أغضبني » عن ابن عيينة، عن عمرو بن دينار عن ابن مليكة، عن المسور بن مخرمة مرفوعا. وأخرجه في كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب فاطمة -

كما أن الولد بعض أبيه وشهادته لجزئه كشهادته لنفسه، فلما لم تجز الثانية لم تجز الأولى<sup>(1)</sup>.

ومن السنة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: « لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود ولا ذي غمر على أخيه، ولا مجرب في شهادة زور، ولا ظنين في قرابة ولا ولاء ولا شهادة القانع لأهل البيت »، ووصل الشافعي « ولا شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده » ثم قال: « وهذا يثبت أهل النقل، فإن ثبت فهو نص، وإن لم يثبت ففي قوله " ولا ظنين في قرابة " دليل على الوالد والولد »<sup>(2)</sup>، وهذا الخبر أخص من الآيات التي احتج بها المخالف فتخصص به<sup>(3)</sup>.

أما عند الظاهرية الإباضية والزيدية والجعفرية، فإن شهادة العدل مقبولة وإن اقترن بها وصف القرابة؛ لأن العدول غير متهمين بالحياة<sup>(4)</sup>، ومستندهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [النساء/135]، ووجه الدلالة فيه أنه لا يؤمر بالقسط في هذه الشهادة إلا وهي مقبولة.

والواقع أن الاستدلال بهذه الآية الكريمة بعيد؛ لأنها دالة على الشهادة عليهم لا لهم، وليس هذا محل نزاع، كما أن سياقها دال على مخرجها مخرج الزجر، أن يخبر الإنسان عن نفسه أو ولده بغير الحق<sup>(5)</sup>.

ومن أسباب التهمة أن يستجلب الشاهد بشهادته إلى نفسه نفعا أو يدفع عنها ضررا، ومثاله من يبادر إلى الشهادة ليدفع عن نفسه عار الكذب كالمجرب في شهادة الزور، أو كأن يشهد أربعة أبناء لرجل على أبيهم الموسر

-- عليها السلام- (3767)، ج 07 ص 105. وأخرجه في كتاب النكاح، باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف"، (5230)، ج 09 ص 327، من طريق الليث بن سعد عن ابن أبي مليكة عن المسور بن مخرمة، مرفوعا، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم - يقول - وهو على المنبر: « إن بني هشام بن المغيرة استأذنوا في أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فلا آذن ثم لا آذن ثم لا آذن إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي، وينكح ابنتهم فإنما هي بضعة مني يربيني ما أراها ويؤذي ما أذاها»؛ وأخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب الأنساب كلها منقطة إلا نسبة -صلى الله عليه وسلم-، ج 07 ص 64، وفي كتاب الشهادات، باب من قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالديه، ج 10 ص 201، والحاكم، كتاب معرفة الصحابة، ج 03 ص 158، وفي رواية «فاطمة بضعة مني يقبضني ما يقبضها، ويسطني ما يسطها»، وأخرجه بهذا اللفظ أحمد، ج 04 ص 323، والحاكم، ج 03 ص 158، وصححه ووافقه الذهبي، وذكره الألباني في الصحيحة، رقم 1995، ج 04 ص 650.

(1) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿ وجعلوا له من عبادته جزءا ﴾ [الزخرف/ من الآية 15]، أي ولدا، فدل على أن الولد جزء أبيه، وعليه فالشهادة له كالشهادة لنفسه. انظر: الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 176.

(2) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 177. والحديث رواه البيهقي، كتاب الشهادات، باب من قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالديه، ج 10 ص 202، من طريق الزهري عن عروة عن عائشة. في إسناده يزيد بن أبي زياد، وهو الشامي، بصري الأصل قال البيهقي: ضعيف، وقال الذهبي: مجمع على ضعفه، انظر: المغني في الضعفاء، تحقيق نور الدين عتر، الطبعة الأولى، دار المعارف السورية، 1391 هـ، ج 01 ص 243. وضعفه الترمذي، وقال البخاري منكر الحديث، وقال النسائي إنه متروك، انظر: النسائي، الضعفاء والمتروكون، الطبعة الأولى، دار الوعي، حلب، 1396 هـ، ص 45.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 12 ص 66.

(4) ابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 415. اطفيش، المرجع السابق، ج 13 ص 142، واستثنى الإباضية شهادة الوالد لولده فيما يجز إليه مالا أو يدفع عنه مفرما. وانظر: الشوكاني: محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق قاسم غالب أحمد وآخرين الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف المصرية، 1403 هـ/1983 م، ج 04 ص 184. الصنعاني، المرجع السابق، ج 04 ص 76. الحلبي، المرجع السابق، ج 02 ص 233. وهو مروى عن بعض الصحابة وفقهاء الأمصار؛ فمن الصحابة عمر بن الخطاب، ومن التابعين سعيد بن المسيب، وشريح، ومن الفقهاء والمحدثين: عمر بن عبد العزيز، وداود بن علي، وأبو بكر بن حزم، وعثمان بن أبي شيبة، وابن المنذر، وإياس بن معاوية، وإسحاق بن راهويه، وهو اختيار المزني من أصحاب الشافعي. ابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 415-416. النووي، الروضة، ج 08 ص 221.

(5) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 177.

الثيب بالزنا لمكان الميراث، وكذلك شهادتهم عليه بكل ما يوجب القتل، أو شهادتهم عليه وهو معسر بما يوجب القتل لتهمة أنهم يريدون الاستراحة منه لمكان النفقة<sup>(1)</sup>، ومن أمثلة ذلك أيضا شهادة أخوين على أخيهم بقتل مورثهم ليسقط حقه وينفردا بالتركة.

واستدل جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه بالنصوص المذكورة آنفا في رفع الاسترابة للتهمة؛ ومنها حديث عائشة -رضي الله عنها- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا مجلودا ولا ذي غمر على أخيه، ولا مجرب بشهادة زور، ولا القانع بأهل البيت، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة »<sup>(2)</sup>، ومن المتهمين بالشهادة وإن كان عدلا من يكون مظنة لأن يجرب بشهادته نفعاً لنفسه أو يدفع عنها ضرراً فلا تقبل شهادته<sup>(3)</sup>.

### البند العاشر: شرط اتحاد المجلس في الشهادة على الزنا.

تشتراط المذاهب الأربعة إلا الشافعية لقبول شهادة الشهود على الزنا أن يجيئوا مجتمعين في مجلس واحد، فإذا جاؤوا متفرقين لم تقبل، اعتباراً بأن الشهادة على الزنا كذب في الحقيقة، ولكن بتكامل العدد يتغير حكمها فيصير حجة للحد، فيخرج من أن يكون قذفاً به، وفي ذلك أن أبا بكره ونافعا وشبل بن معبد لما شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا عند عمر -رضي الله عنه- ولم يشهد الرابع أقام الحد على الثلاثة ولم ينتظر مجيء رابع ليكمل شهادة الثلاثة، فلو كان اختلاف المجلس غير مشروط لم يجوز أن يجدهم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر<sup>(4)</sup>. واختلف أصحاب هذا القول فيما إذا كان يشترط اجتماعهم حال مجيئهم أم لا؟ فذهب الحنابلة إلى أن ذلك ليس بمشروط، فإذا جاؤوا متفرقين قبل أن يقوم القاضي من مجلسه قبلت شهادتهم وحد المشهود عليه؛ لأنهم اجتمعوا في مجلس واحد فأشبه ما لو جاؤوا مجتمعين، ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه<sup>(5)</sup>. وتمسك الحنفية والمالكية بأن اتحاد المجلس لا يحصل بهذا، وإنما يحصل بأن يجلسوا جميعاً بين يدي القاضي فيشهدوا واحداً بعد واحد<sup>(6)</sup>. واستحسن محمد من الحنفية أن يكونوا على مقعد واحد على باب القاضي؛ فيقوموا إليه واحداً بعد واحد فيشهدوا، وهذا مبالغة في الاحتياط لينظر القاضي هل يتفقون على لفظ واحد إذا لم يسمع بعضهم كلام بعض، ولا يقدر ذلك في شهادتهم إذا اتحد المشهود به<sup>(7)</sup>.

(1) ابن رشد: أبو الوليد (الجد)، البيان والتحصيل، تحقيق محمد حجي، الطبعة الثانية، دار الغرب العربي، 1401هـ/1981م، ج 10 ص 110.

(2) هو الخادم لهم، يطلب منهم معاشه. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 04 ص 404. وألقوا به الأجر: وهو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه من ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه، وقال الباقري، المرجع السابق، ج 07 ص 405: هو التلميذ الخاص الذي يأكل معه في عياله، وليس له أجرة معلومة. والحديث سبق تخريجه، ص 78.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 340؛ العدوي، المرجع السابق، ج 02 ص 314؛ البهوتي، المرجع السابق، ج 03 ص 348.

(4) البهوتي، المرجع نفسه، ج 03 ص 348. والحديث سبق تخريجه ص 66.

(5) البهوتي، المرجع نفسه، ج 03 ص 348. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 178. واستدل بقصة المغيرة بن شعبة فقال: « فإن الشهود جاؤوا واحداً بعد واحد وسمعت شهادتهم، وإنما حدوا لعدم كمالها، وفي حديثه أن أبا بكره قال: رأيت إن جاء آخر يشهد أكنت ترجمه؟ قال عمر: أي والذي نفسي بيده».

(6) السرخسي، المرجع السابق، ج 16 ص 218. القرافي، المرجع السابق، ج 10 ص 310.

(7) السرخسي، المرجع نفسه، ج 16 ص 218.

وذهب الشافعية إلى خلاف ذلك كله، فإذا اتحد المشهود به -عندهم- لم ينظر بعد ذلك إلى كون الشهود جاؤوا مجتمعين أم متفرقين، في مجلس واحد أم في مجالس مختلفة؛ نظرا لأن تفرق الشهادة أنفى للريية وأمنع من التواطؤ والمتابعة؛ لأن الاسترابة بالشهود تقتضي تفريقهم ليختبر القاضي بذلك رتبهم ومدى اتفاقهم في المشهود به<sup>(1)</sup>.

والواقع أن الميزة الإيجابية في هذا الرأي الأخير موجودة في قول محمد بن الحسن، فكان هو الأولى لاحتوائه على هذه الميزة وتجرده عن سلبات هذا القول الأخير وتناقض مؤداه؛ لأن الشهادة لا تخلو من أن تكون مطلقة في الزمان كله أو مقيدة، ولا يجوز أن تكون مطلقة؛ لأنها تمنع من جواز جلدتهم؛ لأنه ما من زمن إلا ويجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء أو يكملهم إن كان قد شهد بعضهم، فيمتنع جلدتهم المأمور به، فيكون متناقضا، وإذا ثبت أنه مقيد فأولى أن يقيد بالمجلس لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة<sup>(2)</sup>.

#### البند الحادي عشر: شرط الخصومة في حقوق العباد.

يتفق الفقه الإسلامي على أن تقدم الخصومة ليس بشرط في قبول الشهادة على الحدود الخالصة لله تعالى كحدي الزنا والشرب، لأنها تقام حسبة لله تعالى ولا يتوقف ظهورها على دعوى العبد<sup>(3)</sup>، كما يتفق على اشتراطها في الحدود الخالصة للعبد كحد القذف والقصاص لسقوطها بالعفو والتسامح<sup>(4)</sup>.

أما حد السرقة فإن جمهور الفقهاء يشترطون فيه تقدم الدعوى؛ لأن السرقة اعتداء على المال، والمال يستباح بالبذل والتملك، فتمكن في الاعتداء عليه شبهة احتمال أن مالكة أباحه للسارق، أو أذن له في دخول حرزه، أو أوقفه على طائفة هو منهم؛ فباختبار تقدم الدعوى يرفع هذا الاحتمال، كما أن القطع في السرقة شرع لصيانة المال الخاص فكان موقوفا على خصومته لتعلقه به خلافا لما هو حد لله تعالى، والقطع أوسع في الإسقاط من الزنا، بدليل أنه إذا سرق الأب مال ابنه لم يقطع بخلاف إذا زنى بجاريته فإنه يجد لذلك<sup>(5)</sup>.

هذا قول الجمهور، أما المالكية فإنهم لم يشترطوا ذلك تعويلا على عموم النصوص الواردة في الشهادة فإنها لم تشترط تقدم الخصومة<sup>(6)</sup>، وواضح أنها مخصصة بما سبق سوجه.

(1) الماوردي، المرجع السابق، ج 17 ص 68. واستدل بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور/من الآية 04]، ووجه الدلالة أن الآية لم تفرق بين أن يجيؤوا في مجلس واحد أو في مجالس مختلفة، فكان على عمومهم، ورده ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 178-179 بأن الآية لم تتعرض لذكر شروط الشهادة، فلم تذكر وصف العدالة ولا صفة الزنا، ولا غيرها من الشروط، فكيف ينتظر أن تنص على المجلس وصفته.

(2) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 178-179.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 52.

(4) يستخلص اتفاقهم هذا من مقتضى كلامهم، انظر: الكاساني، المرجع نفسه، ج 07 ص 52. الماوردي، المرجع نفسه، ج 17 ص 215. ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 199.

(5) الحنفية، والشافعية، والحنابلة. انظر: الكاساني، المرجع نفسه، ج 06 ص 266. الماوردي، المرجع نفسه، ج 17 ص 215. البهوتي، المرجع السابق، ج 03 ص 372.

(6) القراني، الذخيرة، ج 10 ص 320.

## البند الثاني عشر: الاستمرار على الشهادة حتى الاستيفاء.

إذا استمر الشهود على شهادتهم حتى تمام توقيع العقوبة تصح شهادتهم بإجماع الفقهاء، أما إذا رجعوا قبل ذلك ففيه حالان، إما أن يكون رجوعهم بعد أدائهم شهادتهم وقبل أن يحكم بها، وإما أن يكون رجوعهم بعد الحكم بشهادتهم.

وفي كلا الحالتين لم يجوز جمهور الفقهاء القضاء بشهادتهم أو نفاذ الحكم بمقتضاها<sup>(1)</sup>، لتمكن همة الكذب في شهادتهم، فإنهم إما أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع، أو صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة، وفي كلتا الحالتين تسقط عدالتهم بالكذب ولا تقبل شهادة الفاسق على قول الجمهور<sup>(2)</sup>، وأيضا فإن الرجوع يورث شبهة وشكا عند القاضي، والحدود تدرأ بالشبهات؛ فالقاضي لا يمكنه إقامة الحد إلا بحجة كاملة، ولم تبق بعد رجوع الشهود كلهم أو بعضهم<sup>(3)</sup>، واستدل الجمهور بقول عمر -رضي الله عنه- في كتابة القضاء إلى أبي موسى الأشعري: « فلا بمنعك قضاء قضيتيه راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك، أن ترجع فيه إلى الحق، فإن الحق قدم لا يبطل والرجوع إلى الحق خير من التماذي في الباطل»، ووجه الدلالة أن الأمر المتوجه إلى القاضي بالرجوع إلى الحق متوجه إلى الشاهد للاشتراك في المعنى وهو العدول عن الباطل<sup>(4)</sup>.

## البند الثالث عشر: شرط التفصيل.

اشترط الفقهاء لقبول الشهادة على الحدود والقصاص والتعازير تفصيل الشهود في المشهود به، بما يزيل الغموض ويرفع الشك، وينفي شبهة الدارئة، ولا يدع مجالاً للتأويل؛ ففي الزنا -مثلاً- يشترط أن يذكر الشهود ماهية الفعل وكيفيته، بما يحدث للقاضي اقتناعاً يقينياً بحصول الفعل الجرمي بأركانه؛ بأن يقولوا رأينا ذكره في فرجها كالمروود في المكحلة أو الرشاء في البئر ودليله أن النبي -صلى الله عليه وسلم- سأل ماعزاً لما أقر عنده بالزنا

(1) به قال المالكية في المشهور، والشافعية في المعتمد، والحنابلة، وخصه الحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية، والظاهرية، بما إذا كان بعد أداء الشهادة وقبل الحكم بها؛ وقال بعض الحنفية بتعميم ذلك في كلا الحالتين. انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 46-47. ابن عبد الرقيق، المرجع السابق، ج 01 ص 153. الصاوي: الشيخ أحمد، بلغة السالك، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ، ج 02 ص 364؛ النووي، الروضة، ج 08 ص 268. البيهقي، المرجع السابق، ج 03 ص 562. ابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 429.

(2) الماوردي، المرجع السابق، ج 21 ص 271.

(3) السرخسي، المرجع السابق، ج 16 ص 178.

(4) ابن مردود، المرجع السابق، ج 01 ص 153. والحديث أخرجه الدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام، كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري، رقم 15، ج 04 ص 206. من طريق عبد الله بن أبي حميد، عن أبي المليلح الهذلي، قال الغماري في الابتهاج بتخريج أحاديث المنهاج للبيضاوي، تعليق وضبط سمير طه المجدوب، الطبعة الأولى، عالم الكتب، لبنان: 1405هـ/1985م، ص 213: وعبد الله بن أبي حميد ضعيف. وأخرجه ابن العوام البصري قال: كتب عمر وهو منقطع، لأن ابن العوام لم يدرك عمر، إهـ. وأخرجه ابن حزم في الأحكام في أصول الأحكام، الطبعة الثانية، دار الجيل بيروت -لبنان-، 1407هـ/1987م، ج 02 ص 442-443، بسنده عن عبد الملك بن الوليد بن معدان، عن أبيه قال: كتب عمر، فذكره، وقال: عبد الملك بن الوليد متروك الحديث ساقط، وأبوه مجهول. ورواه أيضاً من طريق أحمد بن محمد الكرجي ثنا محمد بن يحيى بن أبي عمر العدني ثنا سفيان عن إدريس بن يزيد الأودي، عن سعيد بن أبي بريدة بن أبي موسى عن أبيه قال كتب عمر، فذكره. قال ابن حزم: من بين الكرجي إلى سفيان مجهولون، وهو أيضاً منقطع. إهـ.



فقال: « أنكتهأ؟ » فقال: نعم، « حتى غاب ذلك منك في ذلك منها، كما يغيب المروء في المكحلة والرشاء في البئر قال: نعم»، فإذا اعتبر التصريح في الإقرار كان اعتباره في الشهادة أولى<sup>(1)</sup>.

ومن المعقول أن الزنا لفظ مشترك فيما صحح من آثار منها؛ ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: « العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش، والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه »<sup>(2)</sup>.

ولأن من الناس من يعتقد في كل وطء أنه زنا؛ فلذلك وجب الاستفصال لنفي الاحتمال وتحقيق الفصل في المقال.

هذا، ويحصل الاستفصال بكل لفظ يحقق المراد من إجلاء الأمر، ونفي الاحتمالات المورثة للشبهة، ولا يشترط فيه ما ذكره الفقهاء من لفظ الحديث في قوله - صلى الله عليه وسلم - « المروء في المكحلة الرشاء في البئر »؛ لأن مرجع أسلوب التعبير عن الحقائق إلى العرف اللغوي عند الناس، ويختلف ذلك باختلاف المكان والزمان واللغات.

وكما وجب استفصال الشاهد في ماهية الفعل وكيفيته، يجب سؤاله عن المزني بها، وفي ذلك أن النبي - صلى الله عليه وسلم - سأل معاذا - رضي الله عنه - عندما أقر عنده بقوله « الآن أقررت أربعا فبمن زنت »<sup>(3)</sup>، فإذا كان هذا في الإقرار فهو في الشهادة أولى.

وعلة الاستفصال هي لاحتمال أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح في المزني بها، وذلك غير معلوم فإذا فصلوا وبينوا تبين ذلك للقاضي.

ويجب أيضا استفصال الشاهد في وقت ارتكاب الفعل عند من يسقطون العقوبات بتقادم العهد على أداء الشهادة، فإن حد الزنا إذا كان بحجة الشهادة لا يقام عندهم إذا تقادم عهده، وسيأتي بيانه في الفصل الأخير من هذا البحث، ولينظر القاضي هل تتضارب شهادتهم فيقول أحدهم زنى صباح الأحد، ويقول الآخر بل مساء الخميس، وسيأتي تفصيله.

ويستفصل الشاهد عن مكان ارتكاب الفعل؛ لجواز أن يكون ارتكب فعله في دار الحرب حيث لم يكن تحت ولاية الإمام عند من يقولون بأن الدخول في ولاية الإمام شرط لإيقاع العقوبة، وأيضا لإمكان حصول التناقض في الشهادة، فيقول بعضهم زنى بالجزائر العاصمة، ويقول الآخر بل في ولاية سطيف.

(1) روى البخاري عن يعلى بن حكيم عن عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: لما أتى معاوية بن مالك للنبي - صلى الله عليه وسلم - قال له: « لعلك قبلت، أو غمرت أو نظرت »، قال: لا يا رسول الله، قال: « أنكتهأ؟ » لا يكفي، قال: فعند ذلك أمر برجمه، كتاب الحدود، باب هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمرت، (6824)، ج 12 ص 135.

(2) رواه أحمد، ج 02 ص 343، عن أبي هريرة وذكره الألباني في إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق - (2370)، ج 08 ص 36. وقال: صحيح؛ وروى نحوه الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، الطبعة الأولى، دون ذكر دار الطبع، 1400هـ/1980م، (10303)، ج 10 ص 192، عن ابن مسعود؛ ورواه أحمد أيضا عن ابن مسعود، وقال أحمد شاكر: إسناده صحيح، (3912)، ج 06 ص 08؛ وأبو نعیم في حلیة الأولیاء وطبقات الأصفیاء، الطبعة الأولى، مطبعة الخانجي ومطبعة السعادة - مصر -، 1357هـ/1938م، ج 02 ص 98.

(3) سبق تخریجه ص 65.

وما قيل في الشهادة على الزنا يقال في الشهادة على السرقة؛ فيستفصل في ماهيتها لأنها لفظ مبهم عند الإطلاق وهو مشترك بين معان كثيرة، قال الله تعالى: ﴿إِلا من استرق السمع﴾ [الحجر/ من الآية 18]، وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : « إن أسوأ الناس سرقة من يسرق في صلاته»<sup>(1)</sup>؛ بمعنى: لا يعتدل في قيامه وركوعه وسجوده، فسماه سارقاً. ويسأل عن الحرز، وعن نصاب المسروق، وكيفية إخراجها من حرزه؛ لاحتمال عدم تحقق الركن المادي، ويسأل عن وقت السرقة؛ لاحتمال التقادم عند من يقولون به، وإمكان التضارب بين الشهود وعن مكائنها؛ لاحتمال حصولها في دار الحرب عند من يشترطون الدخول في ولاية الإمام، وإمكان التناقض بين الشهود في المكان.

ويستفصل الشاهد على القذف؛ لاحتمال أن يكون بأي لفظ غير النسبة إلى الزنا، أو يكون المقذوف غير محصن، أو يكون ممن لا يتصور منه مباشرة الفعل كالمجنون والرتقاء، ويسأل عن المكان والزمان كالأولين. ويستفصل في الشهادة على شرب الخمر؛ لأنه قد يكون شربها مكرهاً، أو مضطراً، أو شرب غير مسكر، أو شربها غير عالم بأنها خمر.

ويستفصل في الشهادة على القتل بما يزيل الشبهة ويرفع الغموض؛ نحو أن يقولوا: قتله أو مات منه، فإن قالوا: أطلق عليه الرصاص فمات، أو فوجده ميتاً، أو فمات عقيبه، أو قالوا: طعنه بخنجر فأسال دمه، لم يثبت القتل؛ لجواز أن يكون مات عقيب الضرب، ومثله في الشهادة على ما دون القتل كالجرح أو تسبب عاهة مستديمة أو غير مستديمة.

والذي يظهر أن الشاهد لا يمكنه -في الغالب الأعم- التحقق من العلاقة السببية بين فعل الاعتداء وحصول النتيجة؛ لأنه قد يظهر له شيء الواقع خلافه؛ كأن يكون الوقت بين حصول الاعتداء وحصول النتيجة قصيراً جداً بحيث لا يمكنه التمييز، أو تكون الرابطة السببية بينهما غير واضحة تماماً؛ كأن تطول حالة الاحتضار بين حصول الفعل وتحقيق النتيجة. وعليه فإن التعويل على استفصال الشاهد في هذا المقام أمر لا محصول منه، ولا يمكن أن يحقق للقاضي الاقتناع اليقيني بتوافر الرابطة السببية، فالمرجع إذاً إلى الطب الشرعي فهو وحده بما توفر لديه من كفاءات علمية وإمكانات مادية ووسائل تقنية متقدمة، يمكنه الفصل في الأمر بما يزيل اللبس والشك، ويؤكد وجود الرابطة بين السبب والنتيجة أو لا.

#### البند الرابع عشر: أن تكون الشهادة مفيدة لليقين.

بحيث لا يظهر ما يعارضها ولو في الظاهر؛ فإن ظهر ما يعارضها أورثت الشك والشبهة على الأقل، ولهذا فإنه لا يعول عليها؛ ومن ذلك إذا شهد أربعة على امرأة بالزنا وثبت عذريتها؛ بأن نظر النساء إليها فقلن هي بكر، وقد وضع السرخسي هذا بقوله: « وإن ادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظر إليها النساء فقلن هي كذلك،

(1) رواه الحاكم في المستدرک، ج 08 ص 229، عن أبي هريرة مرفوعاً، وقال: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، والبيهقي، كتاب الصلوة، باب وجوب القراءة على ما نزل من الأحرف السبعة دون غريهن من اللغات، ج 02 ص 386، من طريق أبي قتادة وأبي هريرة؛ والخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، - بلا تاريخ، ج 08 ص 227. وابن أبي شيبة من طريق أبي سعيد الخدري، ج 01 ص 288-289. وأبو نعيم في الحلية، ج 08 ص 302.

درى الحد عنها؛ لأن شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال»<sup>(1)</sup>، وما قيل في المرأة يقال نظيره في الرجل، إذا قامت عليه البينة على أنه محبوب لا يتصور منه الوطء.

ومن أمثلة تناقض الشهادة وعدم إفادتها للقطع المشترك في الحكم بالإدانة أن يشهد أربعة على رجل أنه زنى بهذه المرأة في موضع كذا في وقت كذا، ويشهد أربعة بأنه زنى بهذه المرأة الأخرى في ذلك الوقت بعينه في مكان آخر، والبينتان بينهما بعد، لم يجد واحد منهم، لأن القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين، والشخص في وقت واحد لا يتصور أن يكون في مكانين مختلفين.

هذا، وأمثلة تناقض الشهادة كثيرة تربو عن الحصر، منها أن يشهد رجلان على رجل بقتل آخر، فيتبين أنه حي يرزق، أو أنه مات قبل مولد المشهود عليه، أو يشهد اثنان على رجل بشرب الخمر فتثبت التحاليل الطبية أن ذلك لم يحصل.

### الفرع الثالث: التشديد في شروط الإقرار.

الإقرار في اللغة له معان كثيرة تجتمع في معنى واحد جامع، وهو إثبات الحق والإذعان له والاعتراف به<sup>(2)</sup>، أما في الاصطلاح فهو إخبار عن حق ثابت على المخبر<sup>(3)</sup>، ويخرج بذلك كل الإنشاءات وكل إخبار سيق لغرض آخر غير إثبات حق، والشهادة والدعوى؛ لأن الأولى لإثبات حق للغير على الغير، والثانية لإثبات حق للنفس على الغير.

ويعتبر الإقرار -من حيث المبدأ-<sup>(4)</sup> أقوى الحجج على الإطلاق<sup>(5)</sup>؛ لأن الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب في الأصل، لكنه ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق والصارف عن الكذب؛

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 74، وج 16 ص 143 وما بعدها. والسرخسي هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل بن أبي بكر، شمس الأئمة، قاض من كبار الخنفيه، من سرخس في خراسان، أشهر كتبه: المبسوط في الفقه، وشرح الجامع الكبير للإمام محمد، وشرح السير الكبير، وشرح مختصر الطحاوي، توفي بفرغانة سنة 490هـ. أنظر: أصول السرخسي، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1372هـ، المقدمة.

(2) ابن منظور، المرجع السابق، ج 05 ص 3582. الفيروز آبادي، المرجع السابق، ج 02 ص 166.

(3) تعرض لتعريف الإقرار فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات كثيرة، وأغلبها لا تسلم من النقد، منها تعريف الباهري، المرجع السابق، ج 08 ص 317: بأن «الإقرار في الشريعة عبارة عن إخبار بثبوت الحق». وهو غير مانع من دخول الشهادة والدعوى، فإن كلاهما إخبار عن ثبوت الحق. وغير مانع من دخول الإقرار كذبا، كمن يقر على نفسه بشيء لم يلزمه في حقيقة الأمر، وإطلاق لفظ الإقرار عليه يجوز من حيث المشاهدة الصورية. وعرفه اطفيش، في شرح كتاب النيل، ج 13 ص 572: بأنه: «خير وجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه»، ويرد عليه اعتراضان: الأول أنه تعرض إلى حكم الإقرار لا إلى تعريفه، والثاني أنه مانع مما إذا عفا المقر له أو ملك المقر المقر به، فإن هذا لا يوجب حكم صدقه على المقر شيئا، وأحسن التعريفات، أجمعها وأمنعها، ما أوردناه في المتن.

(4) أوردنا هذا القيد لأن المقر في بعض الأحيان يقر على نفسه بشيء لا يلزمه، وإنما يدفعه لذلك رغبة في مغنم كأن يكون متحملا عبء الجريمة، عن إنسان آخر مشتبه فيه، مقابل جعل مالي أو لأنه إنسان عزيز عليه، أو يلفت النظر عن جريمة أفدح كان ارتكبتها باعتباره بجرم عقوبته أخف أو غير ذلك مما قد يتبادر إلى القاضي فيرتد الإقرار في هذه الحال إلى أدنى درجات الحجية، إذ تحفه الشكوك والريب.

(5) وفي ذلك أن النبي -صلى الله عليه وسلم- رجم ماعزا والغامدية باعترافهما وقال صلى الله عليه وسلم في قصة العسيف: «اغدا يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها».

إذ إن عقل المقر ربما يحمل على الكذب في حق غيره، أما في حق نفسه فلا، فصار عقله ظاهراً فيما أقر به على نفسه، فوجب قبوله والعمل به<sup>(1)</sup>.

ولذلك فمن المتفق عليه أن الإقرار وحده دليل كاف لإثبات نسبة الفعل الجرمي إلى المتهم، أو إلى المقر في غير اتهام، ويقضى بناء على ذلك بالعقوبة على المقر بارتكاب الجريمة<sup>(2)</sup>.

والإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره؛ فإذا أقر الشخص أنه ارتكب جريمة ما أخذ بإقراره، فإذا تضمن الإقرار أن له شريكاً معيناً لم يكن الإقرار حجة على الشريك، ولا يعاقب الشريك إلا بإقرار منفرد يصدر عنه، أو ثبوت الجريمة بطريق آخر من طرق الإثبات<sup>(3)</sup>، ويستند هذا الأصل زيادة على الاقتضاء العقلي إلى حديث مروى عن النبي -صلى الله عليه وسلم- « أن رجلاً جاء إليه -صلى الله عليه وسلم- فقال أنه قد زنى بامرأة سماها، فأرسل النبي -صلى الله عليه وسلم- إلى المرأة فسألها عما قال، فأنكرت فحده وتركها »<sup>(4)</sup>.

هذا، ولما كان للإقرار هذه الخطورة البالغة والحجية الكبيرة على المقر، فقد أحاطه الشرع الحكيم بشروط بالغة الشدة، لتدخله في حيز القطع بمضمونه تحقيقاً للعدالة، ومبالغة في الاحتياط لدرء العقوبة. وتناول هذه الشروط فيما يأتي:

#### البند الأول: الولاية على النفس.

وعلى ذلك يشترط في المقر -بإجماع الفقهاء- أن يكون عاقلاً بالغاً، فلا يصح إقرار الصبي، كما لا يعتد بقول المجنون والمعتوه، وكذا ما يردده النائم من حديث، ودليل هذا حديث عائشة -رضي الله عنها- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: « رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق »، هذا إن كان جنونه مؤقتاً يأتيه على نوبات، فإن كان جنونا مستديماً فلا عبرة بكلامه على الدوام، ورفع القلم كناية عن رفع التكليف والحرج والمواخذة، وهذا حديث عام ينتظم سائر ما يصدر عن الصبي والمجنون والنائم من التصرفات، وفي معناه أيضاً حديث أبي داود بإسناده قال: « أتى عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها أناساً، فأمر بها عمر أن ترجم، فمر بها علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنه- فقال: ما شأن هذه؟ قالوا مجنونة آل فلان زنت، فأمر بها عمر أن ترجم، فقال: ارجعوا بها، ثم أتاه فقال: يا أمير المؤمنين أما علمت أن القلم رفع عن ثلاثة وذكرهم، قال: بلى، قال: فما بال هذه؟ قال: لا شيء، قال: أرسلها، فجعل عمر يكبر، » وحديث علي هذا له حكم الرفع؛ لأنه ورد فيما لا مدخل للعقل فيه، ويؤيد ذلك قوله لعمر " أما علمت " وأيضاً

(1) أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 281.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 50؛ ابن قدامة، المرجع السابق، ج 09 ص 64؛ الحيمي، المرجع السابق، ج 04 ص 470.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 255.

(4) أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، (4437)، ج 04 ص 150، من طريق طلق بن غنم عن عبد السلام بن حفص عن أبي حازم عن سهل بن سعد. والبيهقي، كتاب الحدود، باب الرجل يقر بالزنا دون المرأة، ج 08 ص 228. والدارقطني، كتاب الحدود والديات وغيره، (63)، ج 04 ص 99، والحاكم، كتاب الحدود، ج 04 ص 270، من طريق مسلم بن خالد عن أبي حازم عن سهل بن سعد، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

موافقة عمر -رضي الله عنه- له. وهو إن لم يرد في باب الإقرار، بل في عدم مواخذة المجنون بفعل الزنا، إلا أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، وقد عرف هذا الأمر أيضا عند جماهير الصحابة من قصة ماعز أن النبي -صلى الله عليه وسلم- سأل قومه: «أبه جنون؟»، قالوا ليس به بأس، وروي أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال له حين أقر عنده «أبك جنون؟»<sup>(1)</sup>.

هذا حال من زال عقله أو غاب بعذر وبغير تعد منه، أما المتعدي بزوال عقله وهو السكران لغير ضرورة ومن في حكمه كمن شرب دواء لغير مرض، أو مخدرا أفقده عقله، أو أزال عقله أو أزال وعيه بصفة مؤقتة أو مستديمة فيرى فقهاء الأحناف أنه إذا أقر بحد من حدود الله الخالصة لا يؤخذ بإقراره، أما إذا أقر بحق من حقوق الآدميين؛ كأن يقر بقتل أو بجناية على ما دون النفس من الجنايات التي تستوجب عقوبة القصاص أو الدية أخذ بإقراره، وكذلك إذا أقر بقذف؛ هذا لأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة وحقوق الآدميين مبنية على التغليظ<sup>(2)</sup>.

أما فقهاء الشافعية فإنهم يرون أن المتعدي بسكره يؤخذ بإقراره في كل شيء، ولا فرق عندهم بين ما هو من حقوق الله تعالى وما هو من حقوق الآدميين؛ لأن المتعدي بسكره يجب أن يتحمل نتيجة عمله تغليظا عليه، فعقوبته بإقراره زجره وردع لأمثاله، واختار أبو ثور وبعض الشافعية عدم مواخذة السكران بإقراره؛ لأنه زائل العقل فأشبهه النائم، أو فاقد الإرادة، وهذا ما ذهب إليه ابن حزم<sup>(3)</sup>.

والذي يظهر من خلال استعراض هذه الآراء أن رأي الشافعية ومن وافقهم وإن كان أميل إلى الردع والزجر، إلا أن السكران ردعه وزجره بعقوبته على جريمة الشرب، أما إزله بما يقر به وهو سكران تغليظا عليه لكي يقلع فهو إلزام له بعقوبة حدية، دليل إثبات جرمته عليه دليل غير مقطوع بصحته؛ لاحتماله البطلان بالقدر الذي يحتل به الصحة، ودليل إثبات كهذا لا يقام به الحد، حتى ولو كان الإقرار من السكران بارتكابه جريمة القذف، ولا يجوز القول بحدده نظرا لأنه وقع منه قذف وقت إقراره، سواء كان الإقرار صحيحا أم لا، ذلك أن عقاب جريمة الشرب قد روعي فيه جواز وقوع مثل ذلك منه.

فقد روي عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- في شارب الخمر أنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذي، وإذا هذي افتري، وعلى المفتري ثمانون جلدة، إذا، فجعل حد الشرب بهذا القدر من الجلد مبني على احتمال الافتراء من السكران، والقذف داخل فيما يصدق عليه لفظ الافتراء، سواء كان القذف الذي وقع من السكران هو ما جاء في إقراره أم أنه أقر بقذف وقع منه قبل سكره، وقد جاء يعترف به، وما صدق على القذف يصدق على ما يستوجب عقوبة القصاص، للجامع بينهما وهو أن كلاهما حق للآدميين، زيادة على أن علة رد إقرار المجنون والسكران بغير تعد هو زوال أهلية الالتزام وهي محققة هنا فوجب تعدي الحكم لدورانها مع العلة

(1) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 343. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 169؛ والحديث سبق تخرجه، ص 65.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 04 ص 21. المرغاني، المرجع السابق، ج 04 ص 771. والبايرقي، المرجع السابق، ج 04 ص 771.

(3) الشيرازي، المرجع نفسه، ج 02 ص 77 و 343. الأنصاري، المرجع السابق، ج 03 ص 283؛ ابن حزم، المرجع السابق، ج 13 ص 296. وأبو ثور: هو إبراهيم بن خالد الكلبي، أحد الفقهاء الأعلام، صاحب مذهب مندثر، وثقه النسائي، سمع من ابن عيينة وتفقه بالشافعي وغيره، وقد روى عن أحمد بن حنبل، توفي سنة 240 هـ ببغداد. أنظر: ميزان الاعتدال، ج 01 ص 30. التهذيب، ج 01 ص 113.

وجودا وعدما، وعلى ذلك فالقول الصحيح فيما يتضح هو عدم مؤاخظة السكران سواء كان متعد بزوال عقله أم لا لزوال أهلية الالتزام وفي عقوبة الشرب ردع له وزجر<sup>(1)</sup>.

### البند الثاني: الاختيار.

ومعنى هذا أن يصدر الإقرار عن المقر وهو في كامل حريته واختياره، غير مجبر ولا مكره فيما يدلي به من اعتراف؛ لأنه إذا أقر باختياره وحريته انتفت عنه التهمة، إذ الاختيار مدعاة للصدق، أما إذا أقر بجرمة وهو تحت سوط التخويف والإكراه كالضرب والحبس والتهديد والوعيد، فإن إقراره غير معتد به؛ لأنه بصدوره تحت سيف الإكراه يسترجح فيه جانب الكذب على جانب الصدق، أو على الأقل يتردد بينهما، فيكون ما نتج عنه غير مقطوع - حينئذ - بصحته، فيورث شبهة قوية في عدم صحته، وحكم الإدانة لا يبنى على مجرد الشك والاحتمال، بل ينبغي فيه القطع واليقين، وقد ثبت شرعا بطلان إقرار المكره ومستند ذلك قوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [النحل/ من الآية 106]، فإذا كان هذا في حق من أكره على كلمة الكفر فقالها وقلبه عامر بالإيمان فكيف بمن هو دونه فيكون من باب قياس الأولى<sup>(2)</sup>.

ومن السنة قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - « رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »، وقال ابن شهاب في رجل اعترف بعد إكراهه بالجلد: ليس عليه حد، وعن شريح: إن القيد كره والضرب كره وفي رواية والوعيد كره، ومن المعقول أن الإقرار إنما ثبت به المقر به لوجود الداعي إلى الصدق، وانتفاء التهمة عنه، فإن العاقل لا يهتم بقصد الإضرار بنفسه، ومع الإكراه يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه فانتفى ظن الصدق، وهذا قول الجمهور<sup>(3)</sup>.

ويرى بعض الشافعية أنه إذا ضرب ليصدق في القضية، فأقر حال الضرب أو بعده كان الإقرار صحيحا؛ لأنه ليس مكرها إذ المكره من ضرب ليقر، أما إذا ضرب ليصدق فلا إكراه؛ لأن المكره من أكره على شيء واحد، وهذا إنما ضرب ليصدق، ولا ينحصر الصدق في الإقرار، ويكره الأخذ بإقراره إلا بعد مراجعته ثانيا دون ضرب أو تهديد.

(1) الحفناوي: منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة الأمانة - مصر، 1986م، ص381. والحديث أخرجه مالك، كتاب الأشربة، باب (582) الحد في الخمر، (1633)، ج4 ص205؛ والحاكم، كتاب الحدود، باب كان الشارب يضرب على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - بالأيدي والنعال، ج4 ص375؛ وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

(2) الرملي، المرجع السابق، ج5 ص71.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج10 ص172. والحديث أخرجه البيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، ج7 ص356؛ وابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، (2043)، ج1 ص659. والدارقطني، كتاب النذور، (03)، ج4 ص133-134؛ والحاكم، كتاب الطلاق، ج2 ص192، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. وابن شهاب هو: محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزهري، القرشي المدني ثم الشامي، روى عن ابن عمر وجابر بن عبد الله وأنس وغيرهم، وحدث عنه كثير منهم عطاء، وعمر بن عبد العزيز، ومالك بن أنس، وعمر بن دينار، وعمر بن شعيب، أول من دون الحديث، مات بين الحجاز وفلسطين سنة 123هـ وقيل 124هـ. عن عمر 72 سنة. السير، ج5 ص326. الجرح والتعديل، ج8 ص71. الخلية، ج3 ص360. التقريب، ص318. الأعلام، ج7 ص97.

غير أن من الشافعية من رأى ذلك إكراهاً، سواء ضرب ليصدق أم ليقر؛ لأن الغالب أن من ينكر يعاد عليه الضرب ثانياً وثالثاً ورابعاً، فيكون المراد من الضرب مجرد الإقرار دون نظر لصدق ولا لغيره<sup>(1)</sup>.

وقال بعض المالكية يؤخذ المحبوس والمهدد بإقراره جملة، وقال بعضهم يفرق إذا عين ما اعترف به من قتل أو سرقة يقتل وإذا لم يعين لم يقتل، ونسب هذا إلى الإمام مالك<sup>(2)</sup> وهو خطأ والصواب عنه أنه لا يقبل جملة<sup>(3)</sup>. والواقع أن في إقرار المكره شبهة قوية وهي دفع سوط الإكراه، عن نفسه بأي ثمن، وخاصة في حال ضربه وتعذيبه؛ إذ إنه في تلك الحال لا ينظر إلى عاقبة الأمر، وإنما يعمل على أن يدفع عن نفسه ألم التعذيب، إلا أن ذلك ينبغي أن يكون مقيداً بثلاثة شروط، ترجع جميعها إلى تقدير القاضي ونفاذ بصيرته:

**الأول:** أن يكون الإكراه صادراً من شخص قادر على المكره بسُلطان أو تغلب.

**الثاني:** أن يغلب على ظن الواقع عليه الإكراه نزول الوعيد به إن لم يستجب لما يطلب منه.

**الثالث:** أن يكون الأمر المهدد به ضاراً كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيود الطويلين؛ فإذا رفع إلى القاضي شخص يقر على نفسه بارتكاب جريمة ما، فإن واجب القاضي التأكد من اختيار المقر، وأنه لم يكره على الإقرار؛ فإذا ثبت لديه وقوع الإكراه أو شك فيه كان واجبا عليه أن يهدر الإقرار ولا يرتب عليه حكمه.

### البند الثالث: نصاب الإقرار.

مجرد الإقرار في سائر الحدود والقصاص والتعزير يكفي لإثبات الجريمة ولو لم يتكرر، فالإقرار مرة واحدة حجة فيما عدا جريمة الزنا<sup>(4)</sup>، إذ يثور خلاف بين المذاهب الفقهية في مدى كفاية الإقرار المنفرد لإثباتها؛ وسبب الخلاف التشديد الظاهر من الشارع في نصاب الشهادة وشروطها في هذه الجريمة على وجه الخصوص.

فمذهب الحنفية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup> والزيدية<sup>(7)</sup> وابن أبي ليلى<sup>(8)</sup> وجوب تكرار الإقرار بالزنا أربع مرات، حتى تثبت به الجريمة ومستندهم في ذلك حديث أبي هريرة، قال: أتى رجل من الأسلميين رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وهو في المسجد فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه، فقال: يا رسول الله إني

(1) محمود حسن: يوسف علي، الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد والأجزية المقررة لها في الفقه الإسلامي، دار الفكر، عمان، الأردن، 1982م، ج 01 ص 386-387.

(2) القرطبي، المرجع نفسه، ج 5 ص 379.

(3) البوطي: محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الخامسة، مؤسسة الرسالة، بيروت، الدار المتحدة، دمشق، 1410هـ/1990م، ص 168 و 292 وما بعدها.

(4) غير أن هناك عند الحنفية لأبي يوسف مفاده وجوب تكرار الإقرار مرتين في الاعتراف بالسرقة وشرب الخمر والقذف، مبالغة في الاحتياط في توقيع العقوبات المقررة لها. الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 50.

(5) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 50.

(6) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 166.

(7) الحيمي، المرجع السابق، ج 04 ص 473.

(8) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 166. وابن أبي ليلى هو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى أبو عبد الرحمن الأنصاري الكوفي، مفتي الكوفة وقاضيها، ولد سنة نيف وسبعين أخذ عن كثير منهم عطاء وحدث عنه الكثير، منهم شعبة وابن عيينة والثوري، توفي في رمضان سنة 148هـ. السير، ج 06 ص 310-316. الطبقات، ج 06 ص 358. الميزان، ج 03 ص 613-616. تهذيب التهذيب، ج 09 ص 301-303.

زيت فأعرض عنه حتى ثنى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: «أبك جنون؟» قال: لا، قال فهل أحصنت؟ قال نعم، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- «ارجموه».

ووجه الدلالة فيه أنه لو وجب الحد بالإقرار مرة واحدة لما أعرض عنه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لأنه لم يكن ليترك حداً وجب لله تعالى، ويزيد هذا وضوحاً وقطعاً رواية نعيم بن هزال وفيها: «حتى قالها أربع مرات فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «إنك قد قلتها أربع مرات فبمن»، قال بفلانة، وفي هذه الرواية تصريح واضح من النبي -صلى الله عليه وسلم- بلفظ الأربعة فكان دليلاً على اشتراطها<sup>(1)</sup>.

وروي أن أبا بكر الصديق -رضي الله عنه- قال له عند النبي -صلى الله عليه وسلم- «إن أقررت أربعاً رجحك رسول الله -صلى الله عليه وسلم-» وفيه دلالة من وجهين، الأول: أنه قالها بمحضر النبي -صلى الله عليه وسلم- ولم ينكر عليه، فكان سنة تقريرية؛ لأنه -صلى الله عليه وسلم- لا يقر على خطأ، وخاصة في أمر تشريعي بهذه الأهمية والخطورة، والثاني: أن أبا بكر -رضي الله عنه- لم يكن ليقول ذلك لولا أنه علمه من حكم النبي -صلى الله عليه وسلم- أو من قوله<sup>(2)</sup>.

واعترض الماوردي على هذا الاستدلال بأن النبي -صلى الله عليه وسلم- توقف عن رجمه في المرة الأولى إثباتاً لحاله واستنابة لجنونه؛ لأنه كان أحمر العينين نأثر الشعر، حاسر الرأس أشعث أغبر، فرده متصورا جنونه؛ لأن العاقل لا يفضح نفسه ويتلفها<sup>(3)</sup>، ولا سيما أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ندب إلى الاستتار فقال: «من أتى من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإن من يبد لنا صفحته نقم عليه حد الله»<sup>(4)</sup>، ولذلك سأل قومه وقال: «أبه جنون؟» وقال: «استنكهوه» لأنه توهمه حين لم يكن به جنون أن يكون سكراناً.

كما أنه لو كان الأربع معتبراً لكان الأول مؤثراً، ولما جاز أن يطرده وقد تعلق به حق الله تعالى، وأنه وجهه بعد أن استبته في الخامسة، وقال: «لعلك لمست» قال: بل جامعتهما، وقال أيضاً: «أولجت ذكرك في فرجها كالمرود في المكحلة والرشاء في البئر؟»، قال نعم، فأمر برجمه في الخامسة، وليست شرطاً بإجماع فكذلك ما تقدمها.

(1) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 166-167. والحديث سبق تخريجه، ص 65.

(2) ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 166. والحديث ذكره الزيلعي في نصب الراية، ج 3 ص 314، وقال: رواه أحمد وإسحق في مسنديهما وابن أبي شيبة، إهـ. والمهيبي، بجمع الزوائد ومنبع الفوائد، مكتبة المقدسي، القاهرة، بلا تاريخ، كتاب الحدود، باب اعتراف الزاني ورجم المحسن، ج 6 ص 266، وقال: في إسناده جابر بن زيد الجعفي وهو ضعيف أهـ؛ والطحاوي، شرح معاني الآثار، ج 3 ص 143.

(3) الماوردي، المرجع السابق، ج 17 ص 40-41 و قد جاء في الحديث عند مسلم، كتاب الحدود، ج 11 ص 193 وما بعدها، في وصفه: «أنه رجل قصير أعضل ليس عليه رداء»، وفي رواية أنه رجل قصير أشعث. والماوردي: هو علي بن محمد بن حبيب البصري، المعروف بالماوردي، فقيه أصولي مفسر أديب، ولي القضاء ببلدة آل كثيرة، بلغ منزلة عالية ومكانة رفيعة عند ملوك بني بويه، ميلاده عام 364هـ، ووفاته ببغداد في ربيع الأول عام 450هـ، من تصانيفه: الحاوي الكبير شرح فيه مختصر المزني، والأحكام السلطانية والولايات الدينية، وأدب الوزارة، والبقية العليا في أدب الدين والدنيا المعروف بأدب الدنيا والدين، وله تفسير للقرآن الكريم. أنظر: معجم المؤلفين، ج 7 ص 189.

(4) سبق تخريجه، ص 67.



أما قول أبي بكر -رضي الله عنه- أنك إن أقررت الرابعة رجمك؛ فلأن حاله قد وضحت والاسترابة قد رفعت، فصارت الرابعة هي الموجبة لزوال الاسترابة، ولم تكن لاستكمال العدد؛ لأن أبا بكر -رضي الله عنه- قد جلد في أيامه ولم يعتد عددا.

وأجاب السرخسي عن اعتراضات الماوردي أن النبي -صلى الله عليه وسلم- إنما عرض عنه لأنه أحسن منه الجنون لمجيئه على تلك الحال التي كان عليها من الشعث والغبرة، بل إن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: «الآن أقررت أربعا»، وفي هذا زيادة توضيح على أن الإعراض قبل هذا لعدم قيام الحجة، وقد جاء تأثبا مؤثرا عقوبة الدنيا على الآخرة، فكيف يكون هذا دليل جنونه، وإنما قال ذلك لطلب ما يدرأ عنه الحد، وإنما كان أشعث أغبر؛ لأنه جاء من البادية وفي نفسه حسرة وندم عما اقترف فلم يكن له وهذا حاله أن يتنظف ويتمشط، وأما قوله -أي الماوردي- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- رجمه بعد أن استبته في الخامسة، وليست شرطا بإجماع بأن ذلك يحمل على إقرارين في مجلس واحد فكانا كإقرار واحد.

وأجاب عن اعتراضه على الاستدلال بقول أبي بكر الصديق -رضي الله عنه- أنه لما ارتفعت الاسترابة، وليس إثباتا لعدد الأربعة بأن اشتراط الأربعة كان معروفا عند الصحابة بدليل حديث بريدة الأسلمي؛ قال كنا أصحاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- نتحدث أن ماعزا لو جلس في بيته بعدما أقر ثلاثا ما بعث النبي -صلى الله عليه وسلم- إليه من يرميه، وذكر الطحاوي -رحمة الله عليه- أن الصحيح من حديث الغامدية أنها أقرت أربع مرات، إلا أن الأقارير منها كانت في أوقات مختلفة قبل الوضع، وبعد الوضع، وبعدها طهرت من نفاسها، وبعدها فطمت وليدها، ولهذا لم تتفق الرواية في نقل الأقارير الأربعة في حديثها<sup>(1)</sup>.

هذا، ويرى المالكية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> والظاهرية<sup>(4)</sup> أن الإقرار مرة واحدة يكفي لإثبات جريمة الزنا؛ وبينون رأيهم على الفارق الظاهر بين الشهادة والإقرار، فإثبات الجريمة وإسنادها إلى شخص معين متهم بارتكابها في حالة الشهادة يعتمد على محض افتراض صدق الشهود؛ ولذلك شدد الشارع في عددهم، وأما في حالة الإقرار فالمقرر لا يتهم فيما نسبه إلى نفسه، ومن ثم فلا محل للتشديد بطلب تكرار الإقرار، واستندوا في رأيهم إلى حديث أبي هريرة أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال في حديث العسيف: «يا أنيس، أغد إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»، ووجه الدلالة أن النبي -صلى الله عليه وسلم- لم يوقت له في إقرارها أربعا، فغدا إليها فرجمها، ولم ينقل أنها اعترفت أربعا، فدل ثبوته باعتراف المرة الواحدة، لأنه لا يجوز أن يؤخر بيانه عن وقت الحاجة، ولا يبيح رجمها بغير حق<sup>(5)</sup>.

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 92-93. عيش، المرجع السابق، ج 04 ص 493-494. الزرقاني على خليل، ج 08 ص 99-100.

(2) عيش، المرجع نفسه، ج 04 ص 493-494. الزرقاني، المرجع نفسه، ج 08 ص 99-100.

(3) الماوردي، المرجع السابق، ج 17 ص 494. ابن حزم، المرجع السابق، ج 11 ص 176-181.

(4) ابن حزم، المرجع نفسه، ج 11 ص 176-181.

(5) الماوردي، المرجع نفسه، ج 17 ص 39-40. والحديث أخرجه البخاري، باب الاعتراف بالزنا، (6827-6828)، ج 12 ص 137. ومسلم،

كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، ج 11 ص 207. والترمذي، أبواب الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب، ج 06 ص 205؛

وابن ماجه، كتاب الحدود، باب حد الزنا، وصححه الألباني، (2549)، ج 02 ص 80.

ورد استدلالهم بأن الاعتراف لفظ المصدر وهو يصدق على الواحد كما يصدق على الأربعة، فكان مجملا فصلته الأحاديث المذكورة ليكون الاعتراف المعروف وهو أربع مرات<sup>(1)</sup>.

والذي يظهر أن القول الأول أولى بالاتباع لقوة أدلته وكثرتها، وبيان ردوده وإجاباته، زيادة على أنه يحقق سياسة التشريع الإسلامي في الاحتيال في درء العقوبة، والتضييق من نطاقها ما أمكن ليبقى الغرض الأساس منها هو الزجر والتخويف فيكون العقاب رمزا مانعا لا عاما جامعا، هذا زيادة على أن الاحتمال كما هو قائم في غلط الشهود أو كذبهم فهو قائم أيضا في احتمال كذب المقر؛ لينقذ الفاعل الحقيقي لغرض ما كأن يكون عزيزا عليه أو لقاء مبلغ من المال أو لأي سبب آخر، وواقع الحال في المحاكم يشهد بذلك<sup>(2)</sup>.

#### البند الرابع: اختلاف مجالس المقر بالزنا.

يشترط الحنفية لقبول الإقرار بالزنا أن يتكرر في أربعة مجالس، والعبارة في ذلك بمجالس المقر لا مجلس القاضي، وفي ذلك أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قبل أقارير ماعز وهو في مكانه لكن اختلفت مجالس ماعز -رضي الله عنه-<sup>(3)</sup>، ورد بأنه لا يصح بهذا الوصف لأنه منكر، وأجيب بأنه يعضده ما ذكره الطحاوي من حديث الغامدية أنها أقرت أربع مرات في أوقات مختلفة قبل الوضع وبعده، وبعد أن طهرت من النفاس، وبعدها فطممت وليدها<sup>(4)</sup>.

أما الحنابلة فإنهم لم يشترطوا لصحة الإقرار باختلاف مجالس المقر؛ مستنديين في ذلك إلى أن حديث ماعز على الصحيح يدل على أنه أقر في مجلس واحد، كما أن الإقرار إحدى حجتي الزنا، فاكتمني به في مجلس واحد كالشهادة<sup>(5)</sup>.

والأوفق بالصواب أنه يجب على القاضي أن يردد المقر في أربعة مجالس كما قال الحنفية، كما لا يجب عليه أن يمضي ذلك في مجلس واحد كما قرر الحنابلة، وإنما هو مخير في ذلك، إن شاء أنفذ إقراره أربعاً في مجلس واحد وإن شاء جزأ ذلك في أربعة مجالس، غير أنه يستحسن أن يجزئه في أربعة مجالس تحقيقاً لمعنى تكراره أربعاً؛ لأن الكلام منه إذا تكرر في مجلس واحد بطريق الإخبار كان ككلام واحد، ومن ثم لا يتحقق الغرض من عدد الأربعة في الإقرار، إذ المقصود منه الاحتيال في الدرء من جهة، ومن جهة أخرى فسح باب الرجوع والتوبة بأن يفكر المقر ملياً، ولعله يستشير فيشار عليه بعدم الاعتراف كما فعل أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب مع ماعز؛ حيث

(1) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 169.

(2) وقد ذكر ابن القيم أمثلة كثيرة لقضايا تحملها غير الجناة الحقيقيين باعتبارهم على أنفسهم كذباً ثم ظهر الحق ووضح ما يعارض إقرارهم. أنظر: الطرق الحكمية ص 82-84.

(3) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 53. أخرج مسلم، كتاب الحدود، ج 11 ص 203، وفيه: « فقال (أي ماعز) إني ظلمت نفسي وزنيت وإني أريد أن تطهرني، فرده، فلما كان من الغد أتاه فقال: يا رسول الله إني قد زنيت، فرده الثانية...».

(4) السرخسي، المرجع نفسه، ج 09 ص 53. وفي إسناده بشر بن مهاجر وهو منكر الحديث.

(5) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 09 ص 167-169.

قال له عمر: «أخبرت بها أحدا قبلي، قال: لا، قال: فاستتر بستر الله وتب إلى الله فإن الناس يعيرون ولا يغيرون والله يغير ولا يعير، فتب إلى الله ولا تخبر به أحدا» وكذا قال له أبو بكر -رضي الله عنه- (1).

### البند الخامس: التفصيل في المقر به.

يشترط في الإقرار أن يكون ظاهرا مفصلا خال من أي لبس، ولا يحتمل أي تأويل؛ بحيث يثبت لدى القاضي إمام المقر بما يعترف بارتكابه؛ إذ لو قبل مجرد الإقرار بارتكاب الجريمة على الإجمال ودون اشتراط هذا التفصيل فرما عوقب من لا يستحق العقاب؛ فإذا أقر شخص بارتكابه جريمة ما وجب على القاضي سؤاله عن تفاصيل ما فعل حتى لا يحكم عليه إلا بعد التيقن من مطابقة ما يقربه للشكل القانوني للفعل المجرم. ومما يتعلق باشتراط التفصيل في الإقرار وجوب كونه ألفاظا صريحة واضحة الدلالة على الجريمة التي يتضمن الاعتراف بها، فلا يقبل الإقرار بطريق التورية والكناية كوسيلة للإثبات في الفقه الإسلامي (2).

ومستند هذا حديث ماعز عندما اعترف بالزنا أن النبي -صلى الله عليه وسلم- استفسره عن حقيقة الفعل الذي أتاه إلى حد أنه -صلى الله عليه وسلم- نطق بلفظة لم تسمع منه في غير ذلك الموضوع تحريا منه لدقة وبيان صحة ما أقر به ماعز (3)، وأيضا ما رواه علقمة بن وائل عن أبيه قال: إني لقاعد مع النبي -صلى الله عليه وسلم- إذ جاء رجل يقود آخر بنسعه، فقال: يا رسول الله هذا قتل أخي فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أقتلته؟ فقال إنه إن لم يعترف أقمت عليه البينة، فقال: نعم قتلته، قال: كيف قتلته؟ (4).

وعلى ذلك فمن أقر بزنا يستفصل في ماهيته وكيفيته، فرمما يكون مفاخدة، وبمن زنى؟ فرمما يكون له فيها شبهة تدرأ عنه الحد، وأين زنى؟ على قول من قال أنه لا يقام الحد على من اقرتف موجه خارج حدود الدولة. وكذلك من أقر بسرقة فيبين السرقة والمسروق منه، وقدر المسروق، والحزب بتعيين أو وصف، بخلاف إذا لم يبين ذلك؛ لأنه قد يظن غير السرقة الموجبة للقطع سرقة موجبة له (5)، وينسحب هذا على كل إقرار تثبت به جريمة (6).

وتطبيقا لهذا الشرط يرى الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية عدم جواز قبول إقرار الأخرس، ولو كان إقراره بطريق الكتابة؛ لأن كتابته وإشارته عندهم غير صريحتين في بيان إرادته؛ لأنها تحتل الشبهة، ولا تفيد القطع

(1) سبق تخريجه، ص 65.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 50. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 09 ص 65. وانظر: العوا، المرجع السابق، ص 309.

(3) سبق تخريجه، ص 65.

(4) أخرجه مسلم، كتاب القسامة، باب صحة الإقرار بالقتل، ج 11 ص 172.

(5) لأن اسم السرقة لفظ مشترك بين ما يوجب القطع وما لا يوجهه، فقد يكون المسروق نصابا وقد لا يكون نصابا، وقد يكون للسارق في المال المسروق ملك أو شبهة ملك، كمن يسرق من مال ولده لقوله -صلى الله عليه وسلم-: «أنت ومالك لأبيك»، أو حق أو شبهة حق، كمن يسرق من مال أوقف على طائفة هو منهم، أو من بيت مال المسلمين كما ذكر ذلك أهل الفقه. انظر تفصيل ذلك فيما يأتي من الفصل الثاني من هذا البحث.

(6) المرغناني، المرجع السابق، ج 05 ص 215-222. الشريبي، المرجع السابق، ج 04 ص 175.

واليقين المشترط في الحكم بالإدانة، إذ هي تحتمل ما فهم منها وغيره<sup>(1)</sup>، ويذهب الشافعية وبعض المالكية إلى جواز قبول إقرار الأخرس إشارة أو كتابة ما دامت إشارته تبين بلا لبس أو شك المراد منها<sup>(2)</sup>.

وهذا الرأي هو الأوفق إذا كان الأخرس يعرف الكتابة والقراءة فكتب إقراره، ثم راجعه القاضي عن طريق الكتابة واستفصله حتى أوزت عنده اليقين؛ إذ العبرة بما يحصل في نفس القاضي من انتفاء الشك وارتفاع الشبهة، أما إذا لم يكن الأخرس يحسن الكتابة فإن إشارته لا يمكن أن تفيد الإقرار القاطع، الذي تثبت به العقوبة؛ لأنها إشارة لا تورث اليقين وتبقى الشبهة عالقة بها.

#### البند السادس: ألا تكذب المقر القرائن.

من شروط صحة الإقرار ألا يوجد ما يعارضه أو يثبت نفيه؛ لأن وجود ذلك ينفي عنه صفة القطع المشترطة فيه، ويلحق به الشك والريبة<sup>(3)</sup>، فمن يقر بموت رجل مات قبل مولده، أو يعلم أنه قتل قبل قدرته، أو أنه ما زال على قيد الحياة، لا يقبل إقراره، أو يقر بالزنا من لا يتصور منه الوطء كالمجبوب؛ لأننا نتيقن بكذبه، واليقين بكذبه أكثر تأثيراً من رجوعه عن إقراره<sup>(4)</sup>، أو تقر امرأة بالزنا فتخبر النساء بأنها رتقاء، وهي قرينة قاطعة على كذبه<sup>(5)</sup>، أو يقر شخص بأنه سرق مالا من خزانة فلان فيتبين أن المال قائم عند صاحبه، فإنه لا يصدق لظهور كذبه.

ويلحق بمن ظهر كذبه فيما أقر به للقرائن القاطعة الشاهدة بكذبه من علم من قصده أنه يريد الهزل لا الجد، فليس ذلك منه بإقرار، أو يصدر منه ذلك على سبيل المجاملة أو الممازحة، إذ الإقرار إخبار بلزوم الحق والهزل ليس بخبر.

#### البند السابع: عدم العدول عن الإقرار حتى تمام تنفيذ العقوبة.

يختلف أثر العدول عن الإقرار في المسائل الجزائية في الفقه الإسلامي بحسب الحق الذي ورد عليه الإقرار؛ إذ إن المقر الذي رجع في إقراره إما أن يكون أقر بحق من حقوق الله تعالى التي تندرج بالشبهة، وإما أن يكون أقر بحق من حقوق العباد.

فإذا كان المقر به ارتكاب جريمة من جرائم الحدود التي تمحض فيها حق الله تعالى؛ فإن جمهور الفقهاء يرون أن العدول عن الإقرار يمنع من صدور الحكم بالعقوبة، وإذا وقع العدول بعد صدور الحكم امتنع تنفيذه، فإذا

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 25. ابن نجيم، المرجع السابق، ج 02 ص 164. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 68-69. الشيرازي،

المرجع السابق، ج 02 ص 324، حيث حكى اختلاف الشافعية في شهادة الأخرس وهو اختلاف يجري في إقراره.

(2) الزرقاني على خليل، ج 08 ص 100. الشيرازي، ج 02 ص 324.

(3) الحفناوي، المرجع السابق، ص 387.

(4) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 92.

(5) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، بلا تاريخ، ج 05 ص 07.

بدئ في التنفيذ وطراً العدول أوقف تنفيذ العقوبة فوره (1).

وإذا كان المقر به حقاً من حقوق العباد؛ فإنه لا أثر لرجوعه، ويلزم ما أقر به؛ لأنه قد ألزم نفسه للغير الذي يمكن أن يكذبه في رجوعه ويطالب بحقه؛ ولأن حقوق العباد مبنية على التغليظ والمشاحة، وما دام قد ثبت للمقر له فلا يسقط إلا برضاه، بخلاف حقوق الله تعالى المبنية على السعة والتخفيف والغفران (2).

وذهب الجعفرية والظاهرية إلى أنه لا أثر لعدول المقر عن إقراره مطلقاً ما دام قد استقر عند القاضي كاملاً، ولا فرق في ذلك بين ما هو حق لله تعالى أو حق للعبد؛ قياساً لحق الله سبحانه بحقوق الآدميين التي لا تسقط بـرجوع المقر عن إقراره بما وثبوتها عليه (3)، واستثنى الجعفرية من ذلك حالة ما إذا كان الحد الواجب بالإقرار هو الرجم؛ فالرجوع عن الإقرار لا أثر له عندهم إلا فيه، واستدلوا لذلك بما روي عن أبي عبد الله -رضي الله تعالى عنه- في رجل أقر على نفسه عند الإمام أنه سرق ثم جحد قطعت يده وإن رغم أنفه، وإن أقر على نفسه أنه شرب خمراً، أو بفرية فاجلدوه ثمانين جلدة، قلت: فإن أقر على نفسه بحد يجب فيه الرجم أكنت راجماً؟ فقال: لا، ولكن كنت ضاربه الحد (4).

أما جمهور الفقهاء فقد أفاضوا في الاستدلال لما ذهبوا إليه بأدلة كثيرة تقطع بصحة رأيهم في محل الخلاف، من ذلك أن النبي -صلى الله عليه وسلم- روي عنه تلقين الرجوع للمقر في أكثر من مرة؛ فقد قال للمقر بالسرقة: «أسرقت، ما إخاله سرق» (5)، وروي أبو الدرداء أنه -صلى الله عليه وسلم- أتى بجارية سوداء سرق فقال لها: «أسرقت؟ قولي لا، فقالت: لا، فخلى سبيلها»، وفي هذا دليل بين على صحة الرجوع؛ إذ إنه لو لم يصح لما لقنه الرسول -صلى الله عليه وسلم- (6). كما أن ما عزا -رضي الله عنه- لما اشتد هاربا من رجم الحجارة، وانطلق المسلمون في إثره يرحمونه، قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «هلا تركتموه»، إيماء إلى أن ذلك الرجوع منه مقبول (7)، هذا بالإضافة إلى أن العدول يورث شبهة احتمال أن يكون كذب على نفسه في اعترافه، والحدود

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 232. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 195 وص 293. الشوكاني، السيل، ج 04 ص 170.

ابن القاسم، المرجع السابق، ج 04 ص 63. الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 345. ابن رشد، البداية، ج 02 ص 474.

(2) ابن نجيم، المرجع السابق، ج 05 ص 08. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 05 ص 223. الشريبي، المرجع السابق، ج 04 ص 150. الدردير، الشرح الكبير، ج 04 ص 355.

(3) الموسري، مباني تكملة المنهاج، ج 01 ص 176، نقلا عن الحفناوي، المرجع السابق، ص 393. ابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 125 وما بعدها.

(4) الموسري، المرجع نفسه، ج 01 ص 176.

(5) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 94. والحديث سبق تخريجه، ص 66.

(6) السرخسي، المرجع نفسه، ج 09 ص 94. ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 195. والحديث رواه البيهقي، كتاب السرقة، باب ما جاء في الإقرار بالسرقة والرجوع عنه، ج 08 ص 276، موقوفاً على أبي الدرداء؛ وابن أبي شيبة، كتاب الحدود، باب الرجل يؤتى به فيقال: أسرقت، (8623)، ج 10 ص 23.

(7) السرخسي، المرجع نفسه، ج 09 ص 94. والحديث رواه البيهقي، كتاب الحدود، باب المعترف بالزنا يرجع عن إقراره فيترك، ج 08 ص 228. الترمذي، أبواب الحدود، باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع، ج 06 ص 201. وابن ماجه، كتاب الحدود، باب الرجم، وصححه الألباني، (2068)، ج 08 ص 81؛ وقال: كذا في الإرواء، ج 07 ص 353، والمشكاة (3565)، والحاكم في المستدرک، كتاب الحدود، ج 04 ص 363، وصححه على شرط الشيخين، والذهبي على شرط مسلم.

تدراً بالشبهات، زيادة على أنه إحدى حجتي العقوبة؛ فيبطل بالرجوع عنه؛ اعتباراً بالشهادة، ولأن حجة العقوبة زالت قبل استيفائه فيسقط كما لو رجع الشهود<sup>(1)</sup>.

وهذا الذي قدمناه، القول متجه فيه إلى رجوع المقر عن إقراره رجوعاً صريحاً، أما إذا كان الرجوع غير صريح؛ كهروب المقر من الحد مثلاً؛ فإن أغلبيتهم يرون أن هذا الهروب يعتبر رجوعاً، ويترتب عنه إسقاط العقوبة الحدية؛ استناداً إلى قول النبي -صلى الله عليه وسلم- لمن تتبع ماعزاً عند هروبه، «هلا تركتموه»<sup>(2)</sup>.

أما فقهاء الشافعية فإنهم يذهبون إلى أن مجرد هروب المقر أثناء إقامة الحد عليه لا يعتبر رجوعاً صريحاً، ولا يسقط عنه العقوبة، وإنما يوقف تنفيذها حتى يسأل الهارب عن سبب هروبه، فإن صرح بالعدول سقطت عنه العقوبة، وإن لم يصرح ألزم الحد؛ واستدلوا بأن الرسول -صلى الله عليه وسلم- لم يلزم من تتبع ماعزاً حتى قتله الدية؛ إذ لو كان الهروب وحده يكفي في إسقاط الحد من غير تصريح بالرجوع، لكان هؤلاء قد قتلوا، وعليه يلزمون دية من قتلوه<sup>(3)</sup>.

وفي هذا التعليل نظراً؛ إذ إن في إلزام راجمي ماعز -رضي الله عنه- الدية إنما ذلك فيما إذا كانوا مخطئين في قتله، وليس الأمر كذلك على الإطلاق؛ إذ إنهم لم يكونوا عالمين بجواز قبول رجوعه عند اشتداده هارباً إلا بعد البيان الذي صدر من النبي -صلى الله عليه وسلم- عقب حصول الأمر بتمامه؛ وعليه فإنه لم يتحقق هنا ركن أساسي وهو الركن الشرعي؛ أي العلم بعدم جواز ملاحقة الهارب عند إقامة الحد عليه، ثم إن في القول بقبول العدول بمجرد الفرار من ساحة تنفيذ العقوبة تحقيق لمعنى درء العقاب والتضييق من دائرته، والذي تحرص الشريعة الإسلامية عليه أشد الحرص، وخاصة إذا تحقق المقصد العام من العقاب وهو حدوث الانزجار والتخويف وعنصر الرمزية، الذي تنطوي عليه العقوبات البالغة الشدة في التشريع الإسلامي؛ إذ إن واحداً كهذا الذي صدر عليه حكم الإدانة وبدئ في تنفيذ العقوبة عليه يبعد في واقع الحال أن يعود لمثل ما فعل؛ فيتحقق المنع من الإجماع، وتحفظ للأمة نفس زكية تطهرت بالتوبة؛ وهو غاية أي سياسة جنائية رشيدة.

وقبل أن نقفل باب الحديث في هذا الشرط، ينبغي أن نلاحظ أنه يجوز للقاضي أو من كان في مجلسه، أن يعرض للمقر في مجلس القضاء بما يوجب عليه عقوبة تلتف نفسه أو بعضها منها، بالرجوع عن إقراره إذا أتمه، وأن يوقفه إذا لم يتمه؛ اعتباراً بأن النبي -صلى الله عليه وسلم- أعرض عن ماعز -رضي الله عنه- لما شهد عنده حتى أقر أربعاً، ثم قال له: «لعلك قبلت، لعلك لمست»<sup>(4)</sup>، وأنه -صلى الله عليه وسلم- ألمح للسارقين بالرجوع. وفعله -صلى الله عليه وسلم- يدل في الأقل على الجواز<sup>(5)</sup>، وروى عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- أن رجلاً أقر عنده

(1) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 196.

(2) الزيلعي، المرجع السابق، ج 03 ص 167. ابن رشد، البداية، ج 02 ص 474. والحديث سبق تخريجه، ص .

(3) زكرياء الأنصاري، المرجع السابق، ج 04 ص 132. واختار الشيرازي في المهذب، ج 02 ص 345: أن من وجد ألم الحد فهرب فالأولى أن يغلي؛ لأنه رجع عن الإقرار فيسقط عنه الحد.

(4) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 232. النووي، الروضة، ج 07 ص 355. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 96 و 294. والحديث سبق تخريجه، ص 83.

(5) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 141.

بالسرقة فانتهره، وروي أنه طرده، وروي أنه رده. وللتعريض بالرجوع أساليب وطرق منها: ما روي أن رجلا كان جالسا عند معاوية، فأتي بسارق فقال له معاوية -رضي الله عنه-: «أسرقت؟ فقال له بعض الشرطة: أصدق الأمير، فقال الرجل: الصدق في كل المواطن معجزة»، وهذا تعريض بالرجوع<sup>(1)</sup>.

هذا، وقد استند الحنفية والحنابلة إلى هذه الأحاديث في استحباب التعريض وأفضليته على عدمه، وقال الشافعية باستواء طرفي الأمر؛ بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ترك التعريض في بعض الأوقات<sup>(2)</sup>.

والأولى بالإعمال أن يعرض بالعدول، أما الاحتجاج بترك النبي - صلى الله عليه وسلم - للتعريض في أحيان فليس بقوي؛ إذ لا يدل إلا على مجرد الإباحة؛ لأن تركه - صلى الله عليه وسلم - للشيء إنما لنفي الوجوب، والقضايا الشاهدة بذلك في التشريع الإسلامي كثيرة<sup>(3)</sup>. زيادة على أن الرغبة في الدرء كما سبق البيان ترجح معتبر القول بالاستحباب.

وهل يصرح له القاضي أو من في مجلسه بالرجوع؟ قولان: الأول ما ذكره النووي معبرا عن مذهب الشافعية: «لا يحمل القاضي على الرجوع تصريحاً، بأن يقول له ارجع عن الإقرار أو اجحده»<sup>(4)</sup>، والثاني: ما ذكره ابن قدامة من الحنابلة: أن للقاضي ذلك بدليل حديث أبي الدرداء في الجارية التي سرقت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لها: «قولي لا، فقالت: لا، فحلى سبيلها»<sup>(5)</sup>. وهذا غاية في التصريح، وهو الأوفق فيما يتضح.

### المطلب الثاني: القيود الواردة على الدليل في القانون الوضعي.

سبق وأن أشرنا إلى القاعدة العامة في الإثبات في المواد الجزائية -على خلاف المواد المدنية- أن القاضي حر في سلوك أي طريق لإثبات الواقعة محل موضوع الدعوى الجزائية، وهذه الحرية لها وجهان:

الأول: أن للقاضي الجزائي سلطة قبول أي دليل يحصل منه اقتناعه الذاتي، وعليه فلا تفاضل بين أدلة الإثبات، فكلها أمام القاضي سواء؛ لأن العبرة ليست في الدليل بحد ذاته، وإنما في مدى ما يورث من اقتناع لدى القاضي.

الثاني: أن القاضي نفسه هو الذي يزن الدليل ويقدر قيمته الاحتجاجية دون تدخل من المشرع لتصنيف الأدلة من حيث قوتها الاستدلالية.

وعليه، فالعبرة فيما يتعلق بالأدلة باقتناع القاضي واطمئنانه إلى الأدلة المطروحة أمامه، فقد خوله القانون سلطة أن يأخذ بأي دليل يطمئن إليه ضميره من أي مصدر شاء، سواء من التحقيقات الأولى أم في جلسة

(1) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 196-294. وحديث علي أخرجه الشافعي في الأم، باب الحد، ج 07 ص 183، عن الأعمش عن القاسم ابن عبد الرحمن، عن أبيه. وعبد الرزاق، كتاب اللقطاء، باب اعتراف السارق، (18784)، ج 10 ص 131.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 232.

(3) النووي، الروضة، ج 07 ص 355.

(4) النووي، المرجع نفسه، ج 07 ص 355.

(5) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 196.

المحاكمة، ولا رقابة عليه من قضاء النقض في شيء من ذلك، إلا فيما قيده به القانون من الاستناد إلى أدلة معينة في مسائل محددة في التشريع، بشرط أن يكون الحكم مبنيا على الجزم واليقين<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يزال لم يفصل على المستوى الفقهي بين دراسة مختلف القيود الواردة على حرية القاضي الجزائي في الاقتناع وبين القيود التي ترد على حرية القاضي في قبول الدليل؛ ويرجع البعض ذلك إلى أن الحدود الفاصلة بين حرية القاضي الجزائي في قبول الدليل وحرية في تقدير الدليل، لا تزال مختلطة في نظر الفقه لا سيما في فرنسا؛ حيث يجمع معظم الفقهاء هاتين الحريتين معا لتشكلا في النهاية أمرا واحدا.

غير أن الأمر في الواقع مختلف؛ فالقاضي الجزائي ليس حرا في تقدير الدليل كائنا ما كان، وإنما هو مقيد في ذلك بتقدير الدليل المقبول فقط<sup>(2)</sup>.

وبناء عليه «فإن محل هذه الحرية هو الأدلة المقبولة فقط، وبالتالي فإن التطبيق الصرف للقانون يفرض على القاضي أن يستبعد من المرافعة سائر الأدلة غير المقبولة؛ لأنها لا تدخل عنصرا من عناصر تقديره»<sup>(3)</sup>، فالمقبولية - إن صح الاشتقاق - قيد على الدليل في المنطق السليم، فالقانون يتدخل أحيانا بالنص الصريح محمدا للقاضي الجزائي طرقا محددة لا يجوز له أن يقبل غيرها في الإثبات، وتطبيقا لهذا فقد نصت (المادة 341) من قانون العقوبات على أن «الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها (بالمادة 339) يقوم إما على محضر قضائي يحسره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم، وإما بإقرار قضائي». وتأسيسا على ما تقدم، فإن القيود الواردة على الدليل ليحوز حكم المقبولة هي:

أولا: أن يكون الدليل مشروعا.

ثانيا: أن دليل الإدانة في الزنا مقيد بأدلة معينة.

ثالثا: أن دليل بعض الجرائم منصوص عليه صراحة.

وتتناولها في ثلاثة فروع: الأول لمشروعية الدليل، والثاني للأدلة المقبولة في إثبات جريمة الزنا، والثالث لحجية بعض المحاضر فيما وردت به من إثباتات.

### الفرع الأول: مشروعية الدليل.

تستند فكرة مشروعية الدليل على مبدأ عام معروف في الفقه الجزائي، وهو مبدأ شرعية الجرائم، والعقوبات وتدابير الأمن، الذي يتأسس عليه بيان القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي، فينعكس على قواعد الإثبات الجزائي، باعتبارها الضمان الحقيقي لانطباقه، فيفرض خضوعها هي الأخرى لمبدأ شرعية الإثبات<sup>(4)</sup> بحيث لا يجوز أن يؤسس القاضي اقتناعه الشخصي على دليل لحقه سبب يبطله ويعدم أثره<sup>(5)</sup>.

(1) أبو عامر، شاتبة الخطأ، ص 267.

(2) أبو عامر، نظرية الإثبات، ص 139.

(3) أبو عامر، المرجع السابق، ص 139.

(4) عوض، المرجع السابق، ج 02 ص 141.

(5) عبيد، مبادئ الإجراءات، ص 751.



فحرية القاضي الجزائي يجب أن يكون لها حد لا يسوغ تخطيه وهو مشروعية الأدلة<sup>(1)</sup> التي يجب أن تجري عملية البحث عنها أو الحصول عليها، وعملية حملها إلى القضاء في ظل احترام كامل لسائر القواعد والشكليات التي قررها القانون<sup>(2)</sup>.

وهو أمر لا يحتاج إلى نص يتطلبه القانون باعتباره تطبيقاً للمبادئ العامة التي توجب على المحاكم عدم الاعتراف إلا بالإجراءات المشروعة، فإذا كان الإجراء باطلاً بطل الحكم الذي استند على الدليل المستمد منه، ولو كان الدليل في ذاته صادقا متى كان وليد إجراء غير مشروع<sup>(3)</sup>.

هذا ويتجه جانب من الفقه مدعوماً بأحكام القضاء إلى أن هذه القاعدة مقصورة على دليل الإدانة، إذ يجب أن يكون وحده مشروعاً، أما دليل البراءة فلا يلزم فيه ذلك، كأن يكون محرراً وصل إلى حيازة المتهم عن طريق غير مشروع، ويحاول بعض أصحاب هذا الرأي<sup>(4)</sup> تبرير هذا الموقف معتمدين على قرينة البراءة المفترضة في المتهم، ولا حاجة للمحكمة في أن تثبت براءته وكل ما تحتاج إليه هو أن تشكك في إدانته. وقد ورد على هذا الموقف الفقهي والقضائي عدة انتقادات منها<sup>(5)</sup>:

أولاً: أنه مخالف لمبدأ شرعية الدليل في المواد الجزائية والمدنية على السواء، والذي يعد تطبيقاً مباشراً لنص (المادة 336) إجراءات مصري<sup>(6)</sup> تقابلها (المادة 160) إجراءات جزائري والتي تقضي بأنه « يسحب من ملف التحقيق كل الإجراءات التي أبطلت ... »، وهي لا تفرق بين دليل للإدانة وآخر للبراءة.

ثانياً: أن فيه إقراراً لقاعدة خطيرة وهي أن الغاية تبرر الوسيلة، وهو ما يفتح باباً مشروعاً لا يقدر على غلقه من مشروعية إثبات البراءة بالتزوير والشهادة بالزور، وإرهاب الشهود، حتى يعدلوا عن إقرارهم، وهذا كله مخالف لمقتضى العقل ومتطلبات العدالة.

ثالثاً: أن الورقة الواحدة أو الدليل الواحد قد يفيد في الإثبات وفي النفي في وقت واحد بحسب الجزء الذي يستند إليه صاحب المصلحة فيه، أو بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه، فإذا جاء هذا الدليل عن طريق غير مشروع، فمن أي زاوية ينظر إليه، هل يمكن قبوله من زاوية ورفضه من زاوية أخرى في وقت واحد.

رابعاً: أن بإقرار هذه التفرقة إخلال بالنظام الإجرائي، إذ إنه من المفروض أن تكون السبل القانونية المشروعة كفيلة وحدها بإثبات براءة البريء وإلا فإن البنين الإجرائي كله يكون مختلاً متداعياً، إذا كان يسمح بإدانة البريء، أو بالأدق إذا كان لا يسمح ببراءة البريء إلا بإهدار مبدأ الشرعية من أساسه.

وخلاصة القول في هذا، أن شرعية الإثبات تستلزم عدم قبول أي دليل يكون البحث عنه أو الحصول عليه قد تم بطريقة غير مشروع، فحرية القاضي الجزائي في الإثبات لا تعني أن يجري البحث عن الدليل أو الحصول

(1) سرور، المرجع السابق، ص 750. الكيك، المرجع السابق، ص 159 و ص 160.

(2) أبو عامر، المرجع السابق، ص 116، عوض، المرجع السابق، ج 02 ص 140.

(3) أبو عامر، المرجع السابق، ص 147.

(4) سرور، المرجع السابق، ص 752. الحسيني، المرجع السابق، ص 260.

(5) عبيد، المرجع السابق، ص 740.

(6) التي تنص على أنه: « إذا تقرر بطلان أي إجراء، فإنه يتناول جميع الآثار التي تربت عليه ».

عليه بأية طريقة كانت، بل إن هذا البحث مفيد باحترام حقوق الدفاع من جهة وقيم العدالة وأخلاقياتها من جهة أخرى، ومقتضيات الحفاظ على كرامة الإنسان من جهة ثالثة، وهو ما لا يمكن أن يتأتى إلا إذا كان البحث عن الدليل قد تم باستخدام إجراءات مشروعة، فإذا كان الدليل غير مشروع فلا يصح قبوله في الإثبات أمام القاضي ويستبعد بالتالي من المرافعة، ولا تجري عليه عملية تقدير قيمته الاستدلالية، بل لا يدخل في عناصر الإثبات التي يجري عليها ذلك التقدير<sup>(1)</sup>.

هذا ومجموعة الإجراءات غير المشروعة والتي تستبعد في الإثبات الجزائي ترجع إلى أربعة مجموعات نتناولها في ثلاثة بنود؛ الأولى: الأدلة الناجمة عن الإكراه، والثانية: الناجمة عن عمل غير مشروع أو يشكل جريمة، الثالثة: الأدلة الناجمة عن إجراءات علمية، والرابعة: الأدلة الناجمة عن الحجز التليفوني أو التسجيل الصوتي أو الضوئي.

### البند الأول: الأدلة الناجمة عن الإكراه.

الدليل المتحصل من الإكراه هو دليل تم الحصول عليه على حساب قيم العدالة ومقتضيات الحفاظ على كرامة المتهم وحقه في الدفاع، وهو بهذا الوصف إجراء غير مشروع ومن ثم غير مقبول في الإثبات<sup>(2)</sup>، سواء أكان إكراهها ماديا أم أدبيا، فالجامع بينهما هو الألم والمعاناة البدنية والنفسية والعقلية التي تصيب المتهم في سلامة بدنه أو اعتباره<sup>(3)</sup>.

ويعد من قبيل الإكراه كل أصناف التعذيب، والتهديد، والوعيد، ووثوب الكلب البوليسي على المتهم لترويعه، أو للإصابات التي يحدثها الكلب بجسده، كما يعتبر في حكم الإكراه الحصول على الاعتراف بعد استجواب مرهق، أو نتيجة استجواب تم في ظروف شاقة ومضنية<sup>(4)</sup>، ومثال ذلك إجراء استجواب يطول ساعات لمريض بالسكر يعلم المحقق بمرضه.

هذا، وقد كان الإكراه في العصور الوسطى أمرا طبيعيا للحصول على اعتراف المتهم، الذي غالبا ما كان التعذيب يحمل على اعترافات كاذبة أدين بمقتضاها كثير من البراءة، وأفلت المذنبون الحقيقيون، وهو ما أدى أيضا إلى خطأ القضاة، وانحياز ثقة الناس في جهاز العدالة، مما أثار سخط الفلاسفة وفقهاء القانون على هذا النظام، حتى صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (سنة 1948) الذي حظر تعذيب المتهم في مادته الخامسة، وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في (09 ديسمبر 1975) إعلانا بشأن حماية جميع الأشخاص ضد التعذيب (القرار رقم 3452)، وأيضا حلقة حماية حقوق الإنسان في الإجراءات الجزائية المنعقدة في فيينا بالنمسا (مارس سنة 1978) التي جعلت من التعذيب خرقا صارخا و تعديا جسيما على حقوق الإنسان<sup>(5)</sup>، كما نصت عليه الدساتير

(1) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 119.

(2) النقيب، المرجع السابق، ص 303.

(3) سرور، المرجع السابق، 517، وعوض، المرجع السابق، ج 01 ص 515.

(4) الحسيني، المرجع السابق، ص 151.

(5) سرور، المرجع نفسه، ص 752.

منها الدستور الجزائري الذي ينص في (المادة 45) من الفصل الرابع المتعلق بالحقوق والحريات على أن «كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون». ومقتضى أصل البراءة الذي نصت عليه هذه المادة يحظر أي تعدي على المتهم بأي شكل من الأشكال وهو ما صرحت به (المادة 34) بنصها على وجوب أن «تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان، ويحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة»، وقررت (المادة 35) على أن مخالفة هذه الأحكام يستوجب صاحبه العقاب بنصها على أنه «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل من يمس بسلامة الإنسان البدنية والمعنوية» وهو ذات الحكم الذي ألححت إليه (المادة 48) بقولها «ولدى إنتهاء مدة التوقيف للنظر يجب أن يجرى فحص طبي على الشخص الموقوف إذا طلب ذلك على أن يعلم بهذه الإمكانية».

### البند الثاني: الأدلة الناجمة عن عمل غير مشروع أو يشكل جريمة.

وتحصيل الإدانة بطريق غير مشروع أو بطريق يشكل جريمة يتعارض مع قيم العدالة وأخلاقيات القضاء؛ لأنه مسلك تأباه قواعد الأمانة والشرف من جهة، ومن جهة أخرى يمس بحق المتهم في الدفاع، ويعتبر خرقاً صارخاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وتدابير الأمن، الذي ييسط سلطانه على كافة قواعد القانون الجزائري الشكلية منها والموضوعية.

وعليه فليس للقاضي الجزائري وهو يستعمل سلطته التقديرية وحرية الذاتية التي خوله إياها القانون أن يقبل دليلاً متولداً عن إجراء غير مشروع، كأن يقبل لإثبات زنا الزوجة أو الزوج صورة فوتوغرافية التقطت بعد اقتحام حرمة المنزل، أو أن يقبل للإثبات أوراقاً أو مراسلات تم الحصول عليها بمخافة القانون، أو دليلاً يشكل الإفشاء به جريمة باعتباره من أسرار المهنة، وهو ما استقر عليه قضاء النقض في الجزائر وفرنسا ومصر، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «لا يكفي لسلامة الحكم أن يكون الدليل صادقاً متى كان وليد إجراء غير مشروع»، كما نصت محكمة النقض الفرنسية بأن «تقليد صوت أحد معارف المتهم للحصول على معلومات تساعد المحقق على التحقق من الشبهات الحائمة حول المتهم أو أقوال بعض الشهود، ويعتبر إجراء غير مشروع وذلك في واقعة كان فيها قاضي التحقيق في قضية الاتجار بالأوسمة المتهم فيها "ويلسون"، قد قلد لأحد أصدقاء ويلسون بطريق التلفون صوته، وتمكن في الحديث من الحصول على بعض أدلة الجريمة، فقررت المحكمة بأن قاضي التحقيق قد استعمل إجراء تنبذه قواعد الأمانة والشرف، كما قضت في دعوى أخرى بعدم مشروعية الدليل المستمد من تسجيل تلفوني لمحادثة دبرها أثناء التحقيق شرطي بين المتهم وشخص آخر حصل منه على إجابات عن الأسئلة التي كان هذا الشرطي قد أعدها، وكلف ذلك الشرطي بالحصول على إجاباتها من المتهم، باعتباره إجراء ليس له من غرض إلا تجنب الخضوع للقواعد القانونية والإجرائية التي وضعها القانون لتحكم عملية سير التحقيق واحترام حقوق الدفاع»<sup>(1)</sup>.

(1) أبو عامر، المرجع السابق، ص 121، بتصرف.

## البند الثالث: الأدلة الناجمة عن إجراءات علمية.

لم تكن هذه القضية مطروحة على الفقه الجزائري قديماً؛ لأنها وليدة التطور العلمي والتكنولوجي، ونتاجا هاما من نتاجات التقنية التي ما تفتأ تواجنا بين الفينة والأخرى باختراعات لأجهزة ومحاليل ذات مفعول كبير في التحقيق الجزائري إذ أن نتائجها قطعية أو تكاد.

هذا، وتنقسم هذه الإجراءات العلمية من حيث تعاملها مع وعي الإنسان أو لا وعيه إلى قسمين:

الأول: إجراءات تلغي وعي الإنسان أو تشله، وتقصر تعاملها مع منطقة اللاوعي أو ما يسمى بعقل الإنسان الباطن أو اللاشعور، عن طريق اقتحامه أو التسلل إليه وحمله عنوة على الظهور، ويعتمد هذا الإجراء على ثلاثة أساليب:

أ- جهاز كشف الكذب وهو جهاز البوليفراف (polygraphe) الذي يكشف حركة النفس وإفرازات العرق للشخص الخاضع للاستجواب.

ب- أسلوب التنويم المغناطيسي.

ج- أسلوب التحليل التخديري الذي يتم بعد حقن المستجوب في الوريد بمخدر البينتوتال (pentotale) الذي يسمى بمصل أو عقار الحقيقة

الثاني: إجراءات علمية لا تتعامل مع منطقة اللاوعي وإنما ينصب تعاملها مع منطقة الوعي ذاتها غاية الأمر أن هذا التعامل يتم بغتة أو خلصة، كأجهزة الرصد أو الرادار (radar) وأجهزة قياس السرعة الإلكترونية للسيارة المخالفة وأجهزة التصوير؛ على اعتبار أنها تمت وفاء لواجب الشرطة في التحري عن الجريمة وضبط مرتكبيها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنها اتخذت قبل توجيه أي اتهام بما تنتفي معه كل شبهة في الاعتداء على حقوق الدفاع<sup>(1)</sup>.

هذا، وهناك دعوة من نفر قليل من فقهاء الإجراءات الجزائية تنادي بضرورة الاستفادة من التطور العلمي والتقني في مجال الإثبات دون تفرقة طالما أنها تكشف بصورة قاطعة حقيقة الأمر، إلا أن غالبية الفقه مدعومة بأحكام القضاء تقصر مشروعية التعامل على القسم الثاني، وهي الإجراءات التي تتعامل مع وعي الإنسان، غاية الأمر أنها متحصل عليها بغتة، أما الإجراءات التي تتعامل مع منطقة اللاوعي فإنها تشكل عدوانا خطيرا وخرقا صارخا لخصوصيات الإنسان، واعتداء جسيما على حقه في الدفاع مما يضمنها هدم المشروعية ويمنع من قبولها في المواد الجزائية<sup>(2)</sup>.

ولم تحظ هذه الطرق بصدى حسن في فرنسا، فقد رفضتها أكاديمية الطب وثار عليها المحامون لأنها لا تتفق ومبادئ الأخلاق؛ إذ هي في الواقع اغتصاب للضمير الإنساني، ولا تأتلف ومبادئ الأصول الجزائية، فهي تجبر شخصا على أن يتهم نفسه في حين أنه يحق له في الحالة الطبيعية ألا يجيب وأن يلزم الصمت، بل له الحق حتى في الكذب، وهي بالإضافة إلى ذلك لا تنسجم مع أصول الطب؛ لأنها تؤدي إلى انهيار الفرد، وقد يكون هذا

(1) النقيب، المرجع السابق، ص306، ومالكي، المرجع السابق، ص479.

(2) أبو عامر، المرجع السابق، ص122.

الانهايار أشد وطأة على نفسه أو عقله أو أعصابه من عقاب الجريمة نفسها، وقد منعت السلطات في فرنسا وإنجلترا وألمانيا وأمريكا استعمال العقاقير أثناء التحقيق<sup>(1)</sup>.

#### البند الرابع: الأدلة الناجمة عن الحجز التليفوني أو التسجيل الصوتي أو الضوئي.

ليس المقصود هنا إجراءات التسجيل غير المشروعة التي تستلزم بطلان الدليل المستمد منها، فهذه تكلمنا عنها في الإجراء الناجم عن عمل غير مشروع، وإنما المقصود في هذا العنصر التسجيلات الصوتية أو الضوئية كالأشرطة السمعية والأشرطة المرئية التي لا تشكل في حد ذاتها جريمة، حيث تكون قد التقطت للمتهم أو للشاهد من قبل أن يكون هناك تحقيق قد فتح في الدعوى، أو اتهام بالمعنى الواسع قد وجه، إذ تنفي في هذا الغرض شبهة المساس بحق الدفاع. كالدلائل أو الاعترافات أو الأقوال التي يتصادف تسجيلها عند تصوير أو تسجيل حفل عام أو خاص برضاء الحاضرين، مثل هذه الأدلة الناجمة عن الإجراءات العلمية الحديثة لا يمكن أن تكون لها - كما تقرر محكمة النقض الفرنسية - قيمة دامغة، أو كاملة في الإثبات، وإنما هي مجرد دلائل أو عناصر من دليل لا يمكن أن يتأسس عليها وحدها اقتناع القاضي، إلا إذا انضمت إلى سواها، وتعززت بغيرها من الأدلة والدلائل، وأهم ما في هذا الحكم من معنى أنه قضى - في الحدود التي رسمها - بقبول الدليل المستمد من تلك التسجيلات في الإثبات<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الثاني: الأدلة على جريمة الزنا.

نظام الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بجريمة الزنا تحكمه (المادة 341) من قانون العقوبات التي تقضي بأن « الدليل الذي يقبل على الجريمة المعاقب عليها (بالمادة 339)، يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم وإما بإقرار قضائي.

وبرجوعنا إلى نص المادة المحال عليها وهي (المادة 339) من قانون العقوبات المعدلة بالقانون (رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1983)، نجدها تقضي بأنه « يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته، ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة ».

وعلى ذلك فسوف نتناول - إن شاء الله - الأدلة المقبولة والتي تكون حجة على المتهم بجريمة الزنا في ثلاثة بنود؛ الأول: في التلبس بالجريمة، والثاني: في المكاتيب والأوراق، والثالث في الاعتراف القضائي، لكن قبل ذلك يجدر بنا التنبيه إلى أمرين من الأهمية بمكان:

(1) النقيب، المرجع السابق، ص 307

(2) أبو عامر، المرجع السابق، ص 125

الأول: أن المشرع الجزائري بنصه على المساواة في العقاب بين الزوجة والزوجة الزائنين وشركائهما عند تعديله لنص (المادة 339). بموجب (القانون 82-04) بالإحالة عليها في تعرف العقوبة المنصب عليها الإثبات المقيد في (المادة 341) يكون قد حسم مادة خلاف كان متوقعا في تحديد من ينصرف إليه حكم هذه المادة الأخيرة؛ هل هو شريك الزوجة الزانية فقط أم كل متهم بالزنا، حيث سوى بين جميع الحالات سواء ما تعلق بالفاعلين الأصليين أم ما تعلق بالشركاء؟<sup>(1)</sup>، وهذا خلافا للمشرعين الفرنسي والمصري اللذين لم يفصلا؛ فانفتح بذلك باب من الخلاف الفقهي حيث يتجه جانب من الفقه إلى القول بانصراف هذا الحكم إلى كل متهم بالزنا؛ اعتبارا بأن النص صريح ولا اجتهاد في معرض النص<sup>(2)</sup>، بينما يتجه عامة الفقه مدعوما بأحكام القضاء<sup>(3)</sup> إلى انصراف حكم هذه المادة إلى شريك الزوجة الزانية وحده، أما بالنسبة للزوجة أو الزوج وشريكه فإثبات الزنا على أي منهم يخضع لحكم القاعدة العامة في حرية القاضي في الإثبات<sup>(4)</sup>.

ويتوجه إلى هذا الرأي الأخير أنه قد يؤدي إلى نتيجة شاذة، كما لو ثبت الزنا على الزوجة بشهادة الشهود مثلا، ولم يتوفر دليل من الأدلة التي نصت عليها المادة المذكورة على شريكها<sup>(5)</sup>.

الثاني: أن هذه القيود القانونية على حرية الإثبات في جريمة الزنا لا تعني شل حرية القاضي في الاقتناع؛ فإن حصر القانون للأدلة التي يجوز إثبات الزنا من خلالها لا يمنع هذه الأدلة حجية محددة يجب على القاضي الأخذ بها، وإنما يقتصر المشرع على تضييق الدائرة التي يجوز للقاضي أن يستمد منها اقتناعه، دون الإخلال بحريته في تقدير هذه الأدلة<sup>(6)</sup>، حيث يلاحظ أنه لا يكفي لإدانة المتهم بالزنا مجرد توافر دليل من تلك الأدلة دون أن يكون القاضي مقتنعا بوقوع الجريمة من ذلك المتهم، فلا بد للإدانة دائما من جزم القاضي بوقوع الجريمة من المتهم الذي نسبت إليه، وبدون هذا الجزم لا يكون لعقاب المتهم وجه ويلزم إخلاء ساحته.

غاية الأمر أنه يلزم أن يتوافر لدى القاضي ذلك الجزم من خلال دليل ما من الأدلة التي حددها القانون؛ بحيث إذا لم يتوافر أي واحد منها لا يكون للإدانة محل مهما كان اقتناع القاضي بأن المتهم حقيق بالإدانة<sup>(7)</sup>. هذا، وزيادة على أن القانون لا يشترط أن تكون الأدلة مؤدية بذاتها ومباشرة إلى ثبوت فعل الزنا، فمتى توافر قيام الدليل من هذه الأدلة المعينة للقاضي أن يعتمد عليها في ثبوت الزنا ولو لم يكن صريحا في الدلالة عليه ومنصبا على حصوله، وذلك متى اطمأن بناء عليه إلى أن فعل الزنا قد وقع فعلا، ومن هنا يتبين أن المشرع لم يأخذ بنظام الأدلة القانونية في هذه الجريمة طالما أن الاقتناع الشخصي لقاضي الموضوع له دور في التقرير<sup>(8)</sup>.

(1) زبدة، المرجع السابق، ص113

(2) أبو عامر، المرجع السابق، ص103، عوض، المرجع السابق، ج02، ص141.

(3) سرور، المرجع السابق، ص758، في إشارة لبعض القرارات الصادرة عن محكمة النقض المصرية.

(4) سرور، المرجع نفسه، ص758، عوض، المرجع نفسه، ج02، ص141.

(5) أبو عامر، المرجع نفسه، هامش ص103، الغماز، المرجع السابق، ص661.

(6) سرور، المرجع نفسه، ص758.

(7) هنام، المرجع السابق، ص702

(8) سرور، المرجع نفسه، ص758

وغاية المشرع - فيما يبدو - من حصر أدلة الإثبات بالنسبة لجريمة الزنا إنما لاعتبارات خاصة حدت به إلى تضييق دائرة الإثبات، وأهم هذه الاعتبارات أن النسبة إلى فعل الزنا وإن لم تترتب عليه عقوبة بالغة الشدة كما هو الحال في الشريعة الإسلامية إلا أنه يصيب كيان الأسرة وخاصة في بلاد الإسلام التي مازالت تعتر بالشرف والعرض وتقديس العلاقات الشرعية وتمجج العلاقات غير الشرعية. وقد لاحظ المشرع هذا الاعتبار ففضى إضافة إلى التضييق من دائرة الإثبات باشتراط رفع شكوى من الزوج المضرور لتحريك الدعوى العمومية، وحتى وإن حركت وفصل فيها القضاء فصفح الزوج يضع حدا لكل متابعة<sup>(1)</sup>، مع الإشارة إلى أننا لسنا بصدد تقييم مدى صواب ما ذهب إليه المشرع في هذه الاعتبارات أو عدم صوابه، وإنما لتبيين إرادته في التضييق من دائرة ثبوت هذا الفعل.

### البند الأول: التلبس بالجريمة.

وهو ما عير عنه النص القانوني بقوله: «محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس»، وقد بينت (المادة 41) من قانون الإجراءات الجزائية مفهوم التلبس وحالاته بقولها: «توصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها»، وهذا أول أقسام التلبس ويسمى التلبس الحقيقي<sup>(2)</sup> أو التلبس بمعناه الصحيح<sup>(3)</sup>، وتتحقق هذه الحالة بمشاهدة الجريمة أثناء حدوثها أو تنفيذها، أي أثناء ارتكاب الأفعال المادية لها أو الشروع فيها، وفي الغالب تكون عن طريق المشاهدة، أو تكون الجريمة قد رفعت منذ لحظات قصيرة ومباشرة عقب ارتكابها وتمت بالفعل لكن آثارها لا تزال باقية تشير إلى وقوعها قبل برهة قصيرة<sup>(4)</sup>، كما «تعتبر الجريمة متلبسا بها إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه إياها في وقت قريب من وقوع الجريمة قد تبعه العامة بالصياح أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو إلى افتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة».

وتتسم بصفة التلبس كل جناية أو جنحة وقعت ولو في غير الظروف المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين إذا كانت قد ارتكبت في منزل وكشف صاحب المنزل عنها عقب وقوعها وبادر في الحال باستدعاء أحد ضباط الشرطة القضائية لإثباتها. ويتضح من استقراء المادة المذكورة أن التلبس حالة عينية تتصف بها الجريمة ذاتها، وأن التلبس ظرف يتعلق بالجريمة لا بشخص المجرم الذي قام بها<sup>(5)</sup>، إن المشرع قد استخدم تعابير مختلفة تدل كلها على حالات التلبس جليا، ويمكن تقسيم هذه التعابير إلى فئتين:

(1) زبدة، المرجع السابق، ص 114، غير أن هذا لا يعني أن جريمة الزنا شخصية، فهي تصيب المجتمع والأسرة في الصميم، لكن المشرع غلب مصلحة الزوج باعتباره أقرب من يصيبه الضرر هو وأولاده وباقي عائلته. نجم: محمد صبحي، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981، ص 88.

(2) سرور، المرجع السابق، ص 759.

(3) مليان، بغدادي، المرجع السابق، ص 177.

(4) مليان، بغدادي، المرجع نفسه، ص 177-179.

(5) منصور، المرجع السابق، ص 77، عبيد، المرجع السابق، ص 337.

الفئة الأولى: وتسمى التلبس الحقيقي، وهي التي عبر عنها النص بقوله: «توصف»، وتتنظم حالتين:  
الأولى: مشاهدة الجريمة حال ارتكابها.

الثانية: مشاهدتها عقب ارتكابها برهه يسيرة.

الفئة الثانية: وتسمى بالتلبس الحكمي؛ وهي التي عبر عنها النص بقوله في الفقرة الثانية «تعتبر» وفي الفقرة الثالثة «تتسم»، وتتنظم أربع حالات وهي:  
الأولى: تتبع الجاني إثر وقوع الجريمة.

الثانية: إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها حاملا أشياء يستدل منها على أنه فاعلها أو شريك فيها.

الثالثة: وجود آثار أو علامات يستدل منها على أنه فاعل لها أو شريك فيها.

الرابعة: إذا ارتكبت الجريمة في منزل وقام صاحب المنزل باكتشافها وبأدر في الحال باستدعاء أحد ضباط الشرطة القضائية لإثباتها<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فإنه لا يلزم في التلبس بالفعل مشاهدته حال وقوعه أو بعد وقوعه برهه قليلة، وإنما يكفي أن يكون شريك الزوجة قد شوهد معها في ظروف لا تدع مجالاً للشك عقلا في أن الزنا وقع فعلا، وأيضا إذا شوهد الشريك مع الزوجة وقدخلعا ملابسهما كلاهما أو أحدهما، كذلك الأمر إذا وجدت الزوجة مضطربة ثم شوهد الشريك مختفيا تحت السرير خالعا حذاءه، بينما الزوجة الزانية لا يسترها غير جلباب النوم، وأيضا ضبط الزوجة والشريك بملابسهما الداخلية في حجرة واحدة في وقت متأخر من الليل<sup>(2)</sup> وهذا الذي عليه العمل في الفقه والقضاء المصريين<sup>(3)</sup>. خلافا للقضاء الجزائري الذي أخذ بالتفسير الضيق لمفهوم التلبس بالزنا؛ حيث قصره على اكتشاف الجريمة حين حدوثها أو بعد ذلك بقليل أي أن يكون التلبس حقيقيا<sup>(4)</sup>.

هذا، ويتميز التلبس بالزنا عن التلبس في الجرائم الأخرى في أنه لا يشترط فيه أن يكون خاضعا لأوضاع معينة، كأن يشاهده أحد رجال الضبطية القضائية بنفسه بل يكفي أن يشاهده واحد من الشهود كالزوج مثلا، وذلك نظرا للطبيعة الخاصة لهذه الجريمة<sup>(5)</sup>، وهو ما سارت عليه محكمتا النقض المصرية<sup>(6)</sup> والجزائرية<sup>(7)</sup> مراعاتين في ذلك دقة هذه الجريمة وارتكابها عادة في الخفاء مما لا يتيح لمأمور الضبط القضائي أن يشهدها في حالة التلبس، هذا فضلا عن أن اشتراط إثبات التلبس في الجرائم الأخرى بواسطة رجال الضبطية القضائية جاء لتحويل هؤلاء سلطة اتخاذ بعض إجراءات التحقيق بصفة استثنائية، وهو اعتبار غير مقصود باشتراط التلبس بالزنا لإثبات الجريمة على المتهم.

(1) ملياني بغداددي، المرجع السابق، ص177. عبيد، المرجع السابق، ص351.

(2) هنام، المرجع السابق، ص702 في إشارة إلى بعض قرارات النقض.

(3) الدسوقي: عزت مصطفى، أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1990م، ص179.

(4) قرار صادر في 20 مارس 1984 من القسم الأول الغرفة الجنائية الثانية في الطعن (051.34) المجلة القضائية، العدد الثاني سنة 1990 ص269.

(5) أبو عامر، المرجع السابق، ص111.

(6) نقض 02 ديسمبر 1935. مجموعة القواعد القانونية، ج02، ص718، 719.

(7) المجلة القضائية، القرار نفسه، ص269-271.



إلا أنه يشترط دائما أن يكون إثبات حالة التلبس وليد إجراءات مشروعة، فلا يجوز الاعتماد عليها نتيجة تفتيش باطل أو إجراء غير مشروع كالتلصص من ثقب الباب ما لم يكن الزنا قد تم في منزل الزوج فيكون من حقه أن يرى ما يجري بداخله بوصفه صاحب الحق في حرمة مسكنه. ويلاحظ أن تقدير المراد بحالة التلبس أمر موضوعي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع في الاقتناع ولا يخضع لرقابة النقض بخلاف اعتبار الواقعة تلبسا بالمعنى القانوني فيخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>(1)</sup>.

#### البند الثاني: اعتراف المتهم.

ويقصد به إقرار المتهم بالزنا -سواء أكان أصليا أم شريكا- على نفسه في مجلس القضاء، أو أثناء التحقيق بشرط أن يكون صادرا عن إرادة حرة، وعليه فلا يغني اعتراف الزوجة على نفسها وعلى شريكها، إذ قد يكون السبب عليه رغبة الزوجة في الحصول على الطلاق، أو يكون نتيجة تدبير سابق بين الزوجة وزوجها للحصول على تعويض لمصلحة الزوج<sup>(2)</sup>.

كما لا يقبل الاعتراف الصادر عن إكراه بدني أو نفسي أو أي طرق احتيالية أو إجراءات غير مشروعة فيشترط فيه الخضوع لمبدأ شرعية الإثبات، ولا يشترط صدوره عن المتهم في الجلسة أو في محضر رسمي بل يجوز إثباته بكافة الطرق المشروعة<sup>(3)</sup>.

هذا، وإن القول بعدم اشتراط أن يكون اعتراف المتهم صادرا منه في الجلسة أي أمام قضاء الحكم، والذي يقول به بعض الفقه<sup>(4)</sup>، تؤيده في ذلك محكمة النقض المصرية<sup>(5)</sup> مخالف لنص (المادة 302) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تقابلها (المادة 212) إجراءات مصري والتي تقرر بأنه لا يجوز للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات، وعليه فلا يمكن بمفهوم النص أن يعد الاعتراف الحاصل أمام غير قضاء الحكم اعترافا سواء أكان أمام شاهد أو محضر الشرطة، أو أمام سلطة التحقيق إلا إذا أصر عليه المتهم في الجلسة، أما إذا أنكره فلا يجوز عده اعترافا والاكتفاء به وابتناء الحكم عليه إلا باعتباره مضمونا لشهادة الشاهد أو محضر التحقيق، ويشترط أن يكون الدليل بهذا المعنى قد طرح أمام القاضي في الجلسة، ودارت عليه المناقشة، ولا يكون الحكم في هذه الحالة مبنيا على الاعتراف<sup>(6)</sup>.

ولكفي يصح لمحكمة بناء حكمها على الإقرار يجب أن يكون ذلك الإقرار صريحا تنتفي معه كل فرص التأويل في ارتكاب المعترف للواقعة محل الإثبات، فلا يجوز استنتاج الاعتراف ولو بمقدمات يملئها العقل والمنطق

(1) سرور، المرجع السابق، ص 760.

(2) قرار صادر يوم 16 ديسمبر 1980 من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية في الطعن (394.23). بغداد، المرجع السابق، ص 13، بند 12.

(3) أبو عامر، المرجع السابق، ص 110. سرور، المرجع السابق، ص 760.

(4) هنام، المرجع السابق، ص 702.

(5) فقد جرى قضاء النقض في مصر على حق محكمة الموضوع في الأخذ بالاعتراف الصادر في أي دور من أدوار التحقيق وإن عدل عنه بعد ذلك. انظر على سبيل المثال نقض 73/01/08. ونقض 79/01/28. نقلا عن هنام، المرجع نفسه، ص 702.

(6) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 195 وما بعدها.

كهربوب المتهم بعد الواقعة، أو تسليمه بأنه تصالح مع الزوج على مبلغ يدفعه تعويضا؛» لأن الاعتراف المعترف في المواد الجزائية -والذي يؤخذ به المتهم- يجب أن يكون نصا في اقتراح الجريمة، وأن يكون من الصراحة والوضوح بحيث لا يحتمل تأويلا، أما سوق الأدلة على نتف متفرقة من أقوال المتهم قيلت في مناسبات ولعلل مختلفة وجمعها على أنها اعتراف بالتهمة فلا يعد اعترافا، إذا كانت حقيقته تحمّل لألفاظ المتهم بما لا يقصده منها<sup>(1)</sup>.

فإذا لم يستكمل الاعتراف سائر شروط صحته على النحو السابق فعلى القاضي أن يطرحه وألا يجعل من مضمونه موضوعا لتقدير قيمته الاستدلالية، وإلا كان حكمه واقعا في دائرة البطلان لبطلان الدليل المستند إليه، أما إذا استكمل شرائط صحته، فمن المقرر أن الاعتراف في المسائل الجزائية من عناصر الاستدلال التي تملك المحكمة كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات، ولها أن تأخذ به متى اطمأنت إلى صدقه ومطابقته للحقيقة والواقع، ولها أن تطرحه إذا لمست فيه دخنا من كذب أو تزوير للحقيقة؛ لأنه لا يصح في منطق العدالة تأييم إنسان بريء، ولو بناء على اعترافه شفاهاة أو كتابة، فقد يكون وراء هذا الاعتراف إرادة مستكنة في تخليص الشريك الحقيقي من أجل أنه قريب أو لقاء مبلغ مالي، أو أي امتياز آخر يحصل عليه، أو لأجل تعمية الأبصار عن جريمة أخرى أخطر تمت في التوقيت نفسه، فيندفع عنه الاتهام بما لأنه كان في هذا التوقيت مع الزوجة يقضي وطره<sup>(2)</sup>. كما لها أن تجزؤه فتأخذ ببعض وترك بعضه بشرط أن يكون ما أخذت به مفض منطقيا إلى الإدانة<sup>(3)</sup>.

### البند الثالث: المراسلات والوثائق.

ويراد بها -عند عامة الفقه- المحررات الصادرة من المتهم أصليا كان أم شريكا، إذا تضمنت اعترافا صريحا أو ضمينا بوقوع الزنا<sup>(4)</sup> ولا يشترط توجيه هذه المحررات إلى الطرف الآخر، بل يكفي صدورهما منه، ولو كانت موجهة إلى صديق له يحكي له فيها علاقته غير المشروعة.

هذا، و لم يستلزم قضاء النقض في مصر صدور المراسلات من شريك الزوجة الزانية، بل اكتفى بصدورها منها هي إذا اقتنعت محكمة الموضوع بصحة دلالتها على حصول الزنا مع باقي الأدلة والقرائن الأخرى القائمة في الدعوى<sup>(5)</sup>، وقد لاحظ المشرع أهمية هذه المحررات في الإثبات نظرا إلى أن المتهم يسر فيها لشريكه بالفعل. مما يفضح شعوره نحوه، وعلاقته به، الأمر الذي يدنو إلى قيمة الاعتراف، ولا يشترط في هذه المحررات شكل معين بل تكفي مجرد الكتابة المسندة إلى الشريك في أية صورة كمسودات الخطابات<sup>(6)</sup>، وقصاصات الأوراق التي تحمل ألفاظا تدل على العلاقة غير الشرعية التي تربط الزانيين.

(1) أبو عامر، المرجع السابق، ص 197-198.

(2) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 199.

(3) قرار صادر يوم 24 فيفري 1975 من الغرفة الجنائية في الطعن (10.338). بغداد، المرجع السابق، ص 15 بند 17.

(4) أبو عامر، المرجع نفسه، ص 112.

(5) عبيد، المرجع السابق، ص 747.

(6) نقض 19 مايو 1951 مصري، نقلا عن سرور، المرجع السابق، ص 760.

ولا يلزم أن تكون هذه المراسلات والأوراق موقع عليها من المتهم ما دام قد ثبت صدورها منه، كما لا يشترط الاستناد إلى أصول المراسلات والأوراق بل يكفي الاستشهاد بالصور الفوتوغرافية لها متى أوثقت يقينا لدى المحكمة أنها مطابقة للأصل<sup>(1)</sup>، ويطلق الدكتور هنام القول أن الصور الفوتوغرافية مهما كانت دلالتها لا تعتبر من قبيل المراسلات والأوراق<sup>(2)</sup>.

غير أنه لا يقاس على الصور الفوتوغرافية للمحركات، الصور الفوتوغرافية التي تصور الزوجة في وضع مريب مع المتهم، وهذا التزاما بمقتضى النص، لأن هذه الصور ولو دلت -فرضا- على وقوع الجريمة، إلا أنها ليست من المحركات بالمعنى المنصوص عليه في القانون، ولا سيما وأن المشرع قد اشترط صدور هذه المحركات من أحد الزائنين، فاعتبارها من المحركات مخالف لمنطوق النص<sup>(3)</sup>.

هذا، ومن نافلة القول العودة إلى التأكيد بأن الحصول على الرسائل والأوراق يجب أن يكون وليد إجراءات مشروعة على ما سبق بيانه، فإذا تخلف هذا الشرط يقع الحكم المستند إلى هذه المكاتيب في دائرة البطلان، غير أن ثمة استثنائين أقرهما محكمة النقض المصرية؛ الأول: أن للزوج أن يستولي ولو خلسة على ما يعتقد وجوده من رسائل العشيق في حقبة زوجته الموجودة في بيته، وتحت بصره، ويؤيد ذلك أن حق الزوج في الحياة الخاصة يتضمن أيضا ما يتعلق بالرابطات الزوجية<sup>(4)</sup>.

الثاني: إذا تم الحصول من المتهم على المحركات بطريق غير مشروع، ولم يعترض هذا الأخير عليها حين صدور الحكم الابتدائي عليه فإن ذلك يعد تنازلا منه عن الطعن في الورقة بعد حجيتها قانونا في إثبات التهمة عليه<sup>(5)</sup>.

هذا، ويضيف المشرع المصري حالة رابعة وهي تواجد الشريك في منزل مسلم في المكان المخصص للحرمة<sup>(6)</sup>، والمقصود به منزل الرجل المسلم الذي يقيم فيه مع زوجته، حيث أعطى له المشرع حرمة خاصة، استجابة للمقتضيات الشرعية التي يتعارف عليها المسلمون من أنه يمنع غير ذي الرحم المحرم من الدخول إلى المحل المخصص للحرمة، بخلاف الملل الأخرى، وعليه يشترط في صاحب المسكن أن يكون مسلما وأن يكون الشخص المضبوط غير ذي رحم محرم من الزوجة، وأن يتم ضبطه في مخدعه أو في الأماكن المعدة لوجود المرأة بها وحدها، ولا يحول دون ذلك أن تكون الزوجة غير مسلمة، ويستوي أن يكون المسكن شقة أو حجرة في فندق أو أي مكان خاص يصلح للنوم، كما لا يشترط أن يكون هذا المكان مملوكا للزوج المسلم، فإذا كانت الزوجة غرضي وتقيم في منزل أحد أقربائها فإن ضبط الشريك في منزل هذا القريب مع الزوجة في المحل المخصص للحرمة مما

(1) سرور، المرجع السابق، ص760. أبو عامر، المرجع السابق، ص112.

(2) هنام، المرجع السابق، ص703.

(3) سرور، المرجع نفسه، ص761.

(4) عبيد، المرجع السابق، ص761. أبو عامر، المرجع نفسه، ص112.

(5) عبيد، المرجع نفسه، ص754.

(6) يأتي نص المشرع المصري على هذه الحالة استجابة للواقع الاجتماعي في مصر الذي يتسم بالتعدد الديني انظر نص (المادة 271)، وهو وصف غير متحقق في الجزائر التي يدين كل سكانها بالإسلام ولذلك لم يأت النص عليه في قانون العقوبات.

يتوافر به الدليل، إلا أن محكمة النقض المصرية ترى خلافاً لذلك أنه إذا كانت الزوجة غضبي من زوجها ومقيمة في منزل خاص لم يسكنها فيه الزوج، فوجود أجنبي في منزلها لا يكون دليلاً على الزنا<sup>(1)</sup>.

وينبغي ملاحظة أن وجود الشريك في المنزل المسلم في المحل المخصص للحريم يعد محض قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات، كأن يثبت الشريك المزعوم أنه طيب استدعي للفحص، أو أنها مكيدة مدبرة بغية الحصول على تعويض لصالح الزوج أو نحو ذلك والكلمة في الأخير ترجع إلى محكمة الموضوع وإلى اقتناع القاضي. كما يجدر التنبيه كل مرة إلى أن ضبط الشريك في هذه الحال ينبغي أن يتم وفقاً لإجراءات قانونية مشروعة إذ لا يعتد به إذا كان وليد إجراء غير مشروع كفتيش باطل واقتحام حرمة منزل أو نحو ذلك<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: حجية بعض المحاضر.

يعتبر إعطاء المشرع بعض المحاضر حجية خاصة في الإثبات ما لم تدحض بطريق الطعن العادي أو الطعن بالتزوير، استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن المحررات وسيلة إثبات كأى وسيلة أخرى بحيث تخضع لمطلق حرية القاضي في الاقتناع، ولا تحوز أية حجية خاصة في ذاتها، بل حجيتها في مدى ما تورثه من اقتناع لدى محكمة الموضوع، حتى ولو كانت هذه المحاضر محررة من طرف موظف عام-أي اتصافها بوصف الرسمية-.

فيجوز للقاضي بناء على هذا الأصل العام أن يستبعد ما من دائرة مستندات اقتناعه دون الحاجة إلى اللجوء إلى الطعن فيها بالتزوير أو بأي طريق آخر من طرق الطعن العادية، بخلاف المحاضر الحائزة لتلك الحجية والتي لا يجوز دحضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير<sup>(3)</sup>. وتستند المحاضر المستثناة من القاعدة العامة في الإثبات الجزائي في حظوتها بهذا الامتياز عد باقي المحاضر إلى نص (المادة 218/01) من قانون الإجراءات الجزائية التي تقضي من « أن المواد التي تحرر عنها محاضر لها حجيتها إلى أن يطعن فيها بالتزوير تنظمها قوانين خاصة ».

ومثال ذلك ما نصت عليه (المادة 254) من قانون الجمارك فيما يتعلق بإثبات محاضر الحجز، ومحاضر المعاينات المادية المتعلقة بمخالفة القانون المذكور، وأيضاً ما نصت عليه (المادة 28 من الأمر 75-37) فيما يتعلق بإثبات محاضر الحجز والمعاينات المادية المتعلقة بمخالفة تنظيم الأسعار على أنه لا يمكن نفي ما جاء بتلك المحاضر إلا بالطعن بالتزوير<sup>(4)</sup>. وتتلخص هذه المحاضر الحائزة لهذه الحجية الخاصة في ثلاثة أنواع تناولها فيما يأتي:

### البند الأول: محاضر الجلسات والأحكام.

وهذا إذا استوفت الشكل القانوني المطلوب، بأن ذكر في أحدها أن الإجراءات قد اتبعت، وعليه فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير<sup>(5)</sup>، كما نص عليه منطوق (المادة 218) إجراءات.

(1) سرور، المرجع السابق، ص 761.

(2) سرور، المرجع نفسه، ص 762.

(3) محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 111. سرور، المرجع نفسه، ص 755-756.

(4) زبدة، المرجع السابق، ص 109.

(5) قرار صادر في 12 أبريل 1977 من الغرفة الجنائية في الطعن (170. 15). بغدادي، المرجع السابق، ص 22 بند 44.

وتأسيسا عليه فإنه ليس للقاضي أن يحقق الوقائع والإجراءات التي ثبت بالمحضر وقوعها أثناء الجلسة كشهادة الشهود وأقوال المتهم<sup>(1)</sup>، أو أن الحكم قد نطق به في جلسة علنية، أو أن النيابة العامة كانت ممثلة في الدعوى المدنية المنظورة أمام القاضي الجزائي، أو أن المتهم قد أبدى دفعا معينا لم تفصل فيه المحكمة<sup>(2)</sup>، أو أن الشاهد قد روى تصويرا معينا للحدث، ففي كل هذه الأحوال وأشباهاها لا يجوز إثبات العكس كالمناقشة فيما رواه الشاهد من وقائع، أو الدفع بعدم صدور ما أثبت في المحضر من أقوال الشاهد منه إلا بالطعن بالتزوير أي عن طريق دعوى التزوير الفرعية<sup>(3)</sup>.

ويجدر بنا التنبيه إلى أن هذه الحجية التي تحظى بها محاضر الجلسات والأحكام القضائية لا تعني شل حرية القاضي في التقدير وإلزامه بما ورد فيها من أدلة، ما لم يثبت تزويرها، بل هو مخير، حسبما يهديه اقتناعه، بين أن يأخذ بها دون أن يعيد تحقيقها في الجلسة، أو يطرحها كليا أو جزئيا فيأخذ بالبعض ويطرح البعض الآخر دون معقب عليه في ذلك، إذ إن حجيتها قاصرة على ثبوت الوقائع والإجراءات الواردة بها، كتقويم الطلبات و الدفع مثلا، ولكنها لا تمتد إلى سلامتها وتوافر الثقة بها، فنلك مسألة موضوعية متروكة لتقدير المحكمة<sup>(4)</sup>.

#### البند الثاني: حجية محاضر المخالفات.

والمقصود بحجية محاضر المخالفات أن المحكمة غير ملزمة بإعادة تحقيق ما جاء فيها<sup>(5)</sup>، وعلى ذلك فالأمر جسوازي بشرط أن تستوفي شكلها القانوني<sup>(6)</sup>، وإلا فإن ما ورد بها لا يعدو ان يكون بمثابة شهادة مكتوبة تخضع لمطلق تقدير المحكمة وهو ما نصت عليه (المادة 214) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: « لا يكون للمحضر أو التقرير قوة الإثبات إلا إذا كان صحيحا في الشكل»، وذلك بأن « يكون قد حرره واضعه أثناء مباشرة أعمال وظيفته، وأورد فيه عن موضوع داخل في نطاق اختصاصه ما قد رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه، فإذا لم يكن المحضر مستوفيا لهذه الشروط فإنه يفقد حجيته ويصبح من قبيل مجرد الاستدلالات، ويتعين في هذه الحالة على المحكمة أن تجري التحقيق وتقصي بمحض اقتناعها.

والسند القانوني الذي تقوم عليه هذه الحجية هو (المادة 400) إجراءات التي تنص على أنه « تثبت المخالفات إما بمحاضر أو تقارير، وإما بشهادة الشهود في حالة عدم وجود محاضر أو تقارير أو محاضر مثبتة لها، ويؤخذ بالمحاضر والتقارير المحررة بمعرفة مأموري أو معاوني الضبط القضائي والضباط المنوط بهم مهام معينة للضبط القضائي الذي خول لهم القانون سلطة إثبات المخالفات كدليل إثبات، إلى أن يقوم الدليل العكسي على ما

(1) زبدة، المرجع السابق، ص 108.

(2) سرور، المرجع السابق، ص 756.

(3) سلامة، المرجع السابق، ج 02 ص 119. سرور، المرجع نفسه، ص 756.

(4) سلامة، المرجع نفسه، ج 02 ص 119. سرور، المرجع نفسه، ص 756. محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 112.

(5) محمود مصطفى، المرجع نفسه، ص 113.

(6) بمعنى أنه للمحكمة أن تجري تحقيقا لتثبيت من صحة ما تضمنته هذه المحاضر من وقائع أولتمكين الخصوم من نفي ما جاء فيها. سرور، المرجع نفسه، ص 757، وزبدة، المرجع نفسه، ص 109.

تضمنته وذلك عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك، ولا يجوز أن يقوم الدليل العكسي إلا بالكتابة أو بشهادة الشهود وبمفهوم المخالفة لا يجوز إثبات العكس بغير هذين الطريقتين من طرق الإثبات».

أما الأساس المنطقي الذي يقوم عليه ببيان هذه الحجية وتحديد طرق نفيها على سبيل الحصر فمرجعه إلى طبيعة المخالفات؛ حيث أنها ترتكب في ظروف يتعذر معها جمع الدلائل الكافية للإدانة بسبب صعوبة المحافظة على الأدلة السريعة الزوال، أو تجميع الشهود الذين حضروا الواقعة، وعليه فقد حول القانون لرجال الضبطية القضائية سلطة إثبات المخالفات في محاضر وأعطى هذه المحاضر حجية خاصة، كما هو الحال عليه بالنسبة لمخالفات المرور، والمخالفات المتعلقة بالقوانين الخاصة مثل مخالفات قانون الصيد أو الغابات أو غيرها، كما أن رجال الضبطية القضائية في الغالب يعتبرون الشاهد الوحيد على ارتكاب الجريمة، هذا بالإضافة إلى أنها جرائم عقوباتها بسيطة لا تستدعي تكليف الشهود بالحضور وتحميلهم مصاريف الانتقال وتعطيل مصالحهم لذلك<sup>(1)</sup>.

ونلاحظ هنا أن هذه الحجية قاصرة على الوقائع المادية المتعلقة بالجريمة التي أثبتتها من قام بتحريها، وهذا قيد يجتزى به عما يمكن أن يصدر من المتهم أو الغير من عبارات السب أو الشتم أو القذف في حق محرر المحضر، كما يجتزى به عن التعليقات الشخصية لمحرر المحضر وملاحظاته على الوقائع التي أثبتتها، أو المعلومات التي ينقلها عن الغير<sup>(2)</sup>.

### البند الثالث: محاضر بعض الجنح.

إذا كانت القاعدة العامة في الإثبات الجنائي أن المحاضر المثبتة للجنح تعتبر مجرد استدلالات كما تنص عليه (المادة 215) إجراءات إلا أن (المادة 216) من القانون نفسه أوردت على ذلك استثناء بقولها « في الأحوال التي يخول القانون فيها بنص خاص لمأموري الضبط القضائي أو أعوانهم أو الموظفين وأعوانهم الموكله إليهم بعض مهام الضبط القضائي سلطة إثبات جنح في محاضر أو تقارير، تكون لهذه المحاضر أو التقارير حجيتها ما لم يدحضها دليل عكسي بالكتابة أو شهادة الشهود ».

ومثال هذه المحاضر ما نصت عليه (المادة 254) من قانون الجمارك بقولها: « تثبت المحاضر الجمركية صحة المعايينات المادية التي تنقلها ما لم يقع الطعن فيها بعدم الصحة وذلك عندما يجررها موظفان تابعان لإدارة عمومية كما أن هذه المحاضر تثبت صحة الاعترافات والتصريحات المسجلة فيها ما لم يثبت العكس، وذلك مع مراعاة أحكام (المادة 213) من قانون الإجراءات الجزائية، إن المحاضر الجمركية عندما يجررها عون واحد تكون صحيحة ما لم يثبت العكس »<sup>(3)</sup>. وقد تأكد هذا الحكم في قرارات المحكمة العليا منها « أن محاضر رجال الجمارك تثبت صحة المعايينات المادية التي تتضمنها ما لم يقع الطعن فيها بعدم الصحة »<sup>(4)</sup>. كما أن التصريحات والاعترافات الواردة في هذه المحاضر لها قوة الإثبات إلى أن يثبت العكس طبقاً لنص (المادة 02/254) من قانون الجمارك.

(1) زبدة، المرجع السابق، ص 110.

(2) سرور، المرجع السابق، ص 757.

(3) زبدة، المرجع نفسه، ص 112.

(4) قرار صادر في 10 جوان 1982 من الغرفة الجنائية الثانية في الطعن (938. 22). بغدادي، المرجع السابق، ص 21 بند 41.

وعليه فإنه لا يجوز لقضاء الموضوع استبعاد اعتراف المتهم الوارد في المحضر الجمركي على أساس أن لهم السلطة التقديرية المطلقة في شأن هذا الاعتراف طبقاً (للمادة 213) إجراءات جزائية ضاربتين عرض الحائط بأحكام (المادة 02/254) من قانون الجمارك التي تنص صراحة على أن محاضر الجمارك تثبت صحة ما ورد فيها من تصريحات واعترافات ما لم يثبت العكس<sup>(1)</sup>.

ومن المحاضر التي لها هذه الحجية محاضر مفتشي العمل المثبتة للجرائم المتعلقة بتشريع العمل ما لم يطعن فيها بالتزوير<sup>(2)</sup>. وأيضاً المحاضر المحررة من قبل عونين ما لم يطعن فيها بالتزوير طبقاً لأحكام (المادة 02/505) من قانون الضرائب غير المباشرة<sup>(3)</sup>.

(1) قرار صادر في 10 جوان 1982 من الغرفة الجنائية الثانية، في الطعن (938. 22). وكذا القرار الصادر في 05 أفريل 1988، من القسم الثاني للغرفة الجنائية الثانية في الطعن (646. 47). بغدادي، المرجع السابق، ص 21 بند 41 و 42.

(2) قرار صادر في 17 يناير 1984 من القسم الثاني الغرفة الجنائية الثانية، في الطعن (412. 29). بغدادي، المرجع نفسه، ص 21 بند 41 و 42.

(3) من الأمر التشريعي رقم (76. 104 الورخ في 09 ديسمبر 1969) والمتضمن قانون الضرائب غير المباشرة. و القرار الصادر في 17 جوان 1969 من الغرفة الجنائية في الدعوى المقامة من إدارة الضرائب ضد ب. انظر بغدادي، المرجع نفسه، ص 22 بند 43.

## تمهيد وتقسيم

بقدر ما شددت الشريعة الإسلامية في العقوبات التي فرضتها لجرائم الحدود والقصاص، فقد حرصت على التضييق من نطاق توقيع هذه العقوبات، ويبدو جانب من هذا الحرص فيما قدمناه في الفصل الأول من هذا البحث، في الإلقاء بعبء إثبات الجريمة على عاتق جهة الإدعاء، وفي تقييد القاضي الفاصل في الموضوع في حكمه بالإدانة بعدم قبول ما هو أدنى في الدلالة على نسبة الجريمة إلى المتهم من القطع الذي تنتفي معه أية شبهة طارئة، وفي الشروط الخاصة للإثبات التي تتطلبها الشريعة الإسلامية.

كما يتأكد حرص الشريعة الإسلامية على التضييق من نطاق توقيع العقوبات، فيما قرره فقهاؤها من أنه إذا حفت بالواقعة الإجرامية أو بمرتكب الفعل الجرمي ملابسات أحدثت خللا في ركن من أركانها أو في دليل إثباتها، مما يجعل العقاب عليها بالعقوبة المقررة للجريمة الكاملة أفدح ضررا من عدم العقاب، وجب درء العقاب للشبهة.

ولما كنا قد تناولنا الشبهات المتعلقة بالإثبات في الفصل الأول من هذا البحث لما اقتضته الوحدة المنهجية، نعرض عنها هنا، ونتناول الشبهات المتعلقة بأركان الجريمة في هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف الشبهة وحجيتها

المبحث الثاني: الشبهات المتعلقة بركن الجريمة

المبحث الثالث: الشبهات المتعلقة بالجهل النافي للقصد الجنائي

المبحث الرابع: الشبهات المتعلقة بالإرادة المشترطة في القصد الجنائي



## الفصل الثاني

# التضييق بسبب الشبهة

المبحث الأول : تعريف الشبهة .

المبحث الثاني : الشبهات المتعلقة بسبب الجريمة .

المبحث الثالث : الشبهات المتعلقة بالجهل النائي في القصد الجنائي

المبحث الرابع : الشبهات المتعلقة بالإرادة المشتركة في

القصد الجنائي .

## المبحث الأول

### تعريف الشبهة وحجيتها في درء العقوبة.

لبيان أحكام الشبهات وآثارها في النظام العقابي بوجه عام، وفي العقوبات المقدرة على وجه الخصوص، يتوجب علينا أن نتناول هذا المبحث في مطلبين: نجعل الأول لتعريف الشبهة عند أصحاب المذاهب الفقهية، ونجعل الثاني لحجية قاعدة "درء الحدود بالشبهات" في الشريعة الإسلامية.

#### المطلب الأول: تعريف الشبهة.

الشبهة في اللغة معناها الالتباس والإشكال، واشتبه عليه الأمر التباس وأشكل ولم يتبين، وشبه عليه الأمر لبسه عليه وخلطه عليه حتى اشتبه بغيره<sup>(1)</sup>. أما الفقهاء، فلم يكن ديدهم فيه واحداً؛ إذ إن منهم من تعرض لتعريفها قاصداً أن ينطوي تعريفه على الشروط المنطقية في الحدود، بأن يكون جامعا مانعا موجزا أوضح من المعرف غير واقع في أغلاط الحد، وهي الدور والتسلسل، ومنهم من عرفها ولم يشترط على نفسه شروط الحد المنطقية، فعرفها بالمعنى المفهومي العام، ومن الفقهاء من انصب جهده على الحديث عن الجرائم وأركانها وعقوباتها من غير تنظيم ولا تنسيق، وإنما جاء حديثهم عنها وعمما يعتربها من شبهات دائرة حديثا متناثرا جريا وراء سنة التأليف في زمانهم. وعليه فسأتناول ما جاء في كتب الفقه من تعريفات، عارضا إياها أولا، ثم ممررا لها على غربال الشروط المنطقية للحد.

#### الفرع الأول: تعريف الحنفية.

أكثر من اهتم بتعريف الشبهة هم فقهاء الحنفية، ومن عرفها منهم صاحب التعريفات بأنها « ما أوجبت ظن الإباحة »<sup>(2)</sup>.

وكما هو واضح فقد اقتصر في تعريفه هذا على حال الجنائي الذي اختلط عليه حل الفعل وتحريمه، ولم يوجد ما يقوي أحد الاحتمالين عنده أو يغلب أحدهما على الآخر، ولذلك فهو تعريف غير جامع نظرا لحصره الشبهة في الركن الشرعي للجريمة ولم يشمل ما قد يطرأ على دليل إثباتها أو على قصدها الجنائي من شبهات. وجاء في فتح القدير بأنها « ما يشبه الثابت وليس بثابت »<sup>(3)</sup>، وهو تعريف مبهم ليس فيه ما يدل على شيء من جهة، ومن جهة أخرى فإن فيه نوعا من الإطلاق؛ إذ يدخل بمقتضاه كل ما يشبه الثابت في مسمى الشبهة ولا يعدم أحد ادعاءه.

(1) ابن منظور، المرجع السابق، مادة "شبه"، ج4، ص 2190.

(2) الجرجاني، المرجع السابق، ص 141.

(3) ابن الهمام، المرجع السابق، ج05 ص249. ومثله: الكاساني، المرجع السابق، ج07 ص36.

## الفرع الثاني: تعريف المالكية.

مع اهتمام فقهاء المالكية بالحديث عن الشبهات وأنواعها وأحكامها، إلا أننا لا نجد لهم تعريفا لها، أو ما يمكن عده من قبيل التعريف بالمعنى المفهومي العام، وإن كانوا فيما قالوه عنها عند بيانهم لأنواعها وحديثهم عن أحكامها وذكرهم أمثلة عن كل نوع وما يعتد به منها وما لا يعتد به، قد وافقوا ما قاله الفقهاء الآخرون بصورة تكاد تكون مطابقة إلا في القليل النادر<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثالث: تعريف الشافعية.

لم يتعرض فقهاء الشافعية إلى تعريف الشبهة في شروحهم الفقهية، على أنهم تحدثوا عنها حديثا مستفيضا بينوا فيه أنواعها وذكروا أمثلة لكل نوع، وإن كان قد جاء في بعض كتب القواعد والفروع ما يمكن عده تعريفا بالمعنى العام. فقد جاء في مغني المحتاج أنها « ما يسقط الحد »<sup>(2)</sup>، وهو غير صائب من وجهين:

الأول: أن السقوط لا يتصور إلا مع الثبوت، والشبهة أيا كان نوعها لا يثبت معها الحد، فكيف يسقط ما لم يثبت؟.

الثاني: أن هذا التعريف يصدق على المسقطات الفعلية للحد، كالغفو في حقوق العباد والتوبة في حقوق الله تعالى، والصلح والإبراء، وانعدام محل العقوبة إلى غير ذلك.

وجاء في الأشباه والنظائر بأن الشبهة هي: « ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة »<sup>(3)</sup>. وهو تعريف غير جامع؛ إذ اقتصر على شبهة الجهل الناتجة للقصد الجنائي دون غيره. كما أنه غير مانع من جهة أخرى من دخول الجهل بالأحكام حيث لا مظنة للجهل، كجهل المقيم في دار الإسلام بالأحكام الشرعية المعلومة من الدين بالضرورة، فهذا جهل لا يعد شبهة ولا يعتذر به طلبا للدرء، وسيأتي زيادة بيان لذلك - إن شاء الله -.

وقريب من هذا التعريف، ما ورد في الحدود الأنيقة من أن الشبهة هي: « التردد بين الحلال والحرام »<sup>(4)</sup> ومن ثم فإنه يرد عليه من النقد ما يرد على الأول.

## الفرع الرابع: تعريف الشيعة.

عرف فقهاء الشيعة الشبهة عند حديثهم عن جريمة الزنا بأنها: « الجهل عن قصور أو تقصير في المقدمات مع اعتقاد الحلية حال الوطء »<sup>(5)</sup>. ومع أن هذا التعريف موجه إلى الشبهة الدارئة في حد الزنا، إلا أنه يمكن حمله على كل شبهة دارئة لأي حد إذا ما قصرناه على قولهم: هو « الجهل عن قصور أو تقصير في اعتقاد الفعل محل

(1) الخرشبي، المرجع السابق، ج 08 ص 75. والدسوقي، المرجع السابق، ج 04 ص 313-314.

(2) الشربيني، المرجع السابق، ج 04 ص 144.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 109-110.

(4) الأنصاري: زكريا بن محمد، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق مازن المبارك، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1411هـ/1991م، ص 77.

(5) الموسري، مباني تكملة المنهاج، ج 01 ص 169.

الارتكاب»، وذلك لما جاء عن أبي عبد الله حين قال: «لو أن رجلا دخل في الإسلام وأقر به، ثم شرب الخمر وزنى وأكل الربا ولم يتبين له شيء من الحلال والحرام، لم يقم عليه الحد إذا كان جاهلا»<sup>(1)</sup>. ومن هذا يتبين أن الشبهة عندهم تتمثل في الجهل بالحكم مع اعتقاد الحلية.

وعرفها في البحر الزخار بأنها: «توهم الفاعل أو المفعول بأن ذلك الفعل سائغ له»<sup>(2)</sup>، وفي التاج المذهب بأنها: «ما أوجب ظن الإباحة»<sup>(3)</sup>.

ومنشأ هذا الاعتقاد الخاطئ، يرجع إلى كون الجاهل بالأحكام قريب عهد بالإسلام، أو نشأ في منأى عن الناس ولم تتح له معرفة الأحكام الصحيحة، مع ملاحظة أن يكون جهله هذا لقصوره لا لتقصيره؛ لأن من كان جهله ناتجا عن تقصيره فإنه جهل لا يلتفت إليه، ويلزم من كان جهله لهذا السبب بعقوبة ما يأتي من أفعال، وقد بينوا ذلك بقولهم أن من كان جاهلا بحكم عن تقصير، وملفتا عن جهله حال العمل، حكم عليه بالزنا وثبوت الحد، وذلك لأنه علم بالحكم الظاهري، وجهله بالواقع لا يكون في مفروض المسألة عدرا له، ومثلوا لذلك بامراة تزوجت في عدتها حالة كونها تعلم أن عليها عدة، ولكنها لا تدري كم هي، حيث ألزموها بالحد، وعللوا ذلك بقولهم إذا علمت أن عليها العدة لزمها الحجة، فتسأل حتى تعلم<sup>(4)</sup>.

وقد انتقد هذان التعريفان بأنهما قد توسعا في مسمى الشبهة كثيرا عن التعريف الأول، حيث جعلنا مجرد توهم الفاعل أو المفعول أن ما يقوم به من أفعال سائغ له إتيانه شبهة من الشبهات الدائرة للعقوبة، وبمجرد هذا التوهم لا ضابط له، وهو أمر يفتح باب ادعاء الشبهة على مصراعيه<sup>(5)</sup>.

وعليه فإن تقييد ذلك بقيد الجهالة المغتفرة أمر لا بد منه، حتى يتسنى قبول هذين التعريفين، وهو ما جاء على لسان جمهور فقهاء الشيعة، وإن لم يكن بلفظ يدل على تخصيص هذين التعريفين فقط، وإنما جاء في معرض الحديث عن الوطاء بشبهة، حين عرفه أبو القاسم الحلبي ومن وافقه بأنه: «الوطء الذي ليس بمستحق في نفس الأمر، مع اعتقاد فاعله الاستحقاق، أو صدوره بجهالة مغتفرة في الشرع، أو مع ارتفاع التكليف بسبب غير محرم»<sup>(6)</sup>.

وبهذا فقط يمكن ضبط ما قد يفهم من عموم التوهم، ورده إلى الحد الذي يحكم القول بالشبهة، وهو الجهالة المغتفرة شرعا، ومع هذا يبقى تعريف فقهاء الشيعة غير جامع لأفراد المعرف؛ إذ إنه لم يشير إلى الشبهة في الإثبات.

(1) الموسري، المرجع السابق، ج 01 ص 167.

(2) ابن المرتضى، المرجع السابق، ج 05 ص 145-147.

(3) ابن القاسم، المرجع السابق، ج 04 ص 209.

(4) ابن المرتضى، المرجع نفسه، ج 05 ص 145.

(5) الحفناوي، المرجع السابق، ص 248.

(6) أبو القاسم الحلبي، المختصر النافع، نقلا عن الحفناوي، المرجع نفسه، ص 249.

## الفرع الخامس: تعريف المعاصرين .

عرف الشيخ محمد أبو زهرة الشبهة بأنها: « الحال التي يكون عليها المرتكب أو تكون بمحل الارتكاب، ويكون معها المرتكب معذورا عذرا يسقط الحكم، ويستبدل به عقاب دونه على حسب ما يرى الحاكم »<sup>(1)</sup>.  
فقد حاول الإمام أبو زهرة في هذا التعريف أن يحدد الحالات التي تنشأ عنها الشبهة، سواء تعلقت هذه الحالات بالفاعل أو بالمفعول به. كما نص على أن شرط قيام الشبهة بالنسبة للفاعل أن يكون معذورا في ارتكابها حقيقة أو حكما. ويفهم من هذا التعريف أيضا أن الشبهة ترد على كل فعل جرمي سواء كان من جرائم الحدود أو القصاص أو التعازير، إذ لم يحدد نوعا بعينه، وأيضا جعل الأثر المترتب على الشبهة هو تحويل العقوبة من مقدرة إلى تعزيرية على حسب تقدير القاضي.

ويرد على هذا التعريف من النقد إغفاله لما يمكن أن يشوب أدلة الإثبات من شبهات يترتب على قيامها درء العقوبة، كما يرد عليه أيضا قوله بوجود تحويل العقوبة من مقدرة إلى تعزيرية، مع أن عموم الفقه يجعل الأمر على الجواز؛ إذ إن من شبهات ما يترتب على قيامها إسقاط العقوبة كلية وتبرئة ساحة المتهم مما نسب إليه تبرئة لا يمكن معها إلحاق أي عقوبة به، وذلك تبعا لقوة الشبهة، وهو ما يثبتته الإمام أبو زهرة نفسه في موضع قريب من هذا من كتابه "العقوبة في الفقه الإسلامي"<sup>(2)</sup>.

وعرف الدكتور الحفناوي الشبهة بأنها « ما يعتري أحد أركان الجريمة أو دليل إثباتها من خلل يدرأ عقوبتها الحدية »<sup>(3)</sup>. فهذا التعريف وإن انتظم الشبهة في ركن الجريمة سواء في انطباق النص، أو نتيجة تعارض أدلة التجريم والإباحة، وانتظم الشبهة فيما يعتري قصد الجاني وأهليته، وشمل ما يمكن أن يعتري أدلة إثبات الجريمة من شبهة تصبح معها غير كافية لإقامة العقوبة على الفاعل، فإنه قصر الشبهة على العقوبات الحدية دون غيرها، مجاريا في ذلك عموم الفقه، حيث لم تعتبر الشبهة دائرة للعقوبات التعزيرية عند عامة الفقهاء لاسيما المتقدمين<sup>(4)</sup>.

والظاهر أن السبب في ذلك هو الوقوف عند ظواهر النصوص التي صرححت بالدرء في الحد ولم تشر إلى غيره، أو أن مرادهم من ذلك عدم إسقاط التعزير بذات الشبهة التي تسقط بها عقوبة الحد، « بمعنى أنه إذا أتهم شخص بارتكاب جريمة حد وتبين للقاضي أن شروط الجريمة غير متوافرة، أو أن البيئة لا تنهض دليلا كافيا لإثباتها، أو كان ثمة تعارض بين دليل الحظر والإباحة، ففي هذه الحال يجوز الحكم على المجرم بعقوبة تعزيرية مع عدم جواز الحكم عليه بالعقوبة المقدرة »<sup>(5)</sup>. فإن كان هذا مقصدهم فلا منازعة فيه إذا كان مدرك الشبهة ضعيفا، أما إذا كان مدركها قويا فإنه لا يجوز توقيع أية عقوبة على مقترف الفعل الجرمي بل يجب تبرئة ساحته.

(1) أبو زهرة، العقوبة، ص 199. وأبو زهرة: هو محمد بن أحمد، أكبر العلماء في عصره، ولد بالحلبة الكرى، بمصر، كان أول تعلمه بالجامع الأحمدي، ثم بمدرسة القضاء الشرعي، ثم فرغ للتدريس بالمدارس الثانوية، وبعدها بكلية أصول الدين بالأزهر، ثم أستاذا محاضرا للدراسات العليا بالجامعة المصرية، ثم وكيلًا لكلية الحقوق بجامعة القاهرة، وبعدها بمعهد الدراسات الإسلامية، ترك كتبًا كثيرة في شتى العلوم الإسلامية، الأعلام، ج 6، ص 25-26.

(2) أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 239-240.

(3) الحفناوي، المرجع السابق، ص 250.

(4) أنظر مثلا: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 130. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 136.

(5) العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص 104.

أما إذا كان مقصودهم أن جرائم التعزير يجوز إثباتها والحكم فيها مع وجود الشبهة و لا يمتنع العقاب المقرر فيها ابتداء، فمعارض بأنه لما تأسست قاعدة "درء الحدود بالشبهات"- إضافة إلى نصوص الأحاديث والآثار الواردة عن الصحابة- على قاعدتي "افتراض البراءة في الإنسان" حتى تثبت إدانته بدليل لا يقبل التزلزل، و"أن اليقين لا يزول بالشك" بل ييقين مثله، فإن ذلك يقتضي ألا نفرق في هذا المقام بين حد وقصاص وتعزير، ولا حائل من إمضاء القاعدة في جرائم التعزير؛ لأنها إنما جعلت تحقيقاً للعدالة وصيانة للمتهمين، وكلهم محتاج إليها سواء من كانت تهمته موجبة لحد أم من كانت تهمته موجبة لقصاص أو تعزير<sup>(1)</sup>.

وأما إذا كان احتجاجهم بأن الوارد في الآثار هو الدرء في الحد لا في التعزير لقوله - صلى الله عليه وسلم- : « إدرؤوا الحدود بالشبهات »<sup>(2)</sup>، وهو ما يوجب الوقوف عند مورد النص وعدم تخطيه، فإنه لا حجة فيه؛ ذلك أنه إضافة إلى أن الأحاديث المحتج بها شديدة الضعف لا يتقوى بعضها ببعض للنعارة والتهافت كما سيأتي بيانه، فإن سلم بحجيتها فإن لفظ "الحد" في الإطلاق الشرعي، سواء في نصوص الكتاب أم في نصوص السنة، أو في أقوال السادة الصحابة - عليهم الرضوان-، ليس هو ذاته ما استقر عليه الاصطلاح عند الفقهاء؛ بل إنه أعم من ذلك وأشمل<sup>(3)</sup>؛ إذ يراد به محارم الله جميعاً سواء منها ما استوجب عقوبة أخروية دون الدنيوية أم استوجب عقوبة دنيوية، و سواء كانت العقوبة الدنيوية حداً أم قصاصاً أم تعزيراً.

يدلنا لذلك قوله تعالى: ﴿ وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ﴾ [الطلاق من الآية 01]، والمعلوم من سياق الآية أن الكلام حول إخراج المطلقة من بيت الزوجية حال العدة وليس في العقوبات الحدية أو غيرها . وأيضاً قوله - صلى الله عليه وسلم- : « من أصاب حداً فعجلت له عقوبته في الدنيا فالله أعدل من أن يثني على عبده العقوبة في الآخرة... »<sup>(4)</sup>. حتى إن الفقهاء الذين ينفون الاندراء بالشبهة في التعزير يقولون به في القصاص، مع أن القصاص عندهم قسيم للحد، وليس قسمه شأنه شأن التعزير، فما معيار التفريق إذا.

### الفرع السادس: التعريف المختار.

بناء على ما تقدم فإن التعريف المختار هو أن « الشبهة خلل يعتري أحد أركان الجريمة أو أدلة إثباتها تدرئ به العقوبة ». فهذا التعريف جامع لكل أفراد المعرف بانتظامه الشبهة في الركن، سواء كان في انطباق النص أو سواء كان نتيجة تعارض أدلة العرض والإباحة، وانتظم الشبهة في الركن المعنوي، فيما يعتري قصد الجاني وأهليته، كما شمل ما يمكن أن يعرض لأدلة إثبات الجريمة من شبهة تصبح معها غير كافية لإقامة العقوبة على الفاعل سواء، كان دليل الإثبات إقرار الجاني أو شهادة الشهود<sup>(5)</sup>، ولتوضيح ذلك نضرب الأمثلة الآتية :

(1) عودة، المرجع السابق، ج 01، ص 216.

(2) سيأتي تحريجه إن شاء الله، ص 122.

(3) يقول الإمام ابن تيمية: « الحدود في لفظ الكتاب والسنة يراد بها الفصل بين الحلال والحرام (...). وأما تسمية العقوبة المقدرة حداً فهو عرف حادث ». ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 28 ص 348.

(4) سبق تحريجه ص 67.

(5) الحفناوي، المرجع السابق، ص 250.

- 1- الشبهة الناتجة عن اختلاف الفقهاء حول انطباق النص على المكان الذي وقعت فيه الجريمة، كما في حالة ارتكاب مسلم جنائية في دار الحرب؛ فقد اختلف الفقهاء في إلزامه العقوبة، فذهب الجمهور إلى إلزامه إياها باعتبار أنه مسلم تتبعه التكاليف الشرعية أينما حل وحيثما ارتحل، لعموم نصوص الأمر والنهي، وذهب الحنفية إلى عدم إلزامه ذلك تعويلاً على شرطهم في إقامة العقوبة بدخول الجاني تحت ولاية الإمام وقدرته عليه، وهذا لا قدرة للإمام عليه؛ لأنه في مكان لا سلطة للدولة فيه<sup>(1)</sup>، فوجود هذا الاختلاف ينتج شبهة تنهض لدرء العقوبة.
- 2- ومثال الشبهة الناتجة عن وجود تعارض بين دليلي الحظر والإباحة في ظاهر الأمر، حال ما إذا سرق الوالد من مال ولده؛ فباعتبار أن نصوص السرقة عامة تنتظم مثل هذه الواقعة وجب إيقاع الحد عليه، غير أن ثمة حديثاً لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول فيه: "الابن وماله لأبيه" ووجود مثل هذا الدليل ينتج شبهة تدرأ عقوبة السرقة عن الوالد<sup>(2)</sup>.
- 3- ومثال الشبهة النافية للقصد الجنائي في الارتكاب، حال من يبطأ امرأة وجدها على فراشه على أنها زوجته فيتضح أنها أجنبية<sup>(3)</sup>. نظراً لوجود التشابه بينها وبين زوجته حيث لم يتمكن من التفريق، أو لأنه كفيف لا يبصر، ففي هذه الحال ينتفي قصده، وتنشأ الشبهة الدارئة لعدم قيام الركن المعنوي.
- 4- ومثال الشبهة الناتجة عن الخلل الطارئ على أدلة الإثبات، إقرار المتهم تحت سوط الإكراه والتعذيب بما يلزمه العقوبة، أو تناقض شهود الزنا في تحديد ماهية الفعل، أو مكانه، أو صفة المزيبي بها، على ما سبق تفصيله في الفصل الأول من هذا البحث.

### المطلب الثاني: حجية الشبهة في درء العقوبة.

يسود اتجاهان في الفقه الإسلامي بصدد الاعتداد بالشبهة في درء العقوبة، فيذهب غالبية الفقه الإسلامي إلى الاحتجاج بها، وإعمالها على أنها قاعدة نصية ثابتة عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، بينما يخالف ابن حزم في ذلك فيقول أن الحدود كما أنها لا تثبت بشبهة، فإنها لا تدرأ بشبهة، مع عدم تسليمه بأن القاعدة المذكورة قاعدة

(1) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 05، ص 266. البارقي، المرجع السابق، ج 05، ص 266.

(2) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 284. والحديث أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب الرجل يأكل من مال ولده، (353)، ج 03، ص 289 عن ابن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لأبي معشر الدارمي: «أنت ومالك لأبيك»، والبيهقي، كتاب النفقات، باب نفقة الأبوين، ج 07، ص 481. والخطيب في تاريخ بغداد، ج 12، ص 49. والطحاوي في مشكل الآثار، باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من قوله «أنت ومالك لأبيك» ج 02، ص 230. وفي شرح المعاني، كتاب القضاء والشهادات، باب الوالد هل يملك مال ولده أم لا، (6151)، ج 04، ص 158. وابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب في الرجل يأخذ من مال ولده، (2736)، ج 07، ص 158-161، وج 14، ص 196-197. وسعيد ابن منصور في سننه، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به، (2291-2292)، ج 02، ص 115. وأبو يوسف في الخراج، ص 177، والعقيلي في الضعفاء الكبير، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بلا تاريخ، باب العين، ترجمة عبد الله بن إسماعيل الحراني، (784)، ج 04، ص 234. وأخرجه البيهقي، كتاب النفقات، باب نفقة الأبوين، ج 07، ص 480، بلفظ «أنت ومالك لوالدك». وأحمد، ج 02، ص 178-179-214، وابن الجارود، باب ما جاء في النحل والهبات، (995)، ص 249.

(3) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02، ص 268.

نصية، حيث طعن في صحة نسبتها إلى النبي - صلى الله عليه وسلم-، و سأعرض الرأيين وأدلتهما النقلية والعقلية، مع مناقشة أدلة كل فريق وترجيح الرأي القوي، وأختم بتوضيح أثر الخلاف، هل هو خلاف جوهري له أثر من الناحية العملية من حيث توقيع العقوبة أو عدمها، أم أنه لا يعدو أن يكون خلافاً لفظياً ونزاعاً شكلياً، وحينها لا مشاحة في الاصطلاح إذا اتفق المعنى .

### الفرع الأول: أدلة الجمهور على حجية قاعدة "الحدود تدرأ بالشبهات".

يعمل جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدة "درء الحدود بالشبهات"، اعتماداً على جملة من الأدلة النقلية الواردة عن الرسول- صلى الله عليه وسلم- وعن أصحابه الأطهار -رضوان الله عليهم- قولاً وفعلاً وتقريراً، كما يستندون إلى طائفة من الأدلة العقلية المستفادة من مقاصد الشريعة ومبادئها العامة، وفيما يلي بيان ذلك تفصيلاً .

#### البند الأول: الأدلة النقلية.

استدل جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية على أن "الحدود تدرأ بالشبهات" حجة في الشرع، بجملة من الأحاديث النبوية الشريفة المرفوعة حقيقة أو حكماً، منها ما ورد عن النبي- صلى الله عليه وسلم- أنه قال: « إدرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة »<sup>(1)</sup>. وأيضاً قوله- صلى الله عليه وسلم-: « إدرؤوا الحدود بالشبهات »<sup>(2)</sup>. وفي حديث آخر

(1) الزيلعي، التبيين، ج3، ص175. ابن مردود، المرجع السابق، ج4، ص80. والحديث أخرجه الترمذي، أبواب الحدود، باب ما جاء في درء الحد، ج6، ص198 من طريق محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة، وقال: لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الطريق، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد ولم يرفعه، ورواية وكيع أصح. ويزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث إهـ. وأخرجه الدارقطني، كتاب الحدود والديات وغيره، ج3، ص84، بهذا الطريق، وقال العلامة أبو الطيب في التعليق عليه: وفي إسناده يزيد بن أبي زياد الدمشقي وهو ضعيف، قد قال البخاري فيه "منكر الحديث"، وقال النسائي: متروك. ورواه وكيع عنه موقوفاً وهو أصح، ورواه رشدين عن عقيل عن الزهري، ورشدين ضعيف أيضاً، إهـ. وأخرجه البيهقي، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، ج8، ص238، بهذا الطريق، وقال: روي مرفوعاً وموقوفاً عن عائشة من طريق وكيع وهو أقرب للصواب، إهـ. وأخرجه الحاكم، كتاب الحدود، باب إن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله، ج4، ص238، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وتعبه الذهبي فقال: فيه يزيد بن أبي زياد قال فيه النسائي متروك. وذكره الزيلعي في نصب الراية، ج3، ص309 وقال: قال الترمذي في علل الكبير: قال محمد بن إسماعيل يزيد بن زياد منكر الحديث ذاهب، إهـ.

وعليه فإن مدار الطعن في الحديث على يزيد بن أبي زياد الدمشقي فهو شديد الضعف، كما قاله النقاد والمحققون، فقد قال البيهقي: ضعيف، وقال الذهبي مجمع على ضعفه، وضعفه الترمذي، وقال البخاري منكر الحديث، وقال النسائي متروك، انظر: النسائي، الضعفاء والمتروكين، ص45. الذهبي، المعنى في الضعفاء، ج1، ص243. وعلى ذلك فهو شديد الضعف لا يتقوى بالشواهد والمتابعات للنعارة والملاك.

(2) المرغاني، المرجع السابق، ج2، ص287. ابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص248. الباقري، المرجع السابق، ج5، ص248. الزيلعي، التبيين، ج3، ص175. ابن مردود، المرجع نفسه، ج4، ص80. والحديث أخرجه الحارثي في مسند أبي حنيفة من طريق أبي سعيد بن جعفر الجرهمي، عن يحيى بن فروخ، عن محمد بن بشر، عن أبي حنيفة عن ابن عباس مرفوعاً. أنظر ابن حجر، التلخيص، باب حد الزنا (1755) ج4، ص56 والزيلعي في نصب الراية ج3، ص333 وقال غريب بهذا اللفظ. وقال ابن بن حجر في الدراية ج2، ص80 لم أجده مرفوعاً. وأخرجه الدارقطني في كتاب الحدود والديات ج3، ص84. مرفوعاً عن علي بلفظ « ادرؤوا الحدود » من طريق أبي كريب عن معاوية بن هشام، عن مختار التمار، عن أبي مطر. وأخرجه البيهقي، كتاب الحدود وما جاء في درء الحدود بالشبهات ج8، ص238 عن علي مرفوعاً بنفس الطريق. وذكره الزيلعي في نصب الراية ج3، ص309، وقال: مختار التمار ضعيف. وقال العلامة أبو الطيب في تعليقه على سنن الدارقطني ج3، ص84: المختار بن نافع وهو التمار منكر الحديث قاله البخاري كما في التلخيص، إهـ. وقال محقق مسند أبي يعلى ج11، ص494: وأبو مطر سماه المزني في شيوخ مختار فقال: "عمرو-



« ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا »<sup>(1)</sup>.

و مما استدلووا به أيضا احتياله-صلى الله عليه وسلم- فيما روي عنه في درء العقوبة في أكثر من موضع، من ذلك أنه-صلى الله عليه وسلم- لم يكتف بحجج ما عزم مقرا بما ارتكبه، ولكنه استفهمه وراجعه إلى الحد الذي وصل به استفهامه إياه إلى نطقه-صلى الله عليه وسلم- بكلمة ما كان لينطق بها لولا ما في الموقف من ضرورة التأكد وإزالة الشك والاحتيال في الدرء، ولم تسمع منه-صلى الله عليه وسلم- تلك الكلمة إلا في هذا الموطن الذي لم يكتف فيه إلا بما يصور الواقعة تصويرا حسيًا، ومن ذلك أيضا تلقينه-صلى الله عليه وسلم- الرجوع وتعريضه بالإنكار للذي أقر بالسرقة ولم يوجد معه المتاع، فقال: « ما إخاله سرق »، وكذلك فعله بالجارية التي أتت بها إليه في جريمة سرقة فقال لها: « أسرقت؟ قولي لا »، فقالت لا فخلى سبيلها<sup>(2)</sup>. وفي هذا دلالة واضحة على إثارة-صلى الله عليه وسلم- درء الحد عن إقامته بمجرد ادعاء الشبهة، حفظا للمهج وسلامة الأعضاء إذا تحقق الارتداع والانزجار عن حدود الله تعالى، وهي المقصد الأسمى من تشريع الحدود، أن تكون رمزا مانعا لا عاما جامعًا.

ومما استدلووا به من أقوال الصحابة وأفعالهم، ما ورد عن عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- أنه قال: « لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات »<sup>(3)</sup>. وعن معاذ بن جبل وعبد الله بن مسعود وعقبة ابن عامر-رضوان الله عنهم- أنهم قالوا: « إذا اشتبه عليك الحد فادرأ ما استطعت »<sup>(4)</sup>.

وروي عن سعيد بن المسيب-رضي الله عنه- أنه قال: « ذكرنا الزنا بالشام، فقال رجل: زنت البارحة، فقالوا: ما تقول، قال: ما علمت أن الله عز وجل حرمه، فكتبوا بذلك إلى عمر بن الخطاب، فكتب إليهم: إن كان عالما فحدوه، وإن لم يكن علم فعلموه، فإن عاد فارجموه »<sup>(5)</sup>.

-ابن عبد الله الجهني" وذكره البخاري ولم يذكر اسمه، ولم يورد فيه جرحا ولا تعديلا، وقال أبو زرعة: « ما أعرف اسمه »، وقال أبو حاتم في الجرح والتعديل مجهول لا يعرف وتركه حفص بن غياث.

(1) الزيلعي، المرجع السابق، ج 03 ص 175. والحديث أخرجه ابن ماجه باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات (2545) ج 02 ص 850، من طريق عبد الله بن الجراح عن وكيع عن إبراهيم بن الفضل المخزومي عن سعيد المقرئ عن أبي هريرة مرفوعا، وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده، تحقيق حسن سليم أسد، الطبعة الأولى، دار الثقافة العربية -بيروت-، 1413هـ/1992م، (6618-777)، ج 11 ص 494، من طريق إسحاق بن إسرائيل عن وكيع عن إبراهيم بن الفضل المخزومي عن سعيد المقرئ عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: « ادروا الحدود ما استطعتم ». وذكره الغماري في الانتهاج، ص 265 وقال: وفيه إبراهيم بن الفضل ضعيف، وقال الألباني في ضعيف ابن ماجه (554-2545)، ص 202: ضعيف. كذا في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، 1405هـ/1985م، (2356)، ج 08 ص 26.

(2) سبق تخريجه، ص 66.

(3) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 05، ص 248. والحديث أخرجه ابن حزم في كتاب الإيصال بلفظ « لأن أخطئ في الحدود... » كما ذكره ابن حجر في التلخيص، كتاب حد الزنا (1755)، ج 04، ص 56. والبيهقي ج 08 ص 238 بنفس الطريق وقال منقطع وموقوف. وأبو يوسف في الخراج ص 165، من طريق النخعي، وابن أبي شيبة في مصنفه، ج 06، ص 514. وقال الغماري في الانتهاج، ص 265 إسناده صحيح.

(4) ابن الهمام، المرجع نفسه، ج 05، ص 248. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 194. والحديث أخرجه الدارقطني كتاب الحدود والديات وغيرها، ج 03، ص 84، والبيهقي ج 08، ص 238 كلاهما من طريق أبي هشام الرفاسي، عن عبد السلام بن حرب عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة عن عمرو بن شعيب عن أبيه. قال العلامة أبو الطيب معلول بإسحاق فإنه متروك.

(5) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02، ص 267. والحديث أخرجه عبد الرزاق باب لا حد إلا على من علمه (13740) ج 07، ص 409، من طريق ابن عينة عن عمرو بن دينار عن ابن المسيب. وسعيد بن المسيب هو: العلامة أبو محمد القرشي المخزومي، عالم المدينة، رأى عمر وسمع من عثمان-

وروي أن جارية سوداء رفعت إلى عمر-رضي الله عنه- بأنها زنت فحفظها بالدرة خفقات وقال: أي لكاع زنيت؟ فقالت من غواش بدرهمين؛ تخبر بصاحبها الذي زنى بها ومهرها الذي أعطاها، فقال عمر -رضي الله عنه- ما ترون؟، وعنده علي وعثمان وعبد الرحمن بن عوف فقال علي: أرى أن ترجمها، وقال عبد الرحمن: أرى ما رأى أخوك، فقال لعثمان: ما تقول، قال: أراها تستهل بالذي صنعت لا ترى به بأساً، وإنما حد الله علي من علم أمر الله عز وجل، فقال: صدقت <sup>(1)</sup>.

ووجه الدلالة في كل هذه الأحاديث التي سقناها في معرض الاستدلال على حجية الشبهة وإعمالها في درء العقاب متى حامت الشكوك حول أركان الجريمة أو دليل إثباتها، وجوب إعمال القواعد الفقهية المؤكدة لبراءة المتهم مما نسب إليه إلا بالدليل القاطع الذي لا يحتمل الشك والاستدراك.

هذا، وقد أجمع فقهاء الأمة من عصر الصحابة -رضوان الله عليهم- إلى يومنا هذا على أن الحدود لا تقام إذا حفت بها الشبهات، سواء في أدلة إثباتها أم في أركانها، ولم يخالف في ذلك أحد، جاء في فتح القدير « وفي إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية <sup>(2)</sup>، وقد ذكر ابن قدامة أنه قول الأكثر، وحكى عن ابن المنذر قوله « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهة <sup>(3)</sup>».

وفي الإجماع رفع للزاع القائم حول ثبوت صحة الأحاديث المروية عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وعدم صحتها؛ إذ إن فيه الحجة على أن القاعدة معمول بها معول عليها، يقول القرافي: « قلت لبعض الفضلاء: الحديث الذي يستدل به الفقهاء وهو ما يروى " ادروا الحدود بالشبهات " لم يصح ، وإذا لم يصح ما يكون معتمداً في هذه الأحكام ، قال لي: يكفيني أن نقول : حيث أجمعنا على إقامة الحد إذا كان سالماً عن الشبهة وما قصر عن محل الإجماع لا يلحق به عملاً بالأصل حتى يدل دليل على إقامة الحد في صور الشبهات <sup>(4)</sup>».

### البند الثاني: الأدلة العقلية على حجية القاعدة.

إلى جانب الأدلة النقلية التي سبق سوقها، فقد تذرع جمهور الفقهاء إلى القول بحجية قاعدة " درء الحدود بالشبهات " بجملة من الأسانيد العقلية نسوقها فيما يأتي:

1- إن الإبقاء على حياة الإنسان مصلحة عظيمة تتحقق بها علة الخلق، وهي عبادة الله تعالى وعمارة الأرض وخلافته فيها. وإقامة الحدود وتوقيع سائر العقوبات المتلفة للنفوس قد يترتب عليها فناء بعض من تقام عليه، كما

وعلي وزيد بن ثابت، وروى عن أبي بن كعب مرسلًا، وبلال وسعد بن عباد وأبي ذر، وغيرهم، وخلق كثير من الصحابة رضوان الله عليهم، وروى عنه إدريس بن صبيح وأسامة بن زيد والليث وإسماعيل بن أمية، وغيرهم. توفي -رضي الله عنه- عام 94 هـ وقيل 95 هـ. السير، ج 04 ص 217-245. طبقات ابن سعد، ج 05 ص 115-144.

(1) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 268. والحديث أخرجه عبد الرزاق ( 13744-13745-13747 ) ج 07 ص 403-405 بقريب من هذا اللفظ في حديث طويل.

(2) ابن الممام، المرجع السابق، ج 05 ص 249.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 155.

(4) القرافي، المرجع السابق، ج 04 ص 174.

إذا كان رجماً للزاني المحصن؛ لذلك وجب التثبيت واليقين من تحقق موجب ذلك يقينا لا يخالطه شك ولا يمازجه ريب، ولا يتحقق يقين مع وجود الشبهة؛ لذا فهي تدرأ بالحد، يقول العز بن عبد السلام: «إنما غلب درء الحد مع تحقق الشبهة؛ لأن المصلحة العظمى في استيفاء الإنسان لعبادة الديان، والحدود أسباب محظرة فلا تثبت إلا عند كمال المفسدة وتمحضها»<sup>(1)</sup>.

2- الشريعة الإسلامية -وهي العدل والرحمة- تقرر أن العقوبة إن لم تكن مساوية للجريمة من حيث اكتمالها، فلا يجوز أن تزيد عنها بحال من الأحوال، جاء في مقاصد الشريعة «وكذلك لم يجوز أن تكون الزواجر والعقوبات والحدود إلا إصلاحاً لحال الناس بما هو اللازم في نفعهم دون ما دونه ودون ما فوقه؛ لأنه لو أصلحهم ما دونه ما تجاوزت الشريعة إلى ما فوقه، ولأنه لو كان العقاب فوق اللازم للنفع لكان قد خرج إلى النكايه دون مجرد الإصلاح»<sup>(2)</sup>. وعلى هذا فإذا شابت الجناية شبهة، فالعقاب عليها بالعقوبة المقررة للجناية الكاملة حيف وجور ياباها عدل الإسلام وإنصافه، يقول صاحب البدائع: «إن الحد عقوبة متكاملة فتستدعي جناية متكاملة، والنكاح لا تتكامل جنائته إلا عند انقضاء الشبهة، فإذا كانت هناك شبهة كانت الجناية غير متكاملة»<sup>(3)</sup>.

3- إن الشريعة الإسلامية تهدف إلى إزالة الضرر ودفع المفسد، الذي هو مقدم على جلب المصالح، وإقامة العقوبات وإن كان فيها مصلحة، إلا أن الضرر الذي يقع بسببها على من تقام عليه ضرر كبير، وإذا فلا يجب عقاب إلا بحقه؛ لأن الضرر بدون تأكد موجه ظلم، والله لا يحب الظلم<sup>(4)</sup>. قال في نيل الأوطار: «إن إقامة الحد إضرار بمن لا يجوز الإضرار به، والإضرار أقبح عقلاً وشرعاً، فلا يجوز منه إلا ما أجازته الشارع كالحدود بعد حصول اليقين، ولا يقين مع قيام الشبهة»<sup>(5)</sup>.

هذا وإن ما عرضه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من أدلة نقلية وعقلية على قاعدة "درء الحدود بالشبهات" يبين ما تهدف إليه الشريعة من حرصها على إحقاق الحق وتوقي العدل، وإبقاء ما هو متيقن حتى يثبت يقينا عكسه، عندئذ يقام الحد، فإن لم يتيقن وجوب العقوبة على من قدم للمحاكمة، درئت عنه إعمالاً للقاعدة.

### الفرع الثاني: أدلة ابن حزم على نفي حجية القاعدة.

ذهب الظاهرية إلى رد قاعدة "درء الحدود بالشبهات" وعدم إعمالها، يقول ابن حزم: «ذهب قوم إلى أن الحدود تدرأ بالشبهات، وأشداهم قولاً بها واستعمالاً لها، أبو حنيفة وأصحابه، ثم المالكيون، ثم الشافعيون، وذهب

(1) ابن عبد السلام، المرجع السابق، ج 02 ص 161. والعز هو: عبد العزيز بن عبد السلام بن القاسم السلمي، الدمشقي، سلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، تفقه بالفخر بن عساكر، وتفقه به ابن دقيق العيد، والشهاب القراني، وغيرهم، له تصانيف. ولد نشأ بدمشق ومات سنة 660هـ. السبكي: تاج الدين عبد الوهاب، طبقات الشافعية الكبرى، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، بلا تاريخ. الأعلام، ج 04 ص 21.

(2) ابن عاشور، المرجع السابق، ص 100.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 34، بتصرف.

(4) الحفناوي، المرجع السابق، ص 273-274.

(5) الشوكاني، النيل، ج 02 ص 110.

أصحابنا إلى أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة، ولا أن تقام بشبهة، وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد»<sup>(1)</sup>. واستند في ذلك إلى جملة من الأدلة نذكرها فيما يأتي:

1- أن ما استند إليه جمهور الفقهاء من حديث « إدرؤوا الحدود بالشبهات »، ومن الآثار الواردة عن الصحابة -رضوان الله عليهم- مطعون في نسبتها إلى من نسبت إليه يقول ابن حزم: « وأما "درء الحدود بالشبهات"، فما جاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم- قط من طريق فيها خير، ولا نعلمه أيضا جاء عنه -عليه السلام- لا مسندا ولا مرسلا وإنما هو قول مروى عن ابن مسعود -رضي الله عنه- وعمر»<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا فإن ابن حزم يطعن في صحة الاحتجاج بهذه الآثار المروية عن النبي - صلى الله عليه وسلم- وعن أصحابه؛ إذ استعمل في النسبة لابن مسعود وعمر لفظ التمييز (روى)، وهو يدل على التضعيف، ويؤيد هذا قوله: « فنظرنا فيه -أي لفظ القاعدة- فوجدناه قد جاء من طرق ليس فيها عن النبي - صلى الله عليه وسلم- نص ولا كلمة، وإنما هي عن بعض الصحابة من طرق كلها لا خير فيها»<sup>(3)</sup>.

2- أن إعمال هذه القاعدة يؤدي حتما إلى إبطال الحدود جملة، وذلك لأن كل واحد بمقدوره أن يدعي الشبهة فيدرأ عن نفسه أي حد يلزمه، وهذا خلاف إجماع أهل الإسلام، وخلاف الدين والقرآن والسنن<sup>(4)</sup>.

3- نسبة القول بالشبهة، فما جاز لأحد أن يقول فيه: هذا شبهة، جاز لغيره أن يقول: بل ليس بشبهة. وعلى ذلك فمؤدى الشبهة غير منضبط بحيث يتفق عليه، ومثل هذا لا يحل استعماله في دين الله تعالى؛ إذ لم يأت به قرآن ولا سنة صحيحة ولا سقيمة، ولا قول صاحب ولا قياس ولا معقول، مع الاختلاط الذي فيه<sup>(5)</sup>. هذا رد ابن حزم لقاعدة "درء الحدود بالشبهات". وعلى ذلك فالحدود عنده كما أنها لا تثبت مع وجود الشبهة فإنها لا تسقط بوجودها.

هذا، وقد رد على ابن حزم فيما أورده من طعون موجهة لما استدل به جمهور الفقهاء بما يأتي:

1- أما طعنه في الآثار المروية عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- في قوله: « ادرؤوا الحدود بالشبهات»، بأنها مراسيل، فالإرسال لا ينفي صحة الحديث في مثل هذا؛ لأن الموقوف في هذا له حكم المرفوع، ذلك أن إسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل، بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة، فحيث ذكره الصحابي حكم له بالرفع وحمل على السماع؛ لأنهم -أي الصحابة- يرفعونه تارة ويفتون به أخرى، كما أن الرواية المرسلة إذا وردت رواية أخرى تتضمن معناها فإنها تعضدها وتقويها<sup>(6)</sup>.

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج12 ص57.

(2) ابن حزم، المرجع نفسه، ج12 ص59، بتصرف.

(3) ابن حزم، المرجع نفسه، ج12 ص59.

(4) ابن حزم، المرجع نفسه، ج12، ص59-60. وقد استند أستاذنا الدكتور أبو المعاطي إلى هذا المرر في رده للقاعدة المذكورة. أنظر: أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية بالجامعة المصرية، 1973م، طبعة 1976م، ص251.

(5) ابن حزم، المرجع نفسه، ج12 ص60.

(6) ابن الهمام، المرجع السابق، ج05 ص249. الزيلعي، التبيين، ج03 ص175.

وأيضاً فإن في تتبع المروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم- والصحابة الأظهر ما يقطع في المسألة، فقد راجع النبي - صلى الله عليه وسلم- ماعزاً عند مجيئه مقراً، وكأنه - صلى الله عليه وسلم- كان يلقنه الرجوع عن الإقرار، والمراجعة وإن كان من بين أهدافها التأكيد والاستيثاق إلا أن الوصول بها إلى حد إعراض النبي - صلى الله عليه وسلم- عن ماعز -رضي الله عنه- يدل على ترجيح إرادة الرجوع عن التأكيد والاستيثاق، لأنه - صلى الله عليه وسلم- لو كان يريد التأكيد والاستيثاق وحسب لأقبل على ماعز إقبال من يريد التأكيد، أما وقد أعرض وأشاح بوجهه الشريف، وأجل الاستفصال والتأكد إلى ما بعد الرابعة، فإن ذلك يدل على المراجعة، وإيثار التوبة على توقيع العقوبة، وما حدث منه - صلى الله عليه وسلم- مع ماعز -رضي الله عنه- حدث مع الغامدية أيضاً، ومع من جيء به وقد سرق؛ إذ قال له - صلى الله عليه وسلم-: «أسرقت ما إخاله سرق»<sup>(1)</sup>.

هذا، وقد شكك ابن حزم في أن مقالة النبي - صلى الله عليه وسلم- لماعز لم تكن محاولة لإرجاعه عن إقراره، وإنما لتهمته إياه في عقله بجنون أو سكر وفي جهله حقيقة الزنا<sup>(2)</sup>.

ونوقش بأن تهمته - صلى الله عليه وسلم- لماعز في عقله أو جهله وإعراضه عنه لذلك هو عينه الشبهة التي رد ابن حزم القول بها؛ لأن ذلك يورث الشك في دليل الإثبات أو في القصد الجنائي أو فيهما معاً، لهذا أراد النبي - صلى الله عليه وسلم- بالمراجعة -على حد قول ابن حزم- الاستيثاق وما ذلك إلا إزالة للشبهة<sup>(3)</sup>، ثم ما مراد ابن حزم بالجهل بالزنا؟ أليس هو الجهل النافي للقصد الجنائي في الارتكاب الذي يورث الشبهة في الركن المعنوي. والثابت أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- قد راجع ماعزاً بقوله «لعلك»<sup>(4)</sup>، حتى وصل إلى حد النطق بما يكره، وهذا ثابت عند ابن حزم، إذا فما هدف الرسول - صلى الله عليه وسلم- من ذلك كله.

إن كان التأكيد من سلامة الإقرار لإقامة الحد بحيث لا يقيمه بشبهة فهذا مسلم به لابن حزم وأصحابه ولا مبرر فيه للتزاع، وإن كان للتأكد من عدم وجود شبهة تتصل بالجاني أو بدليل الجنائية أو بأركانها المادية، وهذا ما لا يستطيع أحد إنكاره، فهذا هو الدليل القاطع على إعمال قاعدة "درء الحدود بالشبهات"، يقدمه ابن حزم نفسه راداً على نفسه، فيقول: «إنما روي عن بعض الصحابة أنه قال: كنا نتحدث أن ماعزاً والغامدية لو رجعا بعد اعترافهما أو لم يرجعا (بعد اعترافهما) لم يطلبهما»، ويعلق على هذا بقوله: «وهذا ظن والظن لا يجوز القطع به، وقول القائل لو فعل فلان كذا لفعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم- أمر كذا ليس بشيء، إذ لم يفعل ذلك بفلان»<sup>(5)</sup>.

ورد على ابن حزم بأن الأمر ليس بظن وإنما هو تقرير لما كان عليه النبي - صلى الله عليه وسلم- وأصحابه، وإطلاق ابن حزم على هذه الحالة أنها من باب الظن إطلاق خطأ؛ إذ إن الظن يتحقق فيما لو أن ماعزاً والغامدية رجعا عن إقرارهما أو لم يرجعا إلى الرسول - صلى الله عليه وسلم- بعد الإقرار الأول، فظن الصحابة أن الحد قد سقط

(1) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 05 ص 249. والأحاديث سبق تخريجها، ص 66، 67، 83.

(2) ابن حزم، المرجع السابق، ج 12 ص 94.

(3) الحفناوي، المرجع السابق، ص 279.

(4) والحديث سبق تخرجه، ص 83.

(5) ابن حزم، المرجع نفسه، ج 09 ص 125.

عنهما وقالوا مقاتلتهم هذه، وإذا بالرسول - صلى الله عليه وسلم - يقيم الحد عليهما بإقرارهما مرة واحدة، أو يرسل يطلبهما ويستنطقهما بالإقرار.

هذه هي الحالة التي يمكن أن يطلق على ما قاله الصحابة ما ذكره ابن حزم من أنه ظن والظن لا يجوز القطع به، ولكن الحال مختلفة والأمر مغاير، فما قاله الصحابة ليس بظن، وإنما هو تقرير لما كان عليه الرسول - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه الأبرار.

كما أن ابن حزم قال فيما ذكره عن جابر وأقر بصحة وروده عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - « أنا أعلم الناس بأمر ماعز، وإنما قال الرسول - صلى الله عليه وسلم - " هلا تركتموه وجئتموني به " ليستثبت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - منه »<sup>(1)</sup> فأما لترك حد فلا. هذا نص كلام جابر - رضي الله عنه - فهو أعلم بذلك، ولم يرجع ماعز قط عن إقراره وإنما قال: « ردوني إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فإن قومي قتلوني وغروني من نفسي وأخبروني بأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - غير قاتلي ». ووجه الدلالة هنا في أمرين:

**الأول:** قول جابر - رضي الله عنه -: « ليستثبت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - »، فما مقصوده من " يستثبت " هذه مع أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قد راجع ماعزا واستفسر منه وسأل قومه عنه، ثم إن الاستثبات هنا لا يمكن أن يكون معناه إثبات الجريمة على ماعز لأنها ثبتت عليه وبدأ التنفيذ، ولو لم تثبت لما كان لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يأمر برجمه، وعلى ذلك فلا يبقى من معنى يستثبت هاهنا إلا التأكد من عدم وجود ما يدرأ الحد عن ماعز كرجوعه عن إقراره مثلا، أو غير ذلك من الشبهات الدارئة التي يحتمل أن يثيرها ماعز - رضي الله عنه -.

**الثاني:** عند قول ماعز - رضي الله عنه -: « إن قومي قتلوني وغروني من نفسي، وأخبروني أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - غير قاتلي »، فهذا القول يدل صراحة على أن ماعزا قد توهم أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سيعفو عنه كما أخبره قومه، وهذا ما دفع به إلى الإصرار على إقراره بالرغم من مراجعة الرسول - صلى الله عليه وسلم - له، والنتيجة أن ماعزا لو لم يكن متوهما ذلك لما استمر في إقراره، ولرجع عنه قبل أن يصل به إلى حالته التي كان فيها، ويتبين من ذلك في وضوح أن رجوع ماعز عن إقراره كان كافيا لدفع العقاب عنه وإسقاط ما لزمه من حد نتيجة إقراره<sup>(2)</sup>.

أما الطعن الثاني الذي وجهه ابن حزم إلى قاعدة "درء الحدود بالشبهات" أن في إعمالها تعطيلاً للحدود وإبطالا لها؛ إذ إن في مقدور كل واحد أن يدرأ عن نفسه حدا يأتيه، فقد ردّ بما يأتي:

**1-** يناقض ما ذهب إليه ابن حزم من الحرص على الإبقاء على الإدانة بالحد وعدم نفيها وإسقاطها، ما ورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من نصوص تأمر المسلم أن يستر نفسه بستر الله سبحانه وتعالى، وفي ذلك حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: « أيها الناس، قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله، فمن أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله، فإنه من يدلنا صفحته نقم عليه كتاب الله »<sup>(3)</sup>. فهذا الحديث الشريف قد حض

(1) الحفناوي، المرجع السابق، ص 280. والحديث سبق تخريجه، ص 65، ص 83.

(2) الحفناوي، المرجع نفسه، ص 281-282. والحديث سبق تخريجه، ص 65.

(3) سبق تخريجه ص 67.

المسلمين على التستر على أنفسهم بصورة جعلت الستر على النفس مندوبا إليه.

كما أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قد قال لهزال إذ أمر ماعزا أن يقر عند رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بالزنا « لو سترته بردائك لكان خيرا لك »<sup>(1)</sup>، وقال -صلى الله عليه وسلم- « من ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة »<sup>(2)</sup>، فإذا كان جزاء الستر على الآخرين بهذه الصورة المبينة في الحديث الشريف، والتي تصل بالمسلم إلى منزلة استحقاق ستر الله له في الآخرة، وتصوير الأحاديث لزوم الستر على المسلم بصورة واضح النذب إليها والحض عليها، فمما لا شك فيه أن ستر الإنسان على نفسه ومحاولته دفع الحد عنها أمر حثت عليه الأحاديث الشريفة، وليس في ذلك إبطال للحدود وإلغاء لها وإضاعة حقوق الناس وإشاعة الفوضى، إنما المراد به التثبت من وجود الحدود، واكتمال مقتضاها إلى حد اليقين، فإذا لم يكتمل ما يوجب الحد اكتمالا يصل حد اليقين، فلا يمكن إقامة الحد الذي أحاطت به الشبهات وخالطه الشك<sup>(3)</sup>.

إن عدم إقامة الحدّ عندما تحوم به الشكوك والشبهات لا يجوز أن يوصف بأنه تضييع للحدود أو تعطيل لها، وإنما هو التثبت من وجوبها بالصورة التي حددها الشريعة وعرفها عنها أتباعها ممن يطبقون أحكامها، وبهذا يتحقق العدل ولا تضييع حدود الله، على أن الشبهة الدارئة للحد لم يقل أحد أنها دائما تسقط المسألة الجزائية، فإن كثيرا ما ينقل العقاب من الحد إلى التعزير<sup>(4)</sup>.

أما الطعن الثالث الذي يقول فيه ابن حزم: « إن لفظ الشبهات الذي جاء في قاعدة "إدرؤوا الحدود بالشبهات" لا سبيل إلى استعماله؛ لأنه ليس فيه بيان لتلك الشبهات »، فرد عنه بأن السابقين قد بينوا المراد بالشبهات، وإن كان قد جاء اختلاف في تفسيراتهم للشبهات، فليس ذلك عيب يسقط الأخذ بها أو ينفي إعمالها، وإنما هو رحمة من الله سبحانه وتعالى وإقرار لمبدأ الاجتهاد وإعمال له<sup>(5)</sup>.

ويكفي في الردّ على ابن حزم في كل ما أثاره من طعون ما ذكره هو نفسه فيما رواه عن أبي موسى الأشعري -رضي الله تعالى عنه- من أنه قال: «أتيت وأنا باليمن بامرأة فسألته؟ فقالت: ما تسأل عن امرأة حبلى ثيب من غير بعل، أما والله ما خاللت خليلا ولا خادنت خدنا منذ أسلمت، ولكني بينما أنا نائمة بفناء بيتي، فوالله ما أيقظني إلا الرجل حين ركبني، وألقى في بطني مثل الشبهات، فقال: فكتبت فيها إلى عمر بن الخطاب، فكتب إلي أن وافني بها وبناس من قومها، فوافيته بها في الموسم، فسأل عنها قومها؟ قالوا خيرا، وسألها، فأخبرته كما أخبرتني، فقال عمر شابة تهامية تنومت قد كان ذلك يفعل، فأطعمها وكساها، وأوصى بها قومها خيرا».

ثم يعقب ابن حزم على هذا الخبر بقوله: « هذا خبر في غاية الصحة »<sup>(6)</sup>. ووجه الدلالة أن أبا موسى لم يكن يسأل عمر في كل ما يعرض عليه من قضايا، وإنما سأله هذه المرة لأن الأمر اشبه عليه، وحفت به في هذه

(1) سبق تخريجه ص 65.

(2) سبق تخريجه ص 65.

(3) الحفناوي، المرجع السابق، ص 281-282.

(4) العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص 167-168.

(5) الحفناوي، المرجع نفسه، ص 177-178-179.

(6) ابن حزم، المرجع السابق، ج 09 ص 123-124.

القضية شبهات وشكوك حالت دون إقامة الحد على المرأة، ثم لما عرضت القضية على عمر دفع عنها الحد؛ لأن مقالتها أورثت شبهة في حقها؛ فلم يكن أمامه إلا أن يدرأ إعدارا بالشبهة واعتدادا بها، وليس ذلك فقط، بل أطعمها وكساها وأوصى بها خيرا، وحكم عمر هذا، حكم به وهو أمير المؤمنين وبمحض من فقهاء الصحابة، ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعا. وقد اقترح أستاذنا المرحوم الدكتور أبو المعاطي حلاً لهذه المشكلة وهو أن يعتمد المشرع الإسلامي كما فعل المشرع الوضعي، فيحدد كل خلل يطرأ على أي ركن من أركان الجريمة ولا يترك لأي كان الادعاء بالشبهة، ويرى الدكتور العوا أن يترك ذلك لقاضي الموضوع يقدره بما توفر له من قرائن<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث : حقيقة الخلاف والترجيح.

إذا أمعنا النظر فيما سبق من مناقشة لابن حزم فيما أورده من طعون في أدلة جمهور الفقهاء، وفيما أورده من احتجاجات حول ردّه لقاعدة "درء الحدود بالشبهات" من جهة، ثم قابلنا ذلك كله من جهة أخرى بما صرح به حين قال: «أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة، ولا أن تقام بشبهة، وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد»، ثم قوله موضحاً مراده: «فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم حرام عليكم»، وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة لقوله تعالى: ﴿تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾ [الطلاق/من الآية 01]، ونظرنا أيضاً فيما يسقطه جمهور الفقهاء من الحدود لقيام الشبهة، وجدنا ابن حزم لم يعتبر الحد واجبا أصلاً؛ لأن شروطه لم تكتمل في رأيه، ومثال ذلك أنه إذا كان المتهم جاهلاً بحكم التحريم جهلاً معتداً به، فإن جمهور الفقهاء يدرؤون الحد للشبهة في القصد الجنائي، وابن حزم لا يوجبه أصلاً.

إذا تمعنا هذا جميعاً رأينا أن الخلاف بين ابن حزم والجمهور خلاف لفظي شكلي نظري؛ حيث إن ابن حزم وإن أنكر القاعدة بالصياغة التي يتداولها الفقهاء، فإنه لم يخالف في مؤداها، وهو عدم جواز توقيع العقوبة أو الحكم بها إذا لم يثبت ارتكاب الجريمة، ويبقى الخلاف قائماً في بعض المسائل القليلة التي يقع الخلاف فيها وفي أمثالها حتى بين المثبتين لنص القاعدة أنفسهم، وفيما يأتي من مباحث توضيح لذلك وزيادة بيان.

وعلى هذا فإن مؤدى قاعدة "درء الحدود بالشبهات" أصل مجمع عليه لم يخالف فيه أحد حتى ابن حزم الذي أنكر لفظه لأنه أعمل مضمونه، وإنما يبقى الخلاف قائماً في نطاق أعمال مؤدى هذه القاعدة؛ أي في الحالات العملية التفصيلية، وهو ما لم يحصل بشأنه الاتفاق التام في جميع الجزئيات حتى بين القائلين بحجية القاعدة كما سبق وأن رأينا، فما يعده مذهب من المذاهب شبهة يندرى بها الحد لا يراه مذهب آخر من قبيل الشبهة

(1) أبو المعاطي، المرجع السابق، ص 251. العوا، المرجع السابق، ص 107. والأستاذ الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح أحد كبار فقهاء الجنائي والشريعة الإسلامية المعاصرين مصري الجنسية، حاصل على دكتوراه الدولة في العلوم الجنائية من الجامعة المصرية عام 1974. برسالته "النظام العقابي الإسلامي، دراسة مقارنة"، عمل أستاذاً محاضراً للقانون الجنائي والشريعة الإسلامية في عدد من الدول منها المغرب والجزائر، عرف عنه الحزم في العلم ورقة الشعور الديني والتواضع، من آثاره العلمية: النظام العقابي الإسلامي، شرح المسطرة الجنائية المغربية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، وكثير من أساتذة الجامعات والقضاة والمحامين والإطارات العلمية في شتى الميادين، توفي رحمه الله بمصر سنة 1993، على إثر مرض ألم به وهو أستاذ بالجزائر.



الدارثة. وهذا إشكال مقدور على حلّه إذا ما تمّ التسليم بأصل القاعدة التي أيدها النقل<sup>(1)</sup> والعقل، إمّا بوسيلة التشريع الذي تضعه السلطة المختصة على سبيل حصر الحالات التي يقبل فيها الاحتجاج بالشبهة، وإما بتفويض النظر في مدى الحجية لنظر القاضي ونفاذ بصيرته اهتداء بقرائن الأحوال وملابسات القضية<sup>(2)</sup>.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) ليس مقصودنا من "أيدها النقل" القول بصحة الأحاديث التي احتج بها الفقهاء على أنّها قاعدة نصية، فقد تبين ضعفها جميعا ضعفا بالغا لا تقبل به الانجبار بالشواهد والمتابعات إن وجدت، لوصف رواها بالنكارة والملاك، وإمّا مقصودنا أن مضمون القاعدة متأكد بما صح من آثار في إعمال اليقين والتعويل عليه، وبما تقرر على وجه القطع من استصحاب البراءة في الإنسان بناء على أنّها يقين واليقين لا ينهدم بالشك وإنما يقين مثله.

(2) وفي هذا إجابة على الاعتراضات التي أوردها أستاذنا المرحوم الدكتور أبو المعاطي، إذ جعل أهم طعونه في قاعدة درء الحدود بالشبهات متأسسا على التوسيع الكبير الذي قال به فقهاء المذاهب الفقهية في مدّ نطاق ما يندرى بالشبهة إلى الحدّ الذي كاد يفقد النظام العقابي في الإسلام وخاصة في العقوبات المقدرة ما أسس لأجله، أنظر أبو المعاطي، المرجع نفسه، ص 251 وما بعدها.

## المبحث الثاني

### الشبهة في ركن الجريمة

إن ركن الجريمة معناه ورود نص في الشريعة يجرم فعلا معيناً ويرتب على إتيانه المساءلة الجزائية، ويقرر على ذلك عقوبة مناسبة لردع وزجر مرتكبه، فإذا كان الشارع قد جرم فعل الزنا، فإن إتيان هذا الفعل ترتب عليه المسؤولية الجزائية، ويوقع على الفاعل العقاب المناسب، وإذا كان جرم فعل السرقة فقد رتب على مخالفة هذا الحظر العقوبة الملائمة الكفيلة بتحقيق الردع العام. هذا ما لم يعتر ملاسبات الفعل شبهة، أو يكون التحريم موضع شك وتردد، أو يتوفر سبب من أسباب الإباحة التي ترفع عن الفعل وصف الجرم وتخلع عليه وصف الفعل المباح، فحينها تدرأ العقوبة كلياً أو جزئياً.

ومثال سبب الإباحة حالة الدفاع الشرعي الخاص، أو ما يسمى "دفع الصائل" في الفقه الإسلامي، فإن الإنسان إذا كان في حالة دفاع عن نفسه أو ماله أو عرضه، وتنج عن ذلك ارتكابه فعل قتل أو جرح؛ فإن فعله هذا لا يدخل في دائرة التحريم، بل يعد فعلاً مباحاً ما لم يتجاوز فيه حدود المباح، وفي هذا المثال توفر سبب الإباحة صورة ومعنى وهذا لا يعد من الشبهات؛ لأن الفعل في هذه الحالة ليس فعلاً جرمياً<sup>(1)</sup>.

ومثال سبب الإباحة في الصورة لا في المعنى، حالة ما إذا سرق والد من مال ولده، فإن الأصل العام أن فعل السرقة محرم على كل أحد أخرج من حرز غيره خفية ما ليس له فيه حق، إلا أن هناك نصاً آخر يدل دلالة مرجوحة على إباحة الفعل وهو قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: «أنت ومالك لأبيك»؛ فإن هذا الدليل وإن كان غير منتج للحل فإنه أنتج شبهة، وعلى هذا فلا يقال أن الفعل قد رفع عنه حكم التحريم كما في أسباب الإباحة صورة ومعنى وخلع عليه حكم الإباحة، وإنما يبقى على حرمة لكن تدرأ العقوبة<sup>(2)</sup>، وسيأتي زيادة تفصيل في ذلك - إن شاء الله -. والشبهات التي تعترى ركن الجريمة<sup>(3)</sup> ترجع إلى ثلاثة أقسام وهي: شبهة الدليل، وشبهة الملك، وشبهة الحق، وفيما يأتي تفصيل ذلك بما يجلي الموضوع.

### المطلب الأول: شبهة الدليل.

وتتناولها في ثلاثة فروع نجعل الأول في شبهة الدليل في الشريعة الإسلامية، والثاني في موقف القانون من شبهة الدليل، أما الثالث فنجعله للمقارنة.

(1) لزيادة الاستفصال في أحكام الدفاع الشرعي الخاص أنظر: عبد التواب، الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، عالم الكتب -القاهرة-، 1983م، القسم الأول "الدفاع الشرعي الخاص". وعلى الخصوص: بركاتي فرحات، الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير بجامعة الأمير عبد القادر -قسنطينة-، 1998م.

(2) أبو زهرة، العقوبة، ص200. والحديث سبق تحريجه ص121. وقد عد الدكتور: الحفناوي في كتابه الشبهات المشار إليه سابقاً سرقة الوالد مال ولده سبباً من أسباب الإباحة من دون أن يقيد ذلك بقيد الصورة فخلع عليه بذلك حكم الإباحة. انظر الحفناوي، المرجع السابق، ص295. والصحيح ليس بمباح؛ فسرق الأب من ابنه تبقى فعلاً مجرمًا غير أنه ترتفع العقوبة لشبهة الدليل.

(3) ينتظم ما يطلق عليه فقهاء الشريعة "ركن الجريمة" ما يسمى في فقه القانون بـ"الركن الشرعي" و"الركن المادي".

## الفرع الأول : شبهة الدليل في الشريعة الإسلامية.

وتحصل من تنازع دليلين في نفس الأمر محل الارتكاب؛ بحيث يقرر الدليل الراجح حكم الجريمة، ويقرر الدليل المرجوح حكم الإباحة، وقد ينتج هذا التنازع بين الدليلين عند مجتهد واحد. وقد يثبت بأن يوجد الدليل الراجح عند مجتهد والمرجوح عند مجتهد آخر، فشبهة الدليل إذا تقوم في موضعين<sup>(1)</sup>:

الموضع الأول: ويحصل إذا اجتمع لدى مجتهد واحد دليلان يتجازبان حكم فعل واحد من الأفعال وقد تفاوتتا في الدرجة، بمعنى أن أحدهما راجح والآخر مرجوح، فإنه يترتب على وجود مثل هذين الدليلين إعمال المجتهد لهما، وهو ما يسميه الحنفية "الشبهة الحكمية"، وهي عندهم أحد قسمي "شبهة المحل"، بمعنى أنه يعمل الدليل الراجح أولاً، فإذا كان إعماله هذا الدليل يترتب عليه تجريم الفعل والعقاب عليه بالعقوبة الحدية، وجب إلزام مقترفه بالعقوبة المقررة<sup>(2)</sup>. ثم يعمل المجتهد الدليل المرجوح أيضاً، الذي يفيد حل الفعل على سبيل أن ينتج شبهة في الدليل الراجح بالنسبة للواقعة المنظورة، وعليه يترتب على هذا الدليل المرجوح درء العقوبة الحدية التي قررها الدليل الراجح على كل من ارتكب الفعل<sup>(3)</sup>.

ومثاله: إذا سرق الوالد مال ولده من حرز مثله وتوافرت كل أركان السرقة الظاهرة بحيث لو كان المسروق منه أجنبياً لوجب عليه العقوبة الحدية المقررة، فإنه يتنازع هذا الفعل دليلان :

الأول: وهو الراجح الذي يفيد تجريم الفعل وترتيب المساءلة الجزائية عليه، وبالتالي إلزامه فاعله العقوبة الحدية، ويتمثل هذا الدليل فيما جاء من نصوص في القرآن والسنة والإجماع، ومن قواعد حماية الملكية الخاصة منها قوله تعالى: ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة/من الآية 38]، ومنها ثبوت الملكية الخاصة للولد بمقتضى القواعد العامة للملكية، وبمقتضى الشخصية المنفصلة والذمة المالية المستقلة، حتى أن الولد الذي يكون في ولاية أبيه تكون ذمته المالية منفصلة عن ذمة أبيه، وهي قواعد مستفاد بالاستقراء من عدة نصوص ومصادر تشريعية<sup>(4)</sup>.

الثاني: وهو المرجوح الذي يفيد إباحة الفعل من الوالد خاصة وهو قول النبي -صلى الله عليه وسلم- : « أنت ومالك لأبيك »، وهو ما يشير إلى أن كل ما يكسب لأبيه، بل إن الولد نفسه بعض أبيه، يستفاد هذا من مجموعة كبيرة من النصوص منها قوله تعالى: ﴿ وجعلوا له من عباده جزءا ﴾ [الزخرف/من الآية 15] وقد قيل في تأويل "جزءاً" أي "ولداً"، فصار الأخذ من ماله كأخذه من مال نفسه، ومنها قوله -صلى الله عليه وسلم- : « يا عائشة فاطمة بضعة مني »، قال الماوردي « فدل على أن الولد بعض أبيه »<sup>(5)</sup>، فهذا كله يدل ولو دلالة مرجوحة على حل أخذ الوالد من حرز ولده بغير علمه بقصد التملك، وهو عين فعل السرقة<sup>(6)</sup>.

(1) الحفناوي، المرجع السابق، ص 296.

(2) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 5، ص 250، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية-بيروت،-، بلا تاريخ، ج 03 ص 326.

(3) الحفناوي، المرجع نفسه، ص 296.

(4) أبو زهرة، العقوبة، ص 202، وأنظر أبو المعاطي، المرجع السابق، ص 251 وما بعدها.

(5) الماوردي، الحاوي، ج 17 ص 228. والحديثان سبق تخريجهما، ص 78، و ص 121.

(6) الماوردي، المرجع نفسه، ج 17 ص 228. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 155.

الموضع الثاني : الذي تقوم فيه شبهة الدليل هو اختلاف مجتهدين في حكم مسألة واحدة بين قائل بالحرمة وقائل بالحل، بمعنى أن الفعل يعد مباحا على الحقيقة عند أحد المجتهدين بما ثبت عنده من دليل حل هذا الفعل، ويعد نفس الفعل محرما على الحقيقة عند المجتهد الآخر بما ثبت عنده من دليل تحريم نفس الفعل<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا فإن من ثبت عنده دليل حل الفعل وإباحته لا يلزم من أتى هذا الفعل بعقوبة ما، لكونه أتى فعلا واقعا في دائرة الإباحة، أما من ثبت عنده دليل تحريم هذا الفعل فإنه يلزم من أتاه العقوبة المقررة؛ لأنه أتى فعلا محرما معاقبا عليه. وهذا النوع من شبهة الدليل يطلق عليه جمهور فقهاء الشافعية والحنابلة "شبهة الجهة أو الطريق"، أما فقهاء الحنفية فقد أوردوا مثل هذه الشبهة تحت اسم "شبهة العقد"<sup>(2)</sup>.

ولقد قرر الفقهاء بالنسبة لشبهة الدليل هذه قاعدة فقهية مؤداها أن "كل فعل يختلف فيه الفقهاء حلا وتحريما، فإن الاختلاف يكون شبهة تمنع إقامة الحد"<sup>(3)</sup>، قال ابن قدامة في المغني: « ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل، والنكاح بلا ولي ولا شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها من طلاق بائن، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن، ونكاح الجوسية، وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهات»<sup>(4)</sup>.

ويجب أن نلاحظ أن الخلاف الذي يكون شبهة في الدليل هو الخلاف في أصل الحل والحرمة، أما الخلاف في التفريع عليه في أن هذا شبهة أو ليس بشبهة، فإنه لا يمنع إقامة الحد عنه عند من يقرر انتفاء الشبهة، ومن ذلك العقد على محرمة عليه؛ فإن أبا حنيفة يعتبر صورة العقد شبهة، وغيره لا يعتبر ذلك شبهة، فالذين نفوا الشبهة لا يلتزمون من قول أبي حنيفة بإسقاط الحد، يقول ابن قدامة في زواج المحرمة: « وإن تزوج ذات محرم، فالنكاح باطل بالإجماع، فإن وطئها فعليه الحد في قول أكثر أهل العلم، منهم: الحسن وجابر بن زيد، ومالك والشافعي، وأبو يوسف ومحمد وإسحاق، وأبو أيوب وابن أبي خيثمة، وقال أبو حنيفة والثوري لا حد عليها؛ لأنه وطئ تمكنت فيه الشبهة، كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها، ويبانه أن الشبهة قد وجدت صورة المبيح، وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة بقيت صورة درئه للحد الذي يندري بالشبهات»<sup>(5)</sup>.

(1) الحفناوي، المرجع السابق، ص 298.

(2) الحفناوي، المرجع نفسه، ص 298. وقد ذكر فقهاء الأحناف هذا تحت شبهة العقد وجعلوا منها وطاء المحرمة عليه إذا كان ذلك في ظل عقد ونسب إلى الإمام أبي حنيفة عده تحت شبهة العقد أيضا وطاء المستأجرة للزنى إسقاطه الحد بسبب هذا العقد وإلزامهما التعزير وخالف في ذلك الأئمة مالك والشافعي وأحمد والصاحبان من الحنفية. انظر ابن الممام، المرجع السابق، ج 05 ص 253. غير أن الإمام أبا زهرة نفى أن يكون ذلك من قول الإمام أبي حنيفة. انظر: أبو زهرة، العقوبة، ص 203. وأما فقهاء المالكية فقد تحدثوا عن ذلك كله ولكن لم يصطلحوا عليه بتسمية خاصة. انظر على سبيل المثال الدسوقي، ج 04 ص 214 وما بعدها.

(3) أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 201.

(4) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 155.

(5) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 152-153.

ويعلق الشيخ محمد أبو زهرة على هذا الكلام فيقول: « ولا شك أن هذا منطقي؛ إذ إنه إذا اعتبر الخلاف في الشبهة مسقطاً للحد عند من يقرر انتفاءها، يكون ذلك إلزاماً للمخالف برأي مخالفه، ولأن الاختلاف في هذه الحال ليس اختلافاً في أصل الإباحة حتى تعتري الشبهة الركن، بل إن أصل التحريم مجمع عليه حتى عند من يقرر أن في الموضوع شبهة دائرة، فأبو حنيفة -رضي الله عنه- يقرر أن وطء المحرمة حرام، ولكنه يمنع إقامة الحد، فهذه الشبهة عنده لا تسقط معنى الجريمة، ولكنها تسقط الحد فقط ولذلك لم يوافق غيرهم؛ إذ أصل التحريم الذي هو ركن الجريمة قائم لا مجال للريب فيه »<sup>(1)</sup>.

هذا وسبب عدم اعتداد جمهور الفقهاء بمثل هذه الشبهة يرجع إلى تخلف شرط جوهرى عندهم في تحقق الشبهة الدائرة للعقوبة، وهو أن تكون هذه الشبهة قوية المدرك؛ أي أن يكون الخلاف في أصل حل الفعل وحرمة ناتجاً من اعتداد من يقول بالحرمته الذي ثبت عنده، واعتداد من يقول بالحل بدليله الذي ثبت عنده، وهو ما لم يتحقق عند أبي حنيفة في إسقاطه الحد عن عقد على ذات محرم له من تحريم الفعل، غير أنه يسقط العقوبة كما سبق بيانه، وفي هذا يقول صاحب البدائع: « والأصل عند أبي حنيفة -عليه الرحمة- أن النكاح إذا وجد من أهله مضافاً إلى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجود الحد، سواء أكان حلالاً أم حراماً، وسواء أكان مختلفاً فيه أم مجمعا عليه، وسواء أظن الحل فادعى الاشتباه أم علم الجريمة »<sup>(2)</sup>.

وما قيل في نكاح الرجل من تحرم عليه لسبب نسب أو رضاع أو مصاهرة أو لأي سبب آخر، يقال أيضاً فيمن استأجر امرأة ليزني بها، فأبو حنيفة -رحمه الله- يرى أن لا حد عليه لشبهة صورة عقد الاستئجار؛ لأن عقد الاستئجار للملك المنفعة، جاء في المبسوط: « رجل استأجر امرأة ليزني بها، فزنى بها فلا حد عليه، في قول أبي حنيفة وقد احتج -رحمه الله- بما ورد عن عمر -رضي الله عنه- من أن امرأة سألت رجلاً ما لأبي أن يعطيها حتى تتمكن من نفسها، فدرأ عنها الحد، وقال: « هذا مهر ». ووجه الدلالة هو في اعتباره ما أخذت مهراً، والمهر والأجر يتقاربان بدليل قوله تعالى: ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [النساء/ من الآية 24]، فسمى المهر أجراً ولو قال: « أمهرك كذا لأزني بك » لم يجب عليه الحد، وكذلك إذا قال استأجرتك.

وتوضيحه أن هذا الفعل ليس بزنى، وأهل اللغة لا يسمون الوطء الذي يترتب على العقد زنى، ولا يفصلون بين الزنى وغيره إلا بالعقد، فكذلك لا يفصلون بين الاستئجار والنكاح؛ لأن الفرق بينهما شرعي وأهل اللغة لا يعرفون ذلك، فثبت أن هذا الفعل ليس بزنى لغة، وذلك شبهة في المنع في وجوب الحد حقاً لله تعالى. كما لا يجب الحد على المختلس؛ لأن فعله ليس سرقة لغة، يوضحه أن المستوفى بالوطء وإن كان في حكم العتق فهو في الحقيقة منفعة، والاستئجار عقد مشروع للملك المنفعة باعتبار هذه الحقيقة يميز شبهة، بخلاف الاستئجار للطبخ والخبز؛ لأن العقد غير مضاف إلى المستوفى بالوطء، ولا إلى ما هو سبب له، فالعقد المضاف إلى محل يوجب الشبهة في ذلك المحل لا في محل آخر »<sup>(3)</sup>.

(1) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 36.

(3) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 58-59 بتصرف.

ويخالف أبا حنيفة فيما ذهب إليه من إطلاقه شبهة العقد أو الصورة دونما تقييد، صاحبه أبو يوسف ومحمد، فالأمر عندهما أن صورة العقد لا تكون شبهة إلا إذا كان النكاح محلاً للخلاف بين الفقهاء، أو كان التحريم مؤقتاً فقط، أما إذا كان التحريم على التأييد، كنكاح الأم أو الأخت أو البنت، أو كان مجعماً على بطلانه كما لو عقد على امرأة في عصمة زجل آخر؛ فإن العقد في هذين الحالين لا يمكن أن ينتج شبهة تدرأ الحد إلا إذا ادعى الاشتباه أو ادعى الحل، فهنا يندري الحد، والحد إن سقط حينئذ فسقوطه إنما كان بشبهة الجهل النافي للقصد الجنائي في الارتكاب<sup>(1)</sup>.

والواقع أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه - كما حققه الإمام أبو زهرة - خلاف شكلي نظري غير ذي أثر من الناحية العملية « لأنه باستطاعة كل مرتكب حينئذ أن يدعي الظن والاشتباه، فيؤول رأي صاحبين من حيث آثاره التطبيقية إلى رأي الإمام، والأولى إذا قيد ذلك بأن يقيد بأن الاشتباه أو عدم العلم بالحرمة كان في موضع يسوغ فيه الجهل والاشتباه، إذ لا يقبل في دار الإسلام أن يحتج أحد بذلك، لأنه أمر معلوم من الدين بالضرورة الجهل به أنكى وأقبح من فعله، فهو لا يقبل قول من يقول أنه لم يكن يعلم أن أمه أو أخته أو ابنته حرام عليه، أو أن الأمر اشتبه عليه بين الحل والحرمة، وقد يقبل ذلك في الرضاع، والعلماء متفقون على أن القول فيه بالشبهة يقبل إذا كان الأمر محل خلاف »<sup>(2)</sup>.

وهذا الذي عليه أبو حنيفة - رحمه الله - من درء العقوبة بشبهة العقد خالف فيه جمهور الفقهاء، إذ قالوا بوجود الحد على من استأجر امرأة ليزني بها<sup>(3)</sup>؛ لأن عقد الإجارة هنا باطل، وحاله كحال من اشترى خمراً فشرها، ولأن عقد الإجارة لو كان يورث شبهة لثبت به النسب، والإجماع حاصل على خلاف ذلك، وأيضاً لأن فيه زيادة على الإثم والفجور تحايل على شرع الله تعالى واستهزاء بدينه، إذ كيف يجتمع في الشريعة تحريم الزنا والمبالغة في المنع منه، ثم يسقط الحد بالتلاعب والتحايل بأن يستأجرها ثم يقضي وطره منها<sup>(4)</sup>، وهل يعجز عن ذلك زان؟، بل إن الأمر الآن أصبح كذلك؛ إذ أصبحت الفروج تستباح بالاستئجار، وهل تقوم بيوت الخنا وأماكن الفساد إلا على الاستئجار.

### الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من شبهة الدليل.

إن مبدأ الشرعية الذي تنص عليه معظم الدساتير والتشريعات الجزائية في العالم، والذي هو ديدن الكافة من الناحية العملية، والذي يقضي بأنه "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير بقانون"<sup>(5)</sup>، يتطلب أن تكون

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 126. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 05 ص 259-260.

(2) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 208 بتصرف.

(3) قال الشيخ أبو زهرة: «النقل عن أبي حنيفة في المرأة المستأجرة أو المعارة خطأ؛ لأن هذا غير المنصوص عليه في كتب الحنفية». أنظر: العقوبة، ص 203. غير أن ما نقلناه عن المبسوط يثبت ويعارض قول الشيخ - رحمه الله -.

(4) الخرشبي، المرجع السابق، ج 08 ص 91. الدسوقي، المرجع السابق، ج 04 ص 314. الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 268. الشربيني، مغني المحتاج، ج 04 ص 146. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 155.

(5) المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ 08 يونيو عام 1966م.

النصوص الجزائية منشورة للكافة من أجل تحقيق العلم بها حقيقة أو حكما، وبالتالي يتمكن القضاء من أخذ جميع من يخالف نصوصها بالعقاب.

ولا يتحقق هذا النشر إلا بالكتابة، ويعتبر قانونا مكتوبا له صلاحية التجريم والعقاب كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد جزائية. وأهم هذه التشريعات قانون العقوبات القائم، والقوانين المعدلة والمتممة له، كما يعتبر تشريعا جزائيا ما تتضمنه القوانين الأخرى المكملة لقانون العقوبات فيما تنشئه من جرائم، أو تحدده من عقوبات، وذلك مثل قانون الإجراءات الجزائية، والقانون التجاري الذي يجرم فعل التاجر في عدم مسكه الدفاتر التجارية، أو عدم قيد نفسه في السجل التجاري، وقانون الصحة والقانون الضريبي، وقوانين العمران وقانون البيئة وغيرها من القوانين<sup>(1)</sup>.

والواقع أنه من المفروض ألا تثار مشكلة شبهة الدليل بالنسبة للقانون المكتوب؛ إذ يفترض في المشرع وهو يسن القوانين أن يتجنب ما يمكن أن يعثور نصوصها المختلفة من تعارض. غير أنه لما تعددت الحماية القانونية للمصالح المشتركة للمجموع في فروع القانون المختلفة، فإن ذلك يطرح في بعض الأحيان مثل هذا الإشكال، إذ تتضارب المصالح المحمية في كفيتهها ومداهها بين قانون العقوبات وفروع القانون الأخرى، كالمديني أو التجاري أو الإداري أو غيرها.

وتفسير ذلك أنه في بعض الأحيان ينص قانون العقوبات على تجريم فعل ما، ويكون لذلك السلوك غير القانوني تكييف معين في نص قانون آخر غير قانون العقوبات، فيتوقف على ذلك التكييف قيام الجريمة أو عدم قيامها، ومثال ذلك أن قانون العقوبات يجرم فعل الرشوة والاختلاس، ومن المعلوم أن هذا النوع من الجرائم يعد من جرائم الموظف العام، وتحديد مفهوم الموظف العام يتكفل به القانون الإداري. فهل يتوقف الحكم الجزائي على التكييف الإداري في مثل هذه الحال أو على قانون آخر كما هو الحال في فروع أخرى، ولو تصادم هذا التكييف مع طبيعة المصالح المحمية بقانون العقوبات أم أن الأمر على خلاف ذلك؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نميز بين حالين:

الأولى: وهي أن تنفرد القاعدة الجزائية فيها بحماية حق من الحقوق، وهنا لا يثار أي إشكال بشأنها.

الثانية: و تتعدد فيها الحماية القانونية للحق بين قانون العقوبات وأي قانون آخر، من ذلك ازدواج الحماية القانونية للمال بين القانون المدني وقانون العقوبات، كما في عقود الائتمان، وكما هو الحال بالنسبة للشيك حينما تولى حمايته كل من قانون العقوبات والقانون التجاري.

وفي هذا التزاحم بين القوانين والذي يكون فيه قانون العقوبات أحد القوانين المتزاحمة، يثار الإشكال في شبهة الدليل من حيث التعارض الحاصل في هذه الحماية بين طبيعة كل فرع من القوانين المتزاحمة، بمعنى أنه تثار مشكلة تحديد أي فرع من هذه القوانين المتزاحمة يتبع قواعد الآخر، وهل تكون القاعدة الجزائية تابعة أم متبوعة؟ ومن ثم تثار مسألة ذاتية القواعد الجزائية، وهل هي مستقلة بالنسبة لغيرها أم أنها تابعة لها؟.

(1) وحدي عبد الصمد، المرجع السابق، ص 841.

وفي هذا الصدد تباين آراء الفقه تباينا جليا، ويعكس هذا التباين في الآراء تباينا في الحلول العملية للقضايا المطروحة أمام القضاء، لدرجة تفاوتت فيها تفاوتا واضحا بين القول بقيام الجريمة والقول بشرعية الفعل جزائيا، كذلك تجد هذه المشكلة صداها بالنسبة للتكييف القانوني للتصرف أو الواقعة كتكليف عقد ما بأنه عارية أو ودیعة، أو أن الاستيلاء على عفار ما بأنه بسبب الملكية أم بسبب الحيازة، وتجد صداها أخيرا في مجالات عديدة أخرى تجمعها فكرة "الظاهر"، ومن تطبيقاتها "الوارث الظاهر"، وهل يعتبر مالكا أو مرتكبا لأحد الجرائم التي تقع على مال الغير. و"الزواج الظاهر"، وهل يعتبر من تزوج على أساسه جانيا في جريمة الزنا التي يشترط لقيامها أن يكون الجاني متزوجا، وقانون الأسرة هو الذي يبين لنا متى يقوم عقد الزواج، والموظف الفعلي وما إذا كان يصلح لأن تنسب إليه جريمة الرشوة<sup>(1)</sup>. إزاء ما تقدم لا يخلو الأمر من أحد الاحتمالين :

**الأول :** باعتبار أن القاعدة القانونية -بغض النظر عن طبيعتها- تتألف من شقين تكليف وجزاء، فإن المشرع الجزائري في هذه الحال الأولى يحدد مضمون التكليف بطريقة لا يختلف فيها عن غيره كالمشرع المدني، أو الإداري أو التجاري، وهنا نكون بصدد تعدد ظاهري للحماية القانونية، وذلك لأنه على الرغم من تطابق التكييفين، فإن هناك اختلافا بين القاعدتين من حيث طرفاهما، وليس لهذا الاختلاف من أثر عملي فيما نحن بصده.

**الثاني :** وهو أن يحدد المشرع الجزائري مضمون القاعدة الجزائية بطريقة مستقلة، وفي هذه الحال تسترد القاعدة الجزائية استقلاليتها وتحتكر الحكم في الموضوع محل البحث، وذلك بأن يطرح القاضي باقي القواعد الأخرى ولا يلتفت إليها، ويلجأ فقط إلى غايات القانون الجزائري وأهدافه يستقي منها تحديد هذا المضمون.

وتطبيقا لهذا يستطيع القاضي الجزائري أن يسحب حكم القاعدة الجزائية التي تحمي عقود الأمانة من الإخلال بها على عقد الوديعة الاضطرارية، كما يسحب حكم القاعدة التي تحمي الوظيفة العامة من أن يعيث بها القائم على أمرها فيسحب حكم الرشوة على الموظف الفعلي. وليس معنى ما يفعله القاضي في إعماله للقاعدة الجزائية وإهماله لغيرها أنه يعتدي بذلك على مبدأ الشرعية أو يجاوز نطاقه؛ لأنه بفعله إنما يكشف عن إرادة المشرع على ضوء الغاية التي يتوخاها من التجريم، وهذا هو التفسير المستمد من الطبيعة الذاتية للقاعدة الجزائية<sup>(2)</sup>.

وهذا الذي أوردناه هو ما سار عليه القضاء في فرنسا ومصر ولبنان مثلا، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بقيام جريمة إصدار شيك بدون رصيد، رغم أن الورقة التي حررها المتهم لا تعتبر "شيكاً" من وجه نظر القانون التجاري لعدم استيفائها القواعد الشكلية التي يستلزمها هذا القانون في الشيك كإثبات التاريخ ومكان الوفاء والأمر بالدفع لدى الاطلاع... الخ، كما قضت المحاكم المختلطة الملغاة بأن المحرر إذا تضمن تاريخين فإنه يظل على الرغم من ذلك خاضعا للقانون الجزائري، في هذين الحكمين يتجه القضاء الفرنسي إلى منح القاعدة الجزائية استقلالها في مواجهة القواعد الأخرى.

كما قضت محكمة النقض المصرية بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة، أنه لا يؤثر في هذه الجريمة أن يكون العقد الذي سلم الشيء بمقتضاه قد وقع باطلا؛ لأن القانون لا يعاقب على الإخلال بتنفيذ العقد في ذاته، وإنما يعاقب

(1) وحدي عبد الصمد، المرجع السابق، ص 848. الصيفي، القاعدة الجنائية، ص 47.

(2) المرجعان نفساهما.



على العيب. بملكية الشيء المسلم، ولا فرق بين أن يكون البطلان راجعا إلى عيب شكلي أو إلى انعدام أهلية التعاقد أو إلى عيب من عيوب الرضا أو لعدم مشروعية السبب، ومن ثم قضت محكمة النقض المصرية بقيام جريمة خيانة الأمانة رغم أن المال المسلم إلى المؤمن كان وليد ممارسة المودع للقمار.

وفي مجال القانون الإداري بالنسبة لفكرة "الموظف العمومي"، فإن قانون العقوبات المصري يعرف الموظف العمومي في مجال جريمة الرشوة تعريفا أوسع من تعريف القانون الإداري له، بل إن القضاء الفرنسي درج على التوسع في تفسير مصطلح "الموظف العمومي"، على الرغم من أن النص يشير فقط إلى الموظفين والمستخدمين وأموري المصالح العامة، فسحب حكم جريمة الرشوة على كل من له صفة في الوكالة العامة سواء بطريقة الانتداب أو بواسطة تفويض من السلطة التنفيذية، بل وعلى كل مستخدم من المصالح العادية. كما قضت محكمة التمييز بأنه إذا كان المستند لا يشكل بنظر قانون التجارة شيكا لنقص في صيغته كما تنص (المادة 401) من قانون التجارة البرية، فليس هناك ما يحول دون اعتباره شيكا من قبل القضاء الجزائري<sup>(1)</sup>.

بل إن قانون العقوبات الجزائري قد سحب حكم الرشوة حتى على أصحاب المهن الحرة كالحبراء المعينين من السلطة الإدارية أو القضائية أو من الأطراف بإصدار قرار أو إبداء رأي لمصلحة شخص أو ضده (المادة 2/126)، وكذا على الأعضاء المحلفين والأعضاء في الجهات القضائية، وعلى الأطباء والحرفيين وأطباء الأسنان والقبالات، ولو كانوا يقومون بأعمالهم بصفتهم أصحاب مهن حرة أنظر (المادة 2/126 و3 و4).

### المطلب الثاني: شبهة الحق.

ويراد بها أن يكون للشخص الذي اقترف الفعل الجرمي نوع من الحق في محل الفعل، بحيث يكون مظنة لشبهة يترتب عليها درء العقوبة. وتناولها في فرعين: الأول في شبهة الحق في الشريعة الإسلامية، والثاني في موقف القانون من شبهة الحق.

### الفرع الأول: شبهة الحق في الشريعة الإسلامية.

عد فقهاء الحنفية هذا النوع من الشبهة ضمن ما أطلقوا عليه اصطلاح "شبهة المحل"؛ لأنها تشمل كلا من "شبهة الدليل" و "شبهة الملك" و "شبهة الحق" طبقا للأمثلة التي ذكروها<sup>(2)</sup>. هذا، وإن كان هناك تشابها كبيرا وتداخلا ظاهرا بين هذه الأقسام، كالتشابه الحاصل في سرقة الوالد من مال ابنه؛ فإنه بحسب الظاهر ينطبق عليه مسمى "شبهة الدليل"؛ لأن الدرء كان نتيجة تعارض دليلين في نفس المسألة أحدهما مرجوح والآخر راجح، وينطبق عليه مسمى "شبهة الحق"؛ لأن للوالد حق في مال ابنه لوجوب نفقته عليه حال عجزه، وينطبق عليه أيضا مسمى "شبهة الملك" لدلالة النصوص على ذلك في قوله -صلى الله عليه وسلم-: «أنت ومالك لأبيك»<sup>(3)</sup>، أي

(1) وجدي عبد الصمد، المرجع السابق، ص 835 وما بعدها.

(2) ابن الممام، المرجع السابق، ج 05 ص 253.

(3) سبق تحريجه ص 121.

ملك أيبك، لاستعماله "لام" الملكية، غير أن عدّها من شبهة الدليل المتعلق بالركن أقوى من شبهة الحق المتعلق بالملك.

أقول وإن كان هناك تشابهاً وتداخلاً إلا أنه عند التحقيق والتدقيق تتضح الفروق، وإن كانت دقيقة يضعب تمييزها<sup>(1)</sup>، « فشبهة الحق تغاير كلا من شبهة الدليل وشبهة الملك؛ نظراً لأن ما يقع عليه الفعل هنا قد يكون لا ملك فيه للفاعل، وذلك كمن دخل بمن طلقها طلاقاً بائناً على مال وكان دخوله بها في زمن عدتها؛ فإن هذا ينتج شبهة حق، ولا يقال إن له ملكاً أو شبهة ملك في محل الجماع، كما أنه لا يستلزم في شبهة الحق أن يكون هناك دليلان متعارضان في تقرير حكم هذا الفعل، وإنما كل ما هناك أن للفاعل نوعاً ما من الحق في المحل الذي نيط به الفعل، أنتج هذا النوع من الحق شبهة أعمالها الفقهاء ورتبوا على وجودها درء العقوبة الحدية عن هذا الفعل<sup>(2)</sup>. ولتوضيح الحكم الفقهي في شبهة الحق نضرب مثالين: الأول في السرقة من المال العام، والثاني في الدخول بالمطلقة.

#### أولاً: السرقة من المال العام.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من سرق من المال العام؛ وهو المال الذي تملكه الدولة أو ما يسمى عند الفقهاء مال "بيت مال المسلمين"، لا قطع عليه سواء أخذ حقه أو زاد عنه، اعتماداً على أن وجود حق له في المال المسروق ينهض شبهة تدرأ الحد عنه. وهذا قول الحنفية والحنابلة، وفقهاء الشيعة ورأي للإمام الشافعي؛ اعتماداً على أنه ما من أحد من الرعية إلا وله في المال حق شركة<sup>(3)</sup>. ومثال السرقة من المال العام ما ذكره ابن قدامة من أن من سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لمن لا يقطع بسرقة ماله لم يقطع لذلك، وإن لم يكن من الغانمين ولا أحد من هؤلاء المذكورين فسرق منها قبل إخراج الخمس لم يقطع؛ لأن له في الخمس حقا، وإن أخرج الخمس فسرق منه لم يقطع، وإن قسم الخمس خمسة أقسام فسرق من خمس الله تعالى ورسوله لم يقطع؛ لأن له في هذا كله حق شركة<sup>(4)</sup>. ويزيد هذا تفصيلاً ما جاء في مغني المحتاج من أن «من سرق وهو مسلم مال بيت المال إن أفرز لطائفة كذوي القربى والمساكين، وكان منهم أو أصله أو فروعه فلا يقطع، أو أفرز لطائفة ليس هو منهم قطع؛ إذا لا شبهة له في ذلك، وأما إذا لم يفرز لطائفة فلا، والأصح أنه إذا كان له حق من المسروق كحال مصالح بالنسبة لمسلم فقير جزماً، أو غنى على الأصح، وكصدقة وهو فقير أو غارم لذات البين أو غاز فلا يقطع في المسألين، أما في الأولى فلأن له حقا وإن كان غنياً، لأن ذلك قد يصرف في عمارة المساجد والرباطات والقناطر، فينتفع بها الغني والفقير من المسلمين (...)، وإلا بأن لم يكن فيه حق، قطع لانتفاء الشبهة»<sup>(5)</sup>.

(1) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 203.

(2) الحفناوي، المرجع السابق، ص 313 بتصرف.

(3) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 05 ص 163. وابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 288.

(4) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 288.

(5) الشريبي، مغني المحتاج، ج 04 ص 163.

هذا، وذهب المالكية<sup>(1)</sup> والشافعي في قول<sup>(2)</sup> إلى أن من سرق من بيت المال المقدار الذي يجب به الحد فإنه يقطع بسرقة، ولا يجوز درأ الحد عنه اعتمادا على أن له حقا في بيت المال؛ لأن ذلك وإن أورث شبهة إلا أنها شبهة ضعيفة المدرك لا يعتد بها في درء الحد عنه، وكذا من سرق من الغنيمة بعد حوزها، أما سرقة منها قبل حوزها فإنه لا يقطع بها لأنها مال غير محرز حينئذ<sup>(3)</sup>.

وذهب ابن حزم إلى أن من سرق من شيء له فيه نصيب كبيت المال أو الخمس أو غير ذلك، فإنه ينظر فيما سرقة، إن كان نصيبه محددًا معروفًا مقدارَه كالغنيمة، أو ما اشترك فيه بوصية أو ميراث أو نحوه، فإن أخذ ما يزيد عن نصيبه مما يجب في مثله القطع قطع، وأما إن أخذ حقه فلا قطع عليه، ويستثنى من سرقة ما يزيد عن حقه فلا يجب القطع فيها، أما إذا منع حقه أو احتاج إليه ولم يستطع الوصول إلى حقه إلا بسرقة وما يزيد عليه لعدم قدرته على تخليص حقه فقط مما زاد عليه، لأنه والحال هذه مضطر إلى أخذ الزائد، ويجب عليه رد ذلك المقدار الزائد على حقه الذي أخذه تبعًا له<sup>(4)</sup>.

ثانيا: الدخول بالبائن في عدتها.

وصورة ذلك فيمن وطئ من طلقها طلاقًا بائنًا وكان ذلك في زمن عدتها؛ فإن هذا الرجل تقوم في حقه عند الحنفية "شبهة الحق"، وهذا اعتبارًا بنوع دليل قائم على أن فراش الزوجية يستمر قائمًا طوال زمن العدة، فهذا وإن لم يعتبر مفيدًا للحلية على الحقيقة، إلا أنه يورث شبهة يترتب عليها إسقاط الحد عنه. ومثل هذا عند فقهاء الحنفية من دخل بالمرأة التي طلقها المطلقة المكتملة للثلاث، فإن هذا الدخول لا يثبت معه الحد في المذهب الحنفي؛ إذ إن المرأة في أصل خلقتها أصل للزواج، ولم يوجد سبب من أسباب التحريم يقوم بذاتها، بل هو سبب عارض ليس متصلًا بأصل المرأة، فبقيت الإباحة الأصلية شبهة دائرة للحد<sup>(5)</sup>.

الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من شبهة الحق.

ليس في القانون الوضعي شبيه لما يسمى "شبهة الحق" عند فقهاء الشريعة الإسلامية، غير أننا نجري على سنة فقهاء الشريعة في الأمثلة المضروبة فيما أسموه "شبهة الحق" لنستبين حكم القانون فيها، ومن ثم نصل إلى استنتاج الموقف النهائي له في هذه الشبهة، وذلك من خلال تناولنا لحكم الاعتداء على المال العام؛ باعتبار أن للمستولي فيه نوعًا من الحق؛ باعتباره موجهًا لمنفعة الكافة وهو منهم، وأيضًا تناول السرقة بين الأقارب باعتبار أن لبعضهم حق النفقة على بعض.

(1) الخرشي، المرجع السابق، ج 08 ص 96. الدسوقي، المرجع السابق، ج 04 ص 337.

(2) الشريبي، المرجع نفسه، ج 04 ص 163.

(3) الخرشي، المرجع نفسه، ج 08، ص 96.

(4) ابن حزم، المرجع السابق، ج 13 ص 355.

(5) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 05 ص 252.

## البند الأول : الاعتداء على المال العام.

المال العام في نظام القانون المدني هو العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص، وهذه الأموال لا يكون التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، وعليه فإنه لكي يعتبر المال عامًا في مفهوم المشرع المدني يجب توافر شرطين:

أولهما: أن يكون المال مملوكًا للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة.

وثانيهما: أن يكون هذا المال مخصصًا للمنفعة العامة، فإذا فقد صفة التخصيص للمنفعة العامة فإنه يفقد صفة المال العام ليندرج تحت نطاق الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة<sup>(1)</sup>.

أما في مجال القانون الجزائري فإن المال العمومي محل الحماية أوسع مدلولًا منه في القانون المدني؛ إذ من غير الممكن أن يقصر المشرع الجزائري حمايته على الأموال المخصصة للمنفعة العامة، وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الفرق في عدد من الدول، فأطلق على المال محل الحماية في المجال الجزائري تسمية "أموال الدولة" بدلًا من "الأموال العامة" ليتسع نطاق الحماية إلى أوسع مدى. وقد اختلف الفقه في تحديد المال العام في المجال الجزائري على أقوال كثيرة ليس المجال لسردها<sup>(2)</sup>. وأياما كان الفرق بين القانونين المدني والجزائري في مدلول "المال العام"، فإننا نقتصر في بحثنا على المال الموجه للمنفعة العامة لا غير؛ باعتباره مظنة لشبهة الحق التي يمكن أن يدعيها المعتدي على "المال العام" بحجة أن له نوعًا من الحق فيه.

هذا، وتختلف صفة المعتدي على المال العام في القانون بين أن يكون موظفًا عامًا كما في جرائم "الجنایات والجنح ضد السلامة العمومية"، وبين أن يكون المعتدي شخصًا عاديًا كما في جريمة "السرقه من الممتلكات العمومية"، وفي كلتا الحالتين يعتبر المعتدي مجرمًا يستوجب العقاب، غاية الأمر أنه يختلف التكييف القانوني لفعله. ففي جريمة السرقه وهي اختلاس مال منقول مملوك للغير، ومنهم الدولة، بنية تملكه، يعتبر سارقًا يستوجب العقاب المنصوص عليه في التشريع، من يستولي على الأموال المملوكة للدولة على سبيل السرقه، ولو كانت من الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة، وذلك مثل الطرق العامة والجسور والميادين، ومن باب أولى يعتبر سارقًا من يستولي على المال الذي تملكه الدولة ملكية خاصة.

وتطبيقًا لذلك يكون مرتكبًا لجريمة السرقه من ينتزع أتربة من شارع عمومي ويأخذها لنفسه، ومثله من يقتلع شجرة من طريق عام أو من حديقة عامة، وأيضًا يعتبر سارقًا من يختلس المياه والغاز والكهرباء. وتعد الآثار من الأشياء المملوكة للدولة ولو عثر عليها في أرض مملوكة لأحد الأفراد<sup>(3)</sup>.

وأما جرائم اعتداء الموظف العام على مال الدولة والتي يسميها قانون العقوبات "الجنایات والجنح ضد السلامة العمومية"، والتي نص عليها في (المادة 119) من القسم الأول تحت اسم "الاختلاس والغدر"، فإن المشرع

(1) الشاذلي: فتوح، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية - مصر، - 1996م، ص 184-185.

(2) الشاذلي، المرجع نفسه، ص 185 وما بعدها. سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، دار الفكر العربي، بلا تاريخ، ج 01 ص 246 وما بعدها.

(3) الشاذلي، المرجع نفسه، ص 893. صبحي نجم، المرجع السابق، ص 124.

سلك فيها مسلكا تشديديا، إذ أوصل الحكم فيها إلى حدّ الإعدام إذا أدت إلى الضرر بالمصالح العليا للأمة، ولا يقبل احتجاج المختلس بأنه يأخذ مالا له فيه حق باعتباره واحدا من المواطنين.

وقد بينت (المادة 119) صفة الجاني بأنه «... القاضي أو الموظف، أو الضابط العمومي الذي يختلس أو يبدد أو يحتجز عمدا بدون وجه حق، أو يسرق أموالا عمومية أو خاصة أو أشياء تقوم مقامها، أو وثائق أو سندات أو عقودا أو أموالا منقولة وضعت تحت يده سواء بمقتضى وظيفته أو بسببها...»<sup>(1)</sup>.

### البند الثاني: السرقة بين الأقارب.

السرقة بين الأقارب في القانون الوضعي فعل مجرم ما في ذلك شك، وتلزم فاعلها- في الأصل- العقوبة المقررة لجريمة السرقة المنصوص عليها في التشريع، غير أن المشرع الجزائري الجزائي وغيره من التشريعات العربية<sup>(2)</sup> وضعوا لهذا الأصل استثناءين:

**الأول:** قيد إجرائي لمسائلة المقترف لها، مفاده أن جرائم السرقة الواقعة بين الأقارب والحواشي والأصهار، لا تتم فيها المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى يرفعها المسروق منه، وهذا أحد الاستثناءات من القاعدة العامة في القانون الجزائري التي تجعل تحريك الدعوى العمومية من اختصاصات جهات الادعاء العام، ممثلة في النيابة العامة بمجرد وقوع الفعل وتناهيه إلى علم السلطات العامة.

وقد نصت على هذا القيد (المادة 01/369) من قانون العقوبات بقولها: « لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة، إلا بناء على شكوى الشخص المضروب، والتنازل عن الشكوى يضع حدًا لهذه الإجراءات ». غير أن العموم المتبادر في هذه المادة من أن أي فعل سرقة يقع من أي قريب، يستلزم العقاب إذا صدر بشكوى، مخصص بنص المادة السابقة لها، وهي (المادة 368) التي تنص على أنه « لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبيينين فيما بعد ولا يخول إلا الحق في التعويض المدني:

1- الأصول إضراراً بأولادهم من الفروع.

2- الفروع إضراراً بأصولهم.

3- أحد الزوجين إضراراً بالزوج الآخر.»

(1) عرفت المادة 119 عدة تقلبات من حيث صفة المتعدي، ومن حيث تقدير العقوبات المنصوصة. أنظر: يعقوبي: محمد، قانون العقوبات الجزائري والنصوص الخاصة، الطبعة الثانية، قصر الكتاب-الجزائر،-1997م.

(2) منها قانون العقوبات اللبناني(المادة674)، و السوري(المادة660)، والأردني (المادة425). وينهب المشرع الجزائري التونسي في (المادة266) عقوبات إلى أنه « لا تعد من السرقة الاختلاسات الواقعة من الوالدين فما فوقهما لأمتعة أبنائهم » ومن ثم خلع عليها وصف الإباحة. أنظر: الصيفي، حق الدولة في العقاب، ص376-377. بخلاف المشرع المصري الذي لم يجعل سرقة الأصول والفروع والأزواج مانعا للعقاب ولا سببا لإباحة الفعل وإنما وقف تحريك الدعوى العمومية فيها على شكوى المجني عليه، فنص في المادة 312 عقوبات المعدلة بالقانون رقم 64-74 الصادر في 14 يونيو 1947م، على أنه « لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعها إلا بناء على طلب المجني عليه، وللمجني عليه أن يتنازل عن دعواه بذلك في أية حالة كانت عليها، كما له أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت شاء ». أنظر: عبيد: د رؤوف، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، 1974م، ص422.

والذي ينبغي الإشارة إليه هنا أن المشرع بتقريره القيد الإجرائي على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في الحال الأولى، وفي تقرير مانع العقاب في الثانية، إنما يرمي إلى الحفاظ على سمعة الأسرة واستبقاء صلات الود القائمة بين أفرادها، لذلك غلب الطابع الشخصي للجريمة على مصلحة المجتمع في توقيع العقاب<sup>(1)</sup>.

فإعفاء الجاني من العقوبة هنا سببه تغليب الطابع الشخصي للسرقة بين الأقارب، وليس سببه تقرير حق حقيقي أو حكمي للجاني فيما تعدى عليه؛ بدليل أنه في الحال الأولى لو تقدم المسروق منه بشكوى ولم يتنازل عنها لأخذ الجاني بالعقوبة، ولو كانت له شبهة حق لما أقيمت عليه عقوبة ولو كانت هناك شكوى.

وآية ذلك أن في الشريعة الإسلامية من يقول بأن عقوبة السرقة لا توقع إلا بتقدم الخصومة؛ أي شكوى المسروق منه، ومع ذلك فإنه في السرقة بين الأقارب لا يقام الحد على الوالد إذا سرق من مال ابنه ولو تقدم الولد بشكوى إلى السلطات العامة، وأيضاً فإننا إذا سلمنا بوجود شبهة الحق في سرقة الولد من مال والده وفي سرقة الزوجة من مال زوجها لمكان النفقة، فإننا لا نسلم بها في سرقة الحواشي والأصهار؛ إذ لا تجب النفقة عليهم في القانون. وعليه فإن إعفاء الأقارب من الأخذ بالعقاب في السرقة مقصده تغليب المصلحة الشخصية، وليس سببه وجود شبهة حق.

و كذلك الحال في سرقة الأصول والفروع والأزواج، فإن الأساس فيما يبدو ليس تقرير الحق الحقيقي أو الحكمي، وإنما ما أشرنا إليه سابقاً من تقصد المحافظة على الروابط الاجتماعية، فلما كانت هنا أقوى وأمتن، كان ذلك أحرى بتقرير مانع العقاب من مجرد القيد الإجرائي على النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية ومباشرة إجراءاتها.

### المطلب الثالث: شبهة الملك.

تتحقق شبهة الملك عندما يكون لمرتكب الفعل الجرمي نوع من الملك في الشيء محل الارتكاب، فهل يترتب على وجود هذه الشبهة درء العقوبة عن هذا الفاعل الذي ثبت له من الملك في المحل الذي نيط به الفعل الجرمي أم لا؟<sup>(2)</sup>. هذا ما سنتناوله في فرعين، الأول: في شبهة الملك في الشريعة الإسلامية، والثاني: في موقف القانون من شبهة الملك.

#### الفرع الأول: شبهة الملك في الشريعة الإسلامية.

عدّ فقهاء الحنفية والشافعية هذه الشبهة ضمن ما أطلقوا عليه "شبهة المحل" التي تنتظم كلا من "شبهة الدليل" و "شبهة الحق" و "شبهة الملك" كما سبق بيانه<sup>(3)</sup>.

(1) أبو عامر: محمد زكي، قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة الصحافة - الإسكندرية-، 1989م، ص 944-945.

(2) الحفناوي، المرجع السابق، ص 330 بتصرف.

(3) الماوردي، الحاوي، ج 17 ص 57 وما بعدها.

هذا، وإن الملك الذي تنشأ عنه هذه الشبهة إمّا أن يكون ملكاً خالصاً للمحل الذي قام بالفعل ووقع عليه الاعتداء، سواء أكان ملكاً حقيقياً أم ملكاً حكيمياً، وإمّا أن يكون ملكاً مشتركاً، وإمّا أن يكون لشخص آخر غير الفاعل إلاّ أن مالكه قد أباحه لهذا الذي وقع منه الفعل الجرمي، وفيما يلي تفصيل وبيان لهذه الأقسام مع التمثيل الذي يجلي حقيقتها ويوضح أحكامها.

### البند الأول: شبهة الملك الخالص.

وتقوم هذه الشبهة في حق من يطأ جاريته التي بينه وبينها حرمة بنسب، لكنها لا تعتق عليه بملكه لها كعمته أو ابنة أخيه مثلاً، فمثل هذا لا تلزمه العقوبة الحدية نظراً لقيام شبهة الملك في حقه، وهي التي ترتب عليها عدم إلزامه الحد، والذين أسقطوا العقوبة الحدية هنا ألزموا الجاني عقوبة تعزيرية رادعة، يقول الخرشي: «وكذلك يؤدب من اشترى أمة لا تعتق عليه بنفس الملك كعمته وابنة أخيه وما أشبه ذلك، ثم وطئها وهو عالم بتحريمها، وإنما لم يجد لعدم انطباق حدّ الزنى عليه، ويلحق به الولد وتباع عليه خشية أن يعود لوطئها ثانية»<sup>(1)</sup>.

ويقول ابن قدامة: «وإن اشترى أمه أو أخته من الرضاعة ونحوهما ووطئها فذكر القاضي عن أصحابنا أن عليه الحد، لأنه فرج لا يستباح بحال، فوجب الحدّ بالوطء كفرج الغلام، وقال بعض أصحابنا لا حد فيه، وهو قول أصحاب الرأي والشافعي؛ لأنه وطء في فرج مملوك له يملك المعاوضة عنه وأخذ صداقه، فلم يجب له الحد كوطء الجارية المشتركة»<sup>(2)</sup>.

فأما إذا اشترى ذات محرم من النسب ممن تعتق عليه ووطئها فعليه الحد؛ وذلك لأن الملك لا يثبت فيها، فلم تتحقق الشبهة وهذا باتفاق الفقهاء، إلا ما روي عن الشافعي فقد ذكر الشيرازي في المهذب أن له في المسألة رأيين:

«أحدهما: أنه لا يجب عليه الحد، لأنه ملكه لا يبيح وطأها بحال من الأحوال بل يسقط الحد.

والثاني: أنه لا يجب عليه الحد، وهو الصحيح لأنه وطء في ملك، فلم يجب به الحد»<sup>(3)</sup>.

هذا، وقد عدّ بعض أهل الفقه سرقة الوالد من مال ولده من ضمن "شبهة الملك الحكمي"؛ اعتماداً على أن نص الحديث دلّ على أن الولد وماله ملك أبيه، وذلك باستعماله لام الملكية في قوله -صلى الله عليه وسلم-: «أنت ومالك لأبيك»<sup>(4)</sup>، غير أن عدّه من باب "شبهة الدليل" الخاص بالركن أولى من عدّه من شبهة الملك.

### البند الثاني: شبهة الملك المشترك.

ومثّلوا لهذا النوع بالشبهة في حق المحارب المستحق جزءاً من الغنيمة إذا قام بسرقة بعض هذه الغنيمة قبل أن تقسم على مستحقيها، فالسرقة هنا قد تحققت صورتها بأخذ المحارب المال خفية، لكنه لما كان مالكا لجزء من

(1) الخرشي، المرجع السابق، ج 08 ص 78. الحفناوي، المرجع السابق، ص 330.

(2) ابن قدامة، المعنى، ج 10 ص 155.

(3) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 268.

(4) سبق تخريجه ص 121.

المال الذي أخذ منه خفية ملكية صحيحة غير أنها لم تتأكد بالقسمة، أنتجت هذه الملكية غير المستقرة شبهة تدرأ الحد عنه<sup>(1)</sup>. ومثاله أيضا سرقة من له نصيب في شركة بميراث أو بوصية أو بدين مستحق فيها وذلك قبل قسمتها. هذا، وقد ذكر الفقهاء لهذا القسم أمثلة كثيرة كلها في الإمام، وذكرها وإن كان يوضح الموضوع إلا أنه لا داعي لذكرها، لأن الرق قد ألغي بحكم الزمان وإقرار قواعد الإسلام، وإنما نلجأ لذلك عند عدم أمثلة أخرى غير الرق، أما وقد وجدنا المثالين السابقين ففي ذكرهما كفاية<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني : موقف القانون من شبهة الملك.

قد يحدث أن يستولي شخص على مال باعتبار أن له فيه نوعا من الملك، كالمال المملوك على الشيوع أو مال الشركة قبل قسمته، فهل يعدّ فعلا مجرما يستوجب صاحبه العقوبة المفروضة لفعل السرقة، أم يعدّ فعلا مباحا صورة ومعنى، أم يعدّ فعلا مجرما غير أنه يمنع عقاب الفاعل باعتبار أن له فيه نوع ملك؟. يعتبر القانون الشخص سارقا ويلزمه العقاب إذا استولى على مال تكون ملكيته شائعة بينه وبين غيره؛ لأنه يكون بذلك قد اعتدى على ملكية شريكه الذي يقاسمه في كل جزئية من جزئيات المال، ولا يقبل منه الدفع بأنه استولى على جزء من المال يعادل نصيبه أو يقل عنه؛ لأن الملكية الشائعة لا يتحدد فيها نصيب كل شريك إلا بالقسمة<sup>(3)</sup>.

وتطبيقا لذلك يكون مرتكبا لجريمة السرقة الوارث الذي يجلس مالا منقولا من التركة المشتركة بينه وبين غيره من الورثة، كما يلزم عقوبة السارق الشريك بالمزارة الذي يستولي على جزء من المحصول المودع لدى شريكه الآخر والمشارك بينهما. ولا يغير من اعتبار الشريك سارقا أن تتم القسمة ويقع الشيء الذي استولى عليه بأكمله في حصته؛ إذ العبرة بوقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة، وفيه لم يكن الشريك قد تملك بعد المال الذي استولى عليه<sup>(4)</sup>.

وهناك رأي آخر يرى أن القسمة كاشفة عن حق الشريك وليست منشئة له، وهو ما يعرف بالأثر الرجعي للقسمة، وعليه فإن الشريك يعتبر مالكا للجزء من المال الذي آل إليه بالقسمة من بدء حالة الشيوع، فإذا كان هذا الجزء هو الذي استولى عليه فهو مالك له وقت الاستيلاء، فلا تقوم في حقه جريمة السرقة<sup>(5)</sup>.

غير أن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى أن فكرة الأثر الرجعي للقسمة هي مجرد حكم اعتباري، وهي فكرة مدنية بحتة تهدف إلى ضمان استقرار المعاملات، ولا شأن لها بجريمة السرقة التي يحكمها القانون الجزائي<sup>(6)</sup>، ومن ثم فإنه لا مجال للقول بشبهة الحق في القانون الوضعي.

(1) الدسوقي، المرجع السابق، ج 04 ص 315.

(2) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 204.

(3) سلامة، القسم الخاص، ج 02 ص 155. صبحي نجم، المرجع السابق، ص 122. عبيد، المرجع السابق، ص 342.

(4) مصطفى القلبي، المسؤولية الجنائية، ص 57. عمر السعيد رمضان، القسم الخاص، ص 394. عبد المهيم بكر، جرائم الاعتداء على الأشخاص،

ص 314. نقلا عن عبيد، المرجع السابق، ص 343.

(5) عبيد، المرجع نفسه، ص 343.

(6) الشاذلي، المرجع نفسه، ص 897-998.



## المطلب الرابع: مقارنة بين الشريعة والقانون في شبهة الركن.

تفترق الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي وتباين أحكامهما في باب الشبهات التي تعتري ركن الجريمة، حيث تعند بها الشريعة الإسلامية على وجه الإجمال، وإن كان هناك خلافا في الإطلاق الاصطلاحي كما هو حاصل بين جمهور الفقهاء وابن جزم من جهة، وخلافا في الانطباق على الجزئيات بين الفقهاء والمذاهب التي تعند بالقاعدة، وحتى بين فقهاء المذهب الواحد- كما رأينا- من جهة أخرى. بينما لا يرى فقهاء القانون الوضعي مبررا للقول بشبهة الركن ولا يرون لها أثرا في درء العقوبة على المتهم، ولهذا الخلاف جملة من الأسباب نذكر طرفا منها فيما يأتي :

1- أحد هذه الأسباب، هو الاختلاف في تقدير العقاب المقدر للجريمة المرتكبة بين الشريعة والقانون من حيث الجسامة، ونقصد بذلك العقوبات المقدرة حدا وقصاصا، والتي تفرض لها الشريعة عقوبات بالغة الشدة تقصد من خلالها إحداث الردع العام والخاص، بينما يفرض لها القانون عقوبات أقل جسامة في أسوأ الأحوال، ويعدها في أحوال أخرى جرائم تافهة، أو لا يفرض لها عقابا أصلا إذا لم تقترب في ظروف معينة، كما في جرائم شرب الخمر إذا لم تقترب بظروف خاصة كالسياقة حال السكر، وكما في جريمة زنى غير المتزوج.

وتفسير هذا السبب أن الدرء بالشبهة والذي قصره عامة الفقهاء على العقوبات المقدرة دون التعازير جريا وراء ظاهر النصوص إنما شرع لهذا الاعتبار، وهو جسامة العقوبات المقدرة لهذا النوع من الجرائم؛ لأن الخطأ في توقيع هذه العقوبات أمر لا يمكن جيره بحال، فمن حد للزنا بالرجم، أو قطعت يده للسرقة، أو جلد للشرب، لا يمكن إن تبين خطأ القاضي في حكمه بالإدانة أن يعيد الحال إلى ما كانت عليه، وهذا الوصف غير متوفر في أغلب العقوبات المقدرة في القانون الوضعي، إذ إن الضرر المترتب على الخطأ القضائي أقل فداحة منه في الشريعة الإسلامية، إلا في عقوبة الإعدام التي تنادي كثير من الدول ومنظمات حقوق الإنسان بإلغائها؛ تأسيسا على أن الخطأ فيها لا يمكن تداركه.

2- ومن أسباب الاختلاف بين الشريعة والقانون في شبهة الركن، أن القاعدة الجزائية في القانون الوضعي تتميز بذاتية تجعلها مستقلة عن باقي القواعد القانونية في فروع القانون الأخرى كما تقدم بيانه. وعلى ذلك فإذا حصل التعدد الظاهري من غير تضارب بين قاعدة جزائية وقاعدة أخرى غير جزائية في الحماية القانونية لحق ما، كما هو الحال في ازدواج الحماية القانونية للمال بين القانون المدني وقانون العقوبات، فهنا لا يطرح أي إشكال وتطبق القاعدة الجزائية.

أما إذا حدد المشرع مضمون القاعدة الجزائية بطريقة مستقلة، فهنا تسترد القاعدة الجزائية استقلاليتها، ويلزم القاضي باللجوء إلى غايات القانون الجزائي وأهدافه، التي تختلف في جوهرها عن غايات وأهداف فروع القانون الأخرى، يستوحي منها تحديد هذا المضمون. هذا بخلاف أحكام الشريعة الإسلامية التي صيغت صياغة تكاملية من حيث خدمة بعضها لبعض، وإفضاؤها جميعا لتحقيق غرض واحد؛ وهو تحقيق الاستقرار العام وفقا لأوامر الشارع ونواهيته، وسبب هذا الترابط وهذه الوحدة أن شارعها واحد؛ وهو الله سبحانه وتعالى الذي يستحيل في حقه التناقض أو الغفلة.

3- وثالث هذه الأسباب هو أن نطاق قاعدة "درء الحدود بالشبهات" والقواعد المؤيدة لها، كقاعدة أن "اليقين لا يزول بالشك" وقاعدة أن "الأصل في الإنسان البراءة" تجدها في الشريعة الإسلامية نطاقا أوسع من النطاق الذي أعطي لقاعدة "الشك يفسر لصالح المتهم" في القانون الوضعي، ذلك أن قاعدة "درء الحدود بالشبهات" كما تبسط سلطاتها على قواعد الإثبات فهي تمتد في ذات الوقت إلى تفسير النص الجزائي عند الغموض أو تضارب التفسير، وتشمل أركان الجريمة وتقدير العقاب، وبعبارة أشمل وأوجز تحيط بجميع القواعد الإجرائية والموضوعية.

بينما هي في القانون الوضعي مقصورة على الرأي الراجح في الفقه على قواعد الإثبات، لا أركان الجريمة الشرعية والمادية والمعنوية ولا تفسير النص؛ لأن أركان الجريمة منصوص عليها صراحة مما يجعل مظنة إثارة الشبهة منتفية، ولأن التفسير عملية ذهنية ترمي إلى الكشف عن قصد الشارع دون لبس أو غموض، ومهما كان النص الجزائي متناهيا في غموضه؛ فإنه لا يعفي المفسر من الوصول إلى تحديد معناه والاكتفاء بالوقوف عند الشك في هذا المعنى، إلا إن كان مؤدى ذلك أن المفسر لم يستقر بعد على معرفة القانون، وإذا وقع وكان ثمة نص جزائي لا يمكن الاهتداء إلى معناه مهما استعان المفسر بما لديه من أساليب التفسير؛ فإنه لا مندوحة من تقرير إباحة الفعل، ليس تعويلا على قاعدة أن "الشك يفسر لمصلحة المتهم"، وإنما استصحابا لمبدأ "الأصل في الأشياء الإباحة"<sup>(1)</sup>.

غير أننا نؤكد في نهاية هذه المقارنة على أنه ليس كل ما قال به فقهاء الشريعة أنه شبهة في الركن هو كذلك في واقع الحال؛ إذ ينبغي أن نفرق في هذه الشبهات، بين ما كان مدرکه قويا وما كان مدرکه مجرد دعوى فارغة، يستعملها مرضى النفوس ومحترفو الإجرام للإفلات من قبضة العدالة، وعليه فإنه لا وجهة لما قال به أبو حنيفة -رحمه الله- من إعفاء من يستأجر امرأة للزنا من العقوبة لشبهة العقد؛ لأن في هذا فتحا لباب البغاء على مصراعيه، كما أنه ليس من الصواب القول بإعفاء من يصحب صغيرا للسرقة من العقاب لشبهة الاشتراك، وأيضا لا مساغ للقول بشبهات الحرز التي توسع فيها الفقهاء لدرجة تثير السخرية بالشريعة من بعض من ابتلوا بمرض الحداثة الكاذبة<sup>(2)</sup>. وهنا ينبغي سلوك أحد المسلكين أوهما معا:

الأول: أن يعمد المشرع الإسلامي إلى تحديد ما يكون شبهة معتدا بها وما لا يعتد به على سبيل حصر الحالات.

الثاني: أن يترك الأمر لاجتهاد قاضي الموضوع وتقديره بما تهديه إليه فطنته والقرائن المتوفرة له، أو أن يتكفل المشرع بنصيب ويترك نصيبا لقاضي الموضوع.

(1) عبد الصمد، المرجع السابق، ص 903-904. وانظر على الخصوص: العوا، تفسير النصوص الجنائية، مشار إليه سابقا. وهناك رأي آخر يرى أنه إذا كان النص الجزائي شديد الغموض واستحال على المفسر تحديد قصد الشارع وتساوت في نظره وجوه متعددة يمكن أن يوول النص لها وجب ترجيح الوجه الذي تتحقق به مصلحة المتهم إعمالا لقاعدة "الشك يفسر لمصلحة المتهم"، إلا أنه إلى ذلك يرى أن إعمال هذه القاعدة يقتصر على حالة استحالة الكشف عند قصد الشارع لا مجرد صعوبة ذلك، وإن كان أصحابه يرون أن المجال الرئيسي لهذه القاعدة هو الإثبات حيث تتعادل أدلة الإدانة وأدلة البراءة فيكون معينا ترجح الثانية. أنظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1981م، ص 96. الصيفي، القاعدة الجنائية، ص 382 وما بعدها.

(2) منهم الأستاذ حسين أحمد أمين في كتابه دليل المسلم الحزين، طبعة موفم للنشر، الجزائر، بلا تاريخ، ص 219 وما بعدها. إذ اتخذ من مادة نظرية الحرز عند الفقهاء مدخلا لحديث مارق في النظام العقابي الإسلامي ككل.

## المبحث الثالث

### الشبهات المتعلقة بالجهل النافي للقصد الجنائي

العلم جوهر في القصد الجنائي وركن فيه، ولا يمكن مساءلة أي إنسان عن أي فعل جرمي يأتيه إلا إذا تحققنا من حصول العلم له بجرمية السلوك الذي اقترفه، وذلك أن العلم مناط للتكليف، وهو الأثر الرئيس والثمرة العملية لقاعدة شرعية التحريم التي تقتضي بأنه: " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بالقانون"<sup>(1)</sup>، والتي أصلها في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء/من الآية 15].

ونقصد بالعلم هنا تمثل الجاني في ذهنه الواقعة الإجرامية بكل عناصرها المعبرة قانونا، مع الإحاطة بحكم تجريمها، ولا يتم ذلك إلا بالرجوع إلى النص القانوني الخاص بكل جريمة على حده، فالنص هو وحده الذي يشتمل على مجموعة العناصر التي تتألف منها كل جريمة، والتي تتميز بها عن الأعمال المشروعة من جهة، وعن الجرائم الأخرى من جهة ثانية<sup>(2)</sup>. وعلى ذلك فإن القصد الجنائي لا يتحقق من حيث ركن العلم إلا بأمرين:

الأول: العلم بنص التجريم؛ أي العلم بالنص الذي يخلع على النص وصف الجريمة، سواء فيما تعلق بعدم مشروعية السلوك أم فيما تعلق بلزوم العلم بالعناصر القانونية للجريمة.

والثاني: العلم بالعناصر الواقعية للجريمة، فإذا اختل هذا العلم بالوصف الذي قدمناه كنا بصدد شبهة الجهل النافي للقصد الجنائي<sup>(3)</sup>.

وهو ما نتحدث عنه فيما يأتي في أربعة مطالب: الأول عن مفهوم الجهل والغلط والعلاقة بينهما، والثاني عن حكم الجهل بالقانون، والثالث عن حكم الجهل بالواقع أو الغلط فيه، والرابع للمقارنة.

#### المطلب الأول: مفهوم الجهل والغلط والعلاقة بينهما.

الجهل هو عدم توافر الصورة الإدراكية للشيء في ذهن الشخص، فهو حالة ذهنية سلبية؛ حيث يخلو العقل من الصورة الإدراكية للشيء خلوا تماما كليا أو جزئيا<sup>(4)</sup>.

أما الغلط فهو على العكس من ذلك؛ إذ إنه حالة عقلية بمقتضاها يدرك الشخص موضوعا معينا على خلاف ما هو عليه في الواقع، فهو إذن وضع ذهني إيجابي؛ حيث تقوم لدى الإنسان صورة ذهنية إدراكية على ذلك الشيء، إلا أنها صورة زائفة وغير مطابقة للصورة الواقعية لموضوعه<sup>(5)</sup>.

(1) المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري.

(2) عوض، المرجع السابق، ص 225.

(3) أبو المعاطي، المرجع السابق، ص 244.

(4) محمود: محمد زكي، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجزائية، دار الفكر العربي، 1967م، ص 45.

(5) ومن هذا الرأي الفقيه الإيطالي سافيني savigny, traité de droit romain نقلا عن محمد زكي، المرجع نفسه، ص 6.

ويختلف الرأي في صورة التفريق بين الجهل والغلط، فبينما يذهب بعض الفقه إلى اعتبار معيار التفريق بينهما معيارا نوعيا من حيث الكيف الإنساني؛ فيكون الجهل حالة ذهنية سلبية والغلط حالة ذهنية إيجابية<sup>(1)</sup>، و يذهب رأي آخر إلى اعتبار معيار التفريق بينهما معيارا كميا ضابطه الدرجة أو الكثافة، ففي حين يكون الجهل انعداما للعلم بصفة كلية بشيء أو بموضوع معين، فإن الغلط يتوافر إذا كان الشخص يعلم بهذا الشيء أو الموضوع علما ناقصا، أي إن الغلط هو عدم اكتمال العلم بكل الشيء، ولهذا فهو عبارة عن جهل جزئي، ومن ثم فالفارق بين الجهل والغلط ينحصر في درجة ذلك الجهل<sup>(2)</sup>.

وأيا ما كان الاختلاف بين الرأيين في تكييف العلاقة بين الجهل والغلط، إلا أنه اختلاف غير ذي أثر عملي، لا سيما فيما نحن بصدد دراسته؛ لأن الجهل الذي يهتم به القانون هو الجهل الذي يؤدي إلى غلط<sup>(3)</sup>، ذلك أن عدم تطابق الصورة الإدراكية للشيء مع صورته الواقعية، وهو ما اصطلاح عليه بالغلط، لا يتوفر إلا إذا كان الشخص "يجهل" بحقيقة هذا الشيء، إما بصفة كلية، أو على الأقل يجهل بالحقيقة الواقعية لجزء من جزئياته. ومن أجل هذا فإنه يمكن القول بأن الصلة بينهما هي صلة سلبية، بحيث يمثل الجهل دائما السبب أو العلة، ويمثل الغلط النتيجة؛ فلا غلط بدون جهل ولكن لا عكس، فإنه قد يكون ثمة جهل ولكن لا يكون هناك غلط، وهذا نوع لا يعتد به في القانون؛ لأن هدف القانون هو السلوك الإنساني، والمشرع الجزائري لا يقيم أثرا قانونيا إلا لحالات الغلط فحسب؛ أي الحالة الإيجابية من العلم الزائف دون الجهل؛ لأنه ليس سوى حالة إدراكية سلبية بجملة، والحالة النفسية لا تدفع إلى السلوك، ولهذا فهو لا يؤثر في توجيه الإرادة<sup>(4)</sup>.

ويجد هذا الرأي الفقهي من ينتقده ويفت من عضده؛ من حيث إنه ثمة حالات من الجهل لا تثير الغلط ومع ذلك يعتد بها القانون ويرتب عليها آثارا جزائية، فالجهل إذ يتمثل في انتفاء العلم حول موضوع معين، ومن الجائز أن يكون انتفاء كاملا أو انتفاء جزئيا، فإذا كان غياب العلم غيابا كليا لا يحرك النفس تجاه موضوع معين حركة ذهنية، فإن هناك من الجهل صورة الغياب الجزئي للعلم<sup>(5)</sup>، وهي صورة مهتزة للواقع في ذهن الفاعل تحتمل الوجود وعدمه<sup>(6)</sup>؛ لأن الفكرة غير كاملة والعلم بالموضوع مجتزأ، فإنّ الذهن يكون بصدد هذا الموضوع في حالة شك، وحالة الشك هي من خصائص القصد الاحتمالي.

والذي يظهر عند إمعان النظر في سبب الخلاف بين القولين أنه خلاف نظري، حيث يقصر الفريق الأول دائرة الجهل على خلو الذهن تماما وكليا من الصورة المطابقة للواقع، فيكون الشك درجة من درجات العلم؛ لأنه ينطوي على معنى الاحتمال أو الإمكان، وهذا مظهر من مظاهر العلم، وهو يختلف عن الجهل في طبيعته وحكمه فيعامل معاملة العلم.

(1) الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، 299.

(2) ومن هذا الرأي الفقيه ماجيوري (magiore) . H. نظر محمد زكي، المرجع السابق، ص 46 .

(3) سلامة، القسم العام، ص 372.

(4) وقد قال بهذا الرأي الفقيه الإيطالي كارارا: Carara, programme du droit criminel نقلا عن محمد زكي، المرجع نفسه، ص 49.

(5) محمد زكي، المرجع نفسه، ص 50.

(6) عوض، المرجع السابق، ص 236.

أما الفريق الثاني فيجعل الجهل ذا شقين، الأول: الخلو الكلي للذهن من صورة الواقع، والثاني: الخلو الجزئي للذهن من تلك الصورة، وهو ما يرتب تردد الفاعل بين احتمال الوجود أو العدم، فيكون الشك درجة من درجات الجهل؛ لأنه من خصائص القصد الاحتمالي<sup>(1)</sup>.

وآية ذلك أنه يتعين عند الفريقين، القول بأن القصد يقوم مع الشك متى كان الجاني يستوي لديه حين يقدم على الفعل أن تكون الواقعة محل شكه على النحو الذي يحدده القانون لوقوع الجريمة أو على نحو مختلف<sup>(2)</sup>، فإذا عثر شخص على غريمه ملقى على الأرض لا حس به ولا حركة، فلم يدر أحي هو أم ميت، ونازعت نفسه إلى إطلاق النار عليه فعاجله بطلقة من مسدسه، ثم تبين أن الغريم كانت به في هذه اللحظة بقية من حياة، وأن الرصاصة هي التي قضت عليه، فالفعل عمد والقصد قائم، وليس للجاني عندهما أن يتذرع بأنه وقت إطلاق النار كان في شك من أمره.

### المطلب الثاني: الجهل بالقانون.

الأصل أن القانون موضوع للامتثال، ولا يتحقق ذلك إلا أن يلزم المكلف بنصوص هذا القانون، وإلا لصار الأمر منطويا على عبث وجور هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا فتح الباب للادعاء بالجهل بالقانون على مصراعيه لما أخذ مجرم مجرم. فما هو الحل العادل لهذه المعادلة إذا؟. هذا ما نتناوله بالدراسة في هذا المطلب في فرعين: الأول للجهل بأحكام الشريعة الإسلامية، والثاني للجهل بأحكام القانون الوضعي.

### الفرع الأول: الجهل بأحكام الشريعة الإسلامية.

قسّم الإمام الشافعي -رحمه الله- الجهل بالأحكام إلى قسمين، ويبيّن حكم كل قسم فقال: «إن هناك من الأحكام ما لا يسع بالغا غير مغلوب على عقله في دار الإسلام جهله، مثل الصلوات وصوم رمضان والزكاة والحج وتحريم القتل والزنا والخمر والسرقه، وغير ذلك مما لا يجوز التنازع فيه. وهناك من الأحكام ما لا يحتمل التأويل ويستدرك قياسا، وهذا درجة من العلم ليس تبلغها العامة، ولم يكلفها كل الخاصة، ومن احتمل بلوغها من الخاصة لا يسعهم كلهم أن يعطلوها، وإذا قام بها خاصتهم ممن فيه الكفاية لم يخرج غيرهم ممن تركها- إن شاء الله-، والفضل فيها لمن قام بها على من عطّلها»<sup>(3)</sup>.

فجعل -رحمه الله- ما ثبت بالدليل القطعي ثبوتا ودلالة من الأحكام الشرعية ويسميه "علم العامة"، أي العلم الذي يجب أن يعلمه كافة المسلمين ولا ينفرد به خاصتهم، غير مسوّغ الجهل به لمن تحققت له سبل العلم حقيقة أو حكما؛ بأن لم يكن بينه وبين تلك السبل حائل مقبول معتد به، ويستخلص من كلامه بمفهوم المخالفة أن من حالت دونه والحكم الشرعي موانع معتبرة شرعا؛ بأن لم تيسر له سبل العلم دون تقصير منه، كأن كان

(1) عبد الصمد، المرجع السابق، ص 913 وما بعدها.

(2) عوض، المرجع السابق، ص 236. وانظر ثروت: جلال، نظرية الجريمة متعددة القصد، -القاهرة-، 1965، ص 238.

(3) الشافعي، محمد بن إدريس، الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، المكتبة العلمية -بيروت-، بلا تاريخ، ص 357-360، بتصرف.

فاقدا لأهلية التكليف بجنون أو صغر، أو مقيما بدار الكفر أو بيادية بعيدة عن عمران المسلمين بحيث لا تبلغه الأحكام، فإنه لا يؤاخذ لجهله، ويقبل منه الاعتذار بعدم العلم بمجرد تحقق هذه الموانع المذكورة، من دون أن يكلف عبء إثبات ادعائه عدم العلم.

ويتناول هذا النوع ما ثبت بالنص القرآني أو الحديث النبوي الشريف المتواتر أو ما انعقد عليه إجماع الأمة، وهو ما يسمى في اصطلاح الفقهاء والمتكلمين "المعلوم من الدين بالضرورة"، الذي لا يعتبر مسلما إلا من علم به وأذعن له من دون أن يجعل لنفسه الخيرة في الفعل أو الترك.

وأما القسم الثاني الذي تعرض له الشافعي-رحمه الله- فهو ما كان مأخذه دليلا ظنيا في ثبوته كأخبار الآحاد<sup>(1)</sup>، أو في دلالته سواء كان قرآنا أم سنة، أو كان مأخذه القياس أو أي مصدر من مصادر التشريع فيما لا نص فيه، شرط ألا ينعقد على هذا كله الإجماع، فيرفع كل خلاف في الدليل أو المدلول.

وهذا النوع الأخير هو ما يسوغ الاختلاف فيه بين الفقهاء ويحتمل التأويل والمناقشة، وتتجاذبه الآراء بالأخذ والرد، ويقال فيه بالصواب والخطأ لا بالحق والباطل، فالجهل به يقبل عذرا لمن تذرعه به؛ لأنه ليس في متناول العامة المخاطبين بأحكامه بل هو علم الخاصة، وليس كل الخاصة بل المتفرغين لهذا الشأن.

هذا، ولما كانت العقوبات المقدرة -وهي ما قصر جمهور الفقهاء الشبهة عليها- من القسم الأول، أي المعلوم من الدين بالضرورة الذي لا يقبل الاعتذار بالجهل به من حيث الأصل العام، فإننا نتناولها بشيء من التفصيل، معرضين عن القسم الأول لخروجه عن محل النزاع، فنقسم البحث فيه إلى بندين: الأول في الجهل بأصل التحريم، والثاني في الجهل ببعض التفاصيل.

### البند الأول : الجهل بأصل التحريم

ونقصد به ادعاء عدم العلم بالنص المحرم للفعل المقترف أو بمدلوله الحقيقي، وبوجه عام ادعاء الجهل بتجريم الشرع لأفعال معينة، كأن يدعي المتهم عدم علمه بتحريم الزنا أو القتل أو الردة أو غير ذلك من المحرمات، وهو مقيم في عمران المسلمين ومتيسر له العلم بما يحرم عليه، فلا عذر له في ذلك ولا يعد جهله بأصل التحريم شبهة تسقط العقوبة عنه، فإذا أسلم وادعى أنه يجهل تحريم الزنا فلا يعد ذلك شبهة، بل يعد جريمة أخرى تنضاف إلى جريمة الواقعة، وذلك - طبعاً - إذا كان مقيما في عمران المسلمين ولم يكن حديث عهد بالإسلام.

أما إذا كان كذلك فإن مظنة الجهل تجعل ادعائه مصدقا، يقول ابن قدامة: «ولا حدّ على من لم يعلم بتحريم الزنا، قال عمر وعثمان وعلي لا حدّ إلا على من علمه، وبهذا قال عامة أهل العلم، فإن ادعى الزاني الجهل بالتحريم، وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام والناشئ بيادية قبل منه؛ لأنه يجوز أن يكون صادقا، وإن

(1) القول بأن أخبار الآحاد تفيد الظن الغالب هو قول جمهور علماء الأمة سواء كانوا أصوليين أم فقهاء أم متكلمين، ويذهب البعض إلى أن خير الواحد يفيد علم الطمانينة وهو رأي الظاهرية وابن خويزمندان من المالكية وبعض المحدثين. أنظر: الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، راجعه جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ج 02 ص 49 وما بعدها.

كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشيء بين المسلمين وأهل العلم لم يقبل؛ لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه»<sup>(1)</sup>.

ويلحق بالمسلم في عدم جواز الاعتذار بالجهل بالأحكام القطعية أهل الذمة الذين يقيمون مع المسلمين، فلا يصح أن يقذف أحد منهم محصنا أو يسرق مالا محرزا أو يزني ويدعي الجهل بنص التجريم، وذلك لأمرين: أحدهما: إقامتهم في عمران المسلمين، فوجب أن يحيطوا علما بكل قوانين الدولة التي يقيمون فيها، والزواج الاجتماعي المطبقة على المسلمين وعليهم، فيعلموا أن السارق تقطع يده، وأن من قتل يقتل، وأن أكل أموال الناس بالباطل حرام.

**والسبب الثاني:** أن إقامتهم في دولة المسلمين أساسها أن لهم ما للمسلمين من حقوق وعليهم ما عليهم من واجبات، وما دام الأمر كذلك فإنه يجب أن يعلموا القانون الإسلامي الجاري العمل به، ولا يعد جهلهم به شبهة تسقط بها العقوبات عنهم، وإلا تهدمت الأحكام في حقهم، وأصبحت الحدود والقصاص في حقهم ساقطة يدعون فيها بالجهل الذي لا تشهد الحال لهم به<sup>(2)</sup>، وهذا رأي الأكثرية من الفقهاء؛ إذ لم يخصوا حكما دون حكم، فقد أقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الحد على يهوديين زنيا أقيم الدليل على جريمتها عنده، ولو كان لهما ما يدرأ الحدّ عنهما لادعياه<sup>(3)</sup>.

أما عند الخفية والحنابلة فالأمر على التفصيل، فقد فرقوا بين أن يكون جهل الذمي بالأحكام الثابتة بالنص القطعي جهلا بما هو محرم في دينه أم لا؛ فإذا كان جهلا بما هو محرم في دينه كالزنا أو السرقة أو القذف أو القتل مما لا تختلف فيه الشرائع جميعا، فعليه إقامة الحد وإلزامه القصاص، فإذا كان زني جلد إن كان بكرا وغرب عاما، ورجم إن كان محصنا، لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي يهوديين فجرا بعد إحصائهما فأمر بهما فرجما<sup>(4)</sup>.

أما إذا اقترف الذمي ما يعتقد إباحته وتسعفه في ذلك أحكام ديانته؛ كشرب الخمر شربا لم يبلغ حدّ السكر، وادعى الجهل بالتجريم قبلت دعواه ولم يحدّ، وإن كان الإسلام يحرم ذلك؛ لأن جهله بتحريم الإسلام ذلك

(1) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 156.

(2) أبو زهرة، الجريمة، ص 463.

(3) أخرجه البخاري مختصرا في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما ذكر النبي - صلى الله عليه وسلم - وحض على اتفاق أهل العلم (7323)، ج 13 ص 304. وفي كتاب الجنائز، باب الصلاة على الجنائز بالمصلى والمسجد (1392)، ج 03 ص 199، من طريق موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - بلفظ: « أن اليهود جاؤوا إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - برجل منهم وامرأة زنيا فأمر بهما فرجما قريبا من موضع الجنائز ». ومطولا في كتاب تفسير القرآن، باب قوله تعالى: ﴿ قل فاتوا بالتوراة فاتلوها إن كنتم صادقين ﴾ (4556)، ج 08 ص 224. ورواه مطولا في كتاب المناقب باب قوله تعالى: ﴿ يعرفونه كما يعرفون أبناءهم ﴾ (... يعلمون) (3635)، ج 06 ص 631. وفي كتاب المحارين باب أحكام أهل الذمة وإحصائهم إذا زنوا أو رفعوا إلى الإمام (6841)، ج 12 ص 166. من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر. وفي كتاب التوحيد، باب ما يجوز من تفسير التوراة وغيرها من كتب الله بالعربية وغيرها، (7543)، ج 13 ص 516. من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر، ورواه في كتاب الحدود، باب الرجم في البلاط، (6819)، ج 12 ص 129، من طريق سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر بلفظ قريب. والروايات المطولة من طريق مالك عن نافع وموسى بن عقبة عن نافع وعبد الله بن دينار عن ابن عمر متقاربة الألفاظ ورد فيها ذكر عبد الله بن سلام إلا رواية عن نافع فلم يرد فيها اسمه.

(4) الفتزاني، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، بلا تاريخ، ج 02 ص 180. وابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق صبحي الصالح، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين - بيروت، -، 1983م، ج 01 ص 392-393.

مع إباحته فيما يدين به تدرأ عنه العقوبة؛ لأن معتقده كالكفر إن تظاهر به عذر؛ لأنه أظهر منكرا في دار الإسلام فعذر عليه كالمسلم<sup>(1)</sup>.

والواقع أن في القول بقبول الاعتذار بجهل الذمي للأحكام التي يعتقد حليتها في معتقده، ولو كانت محرمة في دين الإسلام، مجافاة لمقصد الشارع من تشريع العقوبات، وهو ضمان الاستقرار للمجتمع بكل طوائفه ودياناته، ومن ثم إلزامهم جميعهم بأحكامه، زيادة على أن فيه امتيازاً لأهل الذمة على المسلمين في قبول الاعتداد بجهلهم ببعض الأحكام، وسبب هذا الامتياز كما هو واضح ديانتهم بغير دين الإسلام، فكيف يكون الكفر سبباً للنعمة، وأيضاً فيه إخلال بعقد الذمة الذي يقتضي أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم، فإذا قبل الاعتذار بالجهل منهم تهدمت الأحكام في حقهم، وفي إقامة النبي -صلى الله عليه وسلم- الحد على اليهوديين في قصة الزنا دليل عام لا مخصص له في الزنا خاصة؛ إذ لو كان كذلك لوجب الاستفصال، والقاعدة تقتضي بأن "ترك الاستفصال عند اقتضاء الحال يكسو الدليل ثوب العموم في المقال".

وأما قياس ذلك على عدم التعرض لهم في ديانتهم وعدم إكراههم على الإسلام فقياس مع الفارق؛ ذلك أن الاعتقاد أمر قائم بالقلب ويمكنهم النفاق فيه مع إقامتهم على دينهم، وهو ما لا يحقق مقصد دعوة التوحيد من إخلاص العبودية، بخلاف الأحكام الجزائية فإنها ظاهرة، والمقصود منها متحقق بحملهم عليها؛ وهو الحفاظ على استقرار المجتمع المسلم وانسجامه، بدليل أن المسلم يدين بالإسلام طوعاً غير أنه محمول على التزام الأحكام قسراً، وبدليل أن الكافر -مع السماح له بالإقامة على كفره- لو دعا إلى دينه كان محلاً بعقد الذمة، واستوجب أحكام ذلك الإخلال.

ويجدر بنا التنبيه إلى أن المقصود بعلم الجنائي بنص التجريم في هذا الموضوع، هو إمكان العلم مع إرادة التعلم والقدرة عليه وليس حقيقة العلم<sup>(2)</sup>، فمتى بلغ الإنسان عاقلاً قادراً على أن يعرف الأحكام الشرعية بنفسه أو سؤال أهل الذكر عنها، اعتبر عالماً بما كلف به ونفذت عليه الأحكام وألزم بآثارها، ولا يقبل منه الاعتذار بجهلها<sup>(3)</sup>، لأننا لو قصدنا بعلم الجنائي علمه في الحقيقة، لنتج عن ذلك إلزام من سيحكم بالعقوبة على متهم إثبات أن هذا المتهم الذي ارتكب الفعل الجرمي كان يعلم بتجريم الشرع لما أتاه من أفعال قبل أن يقوم بها، وإثبات علم الجنائي بذلك أمر صعب تحقيقه، لأنه أمر خفي في نفس الجنائي ولا يمكن الاطلاع عليه إلا باعتراف منه، وهو ما يترتب عليه إمكان ادعاء شبهة الجهل من كل من اقترف فعلاً جرمياً ليفلت من قبضة العدالة ويخرج عن دائرة العقاب<sup>(4)</sup>، أو على الأقل الحصول على امتيازات التخفيف لدرجة لا تتفق ومقصد التشريع من الردع بالعقوبة المقررة للفعل محل العقاب، فيصبح مجرد ادعاء الجهل بالأحكام منفذاً لمحترفي الإجرام يحول دون سريان النصوص

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 85، ابن قدامة، المرجع السابق، ج 08 ص 214، التفتراني، المرجع السابق، ج 02 ص 180. صدر الشريعة، المرجع السابق، ج 02 ص 180.

(2) عودة: عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة - بيروت -، 1985م، ج 01 ص 430.

(3) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة الأولى، الزهراء للطباعة والنشر - الجزائر - 1990، ص 142.

(4) الحفناوي، المرجع السابق، ص 251-252. عودة، المرجع نفسه، ج 01 ص 431.



عليهم، وعلى ذلك فإن المقصود بالعلم هنا ليس العلم الحقيقي المطابق للواقع، وإنما يقصد به العلم الافتراضي أو ما يمكن أن نعبر عنه بالعلم بالقوة لا بالفعل.

وكما لا يقبل اعتذار المقترب للفعل الجرمي بجهله بوجود النص المجرم، لا يقبل منه أيضا ادعاؤه الجهل بالدلول الحقيقي للنص، فلا عبرة بمن يخرج عن المعنى الحقيقي للنص الذي أجمع العلماء عليه، سواء أكان الخروج عن هذا الفهم ناشئا عن جهل فعلي، أم كان مرادا به التزييف والتحريف، والثاني أدعى لتقرير عقوبة تعزيرية زيادة على العقوبة المقدرة<sup>(1)</sup>.

وهذا ما قرره أمير المؤمنين عمر بن الخطاب حين جاءه رجل من المهاجرين وقد شرب الخمر فأمر به أن يجلد، فقال الرجل: «لم تجلدي وبيني وبينك كتاب الله؟ فقال له عمر: وفي أي كتاب الله تجد ألا أجلدك، قال له الرجل: إن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وءامنوا و عملوا الصالحات ثم اتقوا و آمنوا ثم اتقوا و أحسنوا والله يحب المحسنين﴾ [البقرة/93]، فأنا من الذين آمنوا و عملوا الصالحات ثم اتقوا و ءامنوا ثم اتقوا و أحسنوا، فقال عمر: ألا تردون عليه ما يقول، فقال ابن عباس: إن هؤلاء الآيات أنزلن في من عذر وحجة على الناس، فقال عمر لابن عباس: صدقت، ماذا ترون؟ فقال علي رضي الله عنه: إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، وعلي المفتري ثمانون جلدة، فأمر عمر رضي الله عنه - به فجلد ثمانين جلدة<sup>(2)</sup>. ومما سبق يتضح حكم من جهل ذات النص المجرم أو معناه الحقيقي، وهذا النوع من الجهل الذي لا يعتد به، ولا يعد شبهة دارئة للعقوبة هو أحد شطري الجهل بأصل التجريم.

هذا حكم من كان مقيما بعمران المسلمين ويتحقق له العلم بأحكام الشريعة، أما البعيد عن عمران المسلمين، فإما أن يكون مسلما مقيما في ديار الكفر، أو مسلما ناشئا في بادية بعيدة عن العلم وأهله ممن يتعلم منهم أحكام دينه، أو يكون حديث عهد بالإسلام ولم ينشأ في بيئة إسلامية تتيح له تعرف ما يجب عليه وما يمنع، أو يكون جاهلا باللغة العربية التي نزل بها القرآن ووردت بها السنة وألفت بها كتب الفقه، بحيث لا يستطيع فهم أدلة التكليف كالفرنسيين والإنجليز والألمان وغيرهم.

اتفق الفقهاء على أن من بلغ سن التكليف ولم يكن مغلوبا على عقله وهو مقيم بغير دار الإسلام، سواء كان من المسلمين في الأصل أو كان حديث عهد بالإسلام؛ فإن اعتذاره بجهل الأحكام القطعية لا سيما الجرائم الموجبة للعقوبات المقدرة، يقبل عذرا له ويعد شبهة تدرأ عنه العقوبة التي ارتكب موجبها، يقول ابن قدامة: «ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا، قال عمر وعثمان وعلي لا حد إلا على من علمه، وبهذا قال عامة أهل العلم، فإن ادعى الزاني الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام، والناشئ ببادية قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقا<sup>(3)</sup>».

(1) عودة، المرجع السابق، ج 01 ص 431.

(2) سبق تخريجه ص 35.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 150. وانظر: ابن قدامة (الصغير)، الشرح الكبير، ج 10 ص 120.

وعليه فإن المقيم في غير عمران المسلمين أو حديث العهد بالإسلام معذور بادعائه الجهل؛ لأن العلم عنده غير متيسر ومظنة الجهل ثابتة دائما، وهذا لأن دار الحرب ليست بمحل استفاضة أحكام الإسلام، فيصير الجهل بالخطاب عذرا لأنه غير مقصر في طلب الدليل، وإنما جاء الجهل من قبل خفاء الدليل نفسه، حيث لم يشتهر في دار الحرب بسبب انقطاع ولاية التبليغ عنهم<sup>(1)</sup>.

ومن الأمثلة التي ضربها الفقهاء في هذا الباب، جهل الحربي الذي دخل دار الإسلام فأسلم، ثم شرب الخمر جاهلا حرمة شربها؛ نظرا لأن تحريم ذلك لم تنص عليه جميع المعتقدات المخالفة للإسلام، كما أنه حديث عهد بالدين، هذا بخلاف لو أسلم ثم شرب الخمر بعد إقامته مدة من الزمن وادعى جهله بتحريمها، فإنه يلزم بالعقوبة؛ لأن جهله هذا لا يعد عذرا دارنا للعقوبة الحدية، نظرا لشيوع تحريم الخمر في دار الإسلام، وهو ممن يقيمون بها، وبخلاف ما لو دخل الحربي الكفاي دار الإسلام فأسلم ثم زنى جاهلا بالتحريم، فإن جهله هذا لا يعد عذرا لحرمة الزنا في جميع الديانات<sup>(2)</sup>.

والذي يظهر من كل ما سبق، أن فرض عدم بلوغ أحكام الإسلام إلى المسلمين بالأصل المقيمين في ديار الكفر، إن كان مقبولا في الأزمنة الماضية التي قيلت فيها هذه الآراء الفقهية لقصور وسائل الإعلام والتبليغ وشساعة المسافات، واضطراب العلاقات الدولية بسبب الحروب؛ فإنه لا مساغ للقول به في أيامنا هذه وقد اختصرت المسافات وطويت الأرض طيا حتى صارت قرية صغيرة، وخاصة بعد ثورة الاتصالات التي يشهدها العالم اليوم، من البث الفضائي والاتصالات السلكية واللاسلكية والإنترنت وذيوع الكتب والمجلات، وكثرة الحصص الدينية المبنوثة في القنوات الفضائية حتى الغربية منها، والتي تجعل من فرص المقيمين في ديار الإسلام وغيرهم متكافئة في العلم بالأحكام الشرعية، هذا فضلا عن استقرار العلاقات الدولية ووجود التمثيليات والبعثات الدبلوماسية وغيرها من وسائل تبليغ الأحكام الشرعية للناس.

أما من كان حديث عهد بالإسلام منهم فإنه يقبل منه الاعتذار بالجهل، لأنه يتعذر على هؤلاء العلم بأحكام الشريعة في بيئاتهم ومدنيتهم واتجاههم إلى شؤون الحياة، ونظرهم إلى الإسلام وأهله في الجملة نظرة لا تليق بالمستوى الحقيقي للإسلام، دفع إليها تقصير المسلمين أنفسهم في تطبيق أحكام الإسلام وآدابه وإظهارها في مظهرها السامي الرفيع في وجه الدعايات المتلاحقة ضدها، وما يقذف به حوله من الشبهات تشويها لمحاسنه، لاسيما إذا كان هؤلاء ممن يجهلون اللغة العربية.

والتفريق الذي قيل به في أخذهم بما هو محرم في الأديان جميعا غير مقبول؛ لأننا عندما نأخذهم بذلك نكون قد افترضنا علمهم بأن ذلك محرم في الأديان كلها وهذا غير مسلم، ولا يعني تحريمه في دينهم عن وجوب علمهم بتحريمه في الإسلام؛ لأنه لا لزوم بين الأمرين، فالإسلام ناسخ للأديان كلها.

وعلى ذلك فمن كان حديث عهد بالإسلام، فإنه يعذر بجهله بالأحكام القطعية حتى يعلمها كما علم أصول الاعتقاد التي دفعته إلى الإسلام، وإن كان جاهلا باللغة العربية علمها حتى يستطيع أن يفهم نصوصها، أو

(1) محمد أمين أمير بادشاه، تيسير التحرير، دار العلي - للطباعة والنشر والتوزيع -، بلا تاريخ، ج 01 ص 225.

(2) صدر الشريعة، المرجع السابق، ج 02 ص 184. وأمير بادشاه، المرجع نفسه، ج 01 ص 225.

ترجمت أدلة التكليف إلى لغته الأصلية أو أي لغة أخرى يفهمها، بحيث يستطيع أن يجد كتاباً دينياً يفهمه أحكام دينه الجديد، أو تقوم طائفة من المسلمين ممن يعلمون لغته بتعليمه تعاليم الإسلام وأدلة تكليفه، وقد قال الرسول -صلى الله عليه وسلم- في خطبة الوداع: « فليبلغ الحاضر منكم الغائب »<sup>(1)</sup>، والحاضر يشمل كل من اهتدى إلى الإسلام وعرف أحكامه، والغائب يشمل كل من لا يعرف لغة القرآن ولا يستطيع أن يفهم أحكامه، ولا ترجمت هذه الأحكام إلى لغته، ولا قام أحد يعرف لغة القرآن بتعليمه ما يكلف به باللغة التي يفهمها، فإذا ترك على حاله ولم يعلم، لم يؤخذ بما يجهل، وقد قال تعالى: ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبين لهم ﴾ [إبراهيم/ من الآية 104].

### البند الثاني: الجهل ببعض التفاصيل.

وهو جهل في موضع يحتاج إلى نظر واستدلال وتفرض للإحاطة به، وهو أمر متعذر على العامة، وخاصة إذا كانت هذه التفاصيل موضع خلاف بين العلماء. وقد جعل لها العلماء ضابطاً وهو أنها مما يتعذر الاحتراز عنه، لاسيما من أولئك الذين يشغلهم السعي وراء مطالب الحياة اندفاعاً في فلك الدهر وسيراً مع عجلة الحياة، التي لا ينقطع بها السير في لحظة من اللحظات، وقد ضرب الفقهاء<sup>(2)</sup> مثلاً لهذا النوع بالبغي، وهو أن يخرج شخص على الحاكم العادل. بالمنعة والقوة متأولاً في ذلك الخروج؛ لأنه يرى أنه لم يقم الحق، أو سنّ من النظم والتشريعات ما يظنه غير شرعي.

فهل يعد جهل الذي يخرج على الحاكم بقوة ومنعة مع تأويل في الخروج عذراً يسقط عنه العقاب في بعض ما يرتكب أم لا؟، فإذا تكونت له حوزة وقتل بعض الجنود، ثم قدر عليه الحاكم العادل، أيحاسبه على ما ارتكب حال الحرب، ولو كان بجهالة في التأويل، فإذا قتل يقتل، وإذا جرح يقتص منه، أم يرسله من غير مؤاخذة؟.

قال أبو حنيفة وأصحابه لا يحاسبون على ما ارتكبوا ما دام بتأويل، لأنهم بخروجهم بهذا الوصف صاروا غير داخلين في ولاية الإمام، ولا عقاب إلا بوجود الولاية<sup>(3)</sup>. وقال جمهور الفقهاء الجهل في هذه الحال لا يدرأ العقوبة؛ لأن الباغي مسلم ملتزم بأحكام الإسلام، وهو لهذا الاعتبار في ولاية الإمام العادل وتحت سلطانه، فلم

(1) أخرجه البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، (1739 و 1741)، ج 03 ص 573، في حديث طويل من طريقين، الأولى عن علي بن عبد الله عن يحيى بن سعيد عن فضيل بن غزوان عن عكرمة عن ابن عباس -رضي الله عنهما-، والثانية عن عبد الله بن محمد عن أبي عامر عن قرّة عن محمد بن سيرين عن عبد الرحمن بن أبي بكره وحيد بن عبد الرحمن عن أبي بكره -رضي الله عنه-. ومسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وتحريم صيدها وخلالها وشجرها ولقطنها، ج 09 ص 128، في حديث طويل من طريق قتيبة بن سعيد عن ليث عن سعيد بن أبي سعيد عن أبي شريح العدوي. والترمذي في أبواب الحج عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، باب ما جاء في حرمة مكة، ج 04 ص 22؛ بنفس الطريق، وقال حديث حسن صحيح. وابن خزيمة، صحيح ابن خزيمة، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، 1412هـ/1992م، (2937)، ج 04 ص 318، من طريق أبي عاصم عن ربيعة بن عبد الرحمن بن حصن عن جدته سراء بنت نيهان، بلفظ: «فليبلغ أدناكم أقصاكم»، وضعفه الألباني بجهالة ربيعة، أنظر: الضعيفة، (1953). والدارمي، سنن الدارمي، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ، كتاب المناسك، باب في الخطبة يوم النحر، ج 02 ص 68.

(2) أمير بادشاه، المرجع السابق، ج 4، ص 219، التفترقي، المرجع السابق، ج 02 ص 182، و أبو زهرة، الجرعة، ص 463.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 7، ص 311. البخاري على البزدوي، ج 04 ص 332.

تسقط الولاية عنه بخروجه، وإتلاف الأموال والأنفس لا يجوز بحال من الأحوال؛ لأنها محرمات ثابتة بتحريمها بالقرآن والسنة والإجماع، فالانتقاض على النظام الثابت بالبغى لا يسقط الأحكام المقررة الثابتة، ثم إن البغى في ذاته إثم كبير، والإثم لا يبرر إسقاط الجرائم بل المعقول أن يضاعفها<sup>(1)</sup>.

### البند الثالث: الجهل بأحكام غير أحكام العقوبات.

ومثاله ما إذا تغشى رجل المرأة في زواج باطل، وادعى الجهل بالبطلان، فإن الأمر لا يخلو من أحد احتمالين: فإما يكون ادعاؤه الجهل بما هو ثابت في الشريعة بالنص الذي لا يخفى على مكلف بأحكامها، وإما أن يدعي الجهل بحكم تتحقق فيه مظنة الخفاء على العامة.

فإذا ادعى الجهل ببطلان النكاح، وكان سبب البطلان أمراً ثابتاً بالنص أو الإجماع، فإنه يجب أن يطبق الكلام فيه على نحو ما تكلمنا عنه في البند الأول، فمثلاً ليس لمن يعيش في الديار الإسلامية ونشأ وترى بين المسلمين، أن يدعي الجهل بجرمة العقد على أمه وإن علت أو البنت وإن نزلت أو العمة وإن بعدت أو الأخت أو غير ذلك من المحرمات المعلوم تحريمهن لكل مسلم يعيش بين المسلمين، ولم يكن حديث عهد بالإسلام؛ لأن هذا منصوص عليه، والإجماع منعقد على تحريم النكاح من الأمهات والبنات والعمات والأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت، ولأن عقد النكاح مع كل هذا جريمة، والجريمة لا تكون عذراً للجريمة، فلا يعذر المسلم بجهله بالأحكام الإسلامية التي تثبت بالنصوص والإجماع، ولا يعد الجهل شبهة.

غير أنه يقبل ادعاؤه الجهل ببعض تفريعات الأحكام التي تخفى فقد « قبل عمر قول المدعي الجهل بتحريم النكاح في العدة، ولأن مثل هذا يجهل كثيراً، ويخفى على غير أهل العلم »<sup>(2)</sup>. فواضح أن سبب قبول الاعتذار بجهل حكم كهذا إنما هو خفاؤه على العامة وصعوبة الاحتراز عنه، وتكليفهم العلم به فيه اعتساف وتعسير.

هذا بخلاف غير المسلمين المقيمين في ديار الإسلام، سواء كانوا ذميين أم مستأمنين، فإن جهلهم بالمحرمات في ديننا إذا كان العقد على أساس هذا الجهل، أو على أساس أن هذا غير محرم في دينهم؛ فإن أبا حنيفة قال أن لهم ذلك مادام دينهم يبيحه، ويقبل اعتذارهم بالجهل ولا يعد الفعل زناً معاقباً عليه؛ لأننا أمرنا في أحوالهم الشخصية بتركهم وما يدينون<sup>(3)</sup>، وقال الصحابان وجمهور الفقهاء أن ذلك لا يباح لهم<sup>(4)</sup>.

ولكن هل يعد جهلهم عذراً مسقطاً للحد أم لا؟. إذا طبقنا القواعد السابقة فإن جهلهم يعدّ عذراً يسقط الحدّ، بل لا يعدّ الدخول زنى في نظرهم لقوة الشبهة<sup>(5)</sup>.

(1) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 62-63. النووي، الروضة، ج 07 ص 272. أبو زهرة، العقوبة، ص 213-214.

(2) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 256. أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 212.

(3) صدر الشريعة، المرجع السابق، ج 2، ص 180-181، أمير بادشاه، المرجع السابق، ج 02، ص 180-181.

(4) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 09 ص 199. النووي، المرجع نفسه، ج 07 ص 514.

(5) أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 213.

## الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من الاعتذار بجهل القانون.

القاعدة العامة في القانون الوضعي أنه لا يقبل من أحد الاعتذار بجهل القانون، سواء فيما تعلق بالجهل بأصل تجريم السلوك المقترف، أم ما تعلق بالعناصر القانونية للسلوك الجرمي، أم ما تعلق بالعناصر الواقعية التي تميز كل جريمة عن غيرها، والتي تتكفل نصوص القانون بتحديددها في كل حالة على حده<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فإنه إذا صدر القانون ونشر بالجريدة الرسمية؛ فإنه يفترض علم كل مواطن به وبمدلوله الحقيقي منذ نشره، ولا يجوز لأحد بعد ذلك أن يحتج بعدم العلم؛ لأن هناك افتراضا - من قبيل القرائن القاطعة - لا يقبل إثبات العكس<sup>(2)</sup>؛ مفاده أن كل مواطن يعلم بنص التجريم بعد نشره ولو لم يتحقق له العلم حقيقة، فقد جعل المشرع العلم الفعلي والعلم المفترض على قدم المساواة<sup>(3)</sup>، وهذا استحبابا لاعتبارات الصالح العام؛ إذ إن قاعدة "افتراض العلم بقانون العقوبات" إنما جعلت لحلّ النزاع بين الضرورات المنطقية و الضرورات العملية، فلو سمح للجاني بإثبات جهله بقانون العقوبات وقبل منه هذا الاعتذار، لأصبح تطبيق القواعد التجريبية متعذرا وفقد قانون العقوبات فاعليته في حفظ الاستقرار العام للمجتمع، لا سيما وأن عبء إثبات هذا العلم أمر عسير، والحكم بالبراءة عند عجز سلطة الاتهام عن الإثبات تلحق بمصالح المجتمع أبلغ الضرر؛ لأنها تعطل تطبيق القانون وتفوت أهدافه<sup>(4)</sup>.

وكما يفترض العلم بقانون العقوبات، يفترض أيضا العلم بكل القوانين المكتملة له، لاسيما في شقها الجزائي، كقانون الصحة والقانون الجمركي والقوانين الجنائية وغيرها، أي كان نوع الجرائم المنصوص عليها في هذه القوانين، فلا تفرقة بين الجرائم على الإطلاق، سواء فيما تعلق بمصدر التجريم أم درجة الجساماة أم مكان الارتكاب إذا نص القانون على ذلك<sup>(5)</sup>.

ويفترض أيضا - إضافة إلى افتراض العلم بنصوص التجريم - العلم بالنص على وجهه الصحيح، أي العلم بالتفسير الدقيق للنص الذي حولت أحكامه<sup>(6)</sup>، والتفسير الصحيح الذي يفترض العلم به هو ما يقول به القاضي المعروضة عليه الدعوى. وتطبيقا لذلك فإنه إذا استقرت أحكام القضاء على اعتبار فعل معين مشروعا، فأتاه المتهم معتقدا شرعيته، ثم عرض أمره على قاض ثان يرى أن القانون يجرمه، فإنّ هذا الرأي الأخير يعد التفسير الصحيح للقانون، فيفترض علم المتهم به، ويكون جهله بذلك مجردا من كل قيمة، فالتفسير القضائي ليس حجة في مواجهة الكافة، وإنما تقتصر حجيته على الدعوى التي قرر فيها، وليست له قوة الإلزام بالنسبة لما عداه.

(1) عوض، المرجع السابق، ص 234. وقد نص المؤسس الجزائري عليها في دستور 1996 الفصل الخامس المتضمن واجبات المواطن (المادة 60) بقوله: « لا يعذر أحد بجهل القانون ».

(2) أي أن سلطات الادعاء لا تكلف بإثبات توافر العلم، ولا يقبل من المتهم إقامة الدليل على انتفاء هذا العلم. الزغبي، المرجع السابق ج 3، ص 343.

(3) جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، بلا تاريخ، ج 03 ص 80.

(4) سلامة، القسم العام، ص 380-381. الصيفي، الأحكام العامة، ص 300.

(5) عبد الصمد، المرجع السابق، ص 973، و الزغبي، المرجع السابق، ج 03 ص 343. و الصيفي، المرجع نفسه، ص 300.

(6) الصيفي، المرجع نفسه، ص 301.

ولذلك فإنه كما يفترض العلم بالقانون يفترض أيضا العلم بمدلوله الحقيقي، سواء كان هذا المدلول مستفادا من النص التجريمي نفسه، أو من نص تشريعي مفسر له إذا كان منطويا على غموض شديد بحيث يتعذر تفسيره على الوجه الصحيح، أم كان مستفادا من أحكام القضاء، فالقضاء يفسر نص التجريم ويحدد نطاقه، فإذا علم المتهم حكم القانون، ولكن فسره على نحو لا يخضع به فعلة لعقاب القانون، جاهلا بتفسير القضاء الذي يجعل فعلة خاضعا لتجريم القانون، فإن هذا الجهل لا يعتد به<sup>(1)</sup>.

والقول بافتراض العلم بالقانون كما سبق بيانه هو المذهب السائد فقها وقضاء في الجزائر ومصر وفرنسا<sup>(2)</sup>؛ باعتباره نتيجة منطقية لإلزامية القواعد التجريمية والمنصوص عليها في (المادة 03) من قانون العقوبات الجزائري تقابلها (المادة 01) مصري والتي تقضي بأنه « يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية الجزائرية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية».

وعليه فإنه يتعين على كل خاضع لأحكام هذا القانون واجب معرفة قواعده وأحكامه، وأن يستعلم عن حكم القانون في كل ما يقدم على إتيانه وإلا تحمل مخاطر عدم سعيه للعلم.

غير أن هذا الرأي وإن كان يمثل رأي الأغلبية ويجري العمل به، فإنه لم يسلم من النقد ويعد في رأي بعضهم قاسيا وغير منطقي؛ إذ إن الواجب يفترض مكنة الأداء، فلا تكليف إلا بمسئطاع، بينما القاعدة بصورتها التي هي عليها من إطلاقية عدم الاعتداد بالجهل بالقانون، واعتبار افتراض العلم بأحكامه قرينة قاطعة لا تقبل أي إثبات عكسي، تعتبر تكليفا بما لا يقدر الإنسان عليه، خاصة في هذا العصر الذي تلجأ فيه الدولة إلى الجزاء العقابي لتدعيم قوانينها المختلفة، وفي ظل هذا السيل العرم من القوانين والعدو وراء مطالب الحياة، مع الأمية المتفشية وقلة التوجيه القانوني في وسائل الإعلام. وعليه فإن إلزامية القواعد التجريمية تفترض سلفا تحقق العلم بها، وبدونه يكون من العبث الحديث عن الإلزام<sup>(3)</sup>.

زيادة على هذا، فإنه يؤخذ عليه أنه يضيف إلى القصد عنصرا غريبا عنه؛ لأن إمكان العلم ليس علما، ونسبة هذا الإمكان إلى شخص لا يعدو أن يكون حكما يصدره الغير على الفاعل، فهو عنصر لا شأن للفاعل به ولو أخذ بهذا الرأي أو قننه المشرع، فإن عناصر الجريمة تزداد عنصرا، لكن هذا العنصر لن يدخل في نطاق الركن المعنوي بأي حال، فهو بطبيعته شخصي خالص<sup>(4)</sup>.

هذا، وقد اقترح الفقه معايير أخرى لتحديد العلم بعدم مشروعية السلوك الذي لا يعذر به ويعد ركنا في القصد الجنائي<sup>(5)</sup>.

(1) عبد الصمد، المرجع السابق، ص 976. الصيفي، المرجع السابق، ص 301.

(2) عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 972.

(3) سلامة، المرجع السابق، ص 380. والحفناوي، المرجع السابق، ص 348.

(4) عوض، المرجع السابق، ص 225.

(5) أنظر في عرض هذه الآراء ومناقشتها، عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 968-969.

فذهب الكثير من الفقهاء القدامى إلى أن العلم الذي يعتبر ركنا في القصد الجنائي، والذي لا يعذر أحد بعده، هو علم الجاني على الحقيقة بأن سلوكه مخالف لقانون العقوبات، أي أن يعلم بوجود نص في هذا القانون يجرم سلوكه. غير أن هذا الرأي جانبه الصواب وبعد كل البعد عن الضرورات العملية؛ إذ إنه يكلف سلطة الاتهام بمستحيل عادي، وذلك بالإلقاء بعبء إثبات هذا العلم على عاتقها، وهو أمر غير متيسر، وتترتب عليه نتائج مجافية للعدالة، من ذلك أنه لكل جان الاحتجاج بعدم العلم بالقاعدة المحرمة لسلوكه، ومن ثم إفلاته من قبضة العدالة، وتعطيل قانون العقوبات وإفقاده معناه.

ويذهب البعض الآخر إلى أن العلم المعتد به هنا والذي لا يقبل عدمه، هو علم الجاني بمنافاة فعله لقواعد الأخلاق. وهذا القول وإن كان يجنبنا الاصطدام بالاعتبارات العملية لعدم جواز الاعتذار بجهل القانون، إلا أنه مع ذلك يقع في الخلط بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق، وهما دائرتان متغيرتان وإن كان بينهما بعض التقاطع؛ إذ إن من السلوكات التي تعدّ جرائم في قانون العقوبات ما لا ينافي قواعد الأخلاق، كمخالفة قوانين المرور مثلا، وأيضا فإن هناك من السلوكات التي يتفق العقلاء على مخالفتها للخلق لكنها لا تدخل في دائرة التجريم كالكذب لذاته مثلا، وعليه فإن هذا الرأي لا يقدم حلا لهذه المشكلة<sup>(1)</sup>.

بينما يذهب رأي آخر إلى أنه يشترط لقيام القصد الجنائي أن يعلم الجاني بعدم مشروعية السلوك، أو بمخالفته لواجب مقرر<sup>(2)</sup>. وواضح أن هذا الرأي لا يخلو من أحد احتمالين: فإما أن يؤول إلى الرأي الأول القائل باشتراط العلم بقانون العقوبات، فيكون العلم بعدم المشروعية أو بمخالفة الواجب يقتضي العلم بمصدر الحكم الذي يقرر ذلك، وهو هنا قانون العقوبات، وإما أن يؤول إلى الرأي الثاني الذي يجعل القصد قائما من الفاعل بمجرد منافاة فعله لقواعد الأخلاق، فيكون العلم بعدم المشروعية أو بمخالفة الواجب مصدره قواعد الأخلاق، فيتوجه إليه من النقد ما وجه لهما.

ومن الفقهاء من يذهب إلى جعل القصد الجنائي قائما إذا ثبت علم الجاني بما ينطوي عليه سلوكه من تعارض مع مصالح المجتمع وقيمه السائدة، فلا يلزم حينئذ ثبوت علم الجاني بمخالفة سلوكه لقانون العقوبات ولا لقواعد الأخلاق، بل يكفي لذلك علمه بوجه التنافي بين هذا السلوك وبين أهداف المجتمع وغاياته<sup>(3)</sup>.

ويتوجه إلى هذا الرأي أن من الجرائم التي لا يعذر الجاهل عند اقترافه لها ما يقدم عليه وهو موقن من توافق فعله مع مصالح المجتمع وأهدافه، من ذلك الجرائم السياسية وجرائم الرأي وجرائم البغي.

ويذهب رأي أخير إلى أن العلم بعدم مشروعية السلوك أو بقاعدة التجريم ليس من عناصر القصد الجنائي؛ لأن نطاق العلم يتحدد بعناصر الجريمة، فكل ما يدخل عنصرا فيها يجب أن يشمل العلم، أما ما يخرج عنها فالعلم به والجهل سواء. ولما كان نص التجريم لا يعتبر عنصرا في الجريمة، فإن قصور العلم عنه لا يؤثر في قيام القصد؛ لأنه من القواعد المسلم بها في النظام القانوني القائم، أنه لا يقبل من أحد الاعتذار بجهل القانون، ولا شك في أن اعتبار

(1) عوض، المرجع السابق، ص 227-228.

(2) محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، ص 135. سلامة، المرجع السابق، ص 334.

(3) حسني، المرجع نفسه، ص 135. سلامة، المرجع نفسه، ص 334.

العلم بالقانون عنصرا في القصد وحرمان المتهم في الوقت ذاته من إثبات جهله به أمر يتناقض مع طبيعة القصد، فليس هناك عنصر من عناصره يلقي هذه المعاملة. وعليه فإن العلم بالقانون -عند بعض أصحاب هذا الرأي- يدخل في نظرية المسؤولية لا في نظرية القصد، وإذا ثبت استحالة علم المتهم بالقانون واغتفر له جهله، فإن ما ينتفي بهذا الجهل ليس القصد الجنائي بل المسؤولية الجزائية، ولا ارتباط بالضرورة بين الأمرين<sup>(1)</sup>.

ويتوجه إلى هذا الرأي أنه جعل نطاق العلم متحددا بعناصر الجريمة، أما نص الجريمة فالعلم به والجهل سواء، وهذا مخالف لمقتضى العقل والمنطق؛ لأنه لا يمكننا العلم بعناصر الجريمة إلا إذا عرفنا الجريمة نفسها؛ أي حكم الفعل محل الافتراض أمباح هو أم مجرم؟ وإلا فإن العلم بعناصر الفعل سوف لن ينصب على معلوم محدد. هذا، ويبقى القول بافتراض العلم بقانون العقوبات والقوانين المكملة له هو المعمول به، مع الاتجاه إلى التخفيف منه استجابة للانتقادات المتوجهة إليه، وذلك بإيراد جملة من القيود والاستثناءات عليه، أهمها حالة ما إذا استحال على المكلف العلم بالقانون، وحالة ما إذا كان محل الجهل أو الغلط قانونا غير قانون العقوبات.

### البند الأول: استحالة العلم بالقانون.

وذلك إذا وقع المقترف للفعل الجرمي تحت ظروف قوية أحاطت به عند ارتكابه للفعل، حالت بينه وبين العلم بالقانون، وجعلت إحاطته بأحكام ما أقدم عليه مستحيلة؛ ففي هذه الحال ينتفي عنه القصد الجنائي بمجرد اعتذاره بالجهل، والاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة التي تجرد الجاني من كل وسائل العلم بالقانون، وهي ثمرة للقوة القاهرة<sup>(2)</sup>، ولذلك يجب التحقق من توافر عناصر القوة القاهرة، كما إذا حوضر بعض الناس في سجن من السجنون التي لا يسمح فيها بوصول أداة للمعرفة أو وقوف السجناء على أخبار، فالسجناء -والحالة هذه- إذا خرجوا من سجنهم، وارتكب بعضهم أفعالا جرمية مخالفة لما تنص عليه القوانين الجزائية التي صدرت في المدة التي كانوا فيها سجناء؛ فإنهم لا يؤخذون بالعقاب نظرا لانتفاء القصد الجنائي لديهم، وأيضا حالة سكان إقليم احتله العدو إذا خالف بعضهم قوانين عمل بها أثناء الاحتلال، ولم يكن في وسعهم العلم بها<sup>(3)</sup>.

وواضح مما عرضناه أن المعول عليه هو الاستحالة المطلقة، أما الصعوبات مهما كان نوعها أو مقدارها إذا عاقت سبيل العلم بالقانون، فإنها لا تهدم افتراض علم الكافة به، ومن هذا الافتراض قاعدة أن "الشارع لا يكلف بمستحيل"، فالقانون لا يتضمن غير قواعد يمكن اتباعها، فإذا افترض الشارع العلم بالقانون فهو يفترض كذلك إمكان هذا العلم، فإذا انتفى الإمكان لم يعد للافتراض ما يبرره<sup>(4)</sup>.

(1) عوض، المرجع السابق، ص 229-230.

(2) عبد الملك، المرجع السابق، ج 3، ص 347.

(3) السعيد: مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثالثة، دار المعارف -مصر-، 1962م، ص 386.

(4) ولهذا القول آثار عملية كثيرة منها: أن يكون المتهم أميا فإن ذلك لا يعني استحالة علمه بالقانون، كما أن خصومه للخدمة العسكرية حين صدر القانون وعمل به لا ينفي عنه افتراض العلم، ويظل افتراض العلم بالقانون قائما في حق المواطنين حين يقيمون خارج البلاد على الرغم من الصعوبات التي يلاقونها إذا هم أرادوا العلم بقوانين بلادهم؛ لأن هذه الصعوبة لا تعني الاستحالة، ولكن إذا أقام بعض المواطنين في منطقة ليس بينها وبين الوطن أي سبب من أسباب الاتصال بحيث يتحقق العلم بالقانون فالاستحالة متحققة. عبد الصمد، المرجع السابق، هامش ص 978.



والواقع أنه إذا كان المقصود من اصطلاح الاستحالة والإمكان ما هو مقرر عند المناطقة وعلماء الكلام فإنه لا حجة فيه، وفيه منافاة لقواعد المنطق ومقتضيات العقل.

فالاستحالة العقلية - إذا طبقنا قاعدة " أن الشارع لا يكلف بمستحيل" - كما لا تنطبق في حالات الصعوبة البالغة الشدة التي لا يتصور معها علم الجاني بنص التجريم، والتي افترض المشرع العلم بها ولم يقبل الاعتذار بالجهل فيها، فهي أيضا لا تنطبق في حالة القوة القاهرة، والتي اعتد بها الفقه والقضاء كعذر مقبول لنفي العلم المشترط في القصد الجنائي؛ لأن العقل يقضي بجواز بلوغ نص التجريم لمن أحاطت به ظروف القوة القاهرة، وإن كان يصعب تصوره، كالحالتين المضروبتين كمثال فيما سبق.

وعليه فإن ضابط الاستحالة ضابط غير موفق في تحديد ما يعذر فيه بالجهل وما لا يعذر، والصحيح فيما يظهر أن القاعدة يجب أن تقضي بأنه "لا تكليف بغير استطاع"، وهو ضابط شخصي لا يسوي بين جميع الناس بل يعدل بينهم؛ لأن توفر أسباب العلم للمثقف تختلف عن غيره، وأسباب العلم المتوفرة للحضري غير التي للبدوي، ومن هنا يكون الضابط المفرق بين ما يعذر به وما لا يعذر أكثر واقعية واستجابة لمقتضيات أحوال الناس.

#### البند الثاني: الجهل بقانون غير قانون العقوبات.

لا يكتمل القصد الجنائي إلا إذا أحاط الجاني علما بجميع العناصر التي يتألف منها الركن المادي للجريمة، والتي تكسب الوقائع تكييفاً قانونياً معيناً<sup>(1)</sup>، ولما كان هذا التكييف ثمرة تطبيق لقواعد قانونية غير قانون العقوبات كالقانون المدني أو قانون الأسرة، أو القانون التجاري أو الإداري، فإن جهل الجاني بهذه القواعد يحمله على جهل التكييف القانوني للواقعة محل الارتكاب، ويكون سلوكه في حدود علمه مجرداً من الدلالة القانونية التي تجعله صالحاً لتقوم عليه الجريمة، وهو ما يجعله يعتقد أنه يأتي فعلاً غير واقع تحت طائلة التجريم، ومن ثم ينتفي قصده الجنائي<sup>(2)</sup>.

فالسرقعة أو النصب أو الخيانة تتطلب كون الشيء محل الجريمة مملوكاً لغير الجاني، فإن كان ملكاً له أو كان شيئاً مباحاً فلا جريمة، والفصل في مسائل الملكية ليس من مواضع قانون العقوبات، بل تكفل به نصوص القانون المدني، فإذا جهلها الجاني أو أساء تفسيرها معتقداً أنه يأتي فعلاً مشروعاً، كأن يستولي من اشترى منقولاً معيناً بالنوع غير مفرز له على قدر مماثل لما تعاقد عليه، وهو جاهل أن الملكية لا تنتقل إلا بالإفراز عذر بهذا الجهل وانتفى القصد الجنائي.

والمطلقة رجعيًا قد تجهل قواعد قانون الأسرة التي تبقى رباط الزوجية حتى تكتمل العدة، فتعتقد حين تزني أنها قد تحررت من قيود الزوجية وأنها لا تمس بحقوق مطلقها، وقد يجهل الزوجان وشهود الزواج تحريم زواج

(1) عوض، المرجع السابق، ص 231.

(2) عبد الصمد، المرجع السابق، ص 136، ومحمود نجيب حسني، القصد الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 28، ص 193. وأيضاً، النظرية العامة للقصد الجنائي، ص 136 وما بعدها.

الأخت من الرضاع أو تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، فيقررون تبعاً لذلك انتفاء موانع الزواج، والحقيقة هي توافر مانع يجهلونه<sup>(1)</sup>، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المتهمين كانوا يباشرون عقد النكاح، وهو عمل مشروع بذاته، قرروا بحسن نية أمام المأذون وهو يشته لهم عدم وجود مانع من موانعه، وكانوا في الواقع يجهلون وجود ذلك المانع، وهو كون العقود عليها حالة لزوجته التي في عصمته، فإن جهلهم- والحالة هذه- لم يكن عدم علم بقانون العقوبات، بل جهلاً لواقعة حال هي ركن من أركان جريمة التزوير المرفوعة بها الدعوى، يرجع إلى عدم علمهم بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات، وهو من قانون الأحوال الشخصية، فهو خليط مركب من جهل الواقع ومن عدم علم بحكم من قانون ليس قانون العقوبات<sup>(2)</sup>.

وعلى خلاف ذلك لا تعتد محكمة النقض الفرنسية، خلافاً لمحاكم الموضوع، بالجهل بالقانون دون تفرقة بين قواعد قانون العقوبات أو غيرها، فقد جعلت افتراض العلم بالقانون شاملاً للقواعد القانونية كافة، فقضت بأن الاعتذار بالجهل بالقانون لا يقبل من أعضاء لجنة إدارية رفضوا تنفيذ حكم قضائي بإثبات ومحو أسماء الناخبين، معتقدين أن هذا الحكم غير واجب التنفيذ للطعن فيه بالنقض في حال أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم، وقد أقامت المحكمة قضاءها على افتراض العلم بالقانون في حق المتهمين وعمومية قاعدة "عدم جواز الاعتذار بالجهل أو الغلط في القانون"<sup>(3)</sup>، وكان منطوق التفرقة يوجب الاعتداد بهذا الغلط لتعلقه بالإجراءات وتبرئة المتهم على أساس انتفاء القصد الجنائي لديه نتيجة هذا الغلط<sup>(4)</sup>.

وقد وجه النقد إلى القول بالتفريق بين قواعد القانون الجزائي وقواعد القوانين الأخرى، كالقانون المدني والتجاري، وقوانين الإجراءات بأنه يعيبه الإطلاق؛ لأن العبرة ليست بطبيعة القاعدة بل بوظيفتها، فإذا كانت القواعد الجزائية بوجه عام تأمر وتنهى، فإن بينها قواعد تؤدي دوراً آخر يماثل الدور الذي تؤديه قواعد القانون الأخرى في المجال الجزائي؛ بمعنى أنها تعتبر مجرد عنصر قانوني في بعض الجرائم، وبالتالي فإن التطبيق الصارم للمنطق القضائي بالتفريق بين القواعد القانونية المختلفة، يؤدي لا محالة إلى نتائج بالغة الشذوذ ومنافية لمنطق العقل والعدالة. وضربوا لذلك مثلاً بأحكام جريمة الرشوة في القانون المصري التي تشترط في المرتشي أن يكون موظفاً عاماً، و تعريفه من موضوعات القانون الإداري، ولكن (المادة 111) من قانون العقوبات تنص مع ذلك على فئة من الناس تصرح أنهم يعدون في حكم الموظفين العموميين في تطبيق نصوص الرشوة، ومن هنا تأتي المناقضة لقواعد المنطق والعقل، وذلك أنه إذا وقع الراشي في غلط قانوني حمله على الاعتقاد بأن من يعرض الرشوة عليه لا يعتبر موظفاً عاماً فإنه يعذر لجهله؛ لأنه جهل بقاعدة إدارية، وأما إذا عرض الرشوة على شخص وهو يجهل أنه في

(1) عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 980.

(2) عوض، المرجع السابق، ص 232.

(3) 673 . 2 . 31 octobre 1930. gaz. pal. 1930. cass نقلاً عن عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 982.

(4) عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 982.

حكم الموظف العام فإنه لا يعذر؛ لأن جهله انصب على قاعدة جزائية، وهي نتيجة تقطع بفساد الأساس الذي بنيت عليه، وهو التفرقة بين القواعد الجزائية وغيرها.

والاقتراح المطروح من طرف صاحب هذا النقد « أن حكم الجهل ينبغي أن يكون مرتبطا بدور القاعدة لا بطبيعتها، فكل قاعدة قانونية تدخل عنصرا في الجريمة يجب أن ينصرف العلم إليها بغض النظر عن الفرع القانوني الذي تنتمي إليه، فإذا ثبت أن الفاعل كان يجهل هذه القاعدة فإن القصد الجنائي يكون منتفيا، أما القاعدة القانونية التي يهدر الجهل بها فهي القاعدة التي تضيي عليه عدم المشروعية على السلوك الذي وقع من المتهم»<sup>(1)</sup>. وهذا الرأي يتفق تماما مع أحكام الشريعة الإسلامية في القول بعدم العذر بأصل التحريم من غير تفرقة بين قاعدة جزائية وقاعدة غير جزائية.

### المطلب الثالث: الجهل بالواقع والغلط فيه.

كما قد يدعي المقترف للفعل الجرمي جهله بالنص المجرم لذلك السلوك، فإنه قد يدعي الجهل بواقعة الحال الوارد التحريم عليها أو الغلط فيها، وهو ما تناوله في هذا المطلب في فرعين: الأول للجهل بالواقع والغلط فيه في الشريعة الإسلامية، والثاني للجهل بالواقع والغلط في القانون الوضعي.

#### الفرع الأول: الجهل بالواقع والغلط فيه في الشريعة الإسلامية.

تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لذكر أمثلة كثيرة لما يعد جهلا بالواقع أو غلطا فيه، وذلك في مواضع كثيرة مختلفة حينما يتحدثون عن كل جريمة من الجرائم، ويطلقون على نوع الجهل المتعلق بمحل الجريمة "جهل العين"، أو "جهل الفاعل"، وما ينشأ عنه من شبهة يطلقون عليه "شبهة جهل العين"، أو "شبهة جهل الفاعل"، ومثلا له بأمثلة كثيرة من الوقائع منها، ما يقع فيه من زفت إليه امرأة على أساس أنها زوجته، بأن قيل له إنها من عقدت عليها، ودخل بها ثم ظهر بعد ذلك أنها أجنبية<sup>(2)</sup>. ومنها إذا توجه شخص ليصيد حيوانا في غابة، فرأى شيئا يتحرك، فاعتقده كذلك فأطلق عليه النار، فإذا به آدمي. ومن الأمثلة أيضا حالة الرجل الذي يأخذ مالا معتقدا أنه خاصته فيظهر أنه مال مملوك لغيره، وأن أمره اشتبه عليه، ومنها حالة من يشرب من الإناء الذي اعتاد أن يشرب منه الماء، فإذا به يجد أن ما شربه ليس بماء وإنما هي خمر<sup>(3)</sup>.

والأمثلة المذكورة في كتب الفقه لهذا النوع من الجهل كثيرة يصعب حصرها، غير أنهم لم يوصلوها ويجمعوها في موضع واحد، لمحاولة ضبطها وتقعيد معايير محددة لها يمكن من خلالها التفريق بين ما هو معتد به من الجهل بالواقع أو الغلط فيه، وبين ما لا يعتد به من ذلك ولا يعذر فيه.

(1) عوض، المرجع السابق، 234.

(2) الخرشبي، المرجع السابق، ج 08 ص 77. الشريبي، المرجع السابق، ج 04 ص 145. ابن عبد السلام، المرجع السابق، ج 02 ص 137. ابن قدامة،

المرجع السابق، ج 08 ص 184.

(3) ابن حزم، المرجع السابق، ج 04 ص 145.

وقد حاول هذا المجهود بعض المعاصرين كالإمام أبي زهرة، حيث جعل ما يعذر به من ذلك ما كان جهلا بالواقع بحيث لا تتوافر أسباب العلم، وضرب لذلك مثالين:

**الأول:** حال من جهل بالعلاقة المحرمة بينه وبين من عقد عليها، كمن يعقد على امرأة ثم يتبين بعد الدخول أنها أخته رضاعا أو أخته نسبا، فإن هذا النوع من الجهل يوجد شبهة قوية تسقط العقوبة وتمحو وصف الجريمة؛ لأنه لا سبيل له لأن يعلم واقعة الرضاعة؛ إذ هي وإياه غير أهل للعلم، ولا سبيل له لأن يعرف من أقوال ذويها وقد ضنوا بالعلم فكان معذورا.

**الثاني:** حال ما إذا شهد اثنان لامرأة بأن زوجها قد مات، فعقد عليها رجل معتقدا صدقها، وهي كذلك في واقع الحال، فإنه إذا حصل دخول تكون معه شبهة قوية، تسقط العقوبة وتزيل وصف الجريمة؛ إذ إنه جهل بسبب التحريم وهو معذور بسبب شهادة الشهود.

**الثالث:** حال امرأة المفقود إذا حكم بموته وتزوجت بعد انتهاء عدتها، وكان الدخول بها ثم تبين أنه حي، فإن الدخول لا يكون زنى، لعذرها بعدم توافر أسباب العلم، فيترتب على ذلك محو وصف الجريمة، ومن ثم إسقاط العقوبة<sup>(1)</sup>.

وهذا الضابط الذي وضعه الإمام أبو زهرة، وهو أنه ما لم تتوافر أسباب العلم كان الدفع بالجهل أو الغلط مظنة للتصديق، أما إذا لم تتوافر تلك الأسباب لم يقبل الادعاء بالجهل بالواقع أو الغلط فيه، وجعله كفيلا بالفرق بين ما يعذر به وما لا يعذر به، ضابط غير دقيق ولا يمكن الاعتماد عليه؛ لأنه في حد ذاته يحتاج إلى ضبط ووضع لمعايير يمكن من خلالها التمييز بين ما يعد من الأسباب مقبولا وما لا يعد كذلك.

فهذا الذي وضعه الإمام أبو زهرة ضابطا أمر شخصي غير منضبط، ويفتح أبوابا من الاضطراب يصعب غلقها، من ذلك أن كل جان في مكنته الادعاء بأنه لم تتوفر لديه أسباب العلم المشترطة في المسألة الجزائية، والتي يقوم عليها القصد الجزائي، كما أنه لا يعدم قاض من أن يقول بأن الأسباب التي دفع بها المتهم غير مقبولة لعدم اقتناعه بها، وإن كانت في واقع الحال حقيقية.

وحاول بمجهود وضع هذه المعايير أيضا الدكتور منصور محمد منصور الحفناوي، فجعل الجهل بالعناصر الجوهرية أو الغلط فيها جهلا معتدا به ومنتجا لآثاره في درء العقوبة، خلافا للجهل بالعناصر غير الجوهرية الذي لا يقبل الاعتذار به، متابعا في ذلك صنيع فقهاء القانون الوضعي، غير أنه وإن مثل لذلك توضيحا لما يتغيه بالعناصر الجوهرية وغير الجوهرية، إلا أن ما وضعه ضابطا يحتاج إلى ضبط، حيث لم يحدد ماهية المعايير الموضوعية التي تميز بين ما هو جوهرية وما ليس بجوهرية<sup>(2)</sup>. ولهذا فلا جناح في الاعتماد على اجتهادات فقهاء القانون الوضعي في التنظير لما يعد من المعايير ضابطا لما يقبل عذرا من الجهل أو الغلط وما لا يقبل، مع الإشارة إلى أحكام الشريعة فيما نذكره مبرزين أوجه الخلاف إن وجدت.

(1) أبو زهرة، العقوبة، ص 213.

(2) الحفناوي، المرجع السابق، ص 353-361.

## الفرع الثاني: الجهل بالواقع والغلط فيه في القانون الوضعي.

هل الأصل أن الجهل بالواقع أو الغلط فيه غير مقبول الاعتذار به، كما هو الحال في الجهل بالقانون أم أن الأمر على خلاف ذلك أم أن الأمر على التفصيل؟ هذا ما يتولى هذا الفرع الإجابة عنه في بندين: الأول في حكم الجهل بالواقع والغلط فيه والمعايير الضابطة لذلك، والثاني لنماذج تطبيقية لتلك المعايير.

## البند الأول: حكم الغلط في الواقع ومعايير التفريق بين ما هو جوهري وما هو غير جوهري.

يقسم فقهاء القانون الوضعي الغلط في الواقع إلى قسمين: الأول هو الغلط الجوهري، والثاني هو الغلط غير الجوهري، ويرتبون على الأول انتفاء القصد الجنائي في حين لا يرتبون على الثاني انتفائه. والمقصود بالغلط الجوهري في الوقائع، ذلك الذي ينصب على عنصر أو أكثر من العناصر المتطلبة في التكوين القانوني للجريمة، فهذا الغلط ينتج تباينا بين تخيل الجاني وبين الواقعة المرتكبة، بمعنى أن العلاقة النفسية بين الجاني وما تحقق فعلا تكون مشوبة بعيب الانحراف التصوري، ومن ثم لا يصح اعتبار النتيجة المتحققة إرادية بالمعنى الصحيح. أما الغلط غير الجوهري فهو الذي ينصب على عناصر عارضة لا تتعلق بالتكوين القانوني للجريمة<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فإن القصد الجزائي لا ينتفي في كل حالات الغلط، وإنما فيما كان غلطا جوهريا فحسب، ومعيار التمييز بين نوعي الغلط هو أهمية الواقعة التي انصب عليها؛ فإن كانت واقعة يتطلب العلم بها كي يعد القصد الجزائي متوافرا، كان هذا الغلط جوهريا نافيا له، أما إذا كان محل الغلط واقعة لا يتطلب القانون العلم بها حتى يتوفر القصد الجزائي عد هذا الغلط غير جوهري<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا فإن القواعد التي ميزت بين الوقائع التي يعد العلم بها عنصرا لازما لتوفر القصد الجزائي والوقائع التي لا يمثل العلم بها هذه الأهمية، هي التي تميز بين نوعي الغلط؛ وتفسير ذلك أنه حيث يتوافر الغلط ينتفي العلم، فإن تعلق الأمر بواقعة يتطلب القانون العلم بها انتفى القصد الجزائي بدوره، وإذا تعلق الأمر بواقعة لا يتطلب القانون العلم بها ظل القصد قائما<sup>(3)</sup>.

مثال الأول: ما إذا تعلق الغلط بموضوع الحق المعتدى عليه عد غلطا جوهريا وانتفى القصد تبعا لذلك، فإذا اعتقد من ارتكب فعلا من شأنه الاعتداء على الحياة أن فعله منصب على جسد شخص ميت، ثم تبين أنه كان ما يزال به نبض من حياة، وثبت أن وفاته ترجع إلى فعل الاعتداء، فإن القصد الجزائي يعد منتفيا<sup>(4)</sup>.

ومثال الثاني: ما إذا ذهب شخص لقتل غريم له، فدخل مكان نومه وأجهز على من وجدته نائما في الفراش، معتقدا أنه الذي يريد قتله، فاتضح أن المقتول شخص آخر غير الذي اتجهت إليه إرادة الجاني، فإن الجهل هنا

(1) سلامة، القسم العام، ص373.

(2) عبد الصمد، المرجع السابق، ص921.

(3) عبد الصمد، المرجع نفسه، ص921.

(4) عبد الصمد، المرجع نفسه، ص921.

بشخص المقتول يعد جهلا بعنصر غير جوهري؛ لأنه انصب على عنصر غير متطلب في التكوين القانوني للجريمة، وبالتالي لا يترتب عليه انتفاء القصد الجزائي، وسيأتي تفصيل ذلك إن شاء الله.

ولا يختلف الحكم في الشريعة الإسلامية عما في القانون الوضعي في هذا الموضوع؛ إذ يقرر فقهاؤها أن من شرب من الإناء الذي اعتاد أن يشرب فيه الماء، فإذا به يجد أن ما شربه ليس بماء وإنما هي خمر، لا حد عليه بذلك لجهله بما في الإناء جهلا جوهريا ينفي عنه العقوبة، كما قرروا أن من أخذ مالا معتقدا أنه ماله فظهر أن هذا المال مملوك للغير وأن أمره اشتبه عليه، ففي مثل هذا الحال يكون القصد منتفيا لدى الآخذ، ولذلك تدرأ عنه العقوبة. ومن ذلك أيضا ما إذا جلس أناس إلى مائدة فسقوا خمرًا فإنه يجد من علم دون من لم يعلم<sup>(1)</sup>، بخلاف ما إذا هم بامرأة ليزني بها فدخل عليها مخدعها فتغشاها ثم تبين أنهما غير التي كان يريد، فإن قصده إلى الفعل المحظور قائم وتلزمه بذلك العقوبة.

هذا، وإذا كان الغلط الجوهري ينفي القصد الجزائي فهو لا ينفي المسؤولية في كل حالاته؛ ذلك أن الغلط الجوهري ينفي المسؤولية العمدية، ولكنه لا ينفي المسؤولية غير العمدية، فإذا كان الغلط ثمرة خطأ غير عمدي؛ أي كان مرجعه إلى نزول عن القدر الذي يتطلبه القانون من الحيطة والحذر، سئل مرتكب الفعل عن جريمة غير عمدية إذا توافرت كل شروطها، أما إذا لم يكن الغلط ثمرة خطأ فلا مسؤولية على الإطلاق.

ويقتصر التطبيق القانوني في هذا الفرض الأخير على الجرائم التي يعاقب القانون فيها على الفعل ونتيجته كجريمة عمدية، ويعاقب عليها كجريمة غير عمدية كالقتل والضرب والجرح، أما إذا اقتصر عقاب القانون على وصف العمد كالسرقة والنصب، فإن الغلط ينفي المسؤولية الجزائية ولو كان ثمرة خطأ غير عمدي<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: نماذج من حالات الغلط في الواقع.

بعدما أجمعنا القول فيما يعد من الغلط جوهريا وما لا يعد جوهريا ، نورد فيما يأتي نماذج لذلك كله، مطبقين عليه المعايير الوضعية في التفريق بين ما يعذر فيه وما لا يعذر فيه. والنماذج التي سنذكر هي أولا: الغلط في المحل، وثانيا: الغلط في النتيجة ، وأخيرا الغلط في علاقة السببية.

#### أولا: الغلط في المحل.

لكل جريمة محل يقع الفعل عليه، ويتحدد هذا المحل في كل جريمة على حده، وقد يعمد المشرع إلى الإطلاق في بيان المحل وقد يقيد ببعض الأوصاف، ففي جريمة الضرب مثلا، يكفي أن يكون المحني عليه إنسانا، وفي جريمة الإجهاض يجب أن تكون المحني عليها حاملا، وفي هتك العرض بغير قوة أو تهديد يجب أن يكون المحني عليه دون الثامنة عشرة.

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 24 ص 53.

(2) عبد الصمد، المرجع السابق، ص 921-922.

ولا يلزم العلم بالأوصاف إلا عند اشتراطها، أما إذا كان المحل مطلقاً فإنه يصح في مقام العلم به أن يدرك الفاعل ماهيته، ولا عبرة بعد ذلك بما قد يقع فيه من غلط في بعض الصفات؛ فمن يقتل في الظلام إنساناً على ظن أنه غريمه ثم يتبين أنه غير ذلك، يعتبر قاتلاً والعمد لديه قائم؛ لأن الغلط وقع في موضوع النتيجة وهو الخلط بين موضوعين كل منهما صالح لأن تتحقق فيه النتيجة التي يعاقب القانون عليها، فالإرادة قد اتجهت إلى تحقيق نتيجة معينة في فعل معين، فأدى فعل الجاني إلى إحداث النتيجة عينها في موضوع آخر، وهو يعتقد أنه الموضوع الذي يعنيه، فالقاتل يريد إزهاق روح شخص آخر معتقداً أن هذا الأخير هو من يقصد قتله<sup>(1)</sup>.

وإذا اشترط القانون صفة في المحل وأحاط بها علماً فلا قيمة للغلط فيما عداها؛ لأن الصفات الأخرى تقع خارج حدود الجريمة. وتأسيساً عليه فإن من يسرق مال غيره، وفي ظنه أنه مال زيد فإذا به مال عمرو، يعتبر سارقاً ولو كان هدفه النكاية بزيد لا بعمرو، وكذلك الشأن لو سرق حقيبة يعتقد أن بداخلها نقوداً ثم تبين أنها تحوي ملابس أو أي متاع آخر؛ ذلك أن السارق يعلم في الحالين أنه يختلس مالا مملوكاً لغيره، فهو يريد الاستيلاء على شيء معين، ولكن فعل الاختلاس يقع على شيء آخر، وهو يعتقد أن هذا الشيء هو ما كان يريد الاستيلاء عليه، فالسارق يعلم في الحالين أنه يختلس مالا مملوكاً لغيره، أما الغلط الذي وقع فيه فإنه يتصل إما بشخص المالك أو بنوع المسروق، وكلا الأمرين غير منتج في جريمة السرقة؛ لأن القانون يحمي المال أياً كان صاحبه وأياً كان نوعه<sup>(2)</sup>، وعلى هذا، فإن الغلط في مثل هذا الموضوع غير جوهري؛ لأنه انصب على واقعة لا يتطلب القانون العلم بها، إذ إن تحقق النتيجة في موضوع معين لا يعد من عناصر الجريمة.

أما إذا كانت الصفة الخاصة بشخص الجاني عليه أو بالركن المادي للجريمة تدخل كعنصر من عناصر التكوين القانوني للجريمة؛ فإن الغلط فيها يعتبر غلطاً جوهرياً ينفي القصد الجزائي بالنسبة لتلك الجريمة، فإهانة مواطن مكلف بأعباء خدمة عمومية أثناء قيامه بأعباء وظيفته أو بمناسبة قيامه بها، بأي طريق سواء بالقول أو الإشارة أو التهديد، أو الكتابة أو الرسم غير العلني أو بإرسال أية أشياء لنفس الغرض، يستلزم لقيام الجريمة المنصوص عليها علم الجاني بصفة الموظف العام، ولذلك فالغلط بشأنها ينفي القصد الجزائي بالنسبة لتلك الجريمة وإن كان يرتب المساءلة على جريمة أخرى، وهي سب آحاد الناس<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: الغلط في النتيجة<sup>(4)</sup>.

والمراد بها أن يتوقع الجاني من خلال اقتراح الفعل الجرمي نتيجة معينة، فتدخل بعض الظروف الخارجية أو يعجز عن السيطرة على فعله، فتنتج نتيجة أخرى غير التي توقعها، سواء أكانت نتيجة بديلة تماماً، وذلك بانحراف الفعل عن هدفه، أم كانت نتيجة أخرى فوق النتيجة المقصودة، وذلك بتجاوز الفعل الجرمي مده.

(1) عبد الصمد، المرجع السابق، هامش ص 922-923.

(2) عوض، المرجع السابق، ص 238.

(3) سلامة، المرجع السابق، ص 376.

(4) يتداخل القول في الغلط بالنتيجة الذي هو من مباحث العلم بالقول بالخطأ الذي هو من مباحث الإرادة، فيكون غلطاً في النتيجة؛ باعتبار أن الجاني توقع نتيجة غير التي حدثت، والتوقع درجة من درجات العلم، ويكون خطأ باعتبار انحراف الفعل إلى إحداث نتيجة غير التي أرادها الجاني بفعله.

وقد يكون الغلط في النتيجة جوهريا ومن ثم ينتفي القصد الجزائي، كما قد يكون غلطا غير جوهري ويتأسس على الرغم منه قوام القصد الجزائي، ومن ثم تترتب المساءلة الجزائية على الفعل محل التحريم. وللتمييز بين ما هو من قبيل الغلط الجوهري وما هو من قبيل الغلط غير الجوهري يفرق بين حالتين للغلط؛ الأولى: حالة ما إذا تساوت النتيجة المتوقعة والنتيجة المتحققة في قيمتهما القانونية، والثانية: حالة ما إذا اختلفت النتيجتان من حيث قيمتهما القانونية، فنكون بصدد غلط غير جوهري في الأولى، وبصدد غلط جوهري بالنسبة للثانية، وتتساوى النتيجتان في القيمة القانونية إذا اتحد حكمهما القانوني، وتختلفان إذا ميز القانون بينهما في الحكم<sup>(1)</sup>.

### 1- التماثل في محل العدوان.

تتحقق هذه الحالة عندما يشوب الفعل الجرمي المقترف غلط، بحيث تتحقق النتيجة المقصودة في شخص آخر غير الذي وجه إليه الفعل. وصورته التمثيلية أن يعمد الجاني إلى قتل غريمه فيطلق النار عليه، فتدخل ظروف خارجية أو لا يحسن التصويب، فتتجه الرصاصة إلى غير المقصود بالفعل، فهنا وإن كان ثمة تباين بين ما أجمع الجاني عليه أمره وبين ما تحقق من نتيجة، إلا أن العدوان وقع على حق من نوع المقصود بالفعل، ولذلك يطلق بعض الفقه على هذا النوع من الغلط بالخطأ في توجيه الفعل أو الشطط في الجريمة<sup>(2)</sup>.

وقد اختلف الرأي في حكم هذا النوع من الغلط، فيرى البعض أن خطأ الجاني في توجيه فعله كخطئه في شخص الجاني عليه، ومن ثم فإن الجاني يسأل عن جريمة عمدية تامة واحدة وكان لم يقع منه خطأ يؤثر على قصده؛ إذ ليس من عناصر هذا القصد أن تتجه الإرادة إلى تحقيق النتيجة في موضوع معين<sup>(3)</sup>، ويرى البعض الآخر أن الجاني يسأل عن شروع بالنسبة للشخص المقصود بالفعل وهي جريمة عمدية، ويسأل عن جريمة غير عمدية بالنسبة لمن تحققت فيه النتيجة غير المشروعة بسبب إهمال الجاني أو عدم دقته في التسديد أو لأي ظرف آخر<sup>(4)</sup>. ويتجه الرأي السائد فقها وقضاء إلى رأي ثالث، وهو أن الجاني في حالة انحراف الفعل يرتكب جريمتين عمديتين:

الأولى: وهي الشروع في إزهاق روح غريمه الذي أخطأه، والذي كفله القانون حق الحياة ومنع من التعرض له بالأذى، ورتب على مخالفة ذلك المساءلة الجزائية.

الثانية: وهي القتل العمد لمن وقع عليه الاعتداء بانحراف الفعل الجرمي المقترف فقضى عليه<sup>(5)</sup>.

والواقع أن الرأيين الأول والثالث يؤديان إلى نتيجة واحدة، والخلاف بينهما نظري غير ذي أثر من الناحية العملية؛ إذ إنه بتطبيق نص (المادة 32) عقوبات على الرأي الأخير نكون بصدد تعدد معنوي بين الشروع والجريمة

(1) عبد الصمد، المرجع السابق، ص 923.

(2) سلامة، المرجع السابق، ص 376.

(3) عوض، المرجع السابق، ص 240.

(4) سلامة، المرجع نفسه، ص 376.

(5) عوض، المرجع نفسه، ص 241.



العمدية، الذي تطبق بشأنه عقوبة الجريمة الأشد، فيكون مؤدى القول الثالث هو نفسه مؤدى القول الأول، ولذلك فإنه لما أخذت محكمة النقض المصرية بكلا الرأيين لم يوصف حكمها بالتناقض على الرغم من اختلاف مأخذ القرارين، وذلك لوحدة النتيجة المتوصل إليها وهي العقوبة على جريمة القتل العمد<sup>(1)</sup>.

أما الرأي الثاني فإنه لا يستقيم وقواعد القصد الجنائي؛ لأن النتيجة غير المشروعة التي اتجهت إليها إرادة الجاني قد تحققت فعلا، ولو اختلفت شخصية من وقع الفعل الجرمي عليه.

أما حيث تتحقق إلى جانب النتيجة المقصودة نتيجة أخرى من ذات النوع، فإنه لا يثور أي إشكال أو خلاف؛ إذ إن الغلط هنا لا تأثير له في نفي القصد الجنائي بالنسبة للنتيجة الأخرى باتفاق الفقهاء؛ نظرا لأن المشرع يكتفي لقيام القصد باتجاه الإرادة إلى تحقيق النتيجة غير المشروعة، دون اعتبار لعدد الأشخاص الذين نالهم ضررها<sup>(2)</sup>.

## 2- التباين في محل العدوان.

وتتحقق هذه الحالة فيما إذا حقق الفعل الجرمي نتيجة أخرى مختلفة من حيث نوعها عن النتيجة التي اتجهت إليها إرادة الفاعل، والصورة التمثيلية لها أن يعمد شخص إلى قتل حيوان مملوك للغير، فإذا بالنتيجة المراد تحقيقها تخطئ الحيوان وتقع على إنسان فتريده قتيلا، أو تقع النتيجة على الحيوان والإنسان في الوقت ذاته، ومثاله أيضا أن يقذف شخص بجسم ملتهب قاصدا بذلك إحراق بيت مملوك للغير، فيخطئ التصويب أو تتدخل عوامل خارجية، فتسقط النار على إنسان لتمسك السنة اللهب بثيابه فيموت محترقا<sup>(3)</sup>.

وواضح أن محل الاعتداء في المثالين السابقين لم يكن من نوع واحد؛ ففي المثال الأول أهدرت مصلحتان مختلفتان؛ الأولى: هي مال مملوك للغير، والثانية: هي حق الحياة، وفي المثال الثاني أهدر فعل الاعتداء حياة إنسان، أما المال الذي تقصده الفعل لم ينله الضرر، وإنما تهدده مجرد الخطر<sup>(4)</sup>.

والقاعدة وفقا للسائد فقها أن المسؤولية الجزائية بالنسبة للنتيجة الأولى المتجهة إليها إرادة الجاني لا تتأثر بهذا الغلط، فيسأل عن جريمة تامة أو عن شروع بحسب الأحوال، أما بالنسبة للنتيجة الأخرى المختلفة عن الأولى والتي لم تتجه إليها إرادته، فيسأل عنها مسؤولية غير عمدية إذا كان القانون يعاقب عليها بوصف الخطأ غير العمدي<sup>(5)</sup>.

وهناك رأي فقهي آخر وإن كان يتفق مع الرأي السائد بالنسبة للجريمة المقصودة ابتداء، إلا أنه يرى أن النتيجة الأخرى وهي القتل قد تكون عمدية أو خطئية على حسب الأحوال، ويتحدد نوع القتل على أساس ما توفر للجاني وقت ارتكاب الفعل من علم أو جهل بإمكان حدوث الوفاة وقبوله أو رفضه لهذه النتيجة؛ فإن كان

(1) عوض، المرجع السابق، ص 243.

(2) سلامة، المرجع السابق، ص 377-378.

(3) سلامة، المرجع نفسه، ص 378.

(4) عوض، المرجع نفسه، ص 239.

(5) سلامة، المرجع نفسه، ص 378.

غلب على ظنه حين أتى الفعل أنه سيتجاوز مده أو سينحرف عن وجهته فيقتل إنسانا، ثم لم يثنه ذلك عن المضي فيما اعتزم عليه، فأقدم على ارتكاب الجريمة الأصلية مفترضا إمكان حدوث الوفاة ومتقبلا لها، سئل عن جريمة قتل عمد، وإن كان لم يتوقع حدوث الوفاة على الإطلاق، أو توقعها على أنها فرض مستبعد لندرة حدوثها أو لعدم اتخاذها من الاحتياطات ما يتكفل بدرئها، ولكنها مع ذلك تحققت سئل عن جريمة قتل خطأ، وذلك كله تطبيقا للقواعد العامة في القصد الجنائي.

### ثالثا: الغلط في علاقة السببية.

يتطلب القصد الجنائي توقع علاقة السببية، فالجاني إذ يتوقع نتيجة فعله فهو يتوقع كيفية تحققها. وتوقع علاقة السببية يعني توقع الآثار المباشرة للفعل التي تزداد جسامتها تدريجيا حتى تفضي إلى تحقيق النتيجة. بيد أن اشتراط توقع علاقة السببية لقيام القصد يثير إشكالات عملية عويصة؛ إذ إن ما يتوقعه الجاني لا يحدث بالضرورة كليا أو جزئيا، فقد تتدخل ظروف تخيب توقعه في حدود معينة، وتورث تباينا بين كيفية التسلسل السببي كما توقعه وخطط له، وبين كيفية ما تحقق من فعله على أرض الواقع، وهنا نكون بصدد الغلط في علاقة السببية<sup>(1)</sup>.

فالغلط في علاقة السببية يتحقق إذن في جميع الفروض التي تتحقق فيها النتيجة الإرادية في تسلسل سببي مختلف عن التسلسل الذي توقعه الجاني واتجهت إليه إرادته، وصورته أن يلقي شخص بآخري في بئر قاصدا قتله غرقا، فيرتطم رأسه بنتوء على جوانب البئر تؤدي إلى كسور في الجمجمة مما يفضي إلى وفاته، فالموت وهو ما كان مراد الجاني من فعل القذف في البئر قد تحقق، إلا أنه بتسلسل سببي غير الذي توقعه الجاني واتجهت إرادته إليه<sup>(2)</sup>. ويشترط لتحقيق الغلط في علاقة السببية أن تكون هناك رابطة بين فعل الجاني المنسوب إليه، وبين النتيجة المتحققة التي اتجهت إليها إرادته، غاية ما في الأمر أنها تحققت بتسلسل مختلف عما توقعه كما في المثال السابق، وعلى ذلك فإن من يطعن آخر بسكين قاصدا قتله، فيحاول المحيبي عليه الهرب من الجاني، فتصدمه سيارة تؤدي بحياته، لا يكون ذلك بسبب غلط في علاقة السببية وإنما بسبب انقطاع رابطة السببية بتدخل العوامل اللاحقة غير المألوفة وفقا للمجرى العادي للأمر<sup>(3)</sup>.

هذا، ويضع الفقهاء في مقام التمييز بين ما هو غلط جوهرى وما ليس بغلط جوهرى في علاقة السببية، معايير من شأنها تحديد نوع الغلط الذي ينفي القصد الجنائي، ونوع الغلط الذي يبقى عليه قائما، غير أن صياغة هذه المعايير أثارت خلافا في الفقه، ففريق اتجه وجهة شخصية، وآخر اتخذ مذهباً موضوعياً<sup>(4)</sup>.

فيذهب الأول وهم أنصار المذهب الشخصي، إلى اعتبار الغلط جوهرياً إذا كانت الكيفية التي توقع الجاني أن تتحقق بها النتيجة باعنا حمله على السعي لإحداثها، ويفضل بعض أتباع المذهب الشخصي صيغة أخرى

(1) عبد الصمد، المرجع السابق، ص 927.

(2) سلامة، المرجع السابق، ص 378.

(3) سلامة، المرجع نفسه، ص 378-379.

(4) عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 928.

يقولون: « بأنه لكي نحدد ما إذا كان الغلط جوهريا أو غير جوهري نضع السؤال الآتي: هل كان تصور الكيفية التي تحققت بها النتيجة فعلا، وهي غير التي توقعها الجاني، من شأنه أن يحول بين الجاني وبين الإقدام على مشروعه الإجرامي؟، فإذا كانت الإجابة إثباتا كان الغلط جوهريا وإذا كانت نفيًا كان غير جوهري»<sup>(1)</sup>.

والمثال الذي يمكن أن يضرب لهذه النظرية؛ من يطعن آخر بمدية قاصدا قتله ثم يلقي به في بئر من أجل إخفاء جثته فيها، فيتبين أن المحني عليه مات غرقا في البئر وليس من الطعن بالمدية، فنكون بصدد غلط جوهري يتعلق بعلاقة السببية إذا كان لن يقدم على إلقائه في البئر فيما لو علم أنه مازال على قيد الحياة، وهنا يسأل الجاني عن شروع في قتل، لسلكه الأول وعن قتل خطأ بالنسبة لسلكه الثاني<sup>(2)</sup>.

وعيب القول بالمذهب الشخصي بأنه يقحم البواعث -وهي عوامل تتصل بالإرادة كقوة دافعة-، في مسألة تتعلق بالعلم المجرد وهي حالة ذهنية مستقلة عن البواعث؛ بمعنى أن البحث يدور حول مقدار علم الجاني بالوقائع ويتجه إلى تحديد ما إذا كان العلم كافيا لتوافر القصد الجنائي أم غير كاف لذلك، ومن ثم فلا شأن للإرادة ولا للبواعث التي تدفعه إلى ذلك. والعلم إن صح محركا للبواعث فهو يكتمل وتتوافر عناصره دون أن يكون للبواعث دخل في الأمر<sup>(3)</sup>.

ويذهب أتباع المذهب الموضوعي إلى أن الغلط يكون جوهريا إذا كان الاختلاف بين التسلسل السببي الذي توقعه الجاني وبين التسلسل الذي تحقق فعلا يمثل أهمية في نظر القانون، وذلك بتطبيق قواعده على الوقائع التي يتكون منها التسلسل السببي الذي توقعه الجاني، ثم على الوقائع التي يتكون منها التسلسل الذي تحقق فعلا، ثم بتحديد الفرق بين النتائج التي يؤدي إليها تطبيق قواعد القانون على النوعين السابقين من الوقائع.

فيكون الغلط جوهريا إذا كان الشارع يتطلب حدوث النتيجة عن طريق تسلسل سببي معين، أو علق على حدوثها عن طريق هذا التسلسل السببي أهمية خاصة، ويقرر للجريمة أهمية كذلك، ويكون الغلط غير جوهري إذا لم يكن للاختلاف بين التسلسل السببي المتوقع والتسلسل السببي الذي تحقق قيمة في نظر القانون؛ بأن استوى لديه حدوث النتيجة عن طريق أي نوع من التسلسل، وحينها يسأل الجاني عن النتيجة التي حدثت بصرف النظر عما إذا كان توقع نتيجة حصولها أم لم يتوقع ذلك.

والمرجع في تعرف ما إذا كان الشارع يتطلب لحصول النتيجة تسلسلا سببيا معينًا أو يعلق على حدوثها أهمية خاصة، أو كان لا يحفل بذلك ويستوي لديه حدوث النتيجة عن طريق أي نوع من التسلسل، هو خطة المشرع نفسه، ومدى اهتمامه بالوسائل التي تحققت عن طريقها النتيجة المعاقب عليها<sup>(4)</sup>.

ومثال الغلط غير الجوهري حالة ما إذا أطلق الجاني عيارا ناريا على غريمه الواقف على حافة بئر متوقعا أن يلقي حتفه بفعل الرصاصة التي تخترق جسمه، فإذا بالغريم يصاب إصابة غير قاتلة، غير أنها تفقده توازنه ليقع في

(1) عبد الصمد، المرجع السابق، ص 928.

(2) سلامة، المرجع السابق، ص 399.

(3) عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 929.

(4) عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 929.

قعر البئر لافظاً أنفاسه غريقاً، والسبب في اعتبار هذا النوع من الغلط غير جوهري؛ هو أن المشرع لا يتطلب في جريمة القتل أن تكون وفاة المجني عليه قد حدثت عن طريق وسيلة معينة أو عن طريق تسلسل سببي معين، وعليه فإن كل عناصر القصد متوافرة مما يجعل المسألة عن قتل عمد<sup>(1)</sup>.

ومثال الغلط الجوهري الغلط فيما يتطلبه المشرع في جريمة النصب، وهو أن تكون النتيجة وهي تسليم المجني عليه ماله للجاني قد تحققت عن طريق إحدى وسائل تدليس ثلاث، يحددها على سبيل الحصر وهي: الاحتيال، واستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية، أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية، أو الخشية من وقوع شيء منها، وأيضا التصرف في أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو إبراء من التزامات مما نصت عليه (المادة 372) عقوبات. وعليه فإذا اتخذ شخص لنفسه اسماً كاذباً دون أن يتوقع أن يكون لهذا الاسم تأثير على أحد، و تقدم به إلى المجني عليه محاولاً عن طريق الأقوال الكاذبة المجردة عن كل ما يدعمها - وهي وسيلة لا يعاقب عليها القانون -، أن يحدده ويحملة على تسليم ماله، فسلمه المال تحت تأثير الاسم الكاذب معتقداً صلته بشخص يثق فيه؛ فإن هذا الغلط الذي تمثل في اعتقاد الجاني تحقق النتيجة عن طريق وسيلة لا يعاقب القانون عليها يعد غلطاً جوهرياً وينفي القصد الجنائي<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: تقييم مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل القانوني في الشريعة والقانون الوضعي.

إن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون والذي يتأسس عند عامة الفقه القانوني على نظرية افتراض العلم بالقانون بقرينة نشره، مع التسليم بأنه أفضل الحلول المقدمة لإحداث التوازن بين الجاني ومصالح المواطنين التي يحميها القانون، إلا أنه مازال يثير كثيراً من الجدل الفقهي وتشتت منه رائحة من الجور واللامعقولية؛ إذ إنه يفرض على الكافة وفيهم العامي من الناس العلم بقواعد قانونية خافية على كثير من أهل الاختصاص، فكيف بمن لا يحسن فك الخط؟!، وخاصة إذا كانت هذه القواعد مما لا يمس بقواعد دينية أو أخلاقية أو يظهر ضررها على العام والخاص ظهوراً يدركه الكافة؛ وذلك كالأفعال التي يعتقد فاعلها أنه يقدم خدمة لوطنه أو لبني جنسه كالجرائم السياسية التي تعتبرها كثير من التشريعات جرائم ماسة بأمن الدولة وترتب عليها أشد العقوبات، وكذا باقي "الجرائم المصطنعة"، وهنا تبرز القيمة العملية للفرقة بين "الجرائم الطبيعية" و "الجرائم المصطنعة".

فإذا صح من ناحية توفر الإثم أن الإنسان المدرك العادي بمقدوره أن يقدر مقدماً أن قانون العقوبات يؤثم القتل أو الضرب، أو هتك العرض أو الإتلاف أو الحريق العمد أو القذف أو خيانة الأمانة أو النصب أو السرقة أو الغش أو المخابرة مع العدو للإضرار بمصالح الأمة، فإن من التجني على الواقع أن نفترض أن يقدر مقدماً أن التشريع نفسه يجرم حالات معينة خاصة كالتعامل بالنقد الأجنبي بيعاً أو شراءً، أو حيازة سلعة معينة أو ممارسة

(1) عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 929.

(2) حسني، القصد الجنائي مقال سابق الإشارة إليه، ص 115.

نشاط معين، لاسيما إذا كان هذا الذي افترض فيه العلم أجنبيا عن البلاد التي يدخلها لأول مرة، أو بالنسبة للتشريع الذي صدر حديثا.

ومن التجني على الواقع أيضا أن نفترض علم الإنسان الأمي أو غير المختص، المتهم في دعوى عمومية في تعديل جزئية صغيرة من جزئيات أي تشريع عقابي، تعديلا قد يغيب عن القاضي الفاصل في موضوعها أو عن المحامي المتصدي للدفاع فيها، ناهيك عن افتراض العلم بكل ما ينظم حياة الإنسان من قوانين ولوائح وقرارات تحدد لجمهور المواطنين ما هو المباح وما هو المحظور، وهي قوانين ولوائح وقرارات تتوالى عليها التعديلات بسرعة لاهثة، يعجز عن ملاحظتها المختصون من رجال القانون أنفسهم، وبعضها يلغى بأكمله ليحل محله قانون آخر، لا يلبث بدوره أن يلغى ليحل محله قانون جديد، وهكذا دواليك.

وعلى ذلك، فإن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، إن كان مبدأ عادلا في الوقت الذي كانت فيه التشريعات العقابية محصورة النطاق لا يستحيل عادة العلم بها، فقد صار اليوم مع هذا الركام من القوانين متعذرا إعمالها وإلا فهو الظلم الكبير.

ولذلك فإن خطة المشرع الإسلامي في هذا الصدد أكثر معقولة واستجابة لواقع الناس، إذ فرق بين الجهل بما هو مستقر في ضمير جماعة الناس من الأحكام بالاشتهار حتى أصبح لا يقبل القول بجهله، وذلك كالأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، وبين الجهل ببعض التفاصيل الخافية التي تحتاج ملاحظتها إلى أهل الاختصاص أو الخاصة من الناس، وكذا في إعفاء البعيد عن الحواضر الذي يبعد أن تلحقه الأحكام الشرعية في منأه، وأيضا الأجنبي الذي يدخل البلاد حديثا وليس في بلده ما يحظر السلوك الذي أتاه، والذي يعده التشريع الوطني جريمة معاقب عليها.

غير أن هذا التوجه وإن كان مراعيًا لمصلحة آحاد الناس ودافعا لعسف القانون عنه، فإنه أصلح للزمان الأول من زماننا هذا، وإلا لما عدم أي جان الاعتذار بأنه لم تبلغه الأحكام أو أنها في منأى عنه، والحل الوسط لهذا الإشكال يكمن في إعمال مبدأ "عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون"، باعتباره أفضل الحلول التي توصل إليها الفكر القانوني، مع إحاطته بجملة من الإجراءات والضمانات التي تجعله أكثر معقولة وإحدانا للتوازن العادل بين المصالح المتضاربة.

وأول هذه الإجراءات التفريق بين «الجرائم الطبيعية»، كجرائم القتل والضرب والسرقه وغيرها مما يجد له استنكارا في الرأي العام، فلا يقبل من أي أحد الاعتذار بجهلها، كما يعتبر العلم بها قرينة لا تقبل إثبات العكس، وبين «الجرائم المصطنعة» التي ينظر فيها لحال الجاني من حيث ثقافته ومهنته والبيئة التي يعيش فيها إلى غير ذلك من الظروف التي من شأنها أن تكون مظنة للحيلولة دونه والعلم بالقاعدة التجريمية، فتكون قرينة العلم قرينة بسيطة أي تقبل إثبات العكس.

وثاني هذه الإجراءات اعتبار جهل الجاني الذي دخل الوطن منذ فترة وجيزة بوجود نص قانوني يجرم فعلا من الأفعال لا يجرمه قانون بلده أو قانون البلد الذي استقرت استقامته فيه مانعا للعقاب، وأيضا في التيسير على الأجانب الوقوف على قوانين البلاد، فينبغي أن تضطلع الدولة في سبيل ذلك بطبع القوانين المتعلقة بالنقد

والاستيراد والحقوق الجمركية والإخطار عن مقر الإقامة، وتسلمها لكل زائر مع تأشيرة الدخول حتى يكون على إحاطة بما يقدم عليه.

ومن هذه الإجراءات أيضا أن تضطلع المنظومة التربوية والتعليمية بدورها في إعلام منخرطيها بالقوانين وخاصة المتعلقة بهم، وذلك بإدخال مادة الثقافة القانونية في تدريس كافة أنواع التكوين، ليطلع المتعلمون على النصوص القانونية على وجه العموم والمتعلقة بمهنتهم على وجه الخصوص؛ فيدخل في مقررات دراسة العلوم الطبية قانون الصحة وكافة القوانين المتعلقة بمهنة الطب، كما يدخل في تدريس من سيتصدون للوظيفة العامة القوانين المتعلقة بالموظف العام، لاسيما ما تعلق منها بالجنائيات والجنح في الوظيفة العمومية، ويدخل في تدريس العلوم التجارية كافة القوانين المتعلقة بها، كقانون الضرائب وقوانين النقد والصرف وغير ذلك، فهذه الضمانات وغيرها وإن لم تعدم الاحتجاج بالجهل فإنها تنقص من حالاته وتجعله مظنة للكذب.

كما ينبغي أن تقوم وسائل الإعلام، وخاصة الأكثر دخولا إلى بيوت الناس، ونقصد السمعية البصرية على وجه التحديد، بتعميم الثقافة القانونية و إطلاع الجمهور عن جديد القوانين الصادرة، وذلك عبر الحصص الإذاعية والتلفزية والبت المباشر للنقاشات في الهيئة التشريعية كما هو حاصل الآن في التلفزة الجزائرية، وهذا لأن الكلمة المسموعة وخاصة مع الصورة أكثر انتشارا أضعافا مضعفة من الكلمة المقروءة، لاسيما في بلد تكثر فيه الأمية. هذا مع النشر في باقي وسائل الإعلام المكتوبة غير الجريدة الرسمية، ولو بالإشارة إلى المواضيع الكبرى؛ لأن الاكتفاء بالجريدة الرسمية مع قلة انتشارها وانحسار جمهورها لا يفي بالغرض. وبهذا وغيره يمكن لمبدأ عدم الاعتذار بالقانون أن يكون أقرب إلى منطق العدالة والمعقولية وبغير ذلك يكون مبدءا جائرا وضع لتحقيق العدل!.

## المبحث الرابع

### الشبهات المتعلقة بالإرادة.

سبق وأن أشرنا إلى أن القصد الجنائي يتحقق بتوجيه الإرادة لتحقيق أمر يشكل جريمة، فهي تأثم باتجاهها وجهة على خلاف مقتضى القانون، ولا يهم بعد ذلك من حيث المبدأ أن يكون مظهر هذا الإثم عمداً أو خطأ؛ إذ إنه لا يمكن أن يقوم عمداً أو خطأً بغير إرادة. غير أنه وفي نطاق الإثم يتميز العمد عن الخطأ بالعلم أحياناً، وبالإرادة من حيث مداها أحياناً أخرى، فإذا كان القصد علماً وإرادة؛ فإن الإرادة جوهر فيه وهي تأثم باتجاهها وجهة تخالف القانون، ثم هي بالعلم تزداد إثماً استناداً إلى أن إثم من يعلم أشد من إثم من لا يعلم.

ويرى الفقه القانوني أن مجال دراسة القصد الجنائي لا يدعو بالضرورة إلى مد نطاق الإرادة إلى ملابسات السلوك المعتبرة قانوناً؛ لأن الإرادة تعني التصميم على تحقيق أمر معين، فإذا كان الأمر متحققاً بالفعل، فإنه يمتنع أن يكون محلاً للإرادة وإنما يقع محلاً للعلم، سواء كان علماً حقيقياً أم مجرد توقع؛ ففي جريمة الإجهاض لا يمكن أن تتجه الإرادة إلى كون الجنح عليها حاملاً، وفي جريمة السرقة لا يمكن أن تتجه الإرادة إلى كون المال مملوكاً للغير؛ لأن الحمل والملكية أمران قائمان قبل اتجاه الإرادة إلى تحقيق الواقعة الإجرامية، وهي الإجهاض في الأولى والاختلاس في الثانية.

وعليه فإن نطاق الإرادة مقصور على السلوك بصفة دائمة وعلى النتيجة في بعض الأحيان؛ حيث يشترط القانون حصول نتيجة معينة<sup>(1)</sup>، وهو ما يدفعنا لأن نتناول الحديث عن الشبهات المتعلقة بالإرادة في مطلبين: الأول في الشبهات المتعلقة بإرادة السلوك، والثاني في الشبهات المتعلقة بإرادة النتيجة.

#### المطلب الأول : الشبهات المتعلقة بإرادة السلوك.

يشترط لتحقيق الركن المعنوي في الجريمة أن تكون إرادة الجاني حرة في اختيار السلوك الإجرامي والاتجاه إليه، وإلا فإنه لا مواخذة على عدم الامتثال للأمر والنهي الصادرين من المشرع ما دامت الظروف التي أحاطت بالجاني وقت إتيانه للسلوك المحرم، تحيل عليه التواءم مع الأمر والنهي التشريعيين بتأثيرها على التكوين الطبيعي للإرادة، ومن ثم فإن الإرادة تكون معيبة غير منتجة للقصد في جميع الفروض التي لا يمكن للجاني أن يسلك فيها مسلكاً غير الذي فعل، وهذا هو الضابط الذي يحكم أسباب انتفاء القصد الجنائي فيما يتعلق بالإرادة<sup>(2)</sup>.

ويذهب بعض الفقه إلى حصر هذه الأسباب في الإكراه وحالة الضرورة، وحثته في ذلك أن الإرادة في الفروض جميعها ليست حرة، وإنما هي محمولة على التوجه إلى الفعل برغمها، ومثل هذه الإرادة لا يحفل بها القانون؛ لأنه يتطلب في الركن المعنوي إرادة إجرامية، وهذا الوصف لا يثبت لإرادة غير حرة، بينما يتجه البعض

(1) عوض، المرجع السابق، ص216.

(2) سلامة، القسم العام، ص364-365.

الآخر إلى حصرها في الإكراه المادي وحده، أما الإكراه المعنوي وحالة الضرورة فإنه وإن كان العقاب ممتنعاً بسببهما، إلا أن امتناعه لا يرجع إلى تخلف الركن المعنوي، وإنما لوجود مانع من موانع المسؤولية أو العقاب، أما الركن المعنوي ف قائم؛ لأن اتجاه الإرادة إلى الفعل ثابت وهي إلى ذلك ليست مسلوقة الحرية، فهي تملك إتيان الفعل والامتناع عنه، وإذا كانت الإرادة قد اختارت أقل الأمرين مؤونة، فذلك لا ينفي حريتها؛ لأن ضيق مجال الاختيار لا يعني انعدام القدرة عليه<sup>(1)</sup>.

وأياً ما كان الخلاف بين الرأيين في تكييف هذه العناصر المذكورة، إلا أنه غير منتج فيما نحن بصدد؛ لأن كلا الفريقين متفق على أنها في الأقل مانعة للعقاب ومضيققة من نطاقه، وعلى ذلك سنتناولها في الفرعين الآتين: الأول للإكراه، والثاني لحالة الضرورة.

### الفرع الأول : الإكراه وتأثيره في الإرادة .

نتناول بالدراسة في هذا الفرع مفهوم الإكراه وأركانه في البند الأول، وأنواعه وحكم كل نوع في البند الثاني.

#### البند الأول : مفهوم الإكراه وأركانه.

الإكراه في اللغة مصدر من الفعل كره، ونظيره كراهة، واسم فاعله مكره بكسر الراء، واسم مفعوله مكره بفتحها، وهو عند علماء اللغة حمل الشخص على ما لا يرضى<sup>(2)</sup>. أما عند فقهاء الشريعة فهو حمل الشخص على فعل أو قول لا يريد مباشرته<sup>(3)</sup>، فيدخل فيه ما كان من الأقوال والأفعال مشكلاً لتصرف معاقب عليه قانوناً، كما يدخل فيه غيره من التصرفات المدنية من بيوع وهبات ومناكحات، وقيل في تعريفه أيضاً أنه حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه فيصير الغير خائفاً به<sup>(4)</sup>، فهذا التعريف كما هو واضح يجعل للإكراه أربعة أركان وهي :

أولاً : أن يعلم المكره (بالفتح) بأن المكره (بالكسر) قادر على تنفيذ ما هدد به؛ فإن لم يكن قادراً فإن التهديد غير مؤثر، ولا يقبل الاعتذار ممن ادعاه .

ثانياً : أن يعتقد من وقع عليه الإكراه بأن المكره جاد في إيقاع ما توعد به إن هو لم يقم بالفعل المكره عليه؛ فيقوم به تحت سوط الخوف مما قد يلحقه به المكره إن هو أبي، فإن لم يكن كذلك فإنه لا يتحقق معنى الإكراه<sup>(5)</sup>.

(1) سلامة، المرجع السابق، ص364-365.

(2) الرازي: محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، الهيئة المصرية للكتاب، 1976م، ص568-569. الفيومي: أحمد بن محمد المقرئ، المصباح المنير، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية، مصر، 1324هـ/1906م، ج02 ص643.

(3) الإسرخسي، المرجع السابق، ج24 ص39. ابن الهمام، المرجع السابق، ج07 ص292. التفتزاني، المرجع السابق، ج02 ص196.

(4) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج03 ص282، والخطاب، المرجع السابق، ج04 ص45. أما ابن حزم فقد اكتفى في الدلالة عليه بما عرفه أهل اللغة فقال: هو كل ما سمي في اللغة إكراهاً. أنظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج09 ص259.

(5) الإسرخسي، المرجع نفسه، ج24 ص39. الكاساني، المرجع السابق، ج07 ص176. الزيلعي، التبيين، ج05 ص181. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص229. ابن قدامة، المرجع السابق، ج10 ص159.



ثالثا : أن يكون موضوع التهديد إتلافا للجسم أو إيذاء له أو للمال بصفة كلية أو جزئية.  
 رابعا : أن يكون الأمر المكره على إيقاعه فعلا أو قولاً محظورا؛ بأن يكون معصية في ذاته بحيث يكون المكره ممتنعا عن فعله قبل الإكراه، فإذا هدد شخص شخصا آخر بالقتل أو بإحداث عاهة أو بأذى يلحقه به في ماله أو جسمه إن لم يسرق مال فلان، وقد عزم قبل ذلك أن يفعله من تلقاء نفسه وانصرفت إرادته إليه، فإنه لا اعتداد له هنا بالتهديد والوعيد، ويكون فعله مقصودا إليه ابتداء<sup>(1)</sup>.

ويعرفه فقهاء القانون بمعنى عام أنه: «حمل الغير على إتيان ما يكره»<sup>(2)</sup>، وهو تعريف لغوي بحت، لكنه غير ممتنع من الانبساط على المدلولات القانونية. وبتضييقه في المجال الجزائي يكون: حمل الغير على إتيان ما يعد جريمة، أو الضغط على إرادة الغير بحيث تشكل وفقا لإرادة من يباشره لتحقيق فعل مخالف لقانون العقوبات. وواضح أن لا خلاف في تعريف الإكراه بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي إلا من حيث الصياغة؛ إذ يرجع كلا الفريقين في تعريفهم له إلى مدلوله اللغوي، حيث يعني حمل الشخص على فعل أو قول لا يرضاه، فإن كان هذا القول أو ذلك الفعل مما يجرمه القانون كنا بصدد الإكراه في المجال الجزائي.

#### البند الثاني : أنواع الإكراه وحكم كل نوع .

يختلف حكم الإكراه من حيث تأثيره على الإرادة بحسب اختلاف نوعه ، وهو ما نتناوله في هذا البند في فقرتين: الأولى لأنواع الإكراه وأحكامه في الشريعة الإسلامية، والثانية لأنواع الإكراه وأحكامه في القانون.

#### أولا : أنواع الإكراه وأحكام كل نوع في الشريعة الإسلامية .

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الإكراه إلى ثلاثة أقسام وهي : الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ وأخيرا الإكراه بحبس أحد أبويه أو زوجه على وجه الخصوص.

1- الإكراه الملجئ : هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس أو إتلاف عضو من الأعضاء أو ضرب شديد يخاف منه القتل، أو حدوث عاهة مستديمة اتفقا، أو إتلاف المال جميعه خلافا للشافعي<sup>(3)</sup>، فإذا كان التهديد بنوع من هذه الأنواع فإن الإكراه يكون ملجئا أو تاما، ويكون المكره إذاك كآلة في يد من يكرهه<sup>(4)</sup>.

2- الإكراه غير الملجئ : وقد خص الفقهاء هذا النوع من الإكراه بما يتزل بالشخص المهدد من أذى مما لا يتلف النفس ولا يحدث العاهة المستديمة ولا يتلف كل المال وإن أتلف بعضه، وكالتهديد بضرب لا يخاف معه تلف عضو، وكالتهديد بالحبس والقيود غير الطويلين، ويسمى هذا النوع أيضا بالإكراه الناقص أو غير التام<sup>(5)</sup>.

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج24 ص39. الكاساني، المرجع السابق، ج07 ص177. ابن قدامة، المرجع السابق، ج10 ص159.

(2) سلامة، المرجع السابق، ص364.

(3) الشيرازي، المرجع السابق، ج02 ص78.

(4) ابن نجيم، المرجع السابق، ص282. الزيلعي، التبيين، ج05 ص181.

(5) الكاساني، المرجع نفسه، ج09 ص447. ابن قدامة، المرجع نفسه، ج10 ص159.

3- القسم الثالث الخاص: ذكره بعض الفقهاء، وهو لا يؤثر في أصل الرضا أي لا يعدمه، وهو التهديد بأذى يتزل بأحد أصوله أو فروعه أو زوجه أو أحد أقاربه مما دون إتلاف النفس أو عضو من الأعضاء، كالتهديد بجس أحد أبويه أو زوجه<sup>(1)</sup>.

هذا، والإكراه بقسميه الأولين يعدم الرضا؛ لأن الرضا رغبة في النفس في التصرف فعلا كان أم تركا، وهذا يقتضي الإقبال عليه، وهو ما لا يتفق مع الإكراه بنوعيه، لكن يظهر التمايز بين هذين النوعين في الاختيار لا سيما عند فقهاء الحنفية<sup>(2)</sup>.

وقبل الحديث عن هذا التمايز ينبغي أن نلاحظ الفرق الحاصل بين الرضا والاختيار كما قرره فقهاء الحنفية، فالاختيار هو القصد إلى الفعل أو القول الذي هو سبب للنتائج، بينما الرضا هو قصد للنتائج وقبولها<sup>(3)</sup> وهو أقصى درجات الاختيار؛ ذلك أن الإنسان عند الإقدام على أمر معين له اختياران، الأول اختيار أدنى وهو القصد المجرد إلى السبب تحت تأثير إرادة حرة، أو تحت تأثير ضغط أيا كان نوعه، والثاني اختيار أعلى وهو أن يتجه الشخص إلى المسبب وهو النتائج فيقصد إليها، قال صاحب كشف الأسرار أن: «الرضا عبارة عن امتلاء الاختيار، أي بلوغه نهايته بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها، كما يفضي أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين وتغير الوجه بسبب غليان الدم»<sup>(4)</sup>.

ونعود إلى القول بأن الإكراه بنوعيه عند فقهاء الحنفية لا يعدم الاختيار وإن كان يتنافى مع الرضا؛ ذلك أن الإكراه ولو كان تاما لا يسقط أصل التكليف في موضوعه، بل إنه يحول الواجب من معين إلى مخير، أو يتزل به إلى مرتبة المستحب بعد أن كان واجبا.

ومثال الأول: حالة ما إذا أكرهت امرأة على الزنا فإنها تكون مخيرة بين واجبين، أحدهما المحافظة على النفس المهددة بالإكراه الملجئ إلى القتل أو إحداث عاهة مستديمة، والثاني هو اجتناب المحرم.

ومثال الثاني: حالة ما إذا أكره رجل على النطق بكلمة الكفر، فإن الشارع الحكيم رخص له في ذلك، إذا وقع تحت طائلة الإكراه الملجئ في قوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [النحل/من الآية 106].

وتفسير ذلك أن الإكراه غير الملجئ ليس له أثر في إسقاط العقوبات؛ لأنه وإن انعدم به الرضا فإنه لا يفسد به الاختيار؛ اعتبارا بأن الاضطرار إلى مباشرة الفعل المكروه عليه غير متحقق، لتمكن الواقع عليه الإكراه من تحمل ما يوقع به من تهديد أو وعيد؛ لأن من يهدد بضرب غير متلف واقع بين ضررين كلاهما محتمل، فإما أن يصبر على الإذابة أو هو الإقبال على محل الإكراه وهو أذى في ذاته، فحصل للمكروه ضرورة الترجيح بين ضررين محتملين على المساواة؛ بمعنى أن اختياره صحيح باتجاهه إلى أحدهما، ولكنه في كلتا الحالتين لا يعتبر راضيا بالنتائج ولا مريدا لها إرادة حرة؛ فالعقلاء لا يمكن رضائهم بالأضرار ولو كانت في مقام المفاضلة بدفع ما هو أفدح، ومن

(1) البخاري، كشف الأسرار، ج 04 ص 383. أبو زهرة، الجريمة، ص 530.

(2) أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 530.

(3) البخاري، المرجع نفسه، ج 04 ص 1502.

(4) البخاري، المرجع نفسه، ج 04 ص 1502. أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 534.

ثم فإن المؤاخذة على الفعل المكروه عليه قائمة في الإكراه غير الملجئ لوجود قصد الاختيار التام من الفاعل، ولا تدرئ عنه العقوبة بالشبهة؛ إذ لا شبهة في أنه ارتكب الجريمة مختاراً لنفسه أخف الضررين وأهون الشرين، فوجب تحميله تبعة اختياره<sup>(1)</sup>.

أما الإكراه الملجئ فإنه وإن شارك الإكراه غير الملجئ في إعدام الرضا، فقد فارقه في إفساد الاختيار خلافاً للأول غير أنه لا يعدمه؛ بمعنى أن الاختيار حاصل غير أنه مشوب بعيب عدم الصحة، فقد جاء في المبسوط تعريف الإكراه أنه: «الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكروه، أو يسقط عنه الاختيار». ثم يوضح ذلك بقوله: «المكروه مبتلى، والابتلاء يقرر الخطاب، ولا شك أنه مخاطب في غير ما أكره عليه، وكذلك فيما أكره عليه حتى يتنوع الأمر عليه، فتارة يلزمه الإقدام على ما طلب منه وتارة يباح له ذلك، وتارة يرخص له في ذلك، وتارة يحرم عليه ذلك، فذلك آية الخطاب؛ ولذلك لا ينعدم أصل القصد والاختيار بالإكراه، كيف ينعدم ذلك وإنما طلب منه أن يختار أهون الأمرين عليه»<sup>(2)</sup>.

وتعليل فساد اختيار المكروه بالإكراه أنه صار آلة لمن أكرهه، فيصير الفعل منسوباً إلى الحامل بهذا الطريق لتحقق الإلجاء، فالمرء مجبول على حب حياته، وهذا يحمله على الإقدام على ما يكره مما ألجئ إليه، فيفسد اختياره من هذا الوجه، والفاقد في معارضة الصحيح كالمعدوم، فيصير الفعل منسوباً إلى المكروه لوجود الاختيار الصحيح منه، والمكروه يصير كآلة لانعدام اختياره حكماً في حال معارضة الاختيار الصحيح<sup>(3)</sup>.

هذا ما قرره فقهاء الحنفية من الفرق بين الاختيار والرضا، أما عند جمهور الفقهاء فإن الاختيار والرضا معنيان متلازمان، إذ لا يمكن تصور رضى بدون اختيار، فهما تعبير عن حقيقة واحدة، وعلى ذلك فهما يعدمان بالإكراه سواء أكان ملجئاً أم غير ملجئ<sup>(4)</sup>.

وعليه فإن الإكراه الملجئ الذي يكون فيه إتلاف النفس أو إحداث عاهة مستدمنة يسقط المسؤولية الجزائية على المكروه - على تفصيل في خصوص الزنا والقتل نذكره في حينه -، غير أن هذا لا يعني سقوط المؤاخذة عليه بأي نوع من أنواعها في جميع الأحوال؛ إذ إنه وإن كانت ثمة حالات تسقط فيها المؤاخذة إلى جانب امتناع المسؤولية الجزائية، فإن هناك حالات أخرى تبقى فيها المؤاخذة قائمة رغم ذلك الامتناع المذكور، والضابط في ذلك هو قوة تحريم الشارع للأفعال المقترفة واحتمال السقوط وعدم احتمالها؛ ونقصد بالمؤاخذة هنا ترتب العقاب الأخروي على الفعل محل الاعتراف وليس هذا مكانه.

هذا، وإن سقطت المسؤولية الجزائية عن المكروه ليس على إطلاقه عند جمهور الفقهاء، فإنها وإن سقطت في بعض الجرائم عند الكافة فإن ثمة تفصيلاً فيما يتعلق بجرمي القتل والزنا.

(1) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 489.

(2) السرخسي، المرجع السابق، ج 24 ص 38.

(3) أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 489.

(4) ابن القيم، الإعلام، ج 03 ص 93-115. وانظر: أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 488.

## أ- الإكراه على القتل وإحداث العاهة:

الإكراه على القتل أو إحداث عاهة مستديمة لا يبيح للمكروه ذلك، فإن فعل فإنه آثم بذلك ديانة؛ إذ لا يثبت الترخيص فيه قط، فبقي أصل النهي على ما كان<sup>(1)</sup>. ولكن من الناحية القضائية هناك خلاف فقهي ليس في أصل العقاب، وإنما في مقداره و فيمن يقع عليه؛ بمعنى هل مستوجب العقاب هو الفاعل المكروه على إحداث القتل أو العاهة باعتباره من باشر، أم أنه الحامل على الفعل باعتباره صاحب الإرادة في إيقاعه، متخذاً الفاعل آلة في يده كما لو اتخذ غيرها مما يحدث الفعل؟.

اتفق الفقهاء على أن فعل القتل في مثل هذه الحال لا يخلو من عقوبة بدنية توقع وهي القصاص، ولم يخالف في ذلك إلا أبو يوسف من الحنفية، فجعل العقوبة مالية وهي الدية؛ باعتبار أن القصاص يندري بالشبهة<sup>(2)</sup>. واختلفوا فيمن يقتص منه، أهو المباشر لفعل القتل أو العاهة المستديمة أم من حمله على ذلك؟، فذهب المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة إلى أن القصاص يوقع عليهما معاً؛ باعتبارهما شريكين في الجريمة، الأول بالمباشرة وهي فعل غير مباح بحال، فقتله عمد ولا اعتذار له برغبته في استبقاء نفسه؛ إذ ليست نفسه بأولى من نفس المجني عليه، والثاني لحمله إياه على فعل القتل؛ إذ هو القاصد إليه ابتداءً والمتسبب فيه؛ لأن فعله ضرب من التسبب الذي يوجب القود عندهم، أما إذا كان القتل في أصله من غير إكراه غير موجب للقصاص، فإن الدية عليهما معاً، وكذلك الشأن في الاعتداء بإحداث العاهة المستديمة قصاصاً ودية<sup>(3)</sup>.

وذهب الحنفية في الراجح والشافعية في قول إلى أن القصاص يكون على الحامل دون المباشر؛ ذلك أن المكروه ملجأ إلى ما فعل إجماع جعله آلة للملجئ فيما يصلح أن يكون آلة فيه، قياساً على إتلاف المال، فإن الضمان يجب على الحامل لا على المباشر الذي ليس عليه شيء من حكم الإلتاف، ومثاله إحداث العاهة المستديمة؛ لأن المباشر يصلح أن يكون آلة للحامل، بأن يأخذ بيده مع السكين فيقتل به غيره، ومعنى ذلك أنه صار محمولاً على الفعل بالتهديد بالقتل، والإنسان مجبول على حب حياته، فإذا عارضها شيء رجحها عليه وإن كان قتلاً، فيفسد اختياره بهذا الطريق ويلحق بالآلة العجماء التي لا اختيار لها، فيكون الفعل منسوباً إلى من أفسد اختياره وهو الحامل لا إليه لأنه في حكم الآلة<sup>(4)</sup>.

(1) وقد حكى بعض العلماء وقوع الإجماع على عدم وقوع الإكراه في القتل، قال القرطبي: «أجمع العلماء على أن من أكرهه على قتل غيره أنه لا يجوز له الإقدام على قتله ولا تنتهك حرمة مجلد أو غيره، ويصير على البلاء الذي نزل به ولا يحمل له أن يفدي نفسه، ويسأل الله العافية في الدنيا والآخرة. أنظر: القرطبي، المرجع السابق، ج 10 ص 183.

(2) السرخسي، المرجع السابق، ج 24 ص 72. الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 448.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02 ص 396. الدردير، الشرح الصغير، ج 02 ص 549. الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 177. الشربيني، المرجع السابق، ج 04 ص 202. السيوطي، المرجع السابق، ص 255. ابن رجب الحنبلي، القواعد، ص 130. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 08 ص 266. أبو يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 275.

(4) وهذا الرأي لأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-، وأما أبو يوسف -رحمه الله- فقد أسقط الحد عن الاثنين، وأوجب الدية على الحامل دون المباشر وقد أشرنا إلى رأيه، وأما زفر -رحمه الله- فينسب الفعل إلى المباشر دون الحامل؛ لأن الفعل المحسوس وقع منه، وهو بفعله أطاع من أكرهه فاختار بذلك أهون الأمرين عليه لصيانة نفسه. أنظر: السرخسي، المرجع نفسه، ج 23 ص 23 و 73-74. الكاساني، المرجع نفسه، ج 07 ص 448. الزيلعي، التبيين، ج 05 ص 180. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 05 ص 116.

## ب- الإكراه على الزنا :

الإكراه على الزنا لا يسقط الإثم في الآخرة عند البعض ويسقطه عند البعض الآخر، والأمر على التفصيل عند آخرين، وليس هذا موضوع البحث<sup>(1)</sup>. والذي يعنينا في هذا المقام، هو هل يجب بفعل الزنا العقوبة أم لا؟، وما نوع هذه العقوبة؟، ثم على من توقع على الحامل أم المباشر؟.

تصدى للإجابة على هذه الأسئلة فقهاء الشريعة، فذهب الحنفية في الراجح إلى أنه لا حد على الفاعل دون تفريق بين رجل وامرأة؛ لأن الإكراه فيهما يفقد معنى الرضا بالعمل، وليس وجود القوة على ذلك من الرجل تستلزم رضاه بالفعل؛ لأن رجلا كثيرين عندهم تلك القوة الدافعة إلى الزنا ولكنهم لا يرضون ارتكابه إثارا لرضا الله، وقال الصحابان بأن لولي الأمر أن يفرض عقوبة تعزيرية على الفاعل والحامل معا في حال سقوط الحد<sup>(2)</sup>.

وهذا الذي ذهب إليه الحنفية قال به المالكية خلافا لابن الماجشون الذي يلزم المكروه الحد<sup>(3)</sup>، قال ابن العربي: « قال بعض علمائنا: إن الإكراه لا يسقط الحد وهو ضعيف، فإن الله لا يجمع على عبده العذابين، ولا يصرفه بين البلائين، فإنه من أعظم الحرج في الدين »<sup>(4)</sup>،

وهذا قال الشافعية أيضا، جاء في المذهب: « ولا يجب الحد على امرأة إذا أكرهت على التمكين من الزنا، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: « رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، ولأنها مسلوقة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالتائمة (...). كما لا يجب على الرجل على المذهب لعموم الخبر، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، والإكراه شبهة، فيمنع الحد كما لو كانت امرأة »<sup>(5)</sup>.

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أنه لا حد على المرأة إن أكرهت على الزنا، أما الرجل فيجب عليه، لأن الوطء لا يكون إلا بانتشار والإكراه ينافيه، فإذا وجد الانتشار انتفى الإكراه ووجب الحد، كما لو أكره على غير الزنا فزنى<sup>(6)</sup>.

فواضح عدم قوة هذا التعليل بما قدمناه من أن الانتشار لا يصلح دليلا على الإرادة، وإنما هو دليل للشيق، ولا تلازم بين الأمرين بحال، فقد قال سيدنا يوسف عليه السلام: ﴿ وإلا تصرف عني كيدهن أصب إليهن وأكن

(1) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 49. وقرئ الإمام ابن العربي في نوع الإكراه فقال: « لو أكره رجل بالسجن على الزنا ما جاز له ذلك إجماعا، فإن أكره بالضرب، اختلف فيه العلماء، والصحيح أنه إذا كان قادحا فإنه يسقط إثم الزنا وحده. ابن العربي، المرجع السابق، ج 03 ص 1074. وعلى ذلك فإن أكره بما دون تلف النفس أو العضو ونحو ذلك لا يجوز له الإقدام على الزنا وإن أقدم عليه إثم، وفي اعتبار السجن أهون من الضرب نظر.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 89. المرغاني، المرجع السابق، ج 02 ص 279. الزيلعي، المرجع السابق، ج 05 ص 189. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 07 ص 307. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 05 ص 117.

(3) القرطبي، المرجع السابق، ج 10 ص 185، وابن الماجشون: هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله أبو مروان، مولى التميمين، فقيه مالكي، كان رأسا في الفتيا في زمانه خلفا لأبيه، وسمى ابن الماجشون لحمرة وجهه، فالماجشون في الفارسية تعني الورد، توفي سنة 212هـ. عياض: القاضي أبو الفضل، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام المذهب الإمام مالك، تحقيق أحمد بكر محمود، دار مكتبة الحياة، بيروت 1967م. الشيرازي: أبو إسحاق، طبقات الفقهاء، تحقيق د. إحسان عباس، دار الرأي العربي، بيروت، 1970م.

(4) ابن العربي، المرجع نفسه، ج 10 ص 185.

(5) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 267. السيوطي، المرجع السابق، ص 228. والحديث سبق تخريجه ص 88.

(6) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 160.

من الجاهلين ﴿يوسف/ من الآية 33﴾، فالذي منعه من ذلك هو خشية الله والرغبة عن الحرام، وذلك حال كل رجل فامتنع التعليل بنقيضه.

ثانيا: أنواع الإكراه وحكم كل نوع عند فقهاء القانون الوضعي.

يقسم فقهاء القانون الوضعي الإكراه إلى قسمين: مادي وأدبي، ومعيار التمييز بينهما كما هو واضح من التسمية، أن الأول يقع على جسم المكره فيشمل إرادته، وأما الثاني فإنه ينصب على معنويات المكره، فيحد من اختياره وإن كان لا يعطل إرادته.

ويتفق الفقه على أن الإكراه المادي يعدم الإرادة بصفة كلية، ومن ثم يجعل السلوك الجرمي للمباشر في حكم المعدوم، مما يجعل الركن المادي يقع منتفيا، غير أنهم يختلفون في الإكراه المعنوي، فيرى جانب من الفقه أن الإكراه المعنوي وكذا حالة الضرورة يعتبران سببا لانتفاء الركن المعنوي؛ على أساس أن الإرادة فيهما ليست حرة، وإنما هي محمولة على التوجه إلى الفعل برغمها، ومثل هذه الإرادة لا يحفل بها القانون لانتفاء الإرادة الإجرامية المتطلبة في الركن المعنوي<sup>(1)</sup>.

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن الإكراه المعنوي وكذا حالة الضرورة يعتبران أسبابا لامتناع العقاب لا بفعل تخلف الركن المعنوي، بل لوجود مانع من موانع العقاب أو المسؤولية مع بقاء الركن المعنوي قائما؛ اعتبارا بأن اتجاه الإرادة إلى الفعل ثابت، وإن كانت محدودة الحرية فهي تملك إتيان الفعل كما تملك الامتناع عنه، فإذا كانت قد اختارت أهون الأمرين وأقلهما مؤونة، فإن ذلك لا ينفي حريتها لأنه لا تلازم؛ فضيق مجال الاختيار -بفرض حصوله- لا يعني انعدام القدرة على الاختيار<sup>(2)</sup>.

وبصرف النظر عن الراجح من هذين الرأيين، فإننا سنتناول الإكراه المعنوي هنا في معرض الحديث عن القصد الجنائي لغرض منهجي لا غير، تبعا لدراسة فقهاء الشريعة الإسلامية له، ونعرض لدراسة الركن المادي على الرغم من أن موضع دراسته هو الركن المادي، وهذا جريا مع سنة الفقهاء في دراسة النوعين معا.

### 1- الإكراه المادي:

الإكراه المادي كما سبقت الإشارة، هو شل إرادة من بوشر عليه بصفة مطلقة بحيث يصبح كالألة في يد من أكرهه، فلا يكون أمامه سوى تحقيق السلوك الذي أراده الحامل. ومصدر هذا الإكراه عند فريق من الفقهاء هو القوة الخارجية أصلا، وقد يكون مصدره القوة الداخلية. والقوة الخارجية إما أن تكون فعل إنسان كمن أمسك بيد آخر بالقوة ليظعن بها شخصا، أو ليكتب بها محررا رسميا مزورا، أو يخطف شاهدا فيمنعه من المثول أمام

(1) حسني، القسم العام، ص 668.

(2) عوض، المرجع السابق، هامش ص 218. وهناك رأي ثالث يعتبر الإكراه المعنوي وكذا حالة الضرورة أسبابا لإباحة الفعل المرتكب، وذلك للتشابه الحاصل بين الأولين والثالث، كحالة الاضطرار الناشئة عن خطر واقعة مادية معينة، كالحفاظ على الحق الشخصي في النفس، والملك المتعرض للاعتداء والملاك بارتكاب فعل يشكل في الأصل جرما درعا لخطر الاعتداء، وتكون بعض الشروط المفترضة في حالة الدفاع الشرعي توفرت أيضا في حالي الضرورة والإكراه المعنوي. أنظر في عرض هذا الرأي ومبرراته ومناقشته: الزغيبي، المرجع السابق، ج 04 ص 83 وما بعدها.

المحكمة لأداء شهادته أو غير ذلك . وقد تكون هذه القوة الخارجية فعل حيوان أو بتأثير من قوى الطبيعة، وهو ما يعرف في الاصطلاح الفقهي بـ"القوة القاهرة". ومثال ذلك أن تدفع عاصفة بحرية قارباً إلى منطقة عسكرية محظور دخولها، فيجد ركابها أنفسهم فيها ، أو يجمع جواد بصاحبه ليسقطه على طفل فيقتله أو يجرحه .  
وأما القوى الداخلية فتتمثل في الحادث الفجائي الذي يصيب الشخص فيفقدته التحكم والسيطرة، ومثاله أن يصاب قائد السيارة بشلل مفاجئ يعجزه عن السيطرة على المقود فيدوس أحد المارة فيقتله<sup>(1)</sup>.  
ويذهب رأي فقهي آخر إلى أن الإكراه المادي لا يتحقق إلا في الفرض الأول، وهو الأحوال التي تعطل فيها الإرادة بفعل الإنسان، أما ما كان مصدر الإكراه فيه هو الطبيعة أو فعل الحيوان، أو ما كان مصدر الإكراه فيه حادثاً فجائياً تعطل به الإرادة فله أحكام أخرى مستقلة<sup>(2)</sup>.

## 2- الإكراه المعنوي:

وهو الضغط على إرادة من بوشر عليه بما لا يعدم الإرادة بوصف تام، وإنما يحد من الاختيار، فيندفع من بوشر عليه إلى ارتكاب فعل جرمي، مما يوجد علاقة نفسية بين الجاني والواقعة الإجرامية، تكون سبباً لانتفاء الركن المعنوي ولا تسمح بإمكان توجيه اللوم إليه لعدم توافر الظروف الطبيعية للتكوين الإرادي وفقاً لبواعث الشخصية، فالإرادة تكون متأثرة في تكوينها بالتهديد بوقوع الضرر ، فيكون الشرط الجوهرى لتوافر الإكراه المعنوي هو عدم إمكان مقاومة التهديد بالضرر إلا بارتكاب السلوك الإجرامي، وهو ما يجعل الإكراه سبباً لانتفاء الركن المعنوي؛ باعتبار أن القانون لا يمكن أن يتطلب في مثل تلك الظروف أن يمثل المكلف لأوامره ونواهيه، نظراً لأن إرادته الحقيقية للسلوك لم تتحدد استجابة لبواعث الشخصية، وإنما وفقاً للظروف الأخرى التي حفتها.  
ومن الأمثلة التي يضرها الفقه للإكراه المعنوي تهديد أم بقتل ولدها إن لم تمكن من هدها من نفسها، أو أن تسرق مالا مملوكاً للغير، والتهديد بالتعذيب لشخص أو يقوم بأي فعل يعده القانون جريمة، كالقتل أو إحداث عاهة مستديمة، أو السطو على محل تجاري أو بنك أو حرق بيت مملوك للغير أو تهدم بناء بغير وجه حق.  
ويذهب الاتجاه السائد في الفقه إلى عدم التفريق بين الإكراه المعنوي وبين موانع المسؤولية الجزائية؛ اعتباراً بأن حرية المكره في الاختيار تضيق إلى حد يتعين معه الإغضاء عما يتبقى منها؛ لأن القدر المفقود هو اللازم لقيام المسؤولية<sup>(3)</sup>.

بينما يذهب رأي آخر إلى التفريق بينهما، وتفسيره أن الموانع وإن كانت لا تسلب الشخص إرادته إلا أنها مع ذلك تفقده أهليته، بحيث تجرده تجريداً تاماً من القدرة على التمييز أو من حرية الاختيار. وفقدان الأهلية حالة تلازم الشخص وتنعكس على سلوكه بوجه عام، فلا يقتصر أثرها على موقف بعينه، أما الإكراه الأدبي فهو لا يؤثر في التمييز مطلقاً، بل يظل الشخص معه مدركاً حقيقة ما يفعل والقيمة الاجتماعية لسلوكه؛ أي عالماً بما

(1) أنظر: فريد الزغبي، المرجع السابق، ج 05 ص 91.

(2) سلامة، المرجع السابق، ص 365-366.

(3) سلامة، المرجع نفسه، ص 365.

يلحقه بحقوق الغير من ضرر أو بما يعرضها له من خطر، وإنما ينحصر أثر الإكراه الأدبي في دائرة الاختيار فحسب؛ إذ يضيق هذا الاختيار بفعله إلى حد كبير ولكنه مع ذلك لا ينعدم، كذلك فإن الإكراه الأدبي يقتصر في العادة على موقف بعينه، يتمثل أثره في سلوك محدد وهو بذلك لا يفقد المكره أهليته، بل يظل أهلاً لتحمل المسؤولية. وخلاصة هذا الرأي الأخير أن المسؤولية مناطها على التمييز وحرية الاختيار، فإذا تحقق هذا المناط ثبتت وإذا تخلف امتنعت. والمراد بتخلف المناط عدم وجوده لا مجرد عدم تمامه، فإذا توفر التمييز وحرية الاختيار قامت المسؤولية ولو اعترى هذه الحرية عارض ضاقت بسببه إلى حد كبير<sup>(1)</sup>.

هذا، ووجه الاختلاف بين الإكراه الأدبي والإكراه المادي من حيث حكم كل منهما، أن الإكراه المادي يحول دون قيام الجريمة؛ اعتباراً بأن الفعل تجرد من الإرادة واستحال حركة عضوية محضة، فكان المكره كآلة في يد من باشر عليه فعل الإكراه، ولا يصح اعتبار حركته حينذاك سلوكاً إجرامياً؛ لأن السلوك لا ينفك عن الإرادة، وعليه فإن الجريمة يتعلق قيامها بمن مارس فعل الإكراه إن كان إنساناً، على القول الذي يفترض إمكان أن يكون غير إنسان؛ لأن القانون يسوي بين أن يستخدم الشخص كلتا يديه في خنق طفل أو كهل مريض أو يلقي فوقه بشخص مشلول ويدعه جاثماً على صدره حتى يختنق.

أما الإكراه المعنوي فإن الفقه والقضاء يرتبان عليه آثاراً يختلفون في تكييفها، فيجعله البعض مانعاً من موانع العقاب؛ ويجعله البعض الآخر مانعاً من موانع المسؤولية، وأما كان الخلاف في تكييف هذا الأثر، فإنه من حيث التضييق من دائرة العقاب واحد.

### الفرع الثاني: حالة الضرورة.

ونتناول حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من خلال أربع بنود: الأول لتعريفها، والثاني في التكييف القانوني لحالة الضرورة، الثالث في بيان الأسس التي استند إليها الفقهاء في هذا التكييف، والثالث في شروط حالة الضرورة.

#### البند الأول: تعريف الضرورة وحالاتها.

الضرورة في اللغة « مشتقة من الضرر، وهو النازل بما لا مدفع له »<sup>(2)</sup>، أما في الاصطلاح فإن تعريفات الفقهاء لها متقاربة مدارها جميعاً على ضرورة أكل المحرم. منها ما جاء في أحكام القرآن أن: « الضرورة هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل »<sup>(3)</sup>.

(1) الزغبي، المرجع السابق، ج 05 ص 91.

(2) الجرجاني، المرجع السابق، ص 155.

(3) الجصاص، المرجع السابق، ج 01 ص 150.



وعرفها بعض المالكية بأنها الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا، أو هي خوف الموت<sup>(1)</sup>، وجاء عن الشافعية بأنها « بلوغ المكلف حدا إن لم يتناول الممنوع هلك، أو قسارب، كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا مات أو تلف منه عضو<sup>(2)</sup> ».

والذي يبدو أن هذه التعريفات جميعا قاصرة عن بيان حقيقة الضرورة، إذ جعلت نطاقها محصورا في ضرورة الطعام، وهو ما لا يفي بالضرورة حقها من أنها نظرية يترتب عليها ارتكاب المحظور أو ترك الواجب. ومن عرفها من المعاصرين الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، فكان تعريفه أشمل وأجمع؛ إذ لم يقتصر على ضرورة الطعام والملبس كما فعل متقدمو الفقهاء، فقال أن: «الضرورة هي الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور، أو يخشى ضياع ماله كله، أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره<sup>(3)</sup>». ويلاحظ أنه قصر الضرورة المعتبرة على التي يكون فيها الضرر نازلا بنفس الإنسان أو ماله كله، وهو ما يشير إلى أن الضرر الواقع بالغير أو بماله لا يكون مسوغا لفعل الضرورة. يستوي أن يكون هذا الغير من أقرباء الإنسان أم من الأبعدين.

والأصح من ذلك تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا بأن الضرورة: «هي ما يترتب على عصيانها خطر». غير أنه لم يبين مصدر هذا الخطر مما يورث التداخل بين الضرورة والإكراه، والظاهر أنه يجعل الإكراه من مشتملات الضرورة وحالاتها، كما أنه لم يحدد درجة هذا الخطر ولم يقيد بوصف الجسامة مما يفتح باب الاعتذار بأي خطر. لكن قد يفهم من تمثيله بالإكراه الملجئ وخشية الهلاك جوعا أن المعتبر من ذلك إنما ما كان موصوفا بالجسامة دون ما دونه<sup>(4)</sup>.

ومن التعريفات السابقة يتبين أن الضرورة عند عموم الفقه تنحصر في حالتين هما، حالة الإكراه، وحالة المخمصة، وهذا ما درج عليه المتقدمون من الفقهاء قال القرطبي: الاضطرار لا يخلو أن يكون بإكراه من ظالم أو بجوع في مخمصة. وألحق ابن العربي بالإكراه والمخمصة حالة الفقر، فالضرورة عنده على ثلاثة أنواع: إكراه ومخمصة وفاقه.

والإكراه وإن كان فيه معنى الاضطرار إلا أن له أحكاما مستقلة غير ما نحن بصده وقد قدمنا القول فيه فلا حاجة لإعادته هنا، فبقي الجوع والفقر، وحصر الضرورة فيهما تضييق لها بما لا يحقق مقصد الشارع من الإعذار فيها والتخفيف على الناس بوجودها. وقد أوصلها بعض الفقهاء بهذا المعنى الشامل إلى أربعة عشر حالة،

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج 02 ص 115. وابن جزري: أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي، القوانين الفقهية، دار المطبوعات الجميلة، الجزائر، 1408 هـ/1987م، ص 139.

(2) الزركشي، المنثور في ترتيب القواعد الفقهية، نقلا عن الزحيلي، المرجع السابق، ص 66.

(3) أبو زهرة: محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بلا تاريخ، ص 43 و ص 362.

(4) الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت، 1387 هـ/1968م، ج 02 ص 997، فقرة 306. والشيخ الزرقا هو: مصطفى بن أحمد، أحد الفقهاء المحققين، تفقه بأبيه العلامة الشيخ أحمد الزرقا أحد كبار فقهاء الحنفية في عصره، عضو في الجامع الفقهية، عمل أستاذا بجامعة دمشق والجامعة الأردنية، عضو في الهيئة الاستشارية الدائمة للكلية الأوربية للدراسات الإسلامية بشاطوشينون بفرنسا، له إنتاجات علمية غزيرة منها: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، أحكام الوقف في الفقه الإسلامي، التأمين حقيقته وحكمه الشرعي، وله آراء جريئة في بعض النوازل الفقهية، منها مسألة التأمين. توفي سنة 1999م.

وهي ضرورة الغذاء والدواء والإكراه والنسيان والجهل والعسر والخرج وعموم البلوى والسفر والمرض والنقص الطبيعي، وقد مثل الفقهاء في مقام الضرورة بأمثلة ليست لها عقوبات دنيوية وإنما العقاب عليها أخروي إلا أن يرى الإمام التعزير في بعض حالاتها<sup>(1)</sup>.

والضرورة عند فقهاء القانون الوضعي قريبة التعريف مما أورده الأستاذ الزرقا؛ إذ هي « حلول خطر لا سبيل إلى دفعه إلا بارتكاب محظور »<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: التكييف القانوني لحالة الضرورة وأساسه.

حكم الضرورة في تبعة السلوك الناتج عنها تابع لتكييفها القانوني، هل هي سبب للإباحة أم أنها سبب لانتفاء المسؤولية الجزائية أم أنها سبب لامتناع العقاب؟.

ويترتب على اعتبار الضرورة مانعا من موانع المسؤولية أن الفعل المرتكب دفعا للخطر الجسيم يظل فعلا غير مشروع جزائيا، وبالتالي يجوز للغير دفعه استعمالا للدفاع المشروع، وهذه النتيجة ما كان يمكن التسليم بها فيما لو اعتبرت حالة الضرورة سببا للإباحة؛ إذ في هذه الحال يتعين على الغير تحمل فعل الضرورة على الرغم من عدم دخله في حدوثها، وهو أمر لا تقره العدالة فضلا عن مناقضته لقواطع العقول<sup>(3)</sup>. أما في حال اعتباره مانعا للعقاب، فإنه لا ينتفي عن الفعل وصف الجريمة، بل يظل محتفظا بوصفه وإن امتنع عقاب فاعله إذا اكتملت شروط الضرورة<sup>(4)</sup>.

### أولا: تكييف الضرورة في الشريعة الإسلامية وأساسه .

ونقصد به هنا الأثر المترتب على وجودها والداعي إلى تقرير حكمها في الإباحة أو الترخيص، أو درء العقاب من غير إباحة للفعل ولا ترخيص فيه .

### 1- إباحة الفعل:

ويكون ذلك في مخالفة الأصل العام في إتيان ما نهى الشارع عنه أو الامتناع عما أمر به، ويكون أساس تلك المخالفة الاستثناء من الحرمة بالنص الذي لم يشتهها إلا حال الاختيار في قوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ [الأنعام/ من الآية 119]، ومن ذلك شرب الخمر للضرورة الملحّة في الجوع أو العطش أو التداوي إذا ثبت نفعه فيه ثبوتا يقينيا ولم يوجد غيره من الحلال على الراجح من أقوال الفقهاء، أما إذا كانت الضرورة غير ملحّة فلا يباح اتفاقا<sup>(5)</sup>.

(1) الزحيلي، المرجع السابق، ص74.

(2) عوض، القسم العام، ص497.

(3) سلامة، المرجع السابق، ص369.

(4) عوض، المرجع نفسه، ص319.

(5) اتفق الفقهاء على جواز شرب الخمر لإساعة غصة، واختلفوا في شرها لدفع غائلة الجوع والعطش، فذهب جمهورهم إلى الجواز اعتبارا بقوله-

بل إن من الفقهاء من لم يقصر الأمر على الإباحة، بل قال بوجوب تناول المحرم إذا تعين للحفاظ على النفس من الهلاك بالمقدار الذي يرفع الضرورة الملحثة ويسد الرمق، فلو امتنع من تلك حاله وهو عالم بالإباحة حتى هلك، مات آثماً لعدم امتثال قوله تعالى: ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة/من الآية 195]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء/من الآية 29] (1).

وقد ألحق الفقهاء بإباحة الفعل ما إذا امتنع صاحب طعام عن إعطاء المضطر ما يسد رمقه ويتشله من الهلاك، فقاتله فقتله، جاء في معني المحتاج: «للمضطر قهر الممتنع عن بذل الطعام على أخذه، وإن احتاج إليه المانع في المستقبل وإن قتله، ولا يجب قتاله كالصائل، بل أولى- أي إذا كان صاحب الطعام مسلماً-، وإنما يجوز قتاله على ما يدفع الضرر به وهو ما يسد الرمق، إلا أن يخشى الهلاك لأن الضرورة تقدر بقدرها، ولا يقتصر منه (أي من المضطر) للممتنع إن قتله ولا تؤخذ له دية، ويقتصر له عن قتله الممتنع لأنه لم يتعد بخلاف الممتنع، فإن عجز عن أخذه منه ومات جوعاً فلا ضمان على الممتنع؛ إذ لم يحدث منه فعل مهلك ولكنه يأثم» (2).

وقال ابن قدامة: «فإن احتاج المضطر إلى قتال مانعه الطعام فله المقاتلة عليه، فإن قتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله ضمانه، وإن آل أخذه إلى قتل صاحبه فهو هدر لأنه ظالم بقتاله فأشبهه الصائل» (3).

تعالى ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ وهو لفظ عام في كل محرم وليس مقصوراً على محرم دون محرم ولا حال دون حال، ولأنه لما كان مقصود إباحة الميتة إحياء النفوس، فإن ذلك المعنى موجود في كل المحرمات، مما اقتضى توحيد الحكم فيها جميعاً. أنظر: الجصاص، المرجع السابق، ج 01 ص 151. ابن رشد، المرجع السابق، ج 01 ص 461. وذهب مالك وأحمد إلى عدم الجواز، وقوفاً عند عموم نصوص تحريم الخمر، ومنها قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ﴾ (...). ﴿البقرة/ من الآية 219﴾، وقوله تعالى ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ﴾ [الأنعام/من الآية 09]، ولأن الخمر غير نافعة في دفع الجوع والعطش، كما أن الله إنما نص على الميتة حال الاضطرار ولم ينص على الخمر. أنظر: القرطبي، المرجع السابق، ج 02، ص 228. الدردير، المرجع السابق، ج 02 ص 115. ابن جزري، المرجع السابق، ص 139-140. ابن القيم، زاد المعاد، ج 03 ص 114.

وأما التداوي بالخمر فقد ذهب جمهور أهل السنة إلى عدم جوازه اعتماداً على النصوص الكثيرة في النهي عن التداوي بالمحرم، وهو قول الحنفية و المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، وقيد الزيدية وبعض الحنفية و الشافعية، التحريم بحال ما إذا كانت الخمر خالصة غير مزوجة وتحقق لها البرء ولم يوجد علاج مباح، وقال القرطبي من المالكية «أن الأحاديث التي تمنع التداوي بالخمر يحتمل أن تقيد بالاضطرار، فإنه يجوز التداوي بالسم- ولا يجوز شربه». أنظر: الكساني، المرجع السابق، ج 05 ص 113. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 04 ص 224 و ج 05 ص 320. الدردير، المرجع السابق، ج 04 ص 352. الباجي، المرجع السابق، ج 03 ص 158، 154. الشريبي، المرجع السابق، ج 04 ص 188. ابن عبد السلام، المرجع السابق، ج 01 ص 181. علاء الدين عابدين، الهدية العلائية، ص 251 نقلاً عن الزحيلي، المرجع السابق، ص 82. الشوكاني، البحر الزخار، ج 04 ص 351.

(1) وهو قول الحنفية في ظاهر الرواية، والمالكية، والشافعية على المذهب، والحنابلة في المختار. أنظر السرخسي، المرجع السابق، ج 24 ص 48. الكاساني، المرجع نفسه، ج 07 ص 176. الزيلعي، التبيين، ج 05 ص 176. ابن عابدين، المرجع نفسه، ج 05 ص 92. ابن العربي، المرجع السابق، ج 01 ص 56. القرافي، الفروق، ج 04 ص 183. الدردير، المرجع نفسه، ج 02 ص 115. ابن جزري، المرجع السابق، ص 139-140. ابن عبد السلام، المرجع نفسه، ج 01 ص 94. الشريبي، المرجع نفسه، ج 04 ص 306. البهوتي، كشف القناع، ج 06 ص 158. وذهب إلى الجواز الظاهرية، وأبو يوسف من الحنفية، والشيرازي من الشافعية، وبعض الحنابلة، أنظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج 08 ص 381. المطيعي، تكملة فتح القدير، ج 07 ص 298. الشيرازي، المرجع السابق، ج 01 ص 250. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 282. (2) الشريبي، المرجع نفسه، ج 02 ص 39 ج 04 ص 308 وما بعدها. (3) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 288.

وقال ابن حزم: « ولا يحل لمسلم اضطر أن يأكل ميتة أو لحم خنزير وهو يجد طعاما فيه فضل عن صاحبه لمسلم أو لذمي؛ لأن فرضا على صاحب الطعام إطعام الجائع، فإن كان ذلك كذلك، فليس بمضطر إلى الميتة ولا إلى لحم الخنزير وبالله تعالى التوفيق، وله أن يقاتل عن ذلك، فإن قتله، فعلى قاتله القود، وإن قتل المانع، فإلى لعنة الله؛ لأنه منع حقا، وهو طائفة باغية، قال تعالى: ﴿ فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾ [الحجرات/من الآية 09] ومانع الحق باغ على أخيه الذي له الحق، وبهذا قاتل أبو بكر -رضي الله عنه- مانع الزكاة، وبالله التوفيق» (1).

## 2- الترخيص في الفعل مع ثبوت الحرمة:

فتكون الحرمة في هذه الحال وصفا ملازما للفعل غير منفك عنه، ولكن تمتنع فيه المساءلة الجزائية ويسقط الإثم الأخروي، فيكون الفعل في ذاته جريمة، ولكن لا يكون فاعله مجرما، ومثال ذلك إتلاف الإنسان مال غيره، فإن ذلك حرام وظلم لعصمة المال في حق صاحبه ولدوام حاجته إليه، غير أنه يرخص له في ذلك بداعي الضرورة، كما لو أشرفت سفينة على الغرق فألقى الملاح متاع غيره ليخفف حمولتها، فإنه يرخص له في ذلك ويلزمه التعويض (2).

## 3- امتناع العقاب مع عدم الترخيص في الفعل:

في هذه الحال الأخيرة يثبت في الفعل المرتكب بدافع الضرورة وصف الجريمة، ومن ثم تنتفي عنه صفة الفعل المباح، ويثبت في فاعله وصف المجرم، فتلزمه المسؤولية الجزائية، غير أنه يمتنع عنه العقاب، لا لأجل إباحة الفعل أو الترخيص فيه، ولكن لوجود الشبهة الدائرة للعقوبة بسبب الضرورة الملجئة، ذلك أن العقوبة إنما جعلت للزجر ولا موجب له في حال المضطر، على خلاف فروع في التطبيقات العملية لهذا الأصل، كما في حال قتل إنسان للضرورة الملجئة، كأن تكون جماعة في قارب تتقاذفه أمواج عاتية عابثة بمن فيه، وقد أثقله عددهم، فإذا قام بعضهم برمي بعضهم لأجل تخفيف الوزن، فإن فعلهم ليس مباحا بحال ولا مرخصا فيه أبدا؛ لأنه لا أفضلية لنفس على نفس، فالرؤوس متكافئة والهجمات متساوية، غير أنه يمتنع عقاب الناجين منهم لشبهة الاضطرار (3).

## ثانيا: تكييف الضرورة في القانون الوضعي وأساسه .

يختلف فقهاء القانون الوضعي في حكم حالة الضرورة تبعا لتكييف طبيعتها القانونية، وكذلك اختلافهم في العلة التي يدور معها ذلك الحكم وجودا وعدما، فيذهب بعضهم إلى اعتبارها سببا من أسباب الإباحة (4)،

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج06 ص453 وج10 ص632 وما بعدها.

(2) الزحيلي، المرجع السابق، ص261، 282.

(3) تقدم الحديث عن الإكراه على القتل وأثره على المسؤولية الجزائية والعقاب والأمر هنا مقيس عليه وملحق به. وانظر الزحيلي، المرجع نفسه، ص282-283.

(4) من هذا الرأي عبد الحميد بدوي، مشار إليه في عبيد، المرجع السابق، ص529.

ويعدّها البعض الآخر مانعا من موانع المسؤولية<sup>(1)</sup> ويراها فريق ثالث مانع عقاب<sup>(2)</sup>، ويذهب آخرون إلى اعتبارها سببا للإباحة في أحوال ومانعا للعقاب في أخرى<sup>(3)</sup>، فحصل من ذلك أربعة آراء.

ويبدو أن هذا الرأي الأخير هو ما اتجه إليه المشرع الجزائري عندنا، فنص في (المادة 02/39) عقوبات على أنه: « لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحاله للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير، أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون دفاعه متناسبا مع جسامة الاعتداء »، كما نص في (المادة 40) على ما يدخل ضمن حالات الضرورة الحاله للدفاع الشرعي، فحصرها في القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة شخص أو سلامة جسمه، أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها، أو كسر شيء منها أثناء الليل، وكذا الأفعال التي ترتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة. فقد جعل المشرع الضرورة في هذا النص سببا يوجد بوجوده الدفاع الشرعي ويمتنع بامتناعه، فهي إذن واحدة من أسباب الإباحة في هذه الفروض.

واعتبرها في (المادة 48) سببا لامتناع العقاب، فنص على أنه « لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها »، فالمشرع طبقا لمنطوق هذه المادة نفى عن المضطر في الحال المذكورة مجرد العقاب، وذلك لا يستلزم بحال انتفاء المسؤولية الجزائية؛ إذ إنها أوسع نطاقا، ومن باب أولى فإنه يجب القول إنه لا يعتبر السلوك الصادر سببا للإباحة.

ويرجع جمهور الفقهاء اعتبار حالة الضرورة مانعا من موانع المسؤولية الجزائية، إلى عدم توفر الظروف العادية للتكوين الإرادي وفقا لبواعث الجريمة، فارتكاب الفعل الجرمي إنما تم بضغط من الظروف الخارجية التي أحاطت به وأوقعته تحت تهديد الخطر الجسيم على النفس، بغض النظر عما إذا كانت نفسه هو أم نفس غيره؛ إذ العبرة حينئذ بطبيعة التكوين الإرادي بالنسبة لمرتكب الفعل الجرمي؛ فإذا كانت ظروف الضرورة هي التي دعت الشخص للتدخل إنقاذا لغيره، فلا شك أن تلك الظروف أثرت على إرادته عند إزماعه على إنقاذ الغير ولو بارتكاب الجريمة، وفي القول بهذا الرأي مراعاة للقيم الاجتماعية والاعتبارات الإنسانية التي تدعو جماعة الناس إلى الإسهام في درء الخطر عن الكافة، ولو لم تربطه بهم سوى الصلة الإنسانية<sup>(4)</sup>.

ومن الفقهاء من يبرر حكم الضرورة بأن السلوك الذي يأتيه المضطر هو السلوك عينه الذي يأتيه الرجل العادي لو وضع في موضعه<sup>(5)</sup>، ويذهب فريق ثالث إلى تبريره بانتفاء الضرر الاجتماعي، ففي هذه الحال تتم التضحية بحق من أجل صيانة حق آخر يفوقه في القيمة الاجتماعية أو على الأقل يساويه، فإذا كان الحق المصان أكبر قيمة، فإن فعل الضرورة يكون قد حقق للمجتمع كسبا، وإذا تساوى الحقان، فإن الفعل لم يلحق بالمجتمع

(1) سلامة، المرجع السابق، ص 368. السعيد، المرجع السابق، ص 477. حسني، المرجع السابق، ص 668. مهنام، المرجع السابق، ص 1002-

1003. فريد الزغبي، المرجع السابق، ج 04 ص 83.

(2) عوض، المرجع السابق، ص 498-502.

(3) محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 477.

(4) سلامة، المرجع نفسه، ص 368-369.

(5) مهنام، المرجع نفسه، ص 1003.

خسارة مادام الضرر واقعا لا محالة، ويقتصر دور الفعل في هذه الحال على مجرد نقل الضرر من حق إلى حق يساويه، وعلى هذا النحو فإن فعل الضرورة يعتبر من الوجهة الاجتماعية نافعا في الحال الأولى وغير ضار في الثانية، والجاني لا يستأهل في الحالتين العقاب<sup>(1)</sup>.

ويذهب رأي أخير إلى أن حكم الضرورة يرجع إلى انتفاء الخطورة الإجرامية، ففعل المضطر لا ينم عن فساد في نفسه، وإنما هو أمر عارض أملته ظروف خارجية، وجب عدم لوم الشخص لوجوده فيها إذا ارتكب فعلا يعد في نظر القانون جريمة، ولما كان الجزاء العقابي يستهدف الردع والزجر؛ فقد رأى المشرع أن يقبل المضطر من عثرته وأن يتغاضى عن جرمه، تقديرا لعذره ولعدم الجدوى من عقابه، وهذا يقتضي عند أصحاب هذا الرأي عدم اعتبار الضرورة سببا من أسباب الإباحة ولا مانعا من موانع المسؤولية بالمعنى الدقيق، وإنما اعتبارها مانعا للعقاب فحسب<sup>(2)</sup>.

وأياما كانت المبررات التي سوغت على أساسها نظرية الضرورة في الفقه الجزائري سواء في الشريعة أم في القانون، فإن آثارها من حيث التضييق من دائرة العقاب واحدة؛ إذ إنه في كل الحالات التي بررت الضرورة فيها على أساس من الأسس المذكورة؛ فإن العقاب منتف عن الجاني الواقع تحت سلطانهما، سواء بسبب أسباب الإباحة أم بسبب موانع المسؤولية أم بسبب موانع العقاب، وإنما تبرز الفروق وآثار هذا الاختلاف في التبرير والتكليف في أمور أخرى لسنا بصدد الحديث عنها ولا تشكل عندنا غرضا للبحث.

### ثالثا: شروط حالة الضرورة.

يجب أن نشير في مقام الحديث عن الضرورة إلى أنه ليس كل ما يدعى فيه بالضرورة معتبر قانونا، وبالتالي ينتفي معه العقاب ويفلت به الجاني من قبضة العدالة، فإنه ليس ثمّة شيء أسهل من الادعاء ليفلت حينئذ كل جان من العقاب؛ لأنه لا يعدم أن يحتج بحالة الضرورة، واجتنابا لهذا الوضع المنافي لقواعد العدالة والمنطق على السواء، وضع المشرعون شروطا معينة يمكن على أساس تحققها إخلاء ساحة الجاني من العقاب، وإلا فإنه لا مخلص له من قبضة العدالة؛ وتتلخص شروط اعتبار حالة الضرورة في شرطين: الأول قيام الخطر، والثاني فعل الضرورة.

#### 1- الخطر وشروطه.

الخطر هو مناط الضرورة إلا أنه بدوره لا يكفي لاعتبارها مطلقا وإنما يلزم أن تتوفر فيه جملة من الشروط منها ما يتصل بدرجته ومنها ما يتصل بمحلّه، ومنها ما يتصل بعلاقة المضطر به؛ وهو ما نتناوله فيما يأتي:

#### أ- حلول الخطر.

ومعنى ذلك أن يكون الخطر ماثلا وقت ارتكاب فعل الضرورة، أما إذا لم يقم حينذاك أو قام ثم زال، فإن حالة الضرورة لا تنشأ أصلا على الأول، وتنشأ لكن لا تستمر على الثاني. والمواخذة في حق الجاني قائمة في

(1) عوض، المرجع السابق، ص501.

(2) عوض، المرجع نفسه، ص502.

الحالين ولا يعفى من العقاب؛ بمعنى أن الخطر المستقبل لا تتوافر بصدده ضرورة دفعه والخطر المنتهي الذي تحقق موضوعه لا يبرر الضرورة والأمر في الشريعة والقانون سواء<sup>(1)</sup>.

ويذهب بعض الفقه إلى تعريف الخطر الحال بأنه الوشيك وقوعه، ومن ثم استبعاد قصر اشتراط أن يكون الخطر قد حل بالشخص فعلا، بل يكفي أن يكون على وشك الوقوع، وقد ذهب إلى هذا الرأي المشرع المصري باشتراطه لقيام حالة الضرورة « أن يكون هناك خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع »<sup>(2)</sup>، وقد عيب القول بهذا الرأي بأنه يتزل الخطر المستقبل القريب منزلة الخطر الحال، والصحيح أن الخطر الحال هو الخطر الواقع فعلا، وليس الذي يوشك أن يقع، وضابطه إذا تحقق سببه واقتزنت بهذا السبب ظروف تحمل النفس على الاعتقاد جزما أو ظنا غالبا بأن وقوع الضرر بات وشيكا، والمرجع فيه إلى تقدير الرجل العادي؛ أي أي شخص من بيئة الفاعل وفي نفس ظروفه على أن يؤخذ ما توفر لديه من علم خاص<sup>(3)</sup>.

وينبغي ملاحظة أنه لا يشترط في حالة الضرورة أن يكون الخطر واقعا على نفس الشخص وحده، بل تقوم أيضا ولو كان الخطر واقعا على نفس غيره، مراعاة للقيم الاجتماعية ولروح التضامن بين الأشخاص<sup>(4)</sup>.

#### ب- درجة الخطر ومحلّه.

ومفاد ذلك أن تكون هناك ظروف تهدد بالضرر الذي يلحق بالشخص في نفسه أو في نفس غيره، ويستوي في ذلك أن يكون الخطر المحدق بالنفس مهددا لها في حياتها أو في سلامة جسمها أو في شرفها واعتبارها أو حرمتها، فالحقوق المعنوية اللصيقة بالشخص يمكن درء الخطر عنها استنادا إلى الضرورة وهذا أمر متفق عليه<sup>(5)</sup>. وعلى ذلك فإنه يخرج من نطاق حالة الضرورة الخطر الذي يهدد المال، سواء مال الشخص نفسه أم مال غيره، مهما تكن قيمة المال ودرجة الخطر المحدق به، ومن الفقهاء من يرى أن هذا القول وإن كان سليما في الأحوال التي يقتضى درء الخطر فيها عن المال، المساس بنفس الغير لأفضليتها على المال، فإنه لا يستقيم مع المصلحة والمعقول حين يقع العدوان على مال من أجل صيانة مال آخر، وعلى الأخص إذا كان الأخير أكبر قيمة<sup>(6)</sup>.

وهذا الرأي في ميزان العقل والمنطق أحق بالإعمال؛ لأنه لا يعقل أن يترك الشخص مثلا حريقا يشب في قصر كبير به من المحتويات الأموال الطائلة، محافظة على ممتلكات تافهة يقتضي التضحية بها إذا أريد إنقاذ القصر ومحتوياته، ولهذا الغرض فالضابط الأليق بالمصلحة في هذا المقام وغيره ما وضعه علماء الشريعة، من أنه يجب عند

(1) سلامة، المرجع السابق، ص 369. الزحيلي، المرجع السابق، ص 69.

(2) عوض، المرجع السابق، ص 504.

(3) عوض، المرجع نفسه، ص 504. الزحيلي، المرجع نفسه، ص 69.

(4) سلامة، المرجع نفسه، ص 369.

(5) حسني، القسم العام، ص 674.

(6) عوض، المرجع نفسه، ص 506.

تعارض المصالح التضحية بالمصلحة الأقل للمحافظة على المصلحة الأكبر، وفي مقام الموازنة بين المفاصد وجوب ارتكاب أخف الضررين وأهون الشرين<sup>(1)</sup>.

هذا، ولا يكفي وجود الخطر المهدد للنفس مطلقا أي دون اعتبار لدرجة هذا الخطر، بل يجب لاعتبار حالة الضرورة أن يكون الخطر جسيما؛ لأن فعل الضرورة -خلافا للدفاع الشرعي- يصيب بريئا فوجب التحوط في شروط الضرورة للتضييق من دائرة العقاب.

وقد اختلف الفقه في تحديد مفهوم الخطر الجسيم، فذهب البعض إلى تعريفه بأنه الذي يثير لدى الإنسان الخشية من انهيار كيانه المعنوي أو المادي، بينما حدده البعض الآخر بأنه الذي يستحيل إصلاحه، وذهب آخرون إلى الاعتداد بالخطر الذي لا يمكن جبر ما ينشأ عنه من ضرر إلا بتضحية كبيرة<sup>(2)</sup>. وذهب اتجاه فقهي إلى أنه لا يتحدد بمقدار معين، وإنما يترك لتقدير القاضي يستخلصه من النظام القانوني الجزائري<sup>(3)</sup>. وحده فقهاء الشريعة الإسلامية بالخطر الملحق إلى فعل الضرورة، وقد بينا مفهوم الإلحاء عند حديثنا عن الإكراه بما يغني عن إعادته.

ولهذا الاختلاف أثر في تحديد المعيار الضابط لجسامة الضرر؛ إذ يراها البعض تحدد بمعيار شخصي يتوقف على تقدير مرتكب الجريمة نفسه، ويذهب البعض الآخر إلى أنها تتحدد بمعيار موضوعي مستفاد من النظام القانوني الجزائري، ومن ثم فإن الخطر الوهمي لا يكفي لانعقاد حالة الضرورة، وإن كان يمكن أن يؤثر على درجة المسؤولية الجزائية للشخص في صورة العمد أو الخطأ غير العمدي<sup>(4)</sup>.

واختلف الفقه أيضا في متعلق الخطر الجسيم، فذهب البعض إلى اعتباره متعلقا بنوع من الحق الذي يهدده الخطر، فقصره الخطر الجسيم على خطر الموت والعاهة والجراح البالغة. وذهب الأكثرون إلى اعتبار الخطر الجسيم متعلقا بمدى الخطر ذاته، فحقوق النفس لا تتفاضل فيما بينها إلا عند التعارض، بل هي في مقام الضرورة سواء، ولذلك فالخطر الجسيم يمكن أن يتهدها في كل صورها، سواء تعلق الأمر بحق الحياة أم بسلامة البدن أم بالعرض أم بالشرف والاعتبار<sup>(5)</sup>. وبالجملة، الكليات الخمس التي وردت الشرائع جميعا بحمايتها، والتي هي هدف كل قانون رشيد، وهي الدين، النفس، النسل(العرض)، العقل، المال.

### ج- ألا يكون لإرادة الشخص دخل في إحداث الخطر.

ومقتضى هذا الشرط أنه لا يقبل من مرتكب الجريمة تحت إلقاء الضرورة، الاحتجاج بها إذا كان هو من اصطنع حالة الضرورة، وهو ما يصدق عليه قول فقهاء الشريعة "أن الرخص لا تناط بالمعاصي"، أو أن "الجرائم لا تكون سببا للنعم"، بمعنى أنه يمتنع التحيل لإسقاط حكم السبب بفعل المانع. ويتفرع على هذا الأصل النظري تطبيقات عملية كثيرة، من جملتها، أنه إذا أضرم شخص حريقا في محله ثم ألبأته ظروف الحريق إلى التضحية

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص79.

(2) عوض، المرجع السابق، ص506.

(3) سلامة، المرجع السابق، ص370. الزغبي، المرجع السابق، ج05 ص77.

(4) سلامة، المرجع نفسه، ص370. الزغبي، المرجع نفسه، ج05 ص77.

(5) عوض، المرجع نفسه، ص508.



بشخص آخر لينجو هو بنفسه؛ فإنه لا يقبل منه بحال الاحتجاج بحالة الضرورة إذا تبين عمدته فيما فعل، ولا فرق بعد ذلك في أن يكون قصده نجاة نفسه أو نجاة شخص آخر، ما دام متسببا في حلول الخطر بإرادة حرة وواعية. والأمر في التسبب في حلول الخطر ليس نافيا لحالة الضرورة المعتبرة قانونا بإطلاق؛ لأن في الإطلاق اتساع للقول بانتفاء حالة الضرورة كلما نجم الفعل عن خطر أتاه الفاعل عن وعي وإرادة، وهو ما يؤدي إلى التضييق من نطاق الضرورة إلى حد يخرجها عن الغرض الذي من أجله وجدت، وذلك بضم المخطئ إلى العاقد في الاعتبار؛ لأن كليهما يرتكب الفعل عن وعي وإرادة، ولذلك يذهب الفقه في شبه إجماع إلى جواز الاحتجاج بحالة الضرورة في فروض التسبب غير العمدي في حلول الخطر، وقصر الانتفاء على حالة العمد وحده الذي هو القصد إلى إحداث الخطر لا تعمد السلوك المفضي إليه<sup>(1)</sup>.

ويذهب جمهور الفقهاء في مقام الخطأ الذي لا ينفي الضرورة، إلى التسوية بين ما كان مرجعه إلى عدم التدبر وما كان مرجعه إلى عدم التحوط، وعلى ذلك فإن الخطأ المتبصر أو المصحوب بالتوقع لا ينفي صفة الخطئية عن صاحبه، ولا يلحقه بحال العمد ولا يعطيه حكمه؛ وذلك اعتبارا بأن القانون جعل المناط في انتفاء حالة الضرورة هو العمد، والخطأ لا يعتبر عمدا ولو صاحبه التوقع. وينضاف إليه أن الفاعل إذا توقع حدوث الخطر فإنه يعتمد على احتياطاته معتقدا جدواها، أي أنه لا يتوقع نشوء الخطر، فإذا نشأ مع الاحتياط تحققت المفاجأة التي تعجزه عن درئه بفعل غيره الذي ارتكبه، وعليه فإنه لا اعتداد بالخطأ مهما تكن صورته أو جسامته، والعبرة بالعمد وحده<sup>(2)</sup>.

#### د- ألا يكون هناك التزام يفرض على الشخص مواجهة الخطر.

هذا الشرط من ابتداء الفقه اهتداء بقواعد المنطق والسياسة القانونية العامة، ويكاد أن يكون مجمعا عليه، وقد بدأ يقول به القضاء في بعض الصور؛ فحيث يكون الخطر المهدد للمتهم ناشئا عن وسيلة أو إجراء قانوني، لا يجوز له أن يحتج لدفعه بحالة الضرورة؛ باعتباره ملزما بتحمل آثار هذا الإجراء، وتضرب محكمة النقض المصرية لهذا مثلا، من يتهم بإصدار شيكات دون رصيد لا يجوز له أن يحتج بحالة الضرورة الناشئة عن دعوى إشهار الإفلاس التي أقيمت ضده، وقضت أيضا بأنه إذا كان الثابت أن المتهم إنما قدم الرشوة ليتخلص من جريمة إخفاء التي ارتكبها، فإن الدفاع الذي يستند إليه بأنه كان في حالة ضرورة ألجأته إلى دفع الرشوة ليتخلص من خطر القبض عليه هو دفاع قانوني ظاهر البطلان<sup>(3)</sup>.

وينص قانون القضاء العسكري على أنه لا يجوز للعسكري الذي وقع في قبضة العدو واستعاد حريته منه بشرط ألا يحمل السلاح بعد ذلك، الادعاء بأنه كان في حالة ضرورة ألجأته إلى قبول هذا الشرط من أجل استعادة حريته، لأن الشرف العسكري يأبى أن يكون بدل هذا الوعد ثمنا للخلاص من الأسر.

(1) عوض، المرجع السابق ص 511.

(2) عوض، المرجع نفسه، ص 511.

(3) عوض، المرجع نفسه، ص 513.

ويلحق الفقه بهذه الصورة صورة أخرى، وهي عدم الاحتجاج بحالة الضرورة بالنسبة للأشخاص المكلفين بحكم وظائفهم، فلا يجوز لرجل المطافئ مثلاً أن يرتكب جريمة في سبيل درء الخطر المحدق به أثناء قيامه بعمله، وربان السفينة حال غرقها والجندي في ميدان القتال، كما لا يجوز للطبيب المعالج أن يمتنع عن علاج مريض خوفاً من العدوى<sup>(1)</sup>.

والواقع أن الأخذ بهذا القول الأخير على إطلاقه فيه منافاة لقواعد المنطق وفقه الموازنات بين المصالح والمفاسد، والمصالح فيما بينها والمفاسد فيما بينها، والصحيح أن ينظر إلى المسألة بشيء من التفصيل والتفريق، وذلك على ضوء ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية من قواعد الضرر، فيضحي بالمصلحة الصغرى لأجل المصلحة الكبرى، وبالمصلحة الموهومة لأجل المصلحة المتيقنة أو حتى المظنونة ظناً راجحاً<sup>(2)</sup>، وبالمصلحة الخاصة لأجل المصلحة العامة، وعلى ذلك فإنه إن كان لا يجوز لرجل الإطفاء الاعتداء على حياة إنسان لإنقاذ نفسه، فإنه مدعو إلى التضحية بما يقع في طريقه من أموال بالإتلاف إذا كان في ذلك مظنة إنقاذ نفسه، ولربان السفينة أن يضحي ببعض المتاع أو كله مما كان على متنها لإنقاذ نفسه أو غيره من خطر الغرق؛ لأن مقصد المحافظة على النفس في حكم العقل الصريح أولى من كل مقصد آخر ولو كانت أموال الدنيا كلها.

## 2- فعل الضرورة و شروطه.

فعل الضرورة هو ما يقتضيه الإنسان الواقع تحت سلطانها من سلوك إجرامي ليدراً به الخطر الجسيم الحال، والذي لا دخل له في إحداثه والذي لم يفرض عليه القانون مواجهته، سواء أكان هذا الخطر واقعاً به أم بغيره من الناس، ويشترط لجواز الاعتماد به توافر ثلاثة شروط: أولها أن يكون فعل الضرورة لازماً لتجنب الخطر الحال، وثانيها أن تكون إرادة الجاني قد انصرفت وقت ارتكاب الفعل إلى توقي الخطر، وثالث هذه الشروط هو تناسب فعل الضرورة مع الخطر الحال المهدد، وهذا تفصيل ما أجمل.

### أ- لزوم الفعل.

مقتضى هذا الشرط أنه إذا أمكن درء الخطر الموقع تحت طائلة حالة الضرورة بفعل مباح لم يجر درؤه بجريمة؛ لأن فعل الضرورة إنما أعذر فيه استثناء ﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾ [الأنعام/ من الآية 119]، والاستثناء لا يأخذ حكم الأصل في الإباحة أو لا يرخص فيه أو لا يدرأ العقاب، إلا في غياب الأصل أو تعذره، ويلحق بهذا أنه إذا أمكن درء الضرر بجريمة لم يجر درؤه بأشد منها، اهتداءً بالقاعدة التي تقتضي أن "الضرورة تقدر بقدرها"<sup>(3)</sup>، أي بالقدر اللازم لدفع الخطر، وما زاد على ذلك فهو خارج عن الضرورة الملحمة إلى الفعل المحظور.

وعليه فإن المضطر لشرب الخمر لإساعة غصة أو لدفع جوع أو عطش، لا يتناول منها إلا بقدر حاجته، والذي يمكنه اتقاء خطر حريق بالهروب دون الإضرار بالآخرين في أنفسهم وأموالهم، لا يجوز له الاحتجاج

(1) سلامة، المرجع السابق، ص 371.

(2) عوض، المرجع السابق، ص 506.

(3) أصل هذه القاعدة إسلامي، الزحيلي، المرجع السابق، ص 248.

بالضرورة إذا جابه الخطر مرتكبا الجريمة، والذي يمكنه دفع الخطر عن نفسه بإتلاف المال المملوك للغير، لا يقبل منه الاعتذار بحالة الضرورة إذا هو تعدى على نفس الغير<sup>(1)</sup>، وهذا لأن فعل الضرورة يقع على نفس بريء أو ماله فينبغي التحوط في ذلك، فإذا وجب هذا في حالة الدفاع الشرعي وفعل الاعتداء فيها وقع على مجرم، فهانئا أولى لمقام البراءة.

ويلزم من هذا أن يكون فعل الاعتداء الذي دفعت إليه الضرورة من شأنه دفع الخطر ولو بعضه، فإذا كان من المحقق أن الخطر لا يندفع به لم يجز اللجوء إليه لعدم جدواه، وعليه لا يعفى مرتكبه من العقوبة.

### ب- النية في توقي الخطر.

يشترط جمهور الفقهاء للاحتجاج بحالة الضرورة أن تكون إرادة مرتكب الفعل المشكل للجريمة قد انصرفت حين ارتكاب الفعل إلى دفع الخطر المحقق الحال به أو بغيره، فإذا انسلخ الفعل عن هذه النية الحسنة لم يقبل انطباق حكم الضرورة ولو أدى الفعل في واقع الحال إلى درء خطر جسيم، كأن يهدد نفس الفاعل أو نفس غيره، فإذا ساءت نية الشخص، فانتهدت فرصة لحوال الخطر فارتكب الجريمة لشفاء غل أو إنفاذ ضغينة، فإنه لا يعفى من العقاب ولو توفرت سائر الشروط الأخرى؛ لأن العبرة في هذا المقام ليست بنتيجة الفعل بل بنية فاعله، وهو ما يقتضي أنه لا اعتداد بحالة الضرورة إلا إذا توافر أمران.

أولهما: علم الشخص حال ارتكابه الفعل الجرمي بقيام حالة الضرورة، فإذا اتضح أنه كان يجهل قيام تلك الحالة، لم يعف من العقاب بغض النظر عما قد يسفر عنه فعله.

وثانيهما: اتجاه إرادته بعد علمه بقيام حالة الضرورة إلى دفع الخطر الجسيم الحال، فإذا اتضح أنه رغم علمه بما لم يكن يسعى إلى دفعها، بل كان قصده إجراميا محضا، لزمه العقاب ولا تشفع له نتيجة فعله<sup>(2)</sup>.

ومن الفقهاء من يعرض عن القول بهذا الشرط؛ اعتبارا بأن إعفاء المضطر من العقاب ملاحظ فيه أنه أنقذ حقا يفوق الحق الذي أصابه أو يساويه، ففعله من الناحية الاجتماعية نافع أو هو في الأقل غير ضار.

وعليه فإذا قامت مولدة بإجهاض حامل مدفوعة إلى ذلك بدافع حقد أو ضغينة أو مستأجرة على القيام بهذا السلوك الإجرامي، فأدى ذلك إلى إنقاذ الحامل من خطر جسيم كان كفيلا بالقضاء عليها لو لم يتم إجهاضها، فإنها لا تعفى من العقاب - على القول الأول - على الرغم من النتيجة المحققة الواضح وجه النفع فيها، بينما تعفى من العقاب على القول الثاني ولو ثبت عدم علمها بهذا الخطر<sup>(3)</sup>.

غير أنه قد يشوب النية شوائب تجعلها ليست حسنة خالصة ولا سيئة خالصة، إنما خليط بين هذا وذاك؛ كأن يقدم الجاني على القيام بفعل إنقاذا لشخص ونكاية في شخص آخر، ومثاله أن يتعرض شخص لخطر الموت بسبب حريق شب في بيته، فيضطر مرتكب فعل الضرورة لإنقاذه بإتلاف بعض الأموال المحيطة به والمملوكة

(1) عوض، المرجع السابق، ص 513-514.

(2) عوض، المرجع نفسه، ص 514-515.

(3) هنام، النظرية العامة، ص 458 وما بعدها.

لأشخاص كثير، مؤثرا التضحية بمال من يريد النكاية به على التضحية بمال غيره، فهنا توفرت نيتان، نية حسنة لإنقاذ روح مهددة بالخطر، ونية سيئة بإتلاف أموال معصومة الذمة نكاية في صاحبها، فإن هذا الاختلاط لا يحول دون امتناع العقاب، فكأن المراد بحسن النية هنا ألا يتمحض الفعل عدوانا على المجني عليه.

واستخلاص حسن النية أو سوءها من مسائل الموضوع التي يستقل بالكشف عنها القاضي الناظر في القضية، ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة القانون، إلا إذا ثبت انطواء حكمه على قضاء سيء ينافي قواعد المنطق والعقل، كأن يثبت حسن النية بما لا يؤدي ثبوته عقلا أو ينفيه بما لا يصلح لنفيه<sup>(1)</sup>.

### ج- لزوم التناسب بين فعل الضرورة والخطر الحال.

اختلف الفقه في هذا الشرط بين موجب له وغير موجب على ثلاثة أقوال، فذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجب لاعتبار الضرر المتحقق بجريمة الضرورة ألا يفوق في جسامته الضرر المهدد لنفس الشخص أو لنفس غيره، فإجهاض الحامل التي تشكل الولادة خطرا على حياتها تحققت فيه حالة الضرورة، ومن ناحية أخرى لا يجوز الاحتجاج بحالة الضرورة في الإجهاض المرتكب حفاظا على شرف العائلة وسمعة الحامل؛ اعتبارا بأنه ليس هناك تناسب بين الضرر المهدد به وبين الضرر المتحقق بجريمة الضرورة<sup>(2)</sup>.

ومن الفقهاء المصرين من لم يأخذ بهذا الشرط وقوفا عند ظاهر نص القانون، الذي لم يشير إليه لا تصريحيا ولا تلميحيا<sup>(3)</sup>، شأنه في ذلك شأن القانون الجزائري الذي لم يتعرض لهذا الموضوع أصلا.

ويذهب فريق ثالث إلى التفصيل فيشترط التناسب في أحوال دون أحوال، كمن يجعل مدار الحكم على مدى حرية الفاعل في الاختيار من جهة، وعلى الظروف الملازمة من جهة أخرى، فحيث تضييق حرية الاختيار يمتنع عقاب الفاعل، وحيث لا تتأثر بدرجة ملحوظة لا يمتنع عقابه، ولذلك فإنه يتعين في منطلق هذا الرأي التفرقة بين من يرتكب الفعل لدرء الخطر المهدد بنفسه أو بنفس أحد من أقربائه الأذنين، وبين من يرتكب الفعل لدرء خطر يهدد شخصا لا يمت له بصلة قربي ولا صداقة، فالأول يعفى من العقاب، ولو اقتضاه دفع الخطر عن نفس واحدة أن يضحي بحياة أشخاص عديدين، أما الأول فلا يعفى من العقاب إذا اختل التناسب بين الضرر الذي يدفعه والضرر الذي يوقعه<sup>(4)</sup>.

والأقرب إلى الصواب أن يفرق بين الحقوق الواقع عليها فعل الضرورة، فإذا كانت هذه الحقوق متعلقة بحياة إنسان مقطوعة، فإنه لا يقبل بحال التضحية بها لأجل حياة إنسان آخر، سواء كانت نفس الجنائي أم نفس إنسان غيره، وسواء كانت موهومة أم مقطوع بها؛ لأنه لا أفضلية لأحد على الآخر، أما إذا كان يستلزم لإنقاذ حياة نفس التضحية بالسلامة الكاملة لنفس أخرى، فإنه يمكن ذلك ويعفى الفاعل من العقاب.

(1) عوض، المرجع السابق، ص 516.

(2) سلامة، المرجع السابق، ص 372. بهنام، المرجع السابق، ص 999.

(3) مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 455. محمود مصطفى، القسم العام، ص 483.

(4) محي الدين عوض، القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظرياته العامة، ص 488. نقلا عن عوض، المرجع نفسه، ص 317.

ويستثنى من هذا حالة إجهاض حامل لإنقاذ حياتها ولو كان في ذلك التضحية بنفس الجنين؛ لأن حياتها متحققة مقطوعة، أما حياة الجنين فموهومة أو في الأحسن مظنونة، ولا يجوز التضحية بالمصلحة المقطوعة لأجل مصلحة مظنونة أو موهومة.

### المطلب الثاني: الشبهات المتعلقة بإرادة النتيجة.

المقصود بالنتيجة هنا ذلك الأثر الطبيعي الناتج والمتمثل في حدوث تغيير في الأوضاع الواقعية القائمة، كوفاة المحني عليه على إثر اعتداء وقع عليه بعدما كان حيا، وفوفاته حقيقة واقعية وليس حكما تقديريا، وعليه فإن إرادة النتيجة هو توجيه السلوك الإجرامي إلى إحداث هذا الأثر الواقعي الذي سبق بيانه.

### الفرع الأول: إرادة النتيجة في القانون الوضعي.

لا تعد النتيجة في القانون الوضعي من العناصر اللازمة في القصد الجنائي في كل جريمة، وإنما يقتصر مداها على الجرائم التي يميز فيها القانون بين الجرائم العمدية وغير العمدية؛ إذ يجعل سبب هذا التمييز، أن النتيجة بالمعنى الذي قدمناه ليست عنصرا عاما في الجرائم كلها، فمن الجرائم ما يقع بالسلوك وحده، ومنها ما يلزم لوقوعه أن يفضي السلوك الإجرامي إلى نتيجة معينة<sup>(1)</sup>.

وهذا الذي ذكرناه من إمكان إرادة النتيجة ليس محل إجماع في الفقه؛ إذ إن من الفقهاء من يجادل فيه، اعتبارا بأن حقائق علم النفس لا تجيز الحديث عن الإرادة إلا بالنسبة للحركة الجسمية، فهي وحدها التي يمكن القول بأنها إرادية أو غير إرادية، أما ما يتبع هذه الحركة ويعقبها فليس ناجما عن الإرادة، وإنما الإرادة بإحداثها للحركة العضوية إنما تخلق واحدا من أسباب النتيجة لا أنها بمفردها تحدث هذه النتيجة<sup>(2)</sup>.

وزيادة على ما نوقش به هذا الرأي من أن عناية القانونيين في مجال الإرادة وغيرها من المفاهيم الحقوقية إنما تنصب على المدلولات الاجتماعية السائدة التي تضيء على الإرادة مفهومها أوسع لا يقف عند حدود السلوك، بل يتعداه إلى نتيجته، وليس همها حقائق علم النفس<sup>(3)</sup>. فإن قانون السببية وهو قانون مطرد يقضي بأن التلازم بين السبب ونتيجته - من حيث المبدأ - تلازم طردي، أي كلما توفر السبب تحققت نتيجته، وكلما تخلف تخلفت، إلا إذا تدخلت ظروف خارجية حالت دون إفضاء السبب إلى نتيجته، كحالة الجريمة المستحيلة أو كحالة الشروع في الجريمة إذا حال بين الجاني وما يريد حائل، وهذه لها في القانون ما يعالجها من نصوص وأحكام.

ومن دون هذا الاعتبار فإنه يمتنع القول بمعاقبة أي إنسان يحدث ضررا بغيره، باعتبار أن فعله لم يكن يحدث ذلك الضرر لولا الظروف الأخرى التي أحاطت به وقت إتيانه، ومن المعلوم عند عامة أهل الإسلام أن الإنسان مسؤول عما يأتيه من أفعال، على الرغم من إثباتهم بأن الإنسان ليس هو خالق ذلك الفعل، غاية الأمر أنه

(1) سلامة، المرجع السابق، ص 318.

(2) سلامة، المرجع نفسه، ص 318.

(3) عوض، المرجع السابق، ص 219.

وجه إرادته إليه، فخلق الله الحركة العضوية المحققة لتلك الإرادة، وهو ما يعبر عنه الأشاعرة بأن "الفعل من الإنسان كسبا ومن الله خلقاً"<sup>(1)</sup>. وعلى ذلك فإنه من السائغ القول بوجود انصراف الإرادة في القصد الجنائي إلى السلوك الإجرامي ونتيجته، غير أنه يثور تساؤل حول المعايير الضابطة للنتيجة الإرادية وغير الإرادية، والتي من شأنها أن تميز بين النوعين، فيتحقق القصد في الأول، ويتنفي في الثاني، وهو ما نتناوله في البندين الآتيين :

### البند الأول: معايير النتائج الإرادية.

يتفق الفقه على أن النتيجة تكون مرادة في حال ما إذا كانت غرضاً مباشراً للجاني يسعى إلى تحقيقه ، ولا فرق بعد ذلك بين أن تكون هذه النتيجة هي الغرض الوحيد من ارتكاب الفعل الجرمي أو أن تشكل غرضاً من أغراض الجاني المقصودة من فعله. ومثال الأول، أن يلقي الجاني بشخص من ربوة بقصد قتله، ومثال الثاني، أن يقدم على إضرار النار في مسكن متقصداً حرقه أو إتلاف محتوياته وأيضاً قتل من يسكنه، ويطلق الفقه على هذا النوع من النتائج "النتائج العمدية"؛ باعتبارها تعبر عن النية التي حركت السلوك الإجرامي لتحقيقها<sup>(2)</sup>. وليس هذا محل نزاع.

وإنما يثور النزاع وتبرز آثاره في حال ما إذا أقدم شخص على ارتكاب الفعل الجرمي قاصداً إحداث نتيجة معينة لفعله، سواء كانت مشروعة أم غير مشروعة، متوقعا حدوث نتيجة أخرى ليست غرضاً مباشراً له مما عزم عليه. من ذلك أن يفجر شخص قنبلة بساحة عمومية مزدحمة بالناس متقصداً إحداث فتنة أو اضطراب، غير آبه بما توقعه من حدوث إصابات للمواطنين، ومن ذلك أيضاً أن تتجه إرادة شخص إلى تسميم مواشي غيره أو إتلاف محصوله الفلاحي، فيعمد إلى البئر التي تستقي منها الدواب أو يروى منها الزرع فيسممها، وهو يتوقع أن يشرب خصمه من هذه البئر فيقع صريعاً<sup>(3)</sup>.

فالنتيجة المتمثلة في وفاة شخص لم تكن قصداً مباشراً للجاني من فعله وإنما كانت متوقعة، فهل تعتبر الوفاة والحال هذه إرادية، فتكون الجريمة عمدية، أم لا تعتبر كذلك، فتكون الجريمة من قبيل الخطأ غير العمدي؟. تتعاور الإجابة عن هذا السؤال آراء فقهية كثيرة مختلفة، تبعاً لاختلاف المعايير المتخذة مستندا لكل رأي في حل هذا الإشكال، وتتلخص في ثلاثة آراء، أولها أن النتيجة تكون إرادية كلما تعلق رجاء الجاني بها، وثانيها، أنها تكون كذلك عندما تنصرف رغبة الجاني إليها.

(1) والأشاعرة مدرسة كلامية من أهل السنة والجماعة أسسها الإمام أبو الحسن الأشعري كمنهج وسط بين جمود غلاة الحنابلة "الحشوية" وجموح العقل المعتزلي، وقد كان أبو الحسن معتزلياً أول الأمر، ثم انتقل إلى السنة. وتعتبر الأشاعرة أكثر المدارس انتشاراً في العالم الإسلامي. ومن أكبر أعلامها: أبو بكر الباقلاني، وإمام الحرمين أبو المعالي الجويني، وعضد الدين الإيجي، وحجة الإسلام أبو حامد الغزالي. لزيادة الاستفصال في نظرية الكسب الأشعرية أنظر: العمري: مرزوق، نظرية الكسب عند الإمام الأشعري، رسالة ماجستير في العقيدة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 1998م.

(2) سلامة، المرجع السابق، ص 329.

(3) عوض، المرجع السابق، ص 221.

وعليه فقد أخذ الرأي الأول بمعيار الرجاء والأمل، وأخذ الثاني بمعيار الرغبة<sup>(1)</sup>، وهما معياران مهجوران من عموم الفقه، الذي يذهب في رأي ثالث إلى رفضهما، اعتبارا بعدم اطراد التلازم بينهما وبين الإرادة؛ ذلك أنه قد يتحقق الرجاء عند شخص في حدوث نتيجة معينة، أو قد توجد عنده الرغبة في ذلك، ومع ذلك لا يوجه إرادته إلى تحقيقها، وقد يحصل العكس، بأن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر ما دونما رجاء ولا رغبة، ولذلك يقترح هذا الاتجاه الأخير معيارا أكثر منطقية وملائمة مع السياسة الجزائية، يقوم على الرضا بالنتيجة أو قبولها، فما يقبله الجاني أو يرتضيه يعتبر إراديا، وما لا يقبله يكون غير ذلك<sup>(2)</sup>، فالنتيجة المتوقعة بوصف الاحتمال تعتبر إرادية متى كان الجاني قد حقق سلوكا قابلا لتحقيقها<sup>(3)</sup>.

ويدخل في هذا الحكم أيضا حالة ما إذا توقع الجاني إمكان حدوث النتيجة، ومع ذلك أقدم على السلوك المفضي إلى ذلك الإمكان، غير آبه بما ينجر عنه من مخاطر، ويستوي في ذلك أن يكون السلوك مشروعاً أم غير مشروع، فإن قبوله للخطر الناشئ عن سلوكه يجعل النتيجة داخلة في محيط الإرادة ومن ثم توافر القصد الجنائي<sup>(4)</sup>. ومن الأمثلة المضروبة في هذا المقام حالة ما إذا قام أحد مهرة الرماة بقصد إثبات مهارته في التصويب بوضع زجاجة على رأس طفل ثم أطلق عليها النار، فأخطأ الهدف مصيبا الطفل ومزهقا روحه، فهو والحال هذه مع براعته في التصويب يكون قد توقع ولو بنسبة مهملة جدا إمكان إصابة الطفل، لأي عرض من العوارض، فمصاحبة إصراره على الفعل مع توقعه إمكان حدوث النتيجة الواقعة دليل عدم اكترائه بالمخاطر التي يمكن أن يحدثها تصرفه، وعلى ذلك فإن القصد في حقه قائم في إحداث النتيجة لعدم ارعوائه عما يقدم عليه مع مثلها في ذهنه<sup>(5)</sup>.

### البند الثاني: معايير النتائج غير الإرادية.

تكون النتيجة غير إرادية في جميع الأحوال الأخرى، غير التي ذكرنا والتي تتلخص إجمالا في حالتين:

**الأولى:** حالة ما إذا كان الجاني لم يتوقع النتيجة المتحصلة أصلا، وفي هذه الحال لا تثور أية شبهة في انتفاء إرادة النتيجة، إذا كان ذهن الجاني وقت إتيان السلوك خاليا من توقع بعض نتائجه، فإن هذه النتائج بفرض حدوثها تخرج عن نطاق الإرادة.

**الثانية:** تكون بأن يتوقع الجاني النتيجة على أنها أمر ممكن أو محتمل من الناحية المجردة، لكنه حين أقدم على ارتكاب الفعل كان واثقا من أنها لن تقع، نظرا لوجود ظروف عامة أو خاصة، تجعل وقوعها في حالته هو أمرا مستحيلا استحالة عادية، وعليه فإن توقع الجاني حدوث النتيجة من الناحية المجردة، ثم استبعاده على سبيل القطع

(1) حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، ص 230.

(2) عوض، المرجع السابق، ص 222.

(3) سلامة، المرجع السابق، ص 329.

(4) سلامة، المرجع نفسه، ص 332.

(5) عوض، المرجع نفسه، ص 223.

حدوثها في حالته يعني أنه لم يكن يريدتها، ولا فرق في الحقيقة بين عدم توقع النتيجة وبين التيقن من عدم حدوثها إذ إن الأمرين سواء؛ لأن الإرادة في الحالين لم تتجه إلى النتيجة، لا بصفة مباشرة ولا غير مباشرة.

والمرجع في استبعاد النتيجة في أغلب الأحوال، إنما هو التدابير والاحتياطات التي يتخذها مقترف الفعل أو ما يتمتع به من قدرات يراها كفيلا بالحيلولة دون حدوث النتيجة، والعبرة هنا بتوقعه هو لا توقع غيره؛ فإذا كان الجاني لم يتوقع النتيجة، فهي على فرض حدوثها، لا تعتبر إرادية، ولو كان في وسع غيره توقعها لو كان في موقفه<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن ربط القصد بالتوقع لا يعني أن القصد يقوم على العلم وحده، إذ لا قصد بلا إرادة، وإنما يرجع الاعتداد في التوقع إلى أنه مع غيره يعتبر أمانة أو قرينة على الإرادة.

### الفرع الثاني: الشبهات الواردة على إرادة النتيجة في الشريعة الإسلامية.

يتفق الفقه الإسلامي على أنه لا يتحقق الركن المعنوي في الجريمة إلا أن يقصد الجاني إلى الفعل الذي يرتب عليه الضرر قصدا صحيحا كاملا لا يفسده إكراه، كما سلف، وإلى النتائج قصدا صحيحا كاملا لا يشوبه خطأ، فيضرب بالمسدس ليقتل لا ليهدد، ويضرب بالمديية لينفذ إلى القلب لا ليتمرن على الضرب أو يخيف المضروب، فإن تحقق هذا النوع من الفعل، فقد تكاملت الجريمة وينقص منها بمقدار النقص من القصد.

ولا عبرة في تقدير الجريمة من وجهة النظر القضائية بالباعث عليها، مادامت هي في ذاتها غير عادلة، ومادام الشارع قد قرر أصل التجريم فيها، فالعبرة في الجريمة الكاملة التي تستوجب العقوبة الكاملة أن تكون مقارفة لفعل أو قول نهي عنه الشارع، وأن يكون القصد إلى السلوك والنتائج المترتبة عنه ثابتا ثبوتا كاملا، وعلى ذلك فإنه يلزم لتوقيع العقوبة انتفاء شبهة الخطأ في الفعل، أي عدم إرادة النتيجة المتحققة به، سواء أكان الفعل مشروعا كالتأديب وأعمال التطبيب، أم غير مشروع كمن يوجه إلى شخص ضربة بمثقل قاصدا إيذائه بما دون القتل، فتتحرف الضربة لتصيب منه مقتلا على تفصيل في ذلك سيأتي تبينه - إن شاء الله -.

على أننا نشير قبل ذلك إلى أنه يختلط مفهوم الخطأ الذي هو من مباحث الإرادة، بمفهوم الغلط الذي هو من مباحث العلم عند كثير من الفقهاء، إذ يجعلون الخطأ قسمين، الأول هو الخطأ في القصد، وصورته أن يرى شيئا يظنه صيدا فإذا به إنسان، أو يرى من يظنه عدوا محاربا، فيتبين أنه وطني مسلم أو ذمي، والثاني الخطأ في الفعل، كأن يرمي هدفا معينا مقصودا، فتتحرف الرمية وتصيب شخصا، فالقصد سليم والفعل غير ذلك، وهو ما يسمى بالخطأ في النتيجة<sup>(2)</sup>.

والواقع أن النوع الأول مما أدرجه الفقهاء في الخطأ ليس كذلك بالمعنى المنهجي الدقيق؛ لأن الخلل وارد على تصور الإنسان لمحل الفعل، وهذا ما يجب أن يدرج في عنصر العلم غلطا في المحل، بينما يرد الخطأ على عنصر الإرادة، وتحديدًا على إرادة النتيجة، وهذا فارق جوهري.

(1) عوض، المرجع السابق، ص224.

(2) أبو زهرة، الجريمة، ص136. الزيلعي، تبين الحقائق، ج06 ص101.



ويضع بعض المحدثين فارقا جوهريا آخر، وهو أن الخطأ يكون فيه اعتداء في النتيجة (الفعل) ولا يكون اعتداء في القصد، أما الغلط فإنه لا بد أن يكون فيه اعتداء في القصد، وربما يكون فيه اعتداء في الفعل، فيكون غلطا إذا قصد الاعتداء على معصوم الدم فأصاب غيره، وقد يكون العصيان في القصد ولا يكون في الفعل كمن يقصد الرنا بامرأة فيتبين أنها حليلته، وعلى ذلك يكون الفرق جوهريا بين الخطأ والغلط، إذ الخطأ يكون فيه الاعتداء في الفعل دائما، والقصد سليم لا معصية فيه، أما الغلط فالقصد آثم دائما، والفعل قد يكون فيه اعتداء وقد لا يكون<sup>(1)</sup>.

هذا، وتنقسم درجات المسؤولية من حيث إرادة النتيجة في الشريعة الإسلامية على قول الجمهور إلى ثلاثة أقسام، وذلك تبعا لدرجات العصيان؛ إذ إن الوجود القانوني للمسؤولية الجزائية يتوقف على ذلك العصيان<sup>(2)</sup>. وأول هذه الدرجات هو العمد، ويتحقق باتجاه الجاني إلى ارتكاب الفعل قاصدا إياه، وهذا هو المعنى العام للعمد، فمن شرب الخمر وهو يقصد شربها فقد شربها متعمدا، ومن سرق وهو يقصد السرقة فقد تعمدها. وللعمد معنى آخر، وهو أخص من الأول؛ إذ ينحصر نطاقه في ما يستوجب قصاصا فحسب، وهو أن يقصد الجاني الفعل القاتل ويقصد نتيجته<sup>(3)</sup>، وهذا عند جمهور الفقهاء إذ يفرقون بين القتل الذي يتوفر فيه هذا المعنى الخاص فيسمونه عمدا، وبين القتل الذي يتوفر فيه العمد بمعناه العام فقط فيسمونه شبه العمد، خلافا للمالكية في مشهور مذهبهم كما سيأتي بيانه. والعمد هو أجسام أنواع العصيان، وترتب عليه الشريعة أجسام أنواع المسؤولية وتفرض عليه أغلب العقوبات.

وثاني درجات المسؤولية هو شبه العمد وهو لا يتحقق عند القائلين به إلا فيما يستوجب القصاص، سواء كان قتلا أم جناية على الجسم بما لا يؤدي للقتل، كالضرب أو الجرح أو إحداث عاهة مستديمة، ونحو ذلك على خلاف تذكره في حينه<sup>(4)</sup>.

فتذهب المذاهب الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة ومعهم الإباضية إلى القول بشبه العمد في القتل اتفاقا، ومقصودهم به إتيان الفعل القاتل بقصد العدوان من دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث القتل، ولكن الفعل ينحرف ليؤدي إلى إزهاق نفس الواقع عليه العدوان<sup>(5)</sup>.

(1) أبو زهرة، الجريمة، ص 136.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 06 ص 527 وما بعدها. الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بلا تاريخ، ج 02 ص 198. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 09 ص 320. مرعي الحنبلي، دليل الطالب لنيل الطالب، تحقيق عبد الله البارودي، الطبعة الأولى، مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت، - 1405هـ/1985م، ص 234. أبو الركات: مجد الدين، المحرر في الفقه، تحقيق محمد حامد الفقي، ج 02 ص 125 وما بعدها. ابن البناء: أبو علي، كتاب المقنع في شرح مختصر الخرفي، تحقيق ودراسة عبد العزيز سليمان بن إبراهيم البعيمي، الطبعة الثانية، مكتبة الرشد - الرياض، - 1415هـ/1994م، ج 03 ص 1048. اطفيش، المرجع السابق، ج 15 ص 190-191.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 233. الخطيب الشربيني، المرجع نفسه، ج 02 ص 198. ابن البناء، المرجع نفسه، ج 03 ص 1048.

(4) يستفاد هذا التخصيص من أنهم لم يذكروا هذا القسم إلا في كتاب الجنائيات.

(5) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 09 ص 322 وما بعدها. ونسبه في الإشراف إلى الشعبي والحكم وحامد والنخعي وقتادة وسفيان الثوري وأهل العراق، والشافعي وأصحاب الرأي، ومن الصحابة عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب. ابن المنذر: النيسابوري، الإشراف على مذاهب أهل العلم، تحقيق محمد سراج الدين، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الدوحة، 1406هـ/1986م، ج 02 ص 108. اطفيش، المرجع السابق، ج 15 ص 195.

غير أنهم يختلفون في تحقق شبه العمد فيما دون النفس، وهو أن يأتي الفاعل السلوك الإجرامي بقصد العدوان دون أن تتجه نيته إلى إحداث النتيجة التي أسفر عنها. فيرى الخنفية<sup>(1)</sup> والحنابلة في قول<sup>(2)</sup> والإباضية<sup>(3)</sup> أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس، ويذهب الشافعية<sup>(4)</sup> والحنابلة في المعتمد<sup>(5)</sup> إلى أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمدا محضا وإما أن يكون شبه عمد.

وقد احتج جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من التقسيم الثلاثي بقول رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «ألا إنه في قتل خطأ العمد، قتل السوط والعصا والحجر، مئة من الإبل»؛ فسمى شبه العمد بهذه التسمية لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل، ولا يشبهه من حيث قصد النتيجة<sup>(6)</sup>.

أما المالكية فيذهبون إلى عدم الاعتراف بشبه العمد لا في القتل ولا فيما دونه، والقسمة عندهم في درجات العصيان ثنائية، إما عمد وإما خطأ ولا ثالث<sup>(7)</sup>. واحتجوا بنص القرآن الكريم الذي جعل العدوان على درجتين؛ وهما العمد والخطأ، فمن زاد ثالثا فقد تزيد على النص، وذلك في قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم﴾ [النساء/من الآية 93]، وقوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ﴾ [النساء/من الآية 92]، فذكر الخطأ والعمد ولم يذكر غيرهما<sup>(8)</sup>.

وواضح من استعراض الحججتين أن قول الجمهور بالقسيم الثالث للعمد والخطأ مستنده النص النبوي الشريف، وليس زيادة بمحض التحكم العقلي، زيادة على أن فيه فائدة لا تنكر من الناحية العملية؛ ذلك أن شبه العمد أقل جسامة من العمد من حيث قصد العصيان، فمن غير المعقول تسويته به في المسؤولية، وينبغي على ذلك أن عقوبة شبه العمد أخف من عقوبة العمد؛ نظرا لوجود الشبهة في تقدير نتيجة الفعل مما يجعل الجناية غير متكاملة.

وثالث درجات المسؤولية وهو الخطأ ويجعل له الفقهاء أربع حالات.

أولها: وهو الخطأ في الفعل، ومثاله أن يرمي طائرا فيخطئه ويصيب إنسانا، وقد تكلمنا عنه في مبحث إرادة السلوك؛ إذ إن سلوك الفاعل غير آثم أصلا.

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 233. وعلل ذلك بأن «ما دون النفس لا يقصد إتلافه بألة دون آلة عادة فاستوت الآلات كلها في الدلالة على القصد فكان الفعل عمدا محضا».

(2) أبو البركات، المرجع السابق، ص 126 وما بعدها. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 09 ص 410.

(3) اطفيش، المرجع السابق، ج 15 ص 180 وما بعدها.

(4) الماوردي، الحاوي، ج 15 ص 234. ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 09 ص 410.

(5) أبو البركات، المرجع نفسه، ص 126 وما بعدها.

(6) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 09 ص 320.

(7) ابن عبد البر، الكافي، ج 02 ص 1095-1096. وذكر القاضي عبد الوهاب قولاً عند المالكية يوافق قول الجمهور، ولم يعزه، التلقين، ج 02 ص 466.

(8) الباجي، المنتقى، ج 07 ص 855. وأثبت تردد قول مالك فيه، ونسب إثباته إلى ابن وهب، وابن شهاب، وربيعة، وابن الزناد، كما رواه ابن حبيب، وهو حكاية العراقيين من أصحاب مالك عن الإمام.

وثانيها: الخطأ في القصد، ومثلوا له بأن يرمي من يعتقد بأنه من جنود العدو، لأنه كان في صفوفهم أو عليه لباسهم، أو لم يتبين لظرف الظلام أو شدة الهول، أو المطر، أو الأدخنة المتصاعدة، فإذا به من جنود الوطن، والواقع أن هذا القسم محله كما أسلفنا مبحث الغلط النافي للقصد الجنائي، وقد تكلمنا فيه بما يفني الغرض.

وثالث هذه الحالات: ألا يقصد الفعل ولكنه يحدث نتيجة لتقصير منه، كمن ينقلب وهو نائم على آخر فيقتله، وقد سماه بعض الفقهاء بالجاري مجرى الخطأ، وقد علل كونه جارياً مجري الخطأ وليس خطأ حقيقة لعدم قصد النائم إلى شيء، حتى يكون مخطئاً لمقصوده<sup>(1)</sup>.

والواقع أن هذا النوع الأخير وهو ما يسمى بالجاري مجرى الخطأ، لا يمكن أن يعد نوعاً منه، وإن كان ثمة تشابهاً بينهما في الفعل؛ ذلك أن الخطأ بنوعيه يصاحبه علم ووعي، ويقتضي نوعاً من القصد إلى الفعل، وهو ما لا يتوفر في مثالنا المذكور؛ إذ لا علم ولا قصد إلى فعل ما، والكلام فيه محله مبحث الضرورة.

ورابع هذه الحالات: أن يتسبب الجاني في الفعل كمن يحفر حفرة في الطريق، فيسقط فيها أحد المارة ليلاً، وتودي السقطة بحياته، ففي هذه الحال ينتفي القصد في السلوك بله في النتيجة<sup>(2)</sup>.

ويحصل لنا من مجموع ما ذكرناه أن الشريعة الإسلامية تقرن الأعمال بالنيات، فقد فرقت في المسؤولية الجزائية بين ما يتعمد الجاني إتيانه قاصداً الفعل ونتيجته، وبين ما يتعمد فيه فعل العدوان غير قاصد ما أسفر عنه من نتيجة أكبر من التي قصدتها، وبين أن يقع الفعل منه نتيجة خطئه أو عدم تبصره، أو إغفال اتخاذ الاحتياطات اللازمة للسلامة، فجعلت مسؤولية العامد مغلظة، لأنه تعمد العصيان بفعله وقلبه، فجنائته متكاملة ومسؤولية المخطئ مخففة؛ لأن العصيان غير وارد على قلبه، وإن تلبس به في فعله، فجرمته غير متكاملة. وبين هذا وذاك درجة وسط، وعلّة التخفيف فيها ما اعترى قصد النتيجة من شبهة دارئة، من دون محو المسؤولية الجزائية كلها.

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 233.

(2) أبو زهرة، الجريمة، ص 136.

## تهديد وتقسيم

بحثنا فيما سبق سببين للتضييق من نطاق توقيع العقوبة، وهما التضييق في الإثبات الجزائي، والتضييق بسبب الخلل الطارئ على أركان الجريمة، وكما هو واضح، فإن هذين السببين يؤثران في العقوبة تضييقاً من نطاقها قبل تحقق موجبها، أي قبل الحكم بالإدانة على المتهم. أما في هذا الفصل، فإننا سنتناول سبباً ثالثاً يختلف من حيث طبيعته عن السببين السابقين، وإن كان يتفق معهما من حيث مداه، وهو التضييق من نطاق العقوبة بالإسقاط. ويتمثل في أمرين:

الأول: وهو الأعدار المعفية من العقاب، وهي في الشريعة الإسلامية متمثلة في التوبة، أما في نطاق القانون الوضعي فهي جملة من الأسباب المذكورة في التشريع على سبيل الحصر.

الثاني: وهي الأسباب الحائلة دون اقتضاء الدولة حقها في العقاب، وتمثل في الشريعة الإسلامية كما في القانون الوضعي في العفو والصلح والتقادم. وهو ما نتناوله في هذا الفصل في مبحثين: المبحث الأول: الأعدار المعفية من العقاب.

المبحث الثاني: الأسباب الحائلة دون اقتضاء الدولة حقها في العقاب.

## الفصل الثالث

### التضييق من نطاق العقوبة بسبب الإسقاط

المبحث الأول: الأعداء المعفية من العقاب.

المبحث الثاني: الأسباب الحائلة دون اقتضاء الدولة حقها

في العقاب

## المبحث الأول

### الأعدار المعفية من العقاب

الأعدار المعفية من العقاب هي أسباب قانونية ناجمة عن سلوك يصدر عن مرتكب الفعل الجرمي، مستجيباً لنداء المشرع ابتغاء الاستفادة من الإغراء الذي يقدمه له للإعفاء من العقاب، وتمثل هذه الأعدار في الشريعة الإسلامية في التوبة، أما في القانون الوضعي، فهي أسباب مذكورة في التشريع على سبيل الحصر. وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث ضمن المطلبين الآتيين: الأول للتوبة في الشريعة الإسلامية، والثاني للأعدار المعفية من العقاب في القانون الوضعي.

#### المطلب الأول: التوبة في الشريعة الإسلامية.

من المقررات في الشريعة الإسلامية أن المقارف للإثم إذا أفلح عنه وتاب إلى الله توبة نصوحاً، بأن ندم على ما سلف منه وعزم على عدم المعاودة، ورد المظالم إلى أهلها إذا كان ما بدر منه اعتداء على حق من حقوق العباد، فإن الله تعالى يقبل توبته ويتجاوز عن خطيئته ولو كانت كزبد البحر، وهذا فيما يتعلق بالديانة.

أما فيما يتعلق بالقضاء، فإن كلمة الفقهاء واحدة في أن التوبة في حقوق العباد الغالبة، وهي القتل والقذف لا تسقط عنه العقوبة، وإنما يتحلل منها بالعتف كما سيأتي تفصيله، أما في باقي الجرائم، وهي ما كانت من حقوق الله تعالى المحضة كالزنا والشرب، أو ما امتزج فيها حق الله تعالى وحق العبد وحق الله فيها غالب، وهي السرقة وقطع الطريق، فالأمر فيها على التفصيل الذي سنتناوله في فرعين: الأول في التوبة من جريمة الحرابة، والثاني: في التوبة من باقي الجرائم.

#### الفرع الأول: التوبة من جريمة الحرابة.

قدمنا القول في جريمة الحرابة عن الحديث عن باقي الجرائم، خلافاً للأصل العام الذي يقضي بوجوب الانتقال من العام إلى الخاص وليس العكس، وذلك لهدف منهجي بحت، وهو أن التوبة في جريمة الحرابة ثابتة بالنص القطعي الذي لا يحتمل الخلاف والاستدراك، مع انعقاد الإجماع على ذلك، أما التوبة في باقي الجرائم، فإن الخلاف واقع فيها على ما سيأتي تبينه، ولأن مما استند إليه القائلون بقبول التوبة في غير الحرابة القياس عليها، فوجب تقدم الأصل المقيس عليه ولو كان خاصاً، على الفرع الملحق به وإن كان عاماً، زيادة على الجري مع سنة الفقهاء في تقدم المتفق عليه على المختلف فيه، وذلك لتحرير محل النزاع.

ونفصل القول في التوبة من الحرابة في بندين: الأول نوضح فيه معنى الحرابة وشرائط تحققها والعقوبات الشرعية المقررة لها، والثاني نجعله في الكلام عن الأحكام المتعلقة بتوبة المحارب.

## البند الأول: مفهوم الحراية وشرايطها وعقوباتها.

تبرز فائدة الكلام في هذا البند في تحديد ما يعد من أفعال الخروج على جماعة المسلمين حراية وما لا يعد كذلك. وقد قسمناه إلى ثلاث فقرات: الأولى لتعريف الحراية، والثانية لشروطها، والثالثة لعقوباتها.

## أولاً: مفهوم الحراية.

لكل لفظ مدلولان أحدهما لغوي، وهو الموضوع للدلالة عليه بالوضع الذي يفهمه أهل اللغة، والثاني اصطلاحى قد يطابق المفهوم اللغوي وقد يضييق منه . وعلى ذلك فسأتناول تعريف الحراية لغة واصطلاحاً.

## 1- التعريف اللغوي للحراية.

الحراية في اللغة مشتقة من حرب، ومزيده حارب يحارب حراية، واسم فاعلها محارب، والحرب نقيض السلم<sup>(1)</sup>. وأصل لفظ الحراية مأخوذ من قوله تعالى: ﴿يَحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة/ من الآية 33]، وهو مجاز وليس بحقيقة؛ إذ إنه ليس بمقدور أي كان محاربة الله تعالى، وإنما جاء التعبير بهذا الوصف لقصد أنهم يحاربون أحكامه ويعلمون الحرب على أمن المسلمين وجماعتهم، ومن كانوا كذلك فكأنهم يعلنون الحرب على الله ورسوله، ويشهد لهذا قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [الأحزاب/ من الآية 57]، أي يؤذون أولياءه الذين يحملون شرعه ويسعون إلى مرضاته، ويشهد له أيضاً ما روي عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رأى معاذ بن جبل يبكي فقال: ما يبكيك؟ قال: سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: «اليسر من الرياء شرك، من عادى أولياء الله فقد بارز الله بالمحاربة»، فمن حارب مسلماً على أخذ ماله فهو معاد لأولياء الله تعالى، محارب لله تعالى بذلك<sup>(2)</sup>.

وقد أطلق الفقهاء على هذه الجريمة بالإضافة إلى تسميتها الأولى تسميتين أخريين، وهما السرقة الكبرى وقطع الطريق<sup>(3)</sup>، وذلك لمذهبهم في أن ركنها المادي هو الخروج لسلب الأموال، فكانت سرقة بوصف أكبر من السرقة العادية، فكانت هذه صغرى والأخرى كبرى، وأيضاً قطع السبيل على الناس، فسمي الكل باسم جزئه لعظم شأنه فيه فكان كأنه هو. والواقع أن اسم الحراية أبلغ في الدلالة على المقصود من هذه الجريمة وذلك لأمرين: الأول: أنه يتسق تمام الاتساق مع الإطلاق القرآني في الآيات التي عاجلت هذه الجريمة.

الثاني: أنه يغطي كل صور ارتكاب الجريمة، على حين يقتصر الاسمان الآخريان على بعض صورها دون البعض الآخر، وهو ما سندلل عليه فيما يأتي.

(1) الجصاص، المرجع السابق، ج 02 ص 406.

(2) الجصاص، المرجع نفسه، ج 02 ص 406. والحديث أخرجه ابن ماجه، كتاب الفتن، باب من ترجى له السلامة من الفتن (3989)، ج 02 ص 1320-1321، من طريق عبد الله بن وهب عن ابن لهيعة عن عيسى ابن عبد الرحمن عن زيد بن أسلم عن أبيه عن عمر بن الخطاب. وقال ضعيف بابن لهيعة، وضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه (3989)، ص 320.

(3) وذلك صنيع أكثرهم؛ إذ نجدهم يعنونون بها بداية كل مبحث يتعلق بالحراية. انظر مثلاً: السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 195. الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 90. النووي، الروضة، ج 07، ص 363. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 302.

فإذا قلنا السرقة الكبرى تبادر إلى الذهن سلب أموال الناس بقوة السلاح دون غيره من المعاني الأخرى المتضمنة في هذه الجريمة، وإذا قلنا قطع الطريق تبادر إلى الذهن الحيلولة دون السفر سواء أصحاب ذلك عنف واعتداء وسلب أم لم يصاحبه.

## 2- التعريف الاصطلاحي للحرابة.

سبق وأن قلنا أن تسمية الحرابة "قطعاً للطريق" أو "سرقة كبرى" هو نتيجة لمفهومها عند بعض فقهاء المذاهب، وأيضاً لتعداد شرائط تحققها بما فيه تزييد على النص القرآني، الذي جاء عاماً في المحاربة والإفساد في الأرض دون تخصيص في أعمال هذه الجريمة. وفيما يأتي بيان تعريف الحرابة عند المذاهب الفقهية.

### أ- تعريف الحنفية.

يعرف الحنفية الحرابة بأنها الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة، إذا أدى هذا الخروج إلى إخافة السبيل أو أخذ المال أو قتل إنسان<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك، فإن شرط تحقق هذه الجريمة عندهم أن يكون القصد من الخروج هو أخذ المال لا غير، وشرطها الثاني أن يكون ذلك بإخافة السبيل وقطع الطريق على المارة، فيتخرج على ذلك أنه إذا خرج نفر بالمغالبة وإخافة السبيل، فسلبوا وقتلوا ولم يكن غرض خروجهم أخذ المال لم يعدوا محاربين، وأيضاً إذا قصدوا من خروجهم أخذ المال ولكن لم يخيفوا سبيلاً ولم يقتلوا أحداً، فليسوا بمحاربين ولو كان خروجهم على سبيل المغالبة.

وليس شرطاً عند هؤلاء الفقهاء أن يكون القطع بسلاح؛ إذ يتحقق بغيره كالعصا والحجر والخشب ونحوها، لأن انقطاع الطريق يحصل بذلك كله، وسواء أكان بمباشرة الكل أو التسبب من البعض بالإعانة والردء، لأن القطع يحصل بالكل كما في السرقة، ولأن هذا عادة القطاع، فيقوم بعضهم بالمباشرة، ويقوم الآخرون بالإعانة والردء<sup>(2)</sup>. كما أنه يستفاد من التعريف السابق أنها تحصل بالفرد كما تحصل من الجماعة.

### أ- تعريف المالكية.

الحرابة عند المالكية هي إخافة السبيل سواء أكان القصد من الخروج هو أخذ المال أم لم يكن كذلك، فقد عرف صاحب المنتقى المحارب بأنه «القاطع للطريق المخيف للسبيل الشاهر السلاح عدواناً وظلماً»<sup>(3)</sup>.

وعلى ذلك فإنه إذا خرج نفر لقطع السبيل وإخافة الناس فهم محاربون، وإن لم يقصدوا سلب الأموال ابتداءً، ومن حمل السلاح على الناس بغير عداوة ولا تائفة فهو محارب، وكذلك قتل الغيلة بأن يخدع رجلاً، أو يمشي حتى يدخله موضعاً فيأخذ ما معه، وأيضاً إذا دخل داراً بالليل، فأخذ مالا مكابراً ومنع الاستغاثة فهو

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 90-91. السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 195. الجصاص، ج 02 ص 406.

(2) أنظر المراجع السابقة.

(3) الباجي: أبو الوليد، المنتقى شرح الموطأ، الطبعة الثالثة، مطبعة السعادة، القاهرة، 1403هـ/1983م، ج 07 ص 169.



محارب، وليس شرطاً عندهم أن تكون الحراية في الخلاء أو في مكان معين، فحيث تحقق إخافة المارة فهو حراية، لا فرق بين أن يكون ذلك في الفيافي والقفار، أو في القرى والأمصار، فحيث لا يأمن الناس الطريق ولا يجدون من يسعفهم بالدفع فإن الحراية تتحقق<sup>(1)</sup>.

#### ج- تعريف الشافعية.

يعرف فقهاء الشافعية الحراية بأنها البروز لأخذ مال أو لقتل أو لإرعاب، مكابرة واعتماداً على القوة، والبعد عن الغوث<sup>(2)</sup>. و تعريف الشافعية هذا قريب من تعريف الحنفية في اشتراطه لانطباق حكم الحراية أن يكون قصد الانتقاص على الدولة هو سلب الأموال، فإن انتفى هذا القصد فإن الفعل الجرمي لا يعد حراية، وقريب من قول المالكية في عدم اشتراط أن يكون مكان خروجهم الفيافي والقفار، بل يتحقق ولو في الحواضر والمدن.

#### د- تعريف الحنابلة.

يعرف الحنابلة الحراية بأنها خروج المكلفين ولو أنشئ على الدولة بسلاح ولو حجارة أو عصا في صحراء أو بنيان أو بحر فيغصبون مالا محترماً قهراً وبجاهرة<sup>(3)</sup>. وواضح شرط الحنابلة من خلال هذا التعريف في أن يكون القصد من الفعل الجرمي سلب المال، وأن يكون ذلك بالقوة والمجاهرة لا بالتخفي والاستتار، وهو ما يقتضي العدد، موافقين في ذلك فقهاء الحنفية. غير أنهم خالفوه في عدم اشتراط الصحراء لامتناع الغوث.

#### هـ- تعريف الظاهرية.

مذهب الظاهرية في تعريف الحراية قريب من مذهب المالكية، فقد جاء في المحلى « أن المحارب هو المكابر المخيف لأهل الطرق المفسد في سبيل الأرض »، وعلى ذلك فإن اللص الذي يدافع ويكابر ويقصد ارتكاب جريمته فهو محارب؛ لأنه قد حارب وأخاف السبيل وأفسد في الأرض. ويستوي عند ابن حزم أن يكون ذلك بسلاح أم بغيره، في مصر وعمران أم في فلاة، واحداً أم أكثر، فكل من حارب المارة وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال أو لجراحة أو لانتهاك فرج، فهو محارب عليه ما عليهم، كثروا أم قلوا<sup>(4)</sup>.

والتعريف المستخلص من الصواب الحاصل في التعريفات السابقة هو أن الحراية هي: "الانتقاص على النظام العام للدولة بالعنف والإرهاب من غير تأويل سائغ" فيدخل فيه ما كان قصده سلب المال، وما كان قصده

(1) ابن فرحون، المرجع السابق، ج2 ص271. وإن كان تعريف ابن فرحون للحراية بأنها "كل فعل يقصده أخذ مال على وجه يتعذر معه الاستغاثة عادة" قريباً من تعريف من اشترط فيها قصد سلب المال، فإنه مخالف للمذهب الذي لم يشترط ذلك، ويمكن تخريج قوله بأن وصف "أخذ المال" في التعريف وصف كاشف جرى مجرى الغالب لاقيداً في التعريف، بمعنى أن الغالب من حال المحاربين الخروج لأخذ المال، وقد يسعنا في هذا التأويل قيده بقيد "عادة".

(2) الشريبي، الإقناع، ج2 ص196؛ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص62.

(3) البهوتي، كشف القناع، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، 1394هـ، ج6، ص149. ابن قدامة، المرجع السابق، ج10، ص303.

(4) ابن حزم، المرجع السابق، ج12، ص283.

قتل الأنفس ، وما كان قصده إسقاط الحكم ولو بالاستناد إلى مبرر ديني أو حق ديمقراطي، كما يدخل فيه ما كان بسلاح وما كان بغير سلاح، ما تحقق فيه معنى العنف والإرهاب، وترويع الأمنين وإحداث الاضطراب في أحوال المجتمع . غير أنه يجتريز عما إذا كان ذلك الخروج بناء على تأويل سائغ من فقيه مجتهد، فيكون خروجهم حينئذ خروج بغاة وليس خروج نحاريين، وتطبق عليهم أحكام البغي لا أحكام الحرابة.

### ثانيا: شروط تحقق الحرابة.

يظهر من استعراض هذه الآراء في مفهوم الحرابة وتحديد شرائطها أن الفقهاء متفقون على أن شرطها وجود الشوكة والمغالبة وترويع الأمنين، إما بقتل النفس أو سلب المال أو انتهاك العرض، أما فيما دون ذلك فقد اختلفوا فيه على الأقوال السابقة. وأوجه الاختلاف كما تقدم تبرز أولا في اشتراط أن يكون قصد الخروج سلب الأموال، وثانيا في اشتراط أن يكون الخروج في مكان معين بوصفه، وثالثا في اشتراط أن يكون ذلك بسلاح محدد بنوعه، ورابعا في اشتراط العدد في الخارجين، وخامسا في اشتراط أن يكونوا ذكورا، وهناك شرط آخر متعلق بمباشرة الفعل. وهذا ما نتناوله فيما يأتي.

#### أ- اشتراط قصد أخذ النصاب من الحرز.

ذهب الحنفية والحنابلة والزيدية وابن أبي ليلى وابن المنذر<sup>(1)</sup> إلى اشتراط أن يكون قصد الانتقاص على النظام العام هو سلب الأموال لتحقيق جريمة الحرابة ، وذهب المالكية والشافعية والظاهرية وأبو ثور إلى عدم اشتراطه<sup>(2)</sup>.

والذي يظهر أن اشتراط أن يكون قصد الخروج لسلب المال تضييق من دائرة مفهوم الحرابة بما يخرجها عن مقصد الشارع من تغليظ العقاب فيها، والراجح هو ما ذهب إليه من لم يجعلها شرطا، وإن كان الغالب من حال المحاريين الخروج لأجل ذلك. فالعبرة إذن بترويع الناس والإفساد في الأرض وقوفا عند مفهوم النص. فإن أخذوا المال فهل يشترط أن يكون ذلك نصابا من حرز أم لا يشترط؟. ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية وابن أبي ليلى وابن المنذر إلى اشتراطه وإن اختلفوا في قيمة النصاب<sup>(3)</sup> ، وذهب المالكية والظاهرية وأبو ثور إلى تحقق القطع ولو لم يأخذوا نصابا أو أخذوه من غير حرز<sup>(4)</sup>.

#### ب- اشتراط مكان الخروج.

اختلف الفقهاء أيضا في شرط مكان الخروج الذي يصح أن يكون فيه قطع الطريق، فذهب الحنفية وبعض الحنابلة إلى أن ذلك لا يكون إلا حيث يضعف الغوث، وحيث يبعد عن أمن السلطان، وجعلوا ضابط ذلك

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 195. الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 291. البهوتي، كشاف القناع، ج 06 ص 151-152.

(2) مالك، المدونة، ج 04 ص 430. القرطبي، المرجع السابق، ج 06 ص 154. الباجي، المرجع السابق، ج 07 ص 169-170. ابن حزم، المرجع السابق، ج 12 ص 283 وما بعدها.

(3) السرخسي، المرجع نفسه، ج 09 ص 195. الكاساني، المرجع نفسه، ج 07 ص 291. البهوتي، نفسه، ج 06 ص 151-152.

(4) القرطبي، المرجع نفسه، ج 06 ص 154. الشافعي، الأم، ج 06 ص 164. ابن حزم، المرجع نفسه، ج 12 ص 283 وما بعدها.

ضابطا ماديا، وهو بعد المكان عن قوة السلطان؛ فإن انتقضت فئة على النظام العام وخرجت على الدولة في الحواضر والقرى، فإن هؤلاء لا يعتبرون محاربين إلا إذا كانوا في غير مصر أو قرية.

وحجتهم أن قطع الطريق يقتضي الانقطاع عن الناس وعن قوة الدولة، والطريق لا ينقطع من المرور إلا خارج الأمصار والمدن والقرى، وحيث ينقطع مرور الأكثرين من الناس الذي يكون في ذاته أمنا. وقد جعل السرخسي تسمية الجريمة بقطع الطريق حجة لمذهبه<sup>(1)</sup>.

وذهب باقي فقهاء المذاهب من المالكية والشافعية وأبي يوسف من الخفية إلى أن العبرة ليست بالمكان، وإنما بلحوق الغوث وإمكان ذلك، ولذا قالوا بأن قطع الطريق يتحقق في المصر والقرية بحيث يستطيعون أن يخيفوا الناس ولا يجاب الغوث<sup>(2)</sup>.

وقد حاول صاحب البدائع التقريب بين القولين، إذ جعل سببه مجرد اختلاف في الزمان، فالأمصار والقرى كان سلطان الدولة فيها قويا قائما يرهب العصاة ويخيف المفسدين، وكان للناس قدرة عليهم، ولذا قرر أبو حنيفة أن القطع لا يتصور في المدائن والقرى، أما باقي الفقهاء فقد أدركوا ضعف سلطان الدولة والناس في بعض الأمصار والقرى، فقرروا أن قطع الطريق يتصور فيها<sup>(3)</sup>.

هذا، ورأي الجمهور في التعويل على عدم تحقق الغوث أو إمكانه دون مكان القطع، ورأي أبي حنيفة -رحمه الله- ومن وافقه من أن شرطها أن تكون في القفار بعيدا عن العمران، كلاهما عند التحقيق لا دخل له في تكييف فعل الجناة، إذ إن العبرة في الفعل الجرمي ذاته، من حيث إنه استخفاف بسلطان الدولة وتهديد لأمنها واعتداء على نظامها العام، وهذا الوصف متحقق في كلا الحالين.

فإذا عول على قول أبي حنيفة ومن تابعه من أن شرطها ألا تكون في الحواضر والقرى، فقد انهدم مقصد تغليظ العقاب فيها لأجل تأمين الناس ومنع الفساد في الأرض، بل إن الذي يرتكب هذه الجريمة داخل الحواضر والقرى أفدح خطرا وأكثر استهتارا هيبة الدولة من الذي يرتكبها في القفار الخوالي، وأكثرهم شرا الذين يعمدون في تنفيذ أفعالهم الإجرامية في التجمعات السكانية الكثيرة العدد، لأجل أن يكون لأفعالهم الأثر البالغ في ترويع الناس وتهمين شأن الدولة في نظرهم.

كما أن المعيار الذي وضعه الفقهاء وهو عدم إمكان وصول الغوث معيار غير منضبط، لا سيما وأن الجناة قبل أن يقدموا على فعلتهم يعمدون إلى قطع كل سبيل للاستغاثة، حتى إذا نفذوا أفعالهم الإجرامية لاذوا بالفرار، وتسعفهم في ذلك المركبات ووسائل النقل المستحدثة، وإلا فإنهم يقومون بمناجزة قوات الأمن النظامية وكأتهما جيشان متكافئان.

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 195. الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 291.

(2) الكاساني، المرجع نفسه، ج 07 ص 192. ابن فرحون، المرجع السابق، ج 02 ص 171. الشريبي، كشف القناع، ج 06 ص 149. البهوتي، الإقناع، ج 02 ص 196.

(3) الكاساني، المرجع نفسه، ج 07 ص 291.

## ج- أن يكون معهم سلاح.

تبرز أوجه الاختلاف أيضا بين الفقهاء في مفهوم الحراة في اشتراط أن يكون هذا الخروج خروجاً مسلحاً، بيد أنهم اختلفوا في نوع السلاح، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط أن يكون السلاح دون نظر إلى نوعه، فالعصا أو الحجر سلاح لأنهما مما يجرح أو يحطم أو يقتل<sup>(1)</sup>، وروي عن أبي حنيفة أنه يشترط أن يكون سلاحاً محددًا وغير المحدد لا يعني عنه، وهو قول غير مشهور عنه، وإنما قال المحدد للاحتراز عن العصا والحجر وما شابهها، على اعتبار أن المحدد في زمامهم هو آلة إزهاق الروح في الغالب الأعم، ولم يعرف عندهم غيره مما استحدثته الأزمنة اللاحقة. وهو قول أبي يوسف والحنابلة وبعض الشافعية وفقهاء الزيدية<sup>(2)</sup>.

غير أن كلا الرأيين في تعويله على السلاح نظر إلى جانب الآلة، وهي مجرد وسيلة قد يتوفر للحناة غيرها، مما يمكنهم به تنفيذ أفعالهم الإجرامية، ولم ينظروا إلى حقيقة الفعل وجوهره، وهو الإفساد في الأرض وترويع الأمنين والاستخفاف بمية الدولة، وهو يتحقق بغير ما ذكره، كما أن إزهاق الروح كما يتحقق بالسلاح المحدد أو غير المحدد أو السلاح الناري، فهو يتحقق بغير ذلك كالحبل للشنق والخنق، والعقاقير والمواد الكيماوية للتسميم، والنار للحرق كما هو الحال في الكثير من المحاربين في زماننا، ممن أصبحوا يتفنون في جرائمهم، وقد اعتبر الإمام مالك كما أسلفنا من يسقون الناس مخدراً ليستولوا على أموالهم محاربين.

## هـ- شرط المجاهرة بالعصيان.

من أوجه الاختلاف بين الفقهاء في شروط تحقق فعل الحراة، اشتراط المجاهرة بالعصيان والتمرد، مع تكوين قوة قاهرة تؤيد هذه المجاهرة، وهذا شرط جمهور الفقهاء، جاء في المعنى: « أن يأتوا بمجاهرة ويأخذوا الأموال قهراً، فأما إن أخذوه محتفين فهم سراق، وإن اختطفوا وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم، وكذلك إذا خرج الواحد والاثنتان على آخر قافلة، فاستلبوا منها شيئاً فليسوا بمحاربين؛ لأنهم لا يرجعون إلى منعة، وإن خرجوا على عدد يسير فهم قطاع طريق»<sup>(3)</sup>.

وأما المالكية<sup>(4)</sup> والظاهرية<sup>(5)</sup> وبعض الحنابلة<sup>(6)</sup>، فإنهم لا يشترطون ذلك الشرط لتحقيق معنى الحراة، بل إن قتل الغيلة عندهم داخل في مفهومها، يقول ابن العربي: « والذي نختاره أن الحراة عامة في المصر والقفر وإن كان بعضها أفحش من بعض، ولكن اسم الحراة يتناولها، ومعنى الحراة موجود فيها، ولو خرج بعضاً في المصر يقتل بالسيف، ويؤخذ بأشد من ذلك لا بأيسره، فإنه سلب غيلة، وفعل الغيلة أقبح من المجاهرة، ولذلك دخل

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 202. مالك المدونة، ج 04 ص 430. الشريبي، مغني المحتاج، ج 04 ص 180. ابن حزم، المرجع السابق، ج 12 ص 283.

(2) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 285. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 303-304. ابن المرتضى، المرجع السابق، ج 05 ص 198.

(3) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 304 وما بعدها.

(4) ابن العربي، المرجع السابق، ج 01 ص 167.

(5) ابن حزم، المرجع نفسه، ج 12 ص 283.

(6) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 303-304.

العفو في قتل المجاهرة فكان قصاصا، ولم يدخل في قتل الغيلة فكان حراية، فتححرر أن قطع السبيل موجب للقتل»<sup>(1)</sup>.

واشترط الإمام أبو زهرة لاعتبار قتل الغيلة حراية أن يكون ثمرة لاتفاق جنائي، كما في جرائم جماعات الأشرار التي تحترف الاغتيل وتجعله ديدنا، كذلك التي تقوم باغتيال السياسيين ورجال الأعمال، فجعل الاتفاق قائما مقام المجاهرة، بل إن المجاهرة في أفعال هؤلاء قائمة عنده؛ لأنهم في كثير من الأحيان معروفون لا بأسمائهم وصفاتهم، وإنما بأفعالهم التي تنبئ عنهم في القتل والنهب والتخريب، وفي أحيان يعلنون عن أنفسهم بأسماء وصفات عند شنهم لأي عمل إرهابي<sup>(2)</sup>.

والواقع أن الاتفاق الجنائي ليس وحده الذي يمكن الفصل به بين ما هو حراية وما ليس كذلك من قتل الغيلة، إذ إن الواقع يحكي لنا أن ثمة من الآحاد من قاموا بأعمال تخويفية واسعة النطاق، فأفسدوا وأرعبوا وقتلوا الأنفس غيلة، فمنهم من يطلق على نفسه اسم "مصاص دماء النساء"؛ لأنه يحترف اختطاف النساء واغتصابهن ثم قتلهن، ومنهم من يطلق على نفسه "وحش الليل"، لأنه يسطو على البيوتات ليلا ابتغاء السلب والنهب والقتل، فيزرع الهلع ويرتفع بفعله الأمان، فالضابط إذن ليس الاتفاق الجنائي وحده، الذي يمكن أن يجعل من فعل الغيلة والاعتداء حراية، وإنما كل فعل ولو كان من فرد إذا كان من شأنه إرهاب الناس والفساد في الأرض.

وعلى ذلك فتكوين جماعات الأشرار التي تهدد الأمن العام، والمنظمات السرية التي تقوم بالاغتيالات والتخريب، وكذا الآحاد الذين يحترفون القتل والسطو ويحدثون الرعب في أوساط الناس، كلهم محاربون لله ورسوله مفسدون في الأرض، تطبق عليهم العقوبات الشرعية المنصوصة ويعاملون معاملة المحاربين.

#### و- شرط المباشرة.

تتحقق الحراية عند جمهور الفقهاء من المباشر للفعل كما تتحقق من المتسبب فيه، وعلى ذلك فإنه يكون محاربا من خرج على جماعة المسلمين مغالبا قاطعا السبيل، فأخذ الأموال وقتل الأنفس، كما يعد محاربا من كان لهم معينا بما أكل أو مشرب أو مأوى، أو إيصال أخبار الناس إليهم أو ردها لهم إذا انهزموا، أو باعهم سلاحا أو ما يتقوون به على قتال الناس<sup>(3)</sup>، أما الشافعي فلا يعتبر محاربا عنده إلا من بأشر الفعل دون من تسبب فيه وإن حضر مباشرته، غير أنه وإن لم يعتبر محاربا فهو عاص يلزمه التعزير<sup>(4)</sup>.

ويترتب على هذا الخلاف أنه إذا خرج جماعة، فقطعوا السبيل وأخذ بعضهم مالا، وقتل بعضهم أشخاصا، ولم يفعل الباقي شيئا، فكلهم مسؤول عن أخذ المال والقتل عند الجمهور، أما عند الشافعية فلا يسأل عن القتل إلا القاتل، وعن أخذ المال إلا من أخذه؛ لأن كل واحد منهم انفرادا بسبب حد فاختص بحده، أما الباقيون فعليهم التعزير.

(1) ابن العربي، المرجع السابق، ج 01 ص 167.

(2) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 145 وما بعدها.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 318.

(4) الشريبي، مغني المحتاج، ج 04 ص 181.

والرأي الذي أميل إليه توفيقى، وهو أن الخارج على سبيل المباشرة والخارج على سبيل الإعانة والردء سواء في انطباق وصف المحاربة عليهم وإلزامهم عقوبة المحارب؛ لأنه لا يتمكن المباشر من مباشرة فعله والتقوي على جماعة المسلمين وإمامهم إلا بالردء والإعانة، بالأكل والشرب والسلاح والمأوى والأخبار، فإعفاء المتسبب في الفعل من عقوبة المحارب إغراء له على التماذي في الفعل الجرمي، وإغراء لغيره على الالتحاق به، وقد تشكل جماعات قصدها كسب المال وبسط السلطان نتيجة لربيع هذا التسبب.

غير أنه وإن سئل عن جريمة الحراية، فإنه لا يسأل عما وقع من المباشر من أفعال القتل والسلب إن لم تكن له فيها يد، ويبدو الأثر العملي لهذا التفريق - كما سيأتي - فيما إذا تاب المحاربون، فإنه يسقط عنهم عقوبة الحراية جميعاً، غير أنه تلزم كل معتد على حق من حقوق العباد العقوبة المقررة لذلك الجرم، فمن قتل قصاباً، ومن جرح يقتص منه مماثلة، ومن سرق وجب عليه رد المال ولزمه القطع على خلاف في ذلك، أما المعين والردء فإنه لا يلزمه شيء إلا إذا كانت له يد مباشرة في ذلك الفعل وتلك السرقة.

#### ز- شرط الذكورة والعدد.

تتحقق الحراية من الجماعة كما تتحقق من الفرد، إذا توفر شرط المغالبة وإخافة السبيل على قول جمهور الفقهاء، الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية<sup>(1)</sup>، وقال بعض الحنفية والحنابلة باسئراط أن يقع من جماعة لها قوة ومنعة<sup>(2)</sup>.

وتتحقق الحراية من الرجل كما تتحقق من المرأة عند الجمهور، المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية ومحمد من الحنفية<sup>(3)</sup>، لأن هذا حد يستوي فيه الذكر والأنثى كسائر الحدود، ولأن النص لم يفرق بين ذكر وأنثى، وعند الحنفية في قول لا تحد المرأة إذا اشتركت في الحراية، ولا يحد معها الرجل إذا وليت هي مباشرة الفعل، ويرى أبو يوسف حد الرجال ولو باشرت المرأة القطع دونهم<sup>(4)</sup>.

هذه جملة الشروط التي وضعها جمهور الفقهاء في اعتبار الجاني محارباً أو غير محارب، وانعكست على مفهومهم لجريمة الحراية، ولعلمهم استفادوها من حديث العرنين الذين كانوا جماعة، وارتكبوا فعلتهم في الصحراء، وكانت معهم أسلحة وجاهروا بمعصيتهم.

وليس في هذا كله دليل واضح على أن هذه الظروف التي تحققت في العرنين، هي الشروط الواجبة التوفر في الفعل الجنائي حتى يكون حراية بالمفهوم الشرعي للحراية؛ لأنه لو وقعت منهم الجريمة في البحر أو الجو أو

(1) المرغاني، المرجع السابق، ج 02 ص 132. مالك، المدونة، ج 04 ص 431. الشريبي، مغني المحتاج، ج 04 ص 181. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 304.

(2) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 195. ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 304.

(3) الخطاب، المرجع السابق، ج 06 ص 314. ابن فرحون، تبصرة الحكام مطبوع بهامش فتح العلي الملك، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ، ج 02 ص 273. الشريبي، المرجع نفسه، ج 04 ص 180. البهوتي، المرجع السابق، ج 06 ص 149. الشوكاني، البحر الزخار، ج 05 ص 198. ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 319.

(4) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 91. السرخسي، المرجع نفسه، ج 09 ص 197. السمرقندي، المرجع السابق، ج 03 ص 248.

البستان أو الحمام أو بالليل أو بالنهار، لكان ذلك موجبا لاشتراط البحر أو الجو ركنا لازما لاكتمال جنائيتهم وليس ذلك بمستقيم<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن العبرة في هذه الجريمة فيما يظهر هو فعل الجناة أنفسهم، وليست هذه الأوصاف الخارجة عن فعلهم، والتي من شأنها بهذه الطريقة التي عرضت بها أن تقرر لصالحهم تكييفاً أقل شدة من الذي ينبغي أن يكون، وهو ما يهدم بشكل واضح الغاية من تشديد العقاب في هذه الجرائم الواقعة على أمن الدولة والمهددة لاستقرارها وانتظام الحياة فيها، حتى قال الإمام مالك في قتل الغيلة أنه حراة، وفي الذين يسقون الناس مخدرا داخل المدن ليستولوا على أموالهم أن عقوبتهم هي عقوبة المحاربين<sup>(2)</sup>، وقال الشيخ أبو زهرة في مثل هذه المنظمات السرية التي تظهر آثارها في الاغتيال والترعيب ينطبق عليها تعريف المحاربين، ولو اتخذوا لهم غطاء دينيا أو تبريرا سياسيا<sup>(3)</sup>. وقد أخذ بهذا الرأي في التعويل على أنه حراة مشروع تعديل قانون العقوبات المصري<sup>(4)</sup>، وبمثله أخذ مشروع قانون الحدود الشرعية الذي أعدته لجنة الأزهر في الباب الثالث منه والخاص بحد الحراة<sup>(5)</sup>.

ونخلص من كل هذا إلى أن الشرط الوحيد لاعتبار هذه الجناية حراة هو ما نص عليه القرآن الكريم في آية المحاربة، وهو محاربة الله ورسوله، أي الخروج على أوامره وشرائعه بالقوة أيا كانت أداة هذه القوة، والسعي في الأرض بالفساد والتخريب والتدمير وإهلاك الحرث والنسل.

فكسل من تحقق فيه هذان الشرطان فهو محارب، مسلما كان أم كافرا أم مرتدا، محاربا بالليل أم بالنهار، مهاجما بالبدو والقفار أم بالحواضر والمدن، مقاتلا بالسيف أم بالعصا أم بالحجر أم بساعديه، فكل ذلك سواء؛ لأنه خرج على طاعة الإمام المسلم بالمناجزة والمنعة من غير اجتهاد ولا تأويل سائغ فكان محاربا، وفي هذا التعريف احتراز عن البغاة الذين يخرجون مستندين إلى تأويل مبني على اجتهاد خاطئ، والضابط في ذلك أن يكون فيهم عالم مجتهد يرجعون إليه ولا يفعلون أفعال المحاربين<sup>(6)</sup>.

### ثالثا: عقوبة المحارب.

الأصل في عقوبة المحارب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة/33]. وقد اختلف الفقهاء في فهمهم للآية وذلك تبعاً لاختلافهم في معنى حرف "أو"، فمنهم من رأى أن حرف "أو" جاء للبيان والتفصيل، ومنهم من رأى أنه جاء للتخيير، وهذا تفصيل ذلك.

(1) أبو زهرة، العقوبة، ص 147. وحديث العرنين سبق تخريجه ص 32.

(2) العوا، المرجع السابق، ص 193.

(3) أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 147-148.

(4) وهو مشروع د. إسماعيل معتوق، ص 25 من المذكرة الإيضاحية له، وقد عللت تبني المشروع لهذا الرأي أيضا بانتشار الجرائم التي تدخل تحت الحراة في عاصمة البلاد وفي غيرها من المدن والقرى، فضلا عن الطرق العامة في القطارات والمركبات. أنظر: العوا، المرجع نفسه، ص 193.

(5) نقلا عن العوا، المرجع نفسه، ص 193.

(6) زايد: محمد طلبة، ديوان الجنائيات، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية - القاهرة -، 1402هـ/1982م، ص 497.

## 1- القائلون بأن "أو" للتفصيل وأدلتهم .

يرى أصحاب هذا القول أن العقوبات جاءت مرتبة على قدر الجريمة، أي موزعة على جرائمها المناسبة لها، فجعل لكل جريمة عقوبة بعينها، وهو مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية والإباضية وبعض الفقهاء والمحدثين، فهي مرتبة عندهم باختلاف أفعال المحاربين لاختلاف صفاتهم<sup>(1)</sup>.

واستدلوا بما ورد عن ابن عباس-رضي الله عنهما- أنه قال في قطاع الطريق: « إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا، وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا نفوا من الأرض ». ووجه الدلالة في هذا الحديث أن قطاع الطريق تختلف حدودهم باختلاف أفعالهم وهو يوافق معنى كتاب الله تعالى<sup>(2)</sup> جاء في نهاية المحتاج أن كلام ابن عباس إما أن يكون توقيفاً وهو الأقرب، أو يكون لغة، وكل منهما تقوم به الحجة<sup>(3)</sup>.

ومن المعقول ما قاله صاحب فتح القدير من أن: « المقطوع به أن القتل والصلب والنفي كلها عقوبات على جنائية قطع الطريق، ومن المقطوع به أن هذه الجنائية تتفاوت خفة وغلظاً، والعمل بالإطلاق المحض للآية يقتضي جواز أن يرتب على أغلظها أخف العقوبات المنصوص عليها، وعلى أخفها أغلظ العقوبات، وهذا مما تدفعه قواعد الشرع والعقل، فوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ والأخف للأخف، ولأن في هذا التوزيع موافقة لأصل الشرع »<sup>(4)</sup>.

وقد نوقش استدلالهم بأن كل موضع ذكر الله تعالى فيه عقوبات مختلفة وقصد الترتيب، بدأ بالأغلظ فالأغلظ، وإن قصد التخيير بدأ بالأخف فالأخف، بأن هذه دعوى لا دليل عليها، بل الدليل قائم على بطلانها، من ذلك قوله تعالى: ﴿ أن يقتلوا أو يصلبوا ﴾ [المائدة/من الآية 35]، فبدأ بالقتل وهو الأخف، ثم ثنى بالصلب وهو الأشد، فذلك يوجب التخيير على مقتضى قولهم بين القتل والصلب، وهم لا يقولون بذلك، وكذلك قوله تعالى في جزاء الصيد في الأشهر الحرم: ﴿ هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين ﴾ [المائدة/من الآية 97]، فبدأ بالهدي وهو أغلظ من الإطعام والصيام، فكان ذلك على التخيير ولم يكن على الترتيب.

ومن جهة أخرى لو كان اللسان العربي يوجب الترتيب إذا بدأ من العقوبات بالأغلظ فالأغلظ على ما قاله دون التخيير، لما قال عز وجل في كفارة القتل وكفارة الظهار ﴿ فمن لم يجد ﴾ [النساء/من الآية 91]، [المجادلة/من الآية 04]، ولقال " أو صيام شهرين متتابعين"، لأن "أو" أخف على اللسان من "فمن لم يجد"، فلو استويا في المعنى لما قال تعالى إلا الذي هو أخف على اللسان وأوجز في الكلام؛ لأن البلاغة إنما هي بيان المعاني مع اختصار في

(1) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 05 ص 425. الباري، المرجع السابق، ج 05 ص 323-324. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 04 ص 114. الشريبي، مغني المحتاج، ج 04 ص 182. الرملي، المرجع السابق، ج 08 ص 05. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 305. اطفيش، المرجع السابق، ج 14 ص 791. أبو الحسن، شرح الأزهاري، ج 04 ص 377.

(2) الشافعي، الأم، ج 06 ص 139. والحديث أخرجه الشافعي في مسنده كما في نيل الأوطار، ج 07 ص 172. والبيهقي، كتاب السرقه، باب قطاع الطريق، ج 08 ص 283؛ من طريق الشافعي بإسناد فيه صالح مولى التوأمة وهو ضعيف، وإبراهيم السلمي وهو متروك.

(3) الرملي، المرجع نفسه، ج 07 ص 588.

(4) ابن الهمام، المرجع نفسه، ج 05 ص 425.



الألفاظ، ولا يقال إن عتق الرقبة أغلظ من صيام شهرين متتابعين بل الصيام أشد وأغلظ، لا سيما على من كان كثير المال<sup>(1)</sup>.

ومع أن الحنفية مع الذين قالوا بأن «أو» للترتيب والتوزيع، فقد قال أبو حنيفة بالتخيير بين الصلب وتركه، وهو ظاهر الرواية<sup>(2)</sup>، قال صاحب العناية: «حاصله أن الإمام بالخيار في جمع العقوبتين بين قطع الأيدي والأرجل مع القتل أو الصلب، وبين القتل والصلب ابتداء من غير قطع الأيدي والأرجل، وكذلك للإمام الخيار عند اختيار ترك قطع الأيدي والأرجل بين القتل والصلب، وهذا قول أبي حنيفة»<sup>(3)</sup>، وهو مناف لما ذكره سابقا أن المراد التوزيع<sup>(4)</sup>.

## 2- القائلون بأن "أو" للتخيير وأدلتهم .

ذهب بعض الفقهاء إلى أن حرف "أو" جاء للتخيير، ومن ثم فللإمام أن يوقع أية عقوبة على أية جريمة، بحسب ما يراه ملائما لطهارته. وهو مذهب المالكية في المشهور والظاهرية، غير أن المالكية قيدوا هذا التخيير في حالة القتل، فجعل الخيار بالقتل والصلب فقط، وحثهم أن القتل أصلا عقوبته القتل، فلا يعاقب عليه بالقطع ولا بالنفي، وقيدوا التخيير في حالة أخذ المال دون قتل، وجعلوا للإمام الخيار في عقوبة النفي<sup>(5)</sup>.

واستدلوا على ذلك بمذهبهم في حرف "أو" الذي يدل بالوضع اللغوي على التخيير، فكل ما قال فيه الله عز وجل "أو" فعل كذا "أو" فعل كذا، فصاحبه بالخيار يفعل أي ذلك شاء، من ذلك قوله تعالى: ﴿ففدية من طعام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة/من الآية 195]، وقوله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾ [المائدة/ من الآية 91]. قال القرطبي: بعد ما نقل قول ابن عباس قوله: «ما كان في القرآن "أو" فصاحبه بالخيار» قال: «وهذا القول أشعر بظاهر الآية»<sup>(6)</sup>.

والإمام عند المالكية وإن كان مخيرا في هذه العقوبات، إلا أنه ليس متروكا لمجرد التحكم والهوى، وإنما مقيد بشرط المصلحة العامة، فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير، فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه؛ لأن القطع لا يرفع ضرره، وإن كان لا رأي له ولا تدبير، وإنما هو ذو قوة وبأس، قطعه من خلاف، وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ باليسير، وما يجب فيه هو النفي والتعزير، هذا في حال إذا لم يقتل، فإن قتل وجب قتله، ولا تخيير للإمام في قطعه ونفيه، وإنما له الخيار بين القتل والصلب، وكذلك إذا أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير للإمام

(1) ابن رشد، المقدمات والمهدات، الجزء المخطوط بالجامعة التونسية تحت رقم 12100، ورقة 384 ظهر، نقلا عن محمد الشريف: عبد السلام، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الزيتونة، 1405هـ/1985م، دار الغرب الإسلامي، بلا تاريخ، ص239.

(2) ابن الهمام، المرجع السابق، ج05 ص426.

(3) الباري، المرجع السابق، ج05 ص425.

(4) سعدي حلي، المرجع السابق، ج05 ص425.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، ج02 ص380-381. القرطبي، المرجع السابق، ج06 ص152. ابن رشد، المقدمات والمهدات ص384. وإلى هذا ذهب جمع من التابعين وفقهاء الأمصار منهم، عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن البصري والضحاك وعمر بن عبد العزيز وإبراهيم النخعي وأبو ثور وداود وهو المروي عن ابن عباس. أنظر المراجع السابقة.

(6) القرطبي، المرجع نفسه، ج06 ص152.

في نفيه وإنما له الخيار في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف<sup>(1)</sup>. فكان قول المالكية بالتنحير مقرونا بالاجتهاد في التمييز بين الأحوال، وليس تنحيرا مطلقا كما عند الظاهرية وكثير من فقهاء السلف، كما سلف البيان<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: حكم توبة المحارب.

يتضح مما سبق سوجه أن أفعال المحارب لا تخلو من أحد احتمالين؛ فإما أن يقوم بفعل الخروج على جماعة المسلمين من دون أن يسرق مالا أو يقتل أحدا أو يعتدي على حق من حقوق الناس، وإما أن ينظم إلى فعله في الخروج سلب الأموال وقتل الناس وهتك الأعراض إلى ما هنالك، وعلى ذلك فسنناول حكم توبة المحارب في فقرتين: الأولى لأثر التوبة في إسقاط حد الحرابة، والثانية في التوبة مما ينظم إليها من الأفعال الإجرامية.

### أولا: أثر التوبة في إسقاط حد الحرابة.

لستوبة المحارب حالان، فإما أن يتوب مما اقترفه قبل قدرة الإمام عليه، وإما أن يتوب بعد أن يقدر عليه، فإذا تاب المحارب بعد أن تمكنت منه السلطات العامة وألقت عليه القبض، فإن توبته والحال هذه هدر لا يلتفت إليها، أما إذا تاب قبل أن يقدر عليه، فإن توبته تسقط عنه الحد وترفع عنه العقوبة التي نصت عليها آية الحرابة بالشروط التي سنذكرها فيما يأتي، وهذا بإجماع الفقهاء<sup>(3)</sup>.

والمرجع في التفريق بين الحالين من حيث عدم القبول في الأولى والقبول في الثانية، هو قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة/ من الآية 34]، فقيدت الآية القبول على الوصف المذكور.

أما من جهة المعقول فإن الشارع إنما قرر التوبة للمحارب ونص عليها في الكتاب العزيز نصا صريحا، ولم ينص على غيرها لما في جريمة الحرابة من الشر المستطير والضرر البالغ المحيط بالناس أفرادا، وبالذات مصالح ومنشآت وهيآت ومؤسسات، مما يؤذن بخراب الديار وتدهور الأحوال الإقتصادية والاجتماعية والثقافية، واهتزاز مكانة الدولة في المحافل الدولية، ولذلك جاء الترغيب في توبة المحارب ورجوعه إلى جادة الطريق عن محاربه وإفساده في الأرض، فناسب ذلك إسقاط العقوبة عنه بتوبته قبل أن تقدر عليه الدولة، بالإضافة إلى أن توبته

(1) ابن رشد، المقدمات والمهدات، ص 384 ظهر.

(2) وإلى هذا أشار الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير بقوله: «إن الحدود الأربعة واجبة لا يخرج الإمام عنها، مخيرة لا يتعين واحد منها، إلا أنه يندب للإمام أن يظهر ما هو الأصلح واللائق بحال ذلك المحارب، إذا ظهر له ما هو اللائق ندب له فعله، فإذا خالف وفعل غير ما ظهر له أنه الأصلح أجزأ مع الكراهة وهو المذهب، ومقابلة قول القرابي إذا تبين الإمام الأصلح بالمحارب من أنواع الحد وجب على الإمام فعله ولا يجوز له العدول عنه» الدسوقي، المرجع السابق، ج 04 ص 321.

(3) الجصاص، المرجع السابق، ج 02 ص 412-413. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 05 ص 173. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 04 ص 116. مالك، المدونة، ج 04 ص 431. ابن العربي، المرجع السابق، ج 02 ص 603. الشافعي، المرجع السابق، ج 06 ص 140. الشريبي، مغني المحتاج، ج 04 ص 183-184. ابنا فدامة، المغني والشرح الكبير، ج 10 ص 315. البيهقي، كشف القناع، ج 06 ص 153. المرادوي، المرجع السابق، ج 10 ص 292-295. ابن حزم، المرجع السابق، ج 11 ص 126. اظفيش، المرجع السابق، ج 14 ص 792. ابن المرتضى، المرجع السابق، ج 05 ص 201. الحلبي، المرجع السابق، ج 04 ص 181.

والحال هذه مظنة للتصديق والاطمئنان، بخلاف التوبة بعد القدرة عليه، فبالإضافة إلى أنه لا فائدة من ترغيبه في التوبة؛ لأن إفساده قد انقطع وظهر عجزه عن المحاربة، فإن توبته مظنة للتقية والخداع مع أن نفسه مازالت منطوية على خطورة إجرامية لا تؤمن<sup>(1)</sup>.

ثانيا: أثر توبة المحارب في غير الحراية.

من المقررات في الفقه الإسلامي أن الأفعال الإجرامية التي يأتيها المحارب أو غيره إما أن تكون اعتداء على حق خالص لله تعالى، وإما أن تكون اعتداء على حق لله وللغرد وحق الله فيه أغلب، وإما أن تكون اعتداء على حق لله وحق للغرد وحق للفرد فيه أغلب.

ودونما حوض في بيان بعض الجرائم المختلف في تكييفها على أنها جرائم اعتداء على حق لله غالب أم حق غالب للفرد كجريمة القذف، فإننا نقرر أنه يترتب على هذا التقسيم للأفعال في نطاق النظام الجنائي الإسلامي نتائج بعضها موضوعي وبعضها إجرائي، ومن جملة هذه النتائج مدى جواز التوبة من الاعتداء على هذين النوعين وهو ما نتناوله فيما يأتي:

#### 1- أثر توبة المحارب في إسقاط حقوق الله.

تمثل حقوق الله تعالى في حدّي الزنا والشرب وكل الجرائم التعزيرية التي من جنسها، كمقدمات الزنا من قبلة ومفاخدة، ومقدمات الشرب كغشيان مجالس أصحابه وغير ذلك، وكل الجرائم التعزيرية التي ليس فيها اعتداء على حق من حقوق الأفراد التي سيأتي بيانها - إن شاء الله -.

وقد عرض الفقهاء لأحكام التوبة في هذا النوع في حالين؛ الأولى: إذا كان قد اقترف هذه الجرائم قبل الحراية، والثانية إذا كان اقترفها خلال الحراية.

فذهب المالكية في قول، والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى القول بسقوط كافة الحقوق الخالصة لله تعالى، سواء ارتكبها قبل الحراية أم خلالها<sup>(2)</sup>. وذهب الحنفية والمالكية في المعتمد، والزيدية وقول للشافعية إلى القول بسقوط الأفعال التي ارتكبها خلال الحراية دون التي قبلها<sup>(3)</sup>.

وقد استدل الفريق الأول على ما ذهبوا إليه بعموم آية الحراية، ولا مساع لتخصيصها بأن أثر التوبة لا يشمل إلا الجرائم التي ارتكبها المحارب خلال الحراية، بل هي عامة لأن الشخص التائب كان خارج سلطة الدولة ممنعا عليها، فإذا أظهر التوبة لم تحصل توبته على التقية<sup>(4)</sup>.

(1) القرطبي، المرجع السابق، ج 06 ص 184. الشريبي، معني المحتاج، ج 04 ص 184. ابن قدامة، المغني، ج 10 ص 315.

(2) القرطبي، المرجع نفسه، ج 06 ص 155. ابن جزري، المرجع السابق، ص 284. وجاء فيه: «فلو تاب قبل القدرة عليه سقط ما يختص بقطع الطريق من العقوبات على المذهب». الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 286، المطيعي، تكملة المجموع، ج 19 ص 84-85. ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10، ص 316-315. المرادوي، المرجع السابق، ج 10 ص 200. ابن حزم، المرجع السابق، ج 11 ص 127.

(3) أبو يوسف، المرجع السابق، ص 233. القرطبي، المرجع نفسه، ج 06 ص 155. المطيعي، المرجع نفسه، ج 19 ص 85-86. الشيرازي، المرجع نفسه، ج 02 ص 286.

(4) القرطبي، المرجع نفسه، ج 06 ص 155.

أما الفريق الثاني فقد استندوا إلى أدلة كثيرة استدلوها بها على أن التوبة لا تسقط باقي الجرائم غير الحاربة، نذكر طرفاً منها ونرجئ الباقي إلى حينه. فقد ذكر أبو يوسف في الخراج قال: حدثنا المغيرة عن حماد بن إبراهيم في رجل أصاب حداً ثم خرج محارباً ثم طلب الأمان فأمن، قال: يقام عليه الحد الذي كان أصابه، وعن الحكم قال: أهل العلم يقولون إذا أمن المحارب لم يؤخذ بشيء كان أصابه في حالة حربه، إلا أن يكون شيئاً أصابه قبل ذلك فيؤخذ به<sup>(1)</sup>.

والواقع أن الرأي الأول أكثر اتساقاً واستجابة للحكمة التي شرعت توبة المحارب لأجلها، وهي كف أذى المحارب عن الناس وقطع إفساده في الأرض، فإذا علم من قصد من الحارين إلى التوبة بأنه مؤاخذ على ما ارتكبه قبل الحاربة لم يغيره ذلك بالرجوع عما هو عليه، وفي هذا إهدار لنفوس كثيرة وأموال كثيرة، وللنظر في هذا الضرر الكبير الذي تأباه قواعد الشريعة التي تنص على أن "الضرر يزال"، و"الضرر الأكبر يزال بالضرر الأصغر"، وهذا الرأي يتفق تماماً وهذه القواعد من سماحة الإسلام ومقاصده التشريعية، في الحفاظ على المهج وحفظ النفوس.

## 2- أثر توبة المحارب في إسقاط حقوق العباد.

من المستفق عليه في الفقه الإسلامي أن جرائم الاعتداء على الأشخاص من قتل وضرب وجرح، وهي المعروفة في الفقه الجنائي الإسلامي بجرائم القصاص والدية، هي جرائم تقع اعتداء على حق الفرد المجني عليه، وكذا جرائم الاعتداء على الأموال عند الأكثرين باعتبار أنه لا يجب فيها المساءلة إلا بالشكوى، وتنقضي فيها الدعوى بالتنازل عن الشكوى، وتسقط العقوبة بتملك العين المسروقة للشارق. وقد اختلف الفقهاء في حكم التوبة من المحارب في هذا النوع من الجرائم على قولين:

فذهب الزيدية<sup>(2)</sup> وبعض الفقهاء<sup>(3)</sup> إلى سقوط كافة الحقوق إذا تاب المحارب توبة نصوحاً، وذهب جمهور العلماء إلى أن التوبة لا تسقط إلا الحقوق الخالصة لله تعالى، أما حقوق العباد من القتل والجراح وأخذ الأموال، فلا بد فيها من العفو أو التملك كما لو لم تكن حاربة.

واستدل الفريق الأول بعموم الآية التي تنص على الحاربة، والتي نصت على سقوط العقاب، ولم تخصص عقوبة دون أخرى، فوجب إجراء العام على عمومها إذ لا يخصص<sup>(4)</sup>.

واعترض عليه بأن الاستثناء الوارد في آية الحاربة قاصر على فعل الحاربة دون ما يستتبعه من حقوق العباد، إذ أن وجوب رد المال لصاحبه ووجوب القصاص غير داخل في الاستثناء، وفي هذا دلالة على عدم سقوط حقوق الأدميين عن المحارب؛ لأنها لم ترد في الآية ولم يشملها النص<sup>(5)</sup>.

(1) أبو يوسف، المرجع السابق، ص 233.

(2) ابن القاسم، التاج المذهب، ج 04 ص 254.

(3) منهم الليث بن سعد، ومحمد بن جرير الطبري. أنظر: الطبري، المرجع السابق، ج 06 ص 155.

(4) أنظر: المراجع السابقة.

(5) الفضيلات، المرجع السابق، ج 03 ص 255.

واستدل الفريق الثاني بمقتضى آيات القصاص من ذلك قوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة﴾ [البقرة/من الآية 178]، وقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله، إنه لا يحب الظالمين﴾ [الشورى/من الآية 40]، فهذه النصوص قد جعلت إعفاء القاتل من العقاب متوقف على عفو ولي الدم وليس على مجرد التوبة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: التوبة من غير جريمة الحراية.

سبق وأن أوضحنا أن الحقوق التي يقع عليها الاعتداء في الشريعة الإسلامية أنواع؛ منها ما هو خالص لله تعالى، ومنها ما يشترك فيه حق الله تعالى وحق العبد وحق الله فيها أغلب، ومنها ما يشترك فيها حق الله وحق العبد وحق العبد فيها أغلب.

على أن هناك خلافاً فقهيًا لا ينكر في تكييف بعض الحقوق، ومن ثم تحديد وصف الاعتداء عليها، أي هل هو اعتداء على حق لله تعالى أم اعتداء على حق غالبه للعبد، ولهذا الاختلاف آثاره الموضوعية والإجرائية في نطاق الفقه الجنائي الإسلامي، ومن أهم هذه الآثار هو قبول التوبة أو عدم قبولها، وهذا ما نفصل فيه القول فيما يأتي في هذا المطلب عن التوبة في غير جريمة الحراية.

ونقصد بها باقي الأفعال التي ورد النص بحظر إتيانها، ورتب على مخالفة نص الحظر جزاء جنائياً، وهي باقي جرائم الحدود والزنا والسرقه والشرب، وأما جرائم القصاص والقذف، فإنهم متفقون على أنها لا تسقط بمجرد التوبة، وإنما يحتاج في ذلك لعفو ولي الدم في جرائم القصاص، ولعفو المجني عليه في القذف.

وأما الحدود الثلاثة التي ذكرنا والتي يغلب فيها حق الله على حق الفرد، فالخلاف فيها واقع على النحو الذي سنذكره، وسبب خلافهم ناشئ عن عدم وجود نص قطعي الثبوت قطعي الدلالة يفصل في المسألة محل النزاع، كما هو الحال في الحراية، فذهب قوم إلى قصر التوبة على مورد النص، أي على الحراية دون غيرها، وذهب آخرون إلى إجرائها على باقي الجرائم اعتماداً على أدلة أخرى نقلية وعقلية، بشرط ألا تكون التوبة مع تمكن السلطات من الجاني، وذهب جانب من الفقه إلى أنه شرط غير صحيح، فهذه أقوال ثلاثة تناوّلها فيما يأتي مع عرض أدلة كل قول واتباع ذلك كله بمناقشة وترجيح.

### البند الأول: التوبة مسقطة للحدود الثلاثة قبل القبض على الجاني.

ذهب الشافعية في المعتمد والحنابلة والزيدية إلى أن مجرد توبة الجاني مما اقترفت يدها يسقط عنه العقوبة الحدية، دون تفريق بين ما هو حراية أو ما هو زنا أو سرقة أو شرباً، بشرط أن يكون ذلك قبل وقوع الجاني في قبضة السلطات المختصة<sup>(2)</sup>، وقد التمسوا الحجة فيما ذهبوا إليه في الكتاب والسنة وفي المعقول.

(1) أنظر المراجع السابقة.

(2) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 286-287. الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 225-226، وفيه «ولو تاب قبل القدرة عليه يسقط الحد في أظهر القولين». وانظر: النووي، الروضة، ج 07 ص 367-368. المطيعي، التكملة، ج 19 ص 82. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 316. الحيمي، المرجع السابق، ج 04 ص 475.

فمن الكتاب قوله تعالى فيمن يأتي الفاحشة: ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء/من الآية 16]، فقد بينت هذه الآية أن التوبة سبب للإعراض عن من جاء تائبا ولعدم معاقبته، والضمير في يأتيانها يعود على الفاحشة في قوله تعالى: ﴿واللائي يأتين الفاحشة من نساءكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا﴾ [النساء/15].

وهاتان الآيتان محكمتان ولا يوجد ما يدل على نسخهما، ومضمون الآية هنا هو وجوب الإعراض عن عقوبة من جاء تائبا، وهي ما نص عليه قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهم مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله﴾ [النور/من الآية 02]، وهذا هو الحد، فالإعراض عنه واجب بعد التوبة<sup>(1)</sup>.

ورد هذا الاستدلال بأن آية سورة النساء إنما نزلت تبين حكم الزنا قبل نزول آية الجلد، فكانت عقوبة للمرأة هي الحبس في البيت، فجاءت سورة النور وبينت الحكم النهائي في هذه القصة<sup>(2)</sup>.

ومما استندوا إليه أيضا قوله تعالى في حد السرقة: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله غفور رحيم﴾ [المائدة/39]، وهذه الآية الكريمة ذكرت بعد العقاب المقرر في قوله تعالى: ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة/ من الآية 38]، فتكون الآية اللاحقة للآية السابقة بمثابة الاستثناء في آية الحراية في قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا﴾ [آل عمران/من الآية 89]، واستقلال الكلام لا يمنع كونه استثناء من الحكم، وإن كان على غير صيغة الاستثناء المعروفة في اللغة، هذا وجه، والوجه الآخر أن آخر النص الكريم في قوله تعالى: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح﴾ مخصص لعموم أمر القطع في قوله تعالى ﴿فاقطعوا أيديهما﴾، وهذا اعتمادا على القاعدة الأصولية المستقرة في أنه إذا تعارض نصان في ظاهرهما وكانا مقارنين في الزمان يكون أحدهما مخصصا لعموم الآخر<sup>(3)</sup>.

ورد بأن عدم إسقاط العقوبة عن السارق لأن الله سبحانه وتعالى لم يستثنهم من جملة من أوجب عليهم الحد، وإنما أخبر أنه غفور رحيم لمن تاب منهم، اعتمادا على أن مجرد إقامة الحد لا يستلزم التوبة ديانة، وإنما يتطلب ذلك الرجوع إلى الله والإنابة إليه، والندم عما بدر منه، أما في آية المحاربين، فإن الاستثناء يوجب إخراجهم من الجملة كما رد أيضا بأن قوله تعالى ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح﴾ يصح أن يكون كلاما مبتدأ مستغنيا بنفسه عن تضمينه بغيره، وكل كلام اكتفى بنفسه لم يجعله مضمنا بغيره إلا بدلالة.

أما قوله تعالى في آية الحراية ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة/من الآية 34]، فمفتقر في صحته إلى ما قبله، فمن أجل ذلك كان مضمنا به<sup>(4)</sup>.

وفي السنة الشريفة نصوص كثيرة تدل على سقوط الحدود بالتوبة منها حديث معاذ -رضي الله عنه- عندما أمر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- برجمه «فلما مسته الحجارة خرج يشتم، وخرج عبد الله بن أنيس من نادي

(1) المراجع السابقة.

(2) أبو زهرة، العقوبة، ص 245.

(3) المراجع السابقة.

(4) أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 245.

قومه بوظيف حمار فضربه فصرعه، فأتى النبي -صلى الله عليه وسلم- فحدثه بأمره فقال: «ألا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه، يا هذا لو سترته بثوبك كان خيرا لك»، ووجه الدلالة فيه قوله -صلى الله عليه وسلم-: «ألا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه»، فلو لم تكن التوبة مسقطا ما صرح النبي -صلى الله عليه وسلم- بقبول هروب ماعز دلالة على إمكان توبته<sup>(1)</sup>.

ورد بأن قول النبي -صلى الله عليه وسلم- فيما ورد إنما ليتثبت من حاله ويستفصل في مقامه، فإن وجد شبهة يسقط الحد بها أسقطه لأجلها، وإن لم يجد شبهة كذلك أقام عليه الحد، ولهذا قال في رواية: «فهلأ تركتموه وجئتموني به».

ثم إن المسارعة بالتوبة فيها دلالة قاطعة على طهارة النفس وعدم دناستها بالرجس، وقد قال تعالى في تحقيق شرط التوبة ﴿إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ﴾ [النساء/ من الآية 17] والجهالة قد تكون شهوة غلبة صادفت نفسا ضعيفة أو إرادة مهتزة<sup>(2)</sup>.

واستدلوا من جهة القياس بأن التوبة تسقط الحدود بالقياس الجلي الأولوي على جريمة الحرابة لأنها أشد وأكثر فسادا، وهي جريمة مركبة من عدة جرائم، فإذا أثرت فيها التوبة بالغفران وأسقط حد الحرابة بها فمن باب أولى في كل ما هو أدنى منها، وذلك لأن الحرابة مجرماتها أشد خطرا وأسوأ أثرا وعقوبتها أقسى ألما وأشد عذابا فإذا نفعت التوبة فيها وأسقط الحد فمن باب أولى تكون التوبة مؤثرة في إسقاط عقوبة الزنى والشرب والسرقة أيضا لأنها خالص حق الله تعالى فسقط كحد المحارب<sup>(3)</sup>.

### البند الثاني: التوبة لا تمنع من إقامة الحدود الثلاثة.

وذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول والظاهرية إلى أن التوبة لا تمنع العقوبة ولا يسقط بها الحد وتقوم حججهم على جملة من الأدلة النقلية والعقلية<sup>(4)</sup>.

فمما استندوا إليه قوله تعالى في آية الجلد في الزنى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور/ من الآية 02]، وقوله تعالى في آية القطع في السرقة: ﴿السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة/ من الآية 38] ووجه الدلالة أن الأمر بالجلد في الآية الأولى، والأمر بالقطع في الآية الثانية عام يشمل من تاب ومن لم

(1) المراجع السابقة، والحديث سبق تفريجه، ص 65.

(2) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 286-287. والماوردي، الأحكام السلطانية، ص 225-226. وجاء فيه: «وفي قوله ﴿بجهالة﴾ تأويلان: أحدهما بجهالة أنه سوء، والثاني لغلبة الشهوة مع العلم بأنها سوء وهذا أظهر التأويلين، ولكن من جهل بأنها سوء لم يأثم بها، ولا يجل لأحد أن يشفع فيه، فتأتي التوبة بعد التنبه والرجوع فتكون مسقطا للحد».

(3) الشيرازي، المرجع نفسه، ج 02 ص 286-287. الشريبي، المرجع السابق، ج 04 ص 184.

(4) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 96. واستثنى الحنفية من ذلك حد السرقة إذا تاب السارق قبل القدرة عليه ورد المال إلى صاحبه، فيسقط عنه الحد حينئذ؛ وذلك أن الخصومة مشترطة في السرقة عندهم، فإذا رد المال انتفى وجه الدعوى بخلاف سائر الحدود. وانظر: الزرقاني، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بلا تاريخ، ج 08 ص 112. النووي، الروضة، ج 07 ص 360. ابن حزم، المرجع السابق، ج 12 ص 17 وما بعدها.

يستب دون تفريق ولا استثناء، فإسقاط الحد عن الزاني أو السارق بالتوبة إهمال للنص، إذ هو تخصيص له من غير دليل من النص على التخصيص، والتوبة المذكورة في آية السرقة إنما هي توبة بعد إقامة الحد<sup>(1)</sup>.

ومما استدلووا به أيضا ما ورد في قصتي ماعز والغامدية -رضي الله عنهما- فبعدهما أمر النبي -صلى الله عليه وسلم- برجم ماعز ( كان الناس فيه فرقتين، قائل يقول: هلك لقد أحاطت به خطيئته، وقائل يقول: ما توبة أفضل من توبة ماعز، إنه جاء إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فوضع يده في يده فقال: اقتلني بالحجارة، قال: فلبثوا بذلك يومين أو ثلاثة، ثم جاء رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وهم جلوس فسلم ثم جلس فقال: « استغفروا لماعز بن مالك » فقالوا: غفر الله لماعز بن مالك، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: « لقد تاب توبة لو قسمت بين أمة لو سعتهم »، وفي قصة الغامدية عندما سمع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- -خالد بن الوليد -رضي الله عنه- سبه لها فقال: « مهلا يا خالد، فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له، ثم أمر بها فصلى عليها ودفنت »<sup>(2)</sup>.

ووجه الدلالة أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أقام عليهما الحد مع أنهما جاءا لتطهير نفسيهما وقد ثبت عليهما ذلك بالإقرار، وهو دليل توبتهما، جاء في الحلي: « قالوا فهذا ماعز قد صحت توبته قبل الرجم بإخبار من رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بذلك وبأنها مقبولة، وهذه الغامدية والجهنية -رضي الله عنهما- قد تابتا توبة وأصحها مقبولة من الله تعالى بإخبار النبي -صلى الله عليه وسلم- ولم تسقط هذه التوبة عنهما الحد، كذلك حد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- الذين قذفوا عائشة -رضي الله عنها- »<sup>(3)</sup>.

وفوق ذلك فإن الحد كفارة للذنوب في الدنيا، والكفارات تحب مع التوبة، فإن من ظاهر أمراته ثم تاب وأراد العودة إليها، فإنه لا يعود إذا أتى بالكفارة مع أن ظاهر حاله أنه تاب توبة نصوحا عما ارتكب<sup>(4)</sup>.

### البند الثالث: قبول التوبة دون توقيف ذلك على ما قبل القبض على الجاني.

ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية إلى أن توبة الجاني مقبولة في الحدود الثلاثة السرقة والزنا والشرب مطلقا، أي سواء أكان ذلك قبل القبض على الجاني من السلطات المختصة أم كان بعد القبض عليه، بل تقبل التوبة ولو كانت بعد الحكم عليه.

وقد استدل أصحاب هذا القول بما استدل به الفريق الأول من أدلة، غير أنهم أطلقوها في الزمان، فلم يقيدوها بما كان قبل بلوغ الأمر إلى السلطان أو التمكن من الجاني، وهو صنيع الإمام ابن القيم إذ دافع عن هذا الرأي وانتصر له، عند شرحه لحديث المرأة التي وقع عليها الرجل في سواد الصبح وهي تعمد إلى المسجد، -كما

(1) المراجع السابقة.

(2) سبق تخريجه، ص 36.

(3) ابن حزم، المراجع السابق، ج 12 ص 17 وما بعدها.

(4) ابن قدامة، المراجع السابق، ج 10 ص 316.



تقدم-، وقد حكم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في الواقعة بسقوط الحد، فقال الإمام: « هذا الحكم من أحسن الأحكام وأجراها على قواعد الشرع، فأى حكم أحسن منه، وأشد مطابقة للرحمة والحكمة والمصلحة »<sup>(1)</sup>.

#### البند الرابع: مناقشة الأدلة والترجيح.

رأينا فيما سبق أن مذاهب الفقهاء في توبة المقارف للإثم غير الحراية، تتلخص في الجملة في ثلاثة أقوال: الأول: وهو أن التوبة لا تسقط العقوبة، ولو كانت الجريمة واقعة على حقوق لله تعالى المحضة، سواء أكان ذلك قبل توبة الجاني أم بعدها.

الثاني: وهو أن التوبة تسقط حقوق الله تعالى، وتجب معها العقوبة بشرط أن يكون ذلك قبل بلوغ الأمر إلى السلطان.

الثالث: وهو أن التوبة تسقط حقوق الله تعالى، ولو بعد بلوغ الأمر إلى السلطات أو القبض على الجاني. وقد استعرضنا أدلة كل قول بما يجلي الأمر ويوضح معالم النزاع، وهذه الآن مناقشة هذه الأقوال وأدلتها. فأما ما استدل به المانعون لإسقاط الحد بالتوبة من عموم الأمر بالقطع في السرقة والجلد في الزنا، فيرده قوله تعالى في أعقاب آية السرقة: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله غفور رحيم﴾، وقوله تعالى في أعقاب آية إيذاء الزانيين: ﴿فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ مخصص لعموم النص؛ إذ إنه من المقرر في علم الأصول، أنه إذا ورد نصان متعارضان في الظاهر مقارنان في الزمان، وجب حمل العام منهما على الخاص.

وأما القول بأن آية قبول التوبة واردتان فيما إذا أقيم الحد، فمعارض بأن سياق الآيتين لا يدل عليه؛ إذ لا مقيّد لإطلاقها، بل إن في سياقها ما يدل على أنها لمن تاب قبل التوبة، فقوله تعالى: ﴿فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ يدل على ذلك، إذ إن الأمر بالإعراض بعد قوله تعالى: ﴿فأذوهما﴾ يصرّف إلى أنه قبل إقامة الحد، وإلا لما ورد هذا؛ لأنه بعد إقامة الحد لا يرد الأمر بالإعراض، فالتوبة متحققة بالحد عن الجميع.

وأما ما استدلوا به من أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أقام الحد على الذين جاؤوه لتطهير أنفسهم، وما جاؤوا إلا تائبين، فمردود، فقد ورد في النصوص الصحاح ما يدل على أن للتوبة طريقين؛ إما التطهير بالحد كما كان حال هؤلاء، وإما الستر على النفس وإيثار التوبة من غير حد، بل إن الجمهور على أن الثاني أفضل وأحب لقوله -صلى الله عليه وسلم-: « من ابتلي بهذه القاذورات فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله عليه »<sup>(2)</sup>، ولا يأمر النبي -صلى الله عليه وسلم- إلا بما فيه الخير للجاني، ومعلوم أن عقابه في الدنيا خير من عقابه في الآخرة.

وأما قياسهم العقوبات البدنية على الكفارات، ككفارة الظهار، فقياس مع الفارق؛ إذ إن العقوبات البدنية تسقط بالشبهة بخلاف الكفارات، زيادة على أثر العقوبات البدنية على الفرد والمجتمع؛ إذ إن الحدود

(1) ابن القيم، الإعلام، ج 3 ص 08-09. والحديث سبق تخريجه، ص 32.

(2) ابن القيم، الإعلام، ج 3 ص 08-09، والحديث سبق تخريجه، ص 67.

تسبب كما تقدم على مفاصد وتلحق ضررا بالأمة في جملتها، بإنقاص فرد من أفرادها، أو تعطيل جارحة من جوارحه، كما تلحق بالفرد ذاته المضرة بخلاف الكفارات.

وأما قولهم أن في قياس الجرائم الثلاثة على الحرابة قياس مع الفارق من حيث إن الجريمة في الحرابة مجاهرة ومغالبة واستهتار بالدولة، والعقوبة فيها على الاستمرار، وقبول التوبة يقطعها بإجراء الجاني عليها، وأن في توبته دليل مادي، وهو إلقاء السلاح والإذعان للدولة بخلاف الجرائم الأخرى.

فالإجابة عليه أن هذه الأوصاف اجتهاد في فهم مقصد الشارع من فتح باب التوبة للمحارب، وليس هذا الاجتهاد بأولى من غيره في تحقيق هذه المصلحة في قبول توبة غير المحارب، فإنه إذا كان المقصد من قبول التوبة في جريمة الحرابة لإغراء المحارب بوضع السلاح والعودة إلى المسلمين، فإن في قبول توبة غيره أيضا مصلحة تجلب ومضرة تدفع؛ لأن فيها تضييق من نطاق الحالات التي تطبق فيها العقوبة إذا فقدت غرضها الذي من أجله شرعت، وهو منع الفساد عن الناس واستقرار حياتهم وانصلاح حال الجاني.

كما أن القول بأن في توبة المحارب دليل مادي وهو وضع السلاح بخلاف الجرائم الأخرى، ففيه نظر، إذ إنه لا يمكن الجزم بأن من يضع سلاحه ويدعن للدولة إنما جاء تائباً، إذ قد يكون في ذلك خطة للانقلاب على الأمة من داخلها، أو للعجز عن مناجزة قوات الدولة بطريق المواجهة، فيعمد المحاربون إلى محاربتها بسبل أخرى، ولذلك فالزأي أن العبرة ليست بوضع السلاح، وإنما بوجود مظنة زوال الخطورة الإجرامية وصلاح التوبة وصدقها، وهو أمر لا يمكن التحقق منه في الحرابة، كما هو الحال في الجرائم الثلاثة إلا بالاختبار القضائي، أي وضع التائب تحت حالة من الاختبار، للتحقق من صدق توبته وصلاح عمله والظروف الأخرى كحالة العود للإجرام مما يدل على عدم صدق التوبة.

وعليه فلم يبق إلا القول بأن التوبة مقبولة في حال ما إذا كانت قبل بلوغ أمر الجاني إلى السلطات على القول الثاني، أو أنها مقبولة في الحالين على رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

فأما قصر التوبة على ما قبل بلوغ الأمر إلى السلطات فلا دليل عليه، فإن قيل دليله القياس على التوبة من الحرابة، فهو قياس مع الفراق، ذلك أنه إذا أبيضحت التوبة للمحارب بعد القدرة عليه، فإنه لا يتحقق الغرض الأول، الذي أشرنا إليه من تشريع هذه التوبة، وهي كف أذى المحاربين عن الناس، وتأمين البلاد من عدوانهم، فهي جريمة ذات آثار واسعة النطاق، فإذا شرعت لهم التوبة بعد القدرة، فإن ذلك لا يمنع أحداً من أن يغالب الدولة، ويخرج على القانون، فيعيث في الأرض فساداً، حتى إذا ألفت الدولة القبض عليه بعد حرب وصراع وخراب، قال إني تبت الآن، فإذا قبلت توبته رجع إلى منازل الدولة وبث الاضطراب فيها، زيادة على أن الجريمة في الحرابة مستمرة، ناتجة عن تدبير وتخطيط واتفاق جنائي، مما يجعل الخيانة والغدر أساساً فيها، وهو ما لا يطمئن إلى توبة صاحبها بعد القدرة عليه.

أما باقي الجرائم، فإن ضررها قاصر غير متعد، وإن تعدى فإن ضرره محصور الأثر، ضيق النطاق، ولعله أن تكون التوبة منها نصوحاً صادقة، وتكون نفس الجاني قد ظهرت مما انساقت إليه بفعل الشهوة وضعف

الإرادة، زيادة على أنها ليست من الجرائم التي تكون مظنة التدبير والتخطيط والاتفاق الجنائي، كما هو الحال في الحراية.

وعليه فإن رأي ابن تيمية وابن القيم أليق بالصواب، على أن يقيد ذلك بالتوبة عن أول مرة ارتكب فيها الذنب، ونسلم بأن التوبة لا تسقط الحد عن الجاني الذي عاد وتكرر إجرامه، بحيث صار الإجرام سجية من سجايه وخصلة من خصاله.

فالإسراع بإظهار التوبة والشعور بالندم يدل على أن المسلم لم تفسده الجنابة العارضة، ولم يلصق بنفسه اعتياد الجريمة، فيكون عزمه على الطهارة والإنابة مظنة للتصديق، وقد قال تعالى: ﴿إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ﴾ [النساء/من الآية 17]، فالإسراع بالتوبة أرجى في قبولها.

فالتوبة بعد الإثم تدل على أن التائب عبد صالح، وأن اقترافه للإثم أمر عارض شد نفسه إلى موقع مذموم، فأسرع صاحبه ليتطهر بالتوبة قبل أن تطهره العقوبة، سواء أكان ذلك قبل القدرة عليه أم بعدها.

أما العائد المصر على ارتكاب الجرائم أو المحترف للجريمة، فإن التوبة منه مجرد ادعاء لا دليل عليه، ويجب أن يقفل بابها في وجهه، ألا يقترف ما يشاء من الجرائم، ثم يجد المهرب السهل بادعاء التوبة، ولا يخفى ما في هذا التساهل -مع هذا النوع من المجرمين- من الفساد العام، وتفشي الفوضى بين الناس، وإنما الواجب في حقهم تشديد العقاب.

### المطلب الثاني: الأعدار المعفية من العقاب في القانون الوضعي.

يحصل أحيانا أن يجد المشرع الجزائي من الاعتبارات ما يرى معه إعفاء المجرم من العقاب مع تحقق موجبه بارتكاب الجاني للجريمة بجميع عناصرها، مما يجعله مستحقا للعقوبة المقررة لها، ويتم هذا الإعفاء بموجب نصوص خاصة، وتعرف هذه الحالات عند رجال القانون بالأعدار المعفية من العقاب، وهو ما نتناوله في الفروع الآتية: الأول لطبيعة هذه الأعدار وتعدادها وعلة الإعفاء من العقاب بسببها، والثاني لشروط الإعفاء من العقاب، والثالث لنطاق الإعفاء من حيث الأشخاص ومن حيث العقوبة، والرابع للحكمة من ذلك الإعفاء.

#### الفرع الأول: طبيعة الأعدار المعفية وتعدادها وعلة الإعفاء فيها.

الأعدار المعفية من العقاب أسباب قانونية ليست متروكة لتقدير القاضي وسلطته، وإنما مقررة بقوة التشريع، بحيث يترتب على تحققها استبعاد العقوبة برغم توافر شروط تطبيقها، وأي حكم مخالف لها يقع تحت طائلة النقض<sup>(1)</sup>، ومع ذلك فإن الفعل المرتكب يظل معها فعلا مجرما لا ينفك عنه هذا الوصف الملازم، مما يقتضي

(1) علي راشد، القانون الجنائي المدخل لأصول النظرية العامة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية -القاهرة-، 1974م، ص641. همام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف -الاسكندرية-، 1970م، ص1145.

عدم امتناع أوجه المساءلة الأخرى، سواء أكانت هذه المساءلة مدنية أم إدارية، وأيضا يجوز للقاضي الناظر في الدعوى في حالة الإعفاء تطبيق تدابير الأمن التي يراها كفيلة بالمصلحة<sup>(1)</sup>.

يذهب جانب من الفقه إلى أن هذه الأسباب لا يمكن جمعها في نطاق فكرة واحدة، وإنما هي حالات يقرها المشرع على سبيل الحصر لاعتبارات يقتضيها منطق العدالة وتستدعيها روح القانون<sup>(2)</sup>، بينما يرى جانب آخر أن هذه الأعدار تجمعها فكرة الشرط الفاسخ، بحيث إذا وجد ارتد حق الدولة في العقاب بأثر رجعي، فاعتبر في حكم العدم الأصلي، وإذا تخلف تحقق وجود هذا الحق<sup>(3)</sup>.

ويبدو أن الرأي الأول مسنود بما نص عليه قانون العقوبات في (المادة 52) إذ جعل « الأعدار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية، إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعدارا معفية، وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة »<sup>(4)</sup>، والذي يهمننا في هذه الدراسة هو النوع الأول، وهو الأعدار المعفية التي مع وجودها ينتفي العقاب « ومع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمن على المعفي عنه ».

وهذه الحالات ذكرها المشرع في القسم الخاص من قانون العقوبات، ويمكن إجمالها من حيث سبب الإعفاء فيها في ثلاثة بنود، الأول في الإعفاء بسبب مساهمة الطامع في الإعفاء في الكشف عن الجريمة أو مرتكبيها، والثاني في الإعفاء بسبب تقدير المشرع لوشائج القرابة، والثالث في الإعفاء بسبب كون المحني عليه هو صاحب الحق في تحريك الدعوى العمومية.

### البند الأول: تسهيل اكتشاف الجريمة.

أول أسباب الإعفاء من العقاب حالات ابتغى المشرع فيها تسهيل اكتشاف الجريمة، وذلك يحمل بعض المساهمين على الإبلاغ عنها أو عمن ساهم معهم فيها من المجرمين، وبذلك يتوقى ما يمكن أن ينجم عن إتمامها من أخطار، أو الرغبة في حمل المجرم على عدم المضي في تنفيذ الجريمة حتى النهاية، ومن ذلك:

أولاً: ما نصت عليه (المادة 01/92) من قانون العقوبات فيما يخص الإعفاء من الجنايات والجناح ضد أمن الدولة، على أنه « يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جنسية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها...»، وفي الفقرة الرابعة: «...وفيما عدا الجنايات الخاصة التي يرتكبها الجناة شخصياً، فإنه لا يقضى بأية عقوبة عليهم إذا كانوا أعضاء في عصابة مسلحة لم يتولوا فيها قيادة أو يقوموا بأي عمل أو مهمة، وانسحبوا بمجرد صدور أول إنذار لهم من السلطات العسكرية أو المدنية أو سلموا أنفسهم إليها... ».

(1) المادة (52) عقوبات في فقرتها الثانية.

(2) راشد، المرجع السابق، ص 641.

(3) الصيفي، حق الدولة في العقاب، ص 49-50. والقاعدة الجنائية، طبعة بيروت، 1967م، ص 157-158.

(4) المادة 52 عقوبات.

ثانيا: ما نصت عليه (المادة 179) عقوبات في باب الجنايات والجناح ضد الأمن العمومي، القسم الأول، حول جمعيات الأشرار ومساعدة المجرمين من أنه « يستفيد من العذر المعفي وفقا للشروط المقررة في (المادة 52) من يقوم من الجناة بالكشف للسلطات عن الاتفاق الذي تم أو عن وجود الجمعية، وذلك قبل أي شروع في الجناية موضوع الجمعية أو الاتفاق، وقبل البدء في التحقيق ».

ثالثا: ما نصت عليه (المادة 186) من القسم الثاني، حول جريمة العصيان بأنه « لا يقضى بعقوبة ما عن جريمة العصيان على الأشخاص الذين كانوا أعضاء في الاجتماع دون أن يؤديوا فيه خدمة أو وظيفة، وانسحبوا منه عند أول تنبيه من السلطات العمومية »<sup>(1)</sup>.

رابعا: ما نصت عليه (المادة 199) من الفصل السابع المتعلق بالتزوير، القسم الأول في النقود المزورة من أنه « إذا أخبر أحد مرتكبي الجنايات المبينة في المادتين السابقتين السلطات، أو كشف لها عن شخصية الجناة قبل إتمام هذه الجنايات، وقبل بدء أي إجراء من إجراءات التحقيق فيها، أو سهل القبض على الجناة الآخرين حتى بعد بدء التحقيق، فإنه يستفيد من العذر المعفي بالشروط المنصوص عليها في (المادة 52) »<sup>(2)</sup>.

خامسا: ما نصت عليه (المادة 02/217) من القسم الثالث، حول تزوير المحررات العمومية أو الرسمية بأنه «... يستفيد من العذر المعفي بالشروط المنصوص عليها في (المادة 52) كل من أدلى بوصفه شاهدا أمام الموظف بإقرار غير مطابق للحقيقة، ثم عدل عنه قبل أن يترتب على استعمال المحرر أي ضرر للغير، وقبل أن يكون هو نفسه موضوعا للتحقيق ».

سادسا: ما نصت عليه (المادة 01/404) من القسم الثامن، حول الهدم والتخريب والأضرار التي تنتج عن تحويل اتجاه وسائل النقل من أنه « ينتفع بالعذر المعفي ويعفى من العقوبة الأشخاص الذين يرتكبون الجنايات الواردة في (المواد 400 و401 و402) إذا أخطروا السلطات العمومية بها، وكشفوا لها عن مرتكبيها، وذلك قبل إتمامها وقبل اتخاذ أية إجراءات جزائية في شأنها، أو إذا مكثوا من القبض على غيرهم من الجناة، حتى ولو بدأت تلك الإجراءات »<sup>(3)</sup>.

سابعا: ما نصت عليه (المادة 420) من القسم الثالث، المتعلق بالاعتداءات على حسن سير الاقتصاد الوطني المؤسسات العمومية من أنه « يستفيد من الأعدار المعفية ويعفون من العقوبة حسب مفهوم (المادة 52) من هذا

(1) من القانون 82-04 المورخ في 13 فيفري 1982م.

(2) والنص الفرنسي للمادة: «bénéficiaire d'une excuse absolutoire, dans les conditions prévues à l'article 52, celui des coupables des crimes mentionnés aux deux articles précédents, qui avant la consommation de ces crimes et avant toutes poursuites, en a donné connaissance aux autorités **et** a révélé l'identité **des auteurs**, ou qui, meme après les poursuites commencées, a facilité l'arretation des autres coupable ».

(3) والنص الفرنسي للمادة: «bénéficiaire d'une excuse absolutoire et sont exenptes de peines, les personnes coupables de crimes mentionnés aux articles 400, 401 et 402, si, avant la consommation de ces crimes et avant toutes poursuites, elles en a donné connaissance et révélé **les auteurs** aux autorités constituées, ou si, meme après les poursuites commencées, elles procuré l'arretation des autres coupable ».

القانون الأشخاص مرتكبو الجرائم الواردة في (المادتين 418 و419) أعلاه، إن هم أخبروا بها أو كشفوا للسلطة عن أسماء الجناة قبل إتمام هذه الجرائم وقبل أية ملاحقة»<sup>(1)</sup>.

يتبين من استعراض هذه النصوص القانونية أن سبب الإعفاء هنا هو موقف يتخذه الجاني أو عمل يقوم به، قاصدا درء العقاب عن نفسه ومستجيبا إلى إغراء المشرع بالإعفاء من العقوبة، ويكون موقف الجاني أو عمله دائما لاحقا على قيام الجريمة ومتصلا بالكشف عنها أو عمن شارك فيها، أو بالكشف عن جريمة أخرى مماثلة أو المشتركين فيها، كما قد يكون العذر المعفي مجرد استجابة لأمر صادر من سلطة مختصة بعدم التماضي أو الاستمرار في إتيان السلوك المحرم كما في حال جريمة العصيان.

### البند الثاني: صلة القرابة.

يرى عموم الفقه<sup>(2)</sup> أن من عداد الأعدار المعفية صلة القرابة التي نص عليها المشرع في الفقرة الثانية من (المادة 180)، والمتعلقة بإخفاء الفارين من وجه العدالة من أنه: « لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وأصهار الجاني لغاية الدرجة الرابعة، فيما عدا ما تعلق بالجنايات التي ترتكب ضد القصر الذين لا تتجاوز سنهم 13 سنة»<sup>(3)</sup>.

بينما يتجه بعض الفقه إلى أن الرأي الصحيح في حكم هذه المواد أن الأقارب المذكورين فيها غير مخاطبين بالقاعدة الجزائية، فلم يتوجه المشرع إليهم بشق التكليف فيها حتى يقال أنه قرر لهم عذرا معفيا من شق العقاب. وبيان هذه الرأي أن المشرع يراعي في ذلك أنه من العسير، إن لم يكن من المستحيل، رفض الاستجابة لنداء المشاعر البشرية بعدم الامتناع عن إخفاء الفارين من وجه العدالة تنفيذا لنداء القانون. فالشخص العادي، أبا كان أو ابنا أو زوجا، يفضل بلا شك التعرض لمخالفة القانون على التسبب في تعريض زوجته أو أصله أو فرعه لخطر الإدانة أو لضرر السجن أو الحكم عليه بالإعدام، وتقديرا من المشرع لهذه المشاعر التي لا يمكن أن توصف إلا بأنها طبيعية، فإنه لم يخاطب هؤلاء بالقاعدة الجزائية المقررة في المواد السالفة الذكر.

ومستند هذا الرأي أن المشرع قد استعمل عبارات تدل على عدم سريان النص الجزائي على هؤلاء، إذ نص في الفقرة الثانية من (المادة 180) على أنه « لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وأصهار الجاني لغاية الدرجة الرابعة... » كما عبر المشرع المصري في (المادة 144) عقوبات عبارة « ولا تسري هذه الأحكام ... » وفي (المادة 146) قرر أنه « لا تسري هذه الأحكام على زوجة الفار من الخدمة العسكرية»<sup>(4)</sup>.

(1) الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975م. والنص الفرنسي للمادة: «bénéficiaire d'une excuse absolutoire et sont exemptes de peines au sens de l'article 52 du présent code, les personnes coupables de crimes mentionnés aux articles 418 et 419 ci-dessus, si, avant la consommation de ces crimes et avant toutes poursuites, elles en ont donné connaissance et révélé les auteurs aux autorités. ».

(2) بهنام، المرجع السابق، ص146. راشد، المرجع السابق، ص642.

(3) تقابلها المواد: (144)، (145)، (146) من قانون العقوبات المصري الخاصة بإخفاء الفارين من وجه العدالة أو من الخدمة العسكرية.

(4) العوا، المرجع السابق، ص112.

وتعابير "لا تسري" و "لا تطبق" مقابلة بتعبير "تسري أحكام هذا القانون" الوارد في (المادتين 01 و02) عقوبات مصري، وتعبير "يطبق انون العقوبات" الوارد في (المادة 01/03 و02) من قانون العقوبات الجزائري، مبينا المخاطبين بقانون العقوبات كله، وفي هذا دليل على صحة هذا الرأي واستقامته، وخاصة أنه يتسق مع ما لاحظناه من أن العذر المغفي راجع إلى مسلك يتخذه الجاني بإرادته، قاصدا الإفادة من نص القانون المغفي من العقاب<sup>(1)</sup>.

### البند الثالث: إصلاح الخطأ الناتج عن الجريمة.

من التشريعات ما نص على أن إصلاح الجاني خطأه وجيره ما ترتب على جريمته من ضرر يعفي من العقاب المقرر لجريمته تلك؛ بحيث يصبح العقاب على فعلته أسوأ في منطق العدالة من عدم العقاب، وذلك في حال ما إذا تزوج الخاطف بمن خطفها زواجا شرعيا<sup>(2)</sup>، أما إذا كانت المخطوفة قاصرا، فإن المشرع الجزائري وإن لم يعف خاطفها في حالة الزواج، إلا أنه وضع قيودا إجرائيا يمنع النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية ضده إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله<sup>(3)</sup>. ويستخلص من مفهوم النص أنه إذا لم تكن المخطوفة قاصرا فإن زواج خاطفها منها يعتبر سببا معفيا. وهذه هي الحالات التي يعفى فيها الجاني من العقوبة، والتي يلاحظ فيها أنها ناجمة عن سلوك إيجابي يسلكه الجاني للاستفادة من إغراء المشرع، غير أن هذا الإعفاء متوقف على تحقق جملة من الشروط.

### الفرع الثاني: شروط الإعفاء من العقاب.

يلاحظ مما سبق سوقه أن الإعفاء من العقاب متوقف على تحقق شروط منصوصة في القانون ودون أن يكون ذلك خاضعا للسلطة التقديرية للمحكمة، وهذه الشروط هي:

#### البند الأول: شرط الإبلاغ.

أول شروط الإعفاء إبلاغ السلطات العمومية سواء الإدارية أم القضائية عن الجريمة، وهو ما يفترض جهل السلطات العمومية بأمر هذه الجريمة، حتى يمكن أن يقال أن الجاني أسدى خدمة للدولة والمجتمع، يستحق عليها المكافأة بالإعفاء من العقاب، فالخدمة هنا تتمثل في تمكين السلطات العامة من العلم بالجريمة واتخاذ الإجراءات في شأنها<sup>(4)</sup>، وهو ما يفهم من لفظ يكشف؛ لأن الكشف لا يكون إلا في حال الخفاء.

(1) العوا، المرجع نفسه، ص112.

(2) من هذه التشريعات قانون العقوبات المصري في (المادة 291). أنظر النواوي: عبد الخالق، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتبة العصرية - بيروت، بلا تاريخ، ص85.

(3) المادة (02/326) من قانون العقوبات الصادر بأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ.

(4) سلامة، القسم الخاص، ج01، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، ص64 وما بعدها. أنظر: الألفي: أحمد، النظام الجنائي بالملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض، 1976م، ص123. حسني: محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، 1972م، ص242-243.

ومقتضى هذا الإبلاغ أن يكون مفصلا ومطابقا للحقيقة، حتى يمكن للسلطات الكشف عن الجريمة أو إقامة الدليل عليها، فالإخبار الجمل الذي لا يضمن تفصيلات الجريمة وبيان ظرف ارتكابها لا يفيد السلطات، بل قد يؤدي إلى تضليلها، وبالتالي لا يصلح أن يكون سببا للإعفاء من العقاب لانتفاء علته، وهي تقديم خدمة للمجتمع<sup>(1)</sup>، وهو ما يعني أن يكون صادرا بنية معاونة السلطات في الكشف عن الجريمة، لا بنية تضليلها وإعاقة جهودها تمكينا للجنحة من ارتكاب جريمتهم وإخفاء معالمها، أو الهرب من السلطات، ويعني ذلك أن الإخبار المخالف للحقيقة ولو جزئيا لا يصلح أن يكون سببا للإعفاء، كما أن المراوغة من قبل الجاني المبلغ لا تجعله جديرا بالإعفاء، حتى ولو استطاعت السلطات الإدارية أو القضائية أن تتوصل من إجاباته إلى إثبات الجريمة بالاستنتاج.

وقد تطلب المشرع تطبيقا لهذا الشرط في التفصيل في الإخبار أن يبلغ عن الجريمة وعن شخصية الجنحة في بعض الجرائم، وعن مكان الجريمة كما في جرائم أخرى، واكتفي في جرائم أخرى بالكشف عن الجريمة فقط. وعلى ذلك فالملاحظ في مقام شرط الإبلاغ ومداه أن المشرع الجزائي لم يسر على خطة واحدة في شأن هذه الجرائم القابلة للإعفاء بخصوص شروط التفصيل.

ففي بعض الجرائم اشترط في الإعفاء أن يذكر الطامع فيه الجريمة المراد اقترافها، ولا يكفي ذلك، بل عليه أيضا أن يذكر أسماء الجنحة المساهمين فيها بشروط معينة يأتي ذكرها، كما في جرائم تزوير النقود (المادة 199)، وجرائم الاعتداء على سير الاقتصاد الوطني والمؤسسات العامة (المادة 420)، وجرائم الهدم والتخريب والأضرار التي تنتج عن تحويل وسائل النقل (المادة 404).

وفي جرائم أخرى اكتفى بالنص على التبليغ عن الجريمة دون اشتراط ذكر أسماء المشتركين فيها، كما في (المادتين 92 و179)، المتعلقة بالجرائم ضد أمن الدولة، وجرائم جماعات الأشرار والاتفاق الجنائي على التوالي، فبخصوص الأولى نص في الفقرة الثانية على أنه « يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة »، وبخصوص الثانية نص على أنه « يستفيد من العذر المعفي وفقا للشروط المقررة في (المادة 52) من يقوم من الجنحة بالكشف للسلطات عن الاتفاق الذي تم... ».

كما أنه أضاف بنص هذه المادة شرطا آخر لم يذكره في باقي الجرائم وهو شرط الكشف عن مكان جمعية الأشرار « ... بالكشف للسلطات عن الاتفاق الذي تم أو عن مكان الجمعية ».

كما أنه وبخصوص الجنائيات والجنح التي اشترط فيها عددا من الشروط لم يسر أيضا على خطة واحدة، لاسيما في استعماله أداة الربط بين أصناف هذه الشروط؛ إذ استعمل في بعضها حرف العطف "الواو" الذي يفيد في مدلوله اللغوي الجمع بين المعطوف والمعطوف عليه في الإعراب وأيضا في الحكم، كما في (المادة 404) « ... إذا أخبروا السلطات العمومية بما (أي الجنائيات) وكشفوا لها عن مرتكبيها ».

وعليه فإنه في حكم هذه المادة لا يستفيد من العفو المقرر إلا من حصل الشرطين معا، ونقصد من ذلك إخبار السلطات عن الجريمة والكشف لها عن أسماء الجنحة، فإن حقق أحد الشرطين دون الآخر لم يشمل الإعفاء.

(1) الشاذلي، القسم الخاص، ص104. حسني، المرجع نفسه، ص243.



أما في البعض الآخر، فقد استعمل المشرع حرف العطف "أو" الذي يفيد في مدلوله اللغوي التخيير بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم الذي هو مبتغانا وإن جمع بينهما في الإعراب، كما في (المادة 179)؛ إذ نص على أنه يعفى من العقاب «... من يقوم من الجناة بالكشف للسلطات عن الاتفاق الذي تم أو عن وجود الجمعية»، وأيضا (المادة 199) التي تنص على أنه «إذا أخطر أحد مرتكبي الجنايات المبينة في المادتين السابقتين السلطات أو كشف لها عن شخصية الجناة..»، وأيضا (المادة 420) «... وإن هم أخطروا بها أو كشفوا للسلطات عن أسماء الجناة...». خلفا للنص الفرنسي الذي استعمل الحرف "et" الذي يقابل حرف الواو في اللسان العربي وذلك بقوله في (المادة 199): «a donné connaissance aux autorités et a révélé elles en a donné connaissance et révélé les» وفي (المادة 420): «elles en a donné connaissance et révélé les auteurs aux autorités.» وعليه فإنه في حكم هذه المواد، وعلى خلاف المواد المذكورة سلفا، يستفيد من العفو المقرر من حصل أحد الشرطين، إما إخبار السلطات عن الاتفاق الجنائي، وإما إخبارها عن مكان الجمعية كما في (المادة 179)، أو إخبار السلطات عن الجنايات المبينة في (المادتين 197 و198)، وإما بالكشف لها عن شخصية الجناة كما في (المادة 199).

والأثر العملي لهذا الاختلاف في أحكام هذه المواد، أن الطائفة الأولى تضييق من دائرة الإعفاء، وبالتالي توسع من نطاق الحالات المعاقب عليها، بخلاف الطائفة الثانية التي تضييق من نطاق توقيع العقوبة، ولسنا ندرى هل كان فعل المشرع في هذا عن قصد وتبصر، أم هو الغفلة التي تعترى سائر البشر.

وما قيل في استعمال المشرع لحرفي العطف يقال أيضا في استعماله لعبارات "شخصية" و"اسم" و"مرتكيها"؛ إذ نص في بعض المواد بتعبير «على الكشف عن أسماء الجناة» في (المادة 420)، واستعمل في (المادة 199) عبارة «كشف لها عن شخصية الجناة»، واستعمل في (المادة 404) تعبير «كشفوا لها عن مرتكيها». خلافا للنص الفرنسي الذي وحد القول فيها جميعا باستعماله للفظ "auteur" وذلك في المواد المذكورة آنفا على التوالي: «... a donné connaissance aux autorités et a révélé l'indentité des auteurs...»، «...elles en a donné connaissance et révélé les auteurs aux autorités constituées...»، «... elles en a donné connaissance et révélé les auteurs aux autorités ...».

وليس يخفى على عارف بالعربية ما بين هذه الألفاظ من عموم و خصوص، مما قد يفتح بابا واسعا للاختلاف في التفسير بين القضاة و الفقهاء، كل حسب تقديره وتصوره لغاية المشرع من الإعفاء، مما قد يأتي على هذه الغاية بالانتقاض.

ومن ثم فإنه يحق لنا القول بأنه كان على المشرع أن ينتهج خطة موحدة في شأن هذه المواد، رفعا لأي غموض، وتقليصا لمجالات التأويل، واضعا في اعتباره أن نصوص القانون ليست مواضيع إنشائية يعيها التكرار، لاسيما وقد استدعاه فن الصياغة التشريعية الذي يتطلب الدقة ومنتهى الوضوح، اللذين يسهلان للقضاة عملية تطبيق النصوص على الوقائع من غير تلكؤ.

هذا، وإن اشترط الإبلاغ عن الجريمة أو عن مرتكبيها ليس عاما في كل الجرائم حتى يعفى منها مرتكبها؛ إذ إن من الجرائم ما لم ينص فيه على هذه المساومة، ويرجع ذلك إلى طبيعتها، وهي الجرائم التي لا يتحقق فيها وصف الاتفاق الجنائي أو تعدد الجناة، بل تحصل من الجانب مطلقا، و من ثم اكتفى المشرع بمجرد عدول الجانب عن مشروعه الإجرامي ليقدر له سبب الإعفاء من العقاب، بشروط أخرى يأتي ذكرها إن شاء الله .

من ذلك جريمة تزوير المحررات العمومية أو الرسمية، و أيضا الجرائم التي تنكشف للسلطات العمومية ولا حاجة بها لمن يخبرها عنها؛ غاية الأمر أن المشرع يغري المشتركين فيها بأن يعدلوا عنها مقابل استفادتهم من الإعفاء. وهذا المسلك من المشرع القصد منه الحد من الأخطار والأضرار التي يمكن أن تنجم عن هذا النوع من الجرائم، فقد نص في (المادة 186) من القسم الثاني، و المتعلقة بجريمة العصيان أن انسحاب العصاة بمجرد صدور أول تنبيه لهم من السلطات العمومية يعفيهم من العقاب، وأيضا ما نصت عليه (المادة 02/92)، فيما يتعلق بجرائم أمن الدولة من أن من كانوا في عصابة مسلحة إذا انسحبوا منها بمجرد صدور أول إنذار لهم يعفون من العقاب، وذلك كله بطبيعة الحال مشروط بشروط أخرى يأتي ذكرها إن شاء الله.

#### البند الثاني: شرط الإبلاغ قبل البدء في التنفيذ.

من شروط الإعفاء أن يكون الإبلاغ قبل البدء في تنفيذ الجريمة المقصود ارتكابها، فإذا حدث الإبلاغ بعد البدء في التنفيذ، فإن المبلغ لا يستفيد من هذا العذر، ولا يجوز للمحكمة إعفاؤه، حتى ولو أدى هذا الإبلاغ إلى ضبط الجناة، غاية ما تملكه أن تستعمل سلطتها التقديرية في تطبيق العقوبة وفقا للقواعد العامة<sup>(1)</sup>.

وشرط الإبلاغ قبل البدء في التنفيذ ليس عاما في كافة الجرائم التي تقبل الإعفاء، وإنما هو مقصور النطاق على جرائم أمن الدولة و جرائم الاتفاق الجنائي، لما في هذا النوع من الخطورة البالغة إذا تم التنفيذ أو شرع فيه. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن بسط مانع العقاب إلى فروض بداية التنفيذ، والذي يتحقق به وقوع الجناية أو الجنحة موضوع الاتفاق الجنائي، سوف يكون مانعا من العقاب بالنسبة للجريمة المتحققة فعلا، وليس بالنسبة للجريمة الاتفاق؛ لأن جريمة الاتفاق تستغرق بارتكاب الجريمة موضوع الاتفاق، لتكون في مجال التنازع الظاهري بين نصوص الاتفاق الجنائي وهي نصوص عامة، ونصوص التجريم للجريمة المتحققة فعلا وهي نصوص خاصة، والذي يحل عن طريق أعمال القاعدة الأصولية: «حمل العام على الخاص».

لأجل هذا نجد المشرع في (المادة 03/92)، في خصوص جرائم أمن الدولة، قد مد نطاق الإعفاء إلى حالات البدء بالتنفيذ، بشرط ألا يكون الطامع في الإعفاء قد ارتكب جنایات خاصة، وبشروط أخرى يأتي ذكرها، ولم ينص على هذا في جريمة الاتفاق الجنائي. وسبب هذا التفريق أنه لا يلزم من ارتكاب جرائم أمن الدولة ارتكاب جرائم خاصة، فالعلاقة بين الجريمة منفكة ولا تقتضي الطرد، ولذلك لم تصنف في خانة جرائم الاتفاق الجنائي الذي تتحقق به المساهمة الجنائية، بخلاف جرائم جماعات الأشرار التي تقوم حتما على الاتفاق على ارتكاب جريمة معينة، فإذا تمت هذه الجناية أو الجنحة تحقق بها الاشتراك الجنائي.

(1) سلامة، المرجع السابق، ج 01 ص 112.

وهناك طائفة أخرى من الجرائم لم يشترط فيها المشرع الجزائي هذا الشرط، وإنما اكتفى باشتراط عدم إتمام الجريمة، كما في جريمة الهدم والتخريب والأضرار التي تنتج عن تحويل وسائل النقل (المادة 404)، وجرائم الاعتداءات الأخرى على حسن سير الاقتصاد الوطني (المادة 420)، وأيضا ما نصت عليه (المادة 199) المتعلقة بجرائم تزوير النقود.

وسبب التفريق بين الطائفة الأولى من الجرائم التي اشترط فيها المشرع عدم البدء في التنفيذ، وهذا النوع الذي اكتفى فيه بعدم إتمام المشروع الإجرامي؛ هو أن الأولى إذا بدئ تنفيذها يصعب استدراك الأمر إن لم يستحل استحالة عادية، أما هذا النوع الثاني، فإنه يمكن تدارك الأمر فيه بإيقاف ضرره إن لم يتم إتمامه، وهذا يعني أنها إذا تمت لم يستفد المبلغ من عذر الإعفاء؛ لأن الأمر يكون قد فلت من أيدي السلطات، وامتد ضرر الجريمة إلى المجتمع إما بتوزيع النقود المزورة<sup>(1)</sup>، وإما بحدوث الأخطار الناجمة عن تحويل مسارات وسائل النقل أو غير ذلك. وعلى ذلك فالعبرة هاهنا بحصول الضرر أو عدمه، وهو ضابط موضوعي كما هو واضح، فإذا أمكن توقي الضرر بأقل الشروط كان للعدول أثر في الإعفاء، ولذلك فإن المشرع في جرائم أخرى لم ينص على شرط عدم البدء في التنفيذ ولا حتى في عدم إتمام التنفيذ، وإنما اكتفى بالتصريح بعدم ترتيب الفعل الجرمي المعدول عنه ضررا للغير، كما في جريمة تزوير المحررات العمومية أو الرسمية (المادة 217)، وأيضا ما نصت عليه (المادة 186) في خصوص جريمة العصيان، من أنه يعفى من عدل عن الجريمة من لم يؤد في العصيان أية خدمة أو وظيفة، وانسحب بمجرد أول إنذار من السلطات، مما يجعل المظنة قائمة في عدم قيامه بأي فعل يسبب ضررا للغير، مما يقضي عليه بترتيب العقوبة الخاصة بالفعل المسبب للضرر.

### البند الثالث: سبق الإبلاغ للشروع في المتابعة أو البحث.

ثالث الشروط أن يكون الإبلاغ قبل قيام السلطات بالبحث والتفتيش عن المساهمين في جرائم الاتفاق الجنائي (المادة 179)، وقبل أن يكون المبلغ نفسه موضوعا للمتابعة والتحقيق (المواد 199، 217، 404، 420)، واستثنى المشرع من هذا الشرط حالة ما إذا مكن الطامع في الإعفاء السلطات من القبض على باقي مرتكبي هذه الجرائم. وهذا الاستثناء مقصور على بعض الجرائم دون الأخرى، فقد نص عليه المشرع في خصوص جرائم الهدم والتخريب والأضرار التي تنتج عن تحويل اتجاه وسائل النقل بقوله: «... وإذا مكنوا من القبض على غيرهم من الجناة حتى ولو بدأت تلك الإجراءات»، وأيضا فيما يخص (المادة 199) نص على أن الجنائي إذا سهل على السلطة القبض على الجناة الآخرين بعد بدء التحقيق، فإنه يستفيد من العذر المعفي بالشروط المنصوص عليها في (المادة 52). وفي بعض التشريعات الأخرى كالقانون المصري، فإنه بمنطوق (المادة 101) عقوبات مصري، المتعلقة بجرائم أمن الدولة من جهة الداخل، يعفى من العقوبات المقررة لجرائم البغي كل من دل الحكومة على الوسائل الموصلة للقبض على البغاة بعد بدئها بالبحث والتفتيش<sup>(2)</sup>. غير أن المشرع الجزائري لم يعتبر في (المادة 92/ 02)

(1) حسني، القسم الخاص، ص 243.

(2) العوا، المرجع السابق، ص 111.

الإخبار في هذه الحال عذرا معفيا، بل عده ظرف تخفيف فحسب؛ إذ نص على أنه « تخفض كذلك العقوبة درجة واحدة بالنسبة للفاعل إذا مكن من القبض على الفاعلين أو الشركاء في نفس الجريمة أو في جرائم أخرى من نفس النوع ونفس الخطورة وذلك بعد بدء المتابعات ».

والواقع أن موقف المشرع المصري أكثر سدادا من موقف المشرع الجزائري؛ لأن الأول من شأنه تمكين كل من يصحو ضميره بمساعدة مصالح الدولة في القضاء على هذا النوع من الجرائم ذات الضرر الكبير المتعدي، فموقف المشرع الجزائري ليس فيه من الإغراء ما يكفي لتمكين من الإبلاغ عن الجريمة، خاصة وأنه وبخصوص جرائم أمن الدولة على وجه التحديد لا يعني بدء المتابعات فيها إمكان القضاء على الجناة، فإذا ضيق باب الإعفاء على من يساعد على القضاء على الجناة، فإن ذلك يفوت مصلحة كبرى على المجتمع والدولة.

وينبغي أن نلاحظ هنا أن المقصود بالبدء في إجراءات التحقيق والمتابعة، الإجراءات التي تفتح بها الدعوى العمومية، ولذلك يخرج عن نطاقها إجراءات الاستدلال التي تتولاها الضبطية القضائية أو النيابة العامة بوصفها سلطة استدلال وليست سلطة تحقيق<sup>(1)</sup>. وإذا كان الأمر كذلك، فإن التحقيق لا ينصرف إلا إلى الجريمة التي وقعت فعلا، وهي المنصبة على العمل التحضيري في جرائم الأشرار، والمتمثل في التحريض أو المساعدة أو المساهمة في أي منها وأيضا في جرائم أمن الدولة، ويلزم أن يكون التحقيق متعلقا بالجريمة وبالجانبي الذي قام بالإبلاغ، فهذا وإن لم ينص عليه المشرع صراحة إلا في خصوص جرائم تزوير المحررات العمومية (المادة 217) بقوله « ... وقبل أن يكون هو نفسه موضوعا للتحقيق »، إلا أنه يمكن تعديته إلى باقي الجرائم؛ إذ لا يمكن أن يكتمل التحقيق بدون معرفة الفاعل حتى ولو كشفت الجريمة، ولأن العدول في هذه الحال عدول اختياري، وهو مستند المشرع في الإعفاء.

وعلى ذلك، فإنه إذا كان التحقيق قد بدئ وحفظ لعدم معرفة الفاعل، أو كان قد بدئ حيال متهمين آخرين، فإن قيام الجاني بالإبلاغ في هذه الحالة يتوافر به مانع العقاب محل البحث<sup>(2)</sup>. غير أن هناك رأيا فقهيًا آخر يذهب إلى أن شرط الإخبار ينبغي أن يكون قبل بدء إجراءات الاستدلال التي تقوم بها الضبطية أو النيابة العامة؛ إذ إن بدء تلك الإجراءات، دليل على أن السلطات العامة عالمة بأمر الجريمة، ومن ثم فهي غير محتاجة إلى من يخبرها عنها، وليس الإخبار حينئذ بذي جدوى<sup>(3)</sup>. والواقع أن علم السلطات بالجريمة لا يعني إمكان بط الجناة أو وقف تنفيذ المشروع الإجرامي، ومن ثم فإن هذا الرأي الأخير غير محقق للمصلحة التي تقصدها الإعفاء.

#### البند الرابع: الانسحاب في جرائم العصيان عند أول تنبيه.

وهو شرط مقصور على جرائم أمن الدولة (المادة 92)، وجرائم العصيان (المادة 186)، ومضمون هذا الشرط أن ينسحب الأشخاص المشتركون في هذا النوع من الجرائم عند أول تنبيه عليهم من السلطات المدنية أو

(1) سلامة، المرجع السابق، ج 01 ص 68.

(2) سلامة، المرجع نفسه، ج 01 ص 112.

(3) حسني، المرجع السابق، ص 243.

العسكرية، على ألا يكونوا قد تولوا فيها أي قيادة أو قاموا بأي عمل أو مهمة على تعبير (المادة 92)، ودون أن يؤديها فيها أية خدمة أو وظيفة على منطوق (المادة 186).

وعليه وبمفهوم المخالفة، فإنه لا يستحق الإعفاء من العقاب من انسحب من التنبيه الثاني أو الثالث، كما لا يستفيد من الإعفاء من قام من الجناة بأي عمل أو وظيفة أو تولى قيادة في المجموعة المسلحة أو جمهرة العصاة.

### الفرع الثالث : نطاق الإعفاء من العقاب.

ونتناوله -إن شاء الله- في بندين؛ الأول في نطاق الإعفاء من حيث الأشخاص، والثاني في نطاق الإعفاء من حيث العقوبة.

#### البند الأول : نطاق الإعفاء من حيث الأشخاص.

ذكرنا فيما تقدم أن نصوص القانون المتعلقة بالإعفاء من العقاب تقرر مانعا من موانع العقاب، ومعنى ذلك أن الجريمة تقع مكتملة الأركان المستوجبة للعقوبة قانونا، ويأتي الإعفاء في مرحلة تالية على تمامها ليحول دون العقاب فقط.

ويترتب على ذلك من حيث نطاق الإعفاء أنه يعتبر ظرفا شخصيا، لا يستفيد منه إلا من توافر في حقه دون بقية المساهمين، فاعلين كانوا أم شركاء، تطبيقا للقواعد العامة في المساهمة الجنائية، فالشريك لا يستفيد من الإعفاء الذي تحقق في حق الفاعل، كما لا يستفيد الفاعل من الإعفاء الذي توافر في حق الشريك، كما أن كل فاعل أو شريك يستقل بظروفه الشخصية عن غيره من الفاعلين أو الشركاء، سواء أكانت مشددة أم مخففة أم معفية من العقاب<sup>(1)</sup>.

ويلحق بهذا الوصف أن كل مبلغ من الجناة يستفيد من الإعفاء طالما تحققت فيه شروطه، حتى ولو لم يكن أول من أبلغ منهم السلطات عن الجريمة<sup>(2)</sup>.

وفي خصوص الإعفاء من جريمة الرشوة الذي نصت عليه بعض التشريعات، كالتشريع المصري والتشريع السعودي، فإنه لا يستفيد من الإعفاء إلا الراشي أو الوسيط دون المرتشي، لعدم تحقق الحكمة من الإعفاء بالنسبة له<sup>(3)</sup>، ويستوي لاستفادة الوسيط من الإعفاء أن يكون وسيطا من جانب الراشي أو من جانب المرتشي. وغني عن البيان أن الإعفاء يقتصر على شخص من أبلغ، أي على الراشي أو الوسيط، استنادا لما قرره سالفنا من أنه ظرف شخصي، فإذا أبلغ الراشي أعفي وحده دون الوسيط، ولو كان الوسيط من طرفه، وكذلك إذا أبلغ الوسيط اقتصر الإعفاء عليه دون الراشي، ولو كان من طرف المرتشي<sup>(4)</sup>.

(1) سلامة، المرجع السابق، ج 01 ص 112. حسني، المرجع السابق، ص 243.

(2) سلامة، المرجع نفسه، ج 01 ص 66.

(3) أمجد العمروسي، جرائم الأموال وجرائم الرشوة، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية -، الطبعة الأولى، 1991، ص 249.

(4) فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص 105.

## البند الثاني: نطاق الإعفاء من حيث العقوبة.

يقتصر وجوب إعفاء الجاني الذي حقق الشروط المطلوبة، على العقوبات الأصلية المقررة لتلك الجرائم، ولا يمتد إلى العقوبات التبعية بالنسبة للجنايات أو التكميلية بالنسبة للجرح، فقد نصت (المادة 199) في خصوص الجنايات المبينة في (المادتين 404-420) والمتعلقين بجرائم الهدم والتخريب والأضرار التي تنتج عن تحويل اتجاه وسائل النقل، وجرائم الاعتداء على حسن سير الاقتصاد الوطني والمؤسسات العمومية على التوالي، على أنه يجوز لقاضي الموضوع أن يحكم على من استفاد من عذر الإعفاء بالمنع من الإقامة مدة خمس سنوات على الأقل وعشر سنوات على الأكثر.

كما نصت (المادة 03/92) بخصوص الإعفاء في جرائم أمن الدولة بأنه يجوز في حالة الإعفاء من العقوبة الحكم على المستفيد من هذا العذر من الإقامة، كما في مواد الجرح، وبالحرمان من الحقوق المبينة في (المادة 14) من قانون العقوبات.

وبرجوعنا إلى نص (المادة 14) عقوبات وجدناها تنص على أنه « يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المشار إليها في (المادة 08) لمدة لا تتجاوز خمس سنوات»، وهذه الحقوق هي بأحكام (المادة 08) المشار إليها آنفا:

أولا: عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف العمومية، وجميع الخدمات والمناصب العمومية، وحرمانه من مباشرتها.

ثانيا: الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح، وعلى العموم كافة الحقوق الوطنية والسياسية ومن حمل أي وسام.

ثالثا: حرمانه من أهلية أن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.

رابعا: حرمانه من أهلية أن يكون وصيا، أو ناظرا، ما لم تكن الوصاية على أولاده.

خامسا: الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة، أو الاستخدام في مؤسسة بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا.

وإضافة إلى تطبيق هذه العقوبات، جوز المشرع لقاضي الموضوع بحكم (المادة 52) عقوبات، أن يطبق تدابير الأمن على المعفي عنه.

## الفرع الرابع: المحكمة من الإعفاء من العقاب.

تكمن حكمة المشرع في إعفاء من يبلغ من الجناة عن الجريمة بصفة عامة، في رغبته في توقي الأخطار التي يمكن أن تنجم عن إتمام المشروع الإجرامي الذي يتهدد الاستقرار العام للدولة والمجتمع بالانتقاض، وأيضا في إغراء من ضل الطريق بالرجوع إلى الجادة والانخراط في حركة مجتمعه عنصرا مفيدا، حيث تكون مفسدة عقوبته حينئذ،

وقد تاب ورجع إلى رشده وأقلع عما كان ينوي الإقدام عليه مما نفى عنه الخطورة الإجرامية التي يجب أن تكون وحدها مناط العقاب، أكبر في منطق العدالة من عدم عقابه<sup>(1)</sup>.

وتكمن حكمة ذلك أيضا على وجه الخصوص في طبيعة كل جريمة من الجرائم التي قرر لها الشارع هذا الظرف الخاص، هذه الطبيعة الخاصة تجعل من هذا النوع من الجرائم أوصافا تجعل الشارع لا ينفك موقفه من أن يقرر ذلك الظرف. ففي جريمة الرشوة مثلا طبيعة من الخفاء يصعب معه إثباتها، فغلبة وقوعها بعيدا عن أعين السلطات العامة وكذلك صعوبة إقامة الدليل عليها، وعليه فالراشي أو الوسيط عندما يكشف للسلطات العامة عن وقوع هذه الجريمة أو يعترف بها، إنما يؤدي خدمة للمصالح العام، بالكشف عن الجريمة بعد وقوعها والتعريف بالموظف الذي ارتكبها، والذي أصبح يمثل جرثومة في مصالح الدولة، يعطل مصالح المواطنين ويسهم في عرقلة عجلة التنمية، ومن ثم تسهيل عملية إثبات الجريمة عليه<sup>(2)</sup>، والمبلغ لهذا يستحق أن يكافأ على هذا العمل بإعفائه من العقاب.

وينضاف إلى ذلك أن تقرير إعفاء الراشي والوسيط من العقوبة يؤثر على العلاقة السيئة التي اعتادها الناس بينهما من جهة، وبينهما والمرتشي من جهة أخرى، فتهتز ثقة كل منهم في الآخر، مما يجعل المرتشي يتردد كثيرا قبل إقدامه على اقتراح الجريمة، وقد يحول ذلك دون وقوعها، مما يضيق من حالات الرشوة<sup>(3)</sup>.

وهذا الحال ينسحب على كافة الجرائم الأخرى التي تشارك جريمة الرشوة في وصف السرية؛ إذ يحيطها التحفظ والكتمان، مثل الجرائم الأخرى الضارة بالاقتصاد الوطني، كجرائم تزوير المحررات العمومية والرسمية وجرائم تزوير النقود<sup>(4)</sup>.

أما في خصوص جرائم أمن الدولة وجرائم عصابات الأشرار والاتفاق الجنائي، فإن الحكمة في الإعفاء تنطلق أساسا من الخطر الذي تلحقه هذه الجرائم بالاستقرار العام للدولة، وأمنها وبشخصيتها السياسية في الداخل والخارج، إذ إنها تعتبر ماسة بسلطانها وهيبتها، كما أنها تقع من مجموعات تتخذ لها تنظيما خاصا، وتتحصن بالأسلحة، وتتخذ لها مبررات سياسية ومستندات دينية في الأغلب الأعم، مما قد يجعلها مسنودة من طرف كثير من الناس، ويضمن لها الاستمرار والردء والإعانة المادية والبشرية، فيضفي عليها صفة الجيش النظامي الذي يصعب تطويقه والقدرة عليه. ولهذا يسلك المشرع الجزائري بتوجيه من السلطة السياسية في الغالب مسلك فتح المجال لمن أراد أن يلتحق بمجموعته، ويرجع عما بدأه من أفعال المحاربة لوطنه.

وإذا، فالمصلحة المحمية في جرائم أمن الدولة تتمثل في المحافظة على مصالح الأمة الأساسية المتعلقة بوجودها وتنظيمها ووحدها، وهي ما يطلق عليه المصالح السياسية، والتي تفترق من حيث الأهمية الاستراتيجية عن مصالحها المتعلقة بالإدارة والقضاء.

(1) حسني، المرجع السابق، ص 242.

(2) مهنام، المرجع السابق، ص 166.

(3) أبو عامر: محمد زكي والفهوجي: د. علي عبد القادر، القانون الجنائي الخاص، الدار الجامعية، 1988م، ص 397-398.

(4) مهنام، المرجع نفسه، ص 166.

وفي هذا المفهوم الواسع، تدخل تحت نطاق التجريم جميع الأفعال الضارة بالشروط اللازمة لوجود الدولة، وليس فقط الأفعال الضارة بأمنها. فالمصالح المحمية فيها جميعا هي تلك المتعلقة بحماية الدولة في تنظيمها السياسي، وفي الشروط الأساسية واللازمة للمحافظة عليها، ومن ثم أمنها وسيادتها وحريتها وسلطتها المطلقة في التصرف، والتي بدونها لا تستحق مسمى الدولة<sup>(1)</sup>.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) سلامة، المرجع السابق، ص33.



## المبحث الثاني:

### الأسباب الحائلة دون اقتضاء الدولة حقها في العقاب

إلى جانب ما تناولناه في المبحث الأول من أسباب معفية من العقاب، فإن هناك طائفة أخرى من الأسباب المسقطه للعقوبة، وهي في حقيقتها أسباب حائلة دون اقتضاء الدولة حقها في العقاب، وتتلخص في النظام الجزائي في أمرين أساسيين وهما، تنازل صاحب الحق المعتدى عليه عن حقه في المطالبة باقتضائه، ويعرف في الفقه الجزائي الإسلامي باسم العفو، بينما تصطلح عليه القوانين الجزائرية الوضعية بالصلح أو التصالح أو الصفح، والثاني هو التقادم سواء كان تقادم الدعوى أم تقادم العقوبة، وهناك سبب ثالث يرجع إلى إرادة السلطة التشريعية في الدولة في العفو عن بعض المحكومين، ويعرف بالعفو الشامل، وستتناول كل هذه الأسباب في المطلبين الآتيين، الأول عن العفو بشتى أنواعه، والثاني في التقادم بنوعيه.

#### المطلب الأول: العفو وأثره على الحق في العقاب.

مصطلح العفو مختلف من حيث المفهوم والنطاق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، إذ يعني في مجال الشريعة تنازل صاحب الحق المعتدى عليه في اقتضاء حقه الذي نشأ بموجب الفعل الجرمي، بشروط يأتي تفصيلها، وهو ما يصطلح عليه عند الوضعيين بالتصالح أو الصلح أو الصفح، باختلاف التعبيرات، بينما العفو عندهم يعني قرارا صادرا من الدولة ممثلة في رئيسها يقضي بإسقاط العقوبة أو تخفيفها عن بعض الجناة، وهو العفو الرئاسي، أو أن يكون عفوا شاملا، وهو ما لا يكون إلا بقانون. وعلى ذلك فسنتناول هذا المطلب في فرعين؛ الأول في العفو والصلح في الشريعة الإسلامية، والثاني في العفو ونظام التصالح في القانون الوضعي.

#### الفرع الأول: العفو والصلح في الشريعة الإسلامية وأثرهما على العقوبة.

عرفنا فيما سبق أن أهم الآثار العملية لتقسيم الحقوق الشرعية الواقع عليها الفعل الجرمي إلى ما هو حق خالص لله تعالى، وما اشتمل عليه حق الله وحق الفرد وحق الله فيه غالب، وما اشتمل عليه حق الله وحق الفرد وحق الله فيه غالب، تبرز في مدى جواز التوبة والعفو في حق من هذه الحقوق، فرأينا أن التوبة تقبل في حق الله تعالى ولا تقبل في حق غيره إلا بالإبراء، وهو العفو، وهو ما سنتناوله في هذا الفرع، من حيث مداه وشروطه؛ إذ إن كل جريمة غلب فيها جانب الاعتداء على حق الفرد على جانب الاعتداء على حق الله، أي حق الجماعة، كان للمحني عليه أو لوليه إسقاط حقه بالعفو، وبذلك لا يجوز أن تمتد يد السلطة إلى الجانب لاقتضاء ما ينشأ عن الجريمة من حق في العقاب<sup>(1)</sup>.

(1) العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص 84.

وقد بلغ من تقدير بعض الفقهاء لهذه النتيجة أن اتخذ منها معياراً للترقية بين حق الله وحق العبد، فذهب صاحب الفروق إلى أن ما كان للعبد إسقاطه فهو حقه، وما لم يكن له إسقاطه فهو حق الجماعة<sup>(1)</sup>.

غير أن الصحيح ما ذهب إليه صاحب الموافقات من جعل تقرير حق العفو نتيجة للترقية بين حق الله وحق العبد، وليس سبباً له؛ ذلك أن حق العفو لا ينشأ إلا تابعا لحق آخر، وهو رد الاعتداء أو إقتضاء العقوبة المترتبة عن الجريمة، فيتعين لذلك أن يكون معيار الترقية طبيعة الحق المعتدى عليه، لا الحق الناشئ عنه من عفو أو إقتضاء للعقاب<sup>(2)</sup>.

ومن هنا كان اتفاق الفقهاء على جواز العفو عن الحق في القصاص والدية، وفي جرائم التعزير التي ترتكب إخلالا بحق فردي، واتفاقهم على عدم جواز العفو عن جرائم الحدود، لأنها حق لله تعالى، غير أنهم اختلفوا في جريمة القذف، وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم في تكييفها، هل هي واقعة على حق فردي أم على حق الجماعة.

وستتناول هذا الفرع فيما يأتي في ثلاثة بنود؛ الأول في تكييف جريمة القذف في الفقه الإسلامي، ومن ثم جواز العفو فيها أو عدم جوازها، والثاني في العفو في جرائم القصاص، والثالث في العفو والصلح عند فقهاء الشريعة، والرابع في العفو في جرائم التعازير.

#### البند الأول: تكييف جريمة القذف في الشريعة الإسلامية.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في شأن جريمة القذف من حيث تكييفها القانوني، هل هي واقعة على حق لله تعالى، ومن ثم لا تسقط بالعفو والإبراء؟ أم هي واقعة على حق للمقذوف، وله أن يتنازل عن حقه الناشئ عنها؟.

فيرى الحنفية والظاهرية أن جريمة القذف اعتداء على حق الجماعة، وفي توقيع العقوبة عليها صيانة للمجتمع ودفع للفساد عن الكافة؛ إذ إن المقصود منها حماية جماعة المواطنين عن طريق حماية السمعة الطيبة لكل واحد منهم<sup>(3)</sup>.

أما الشافعية والحنابلة فيتجهون الاتجاه المقابل؛ إذ يقررون أن عقوبة القذف حق للآدمي الواقع عليه فعل الاعتداء، ولذلك حكموا بأنه لا يمكن تنفيذها إلا بناء على شكوى مقدمة من المقذوف نفسه، كما يجوز أيضا بناء على هذا التخريج أن يتنازل المجني عليه عن حقه في المطالبة، ويسحب شكواه قبل الحكم، وأن يعفو عن القاذف بعد الحكم وقبل التنفيذ؛ ومستند ذلك أن الاعتداء قد وقع على حقه في صيانة عرضه من التعرض لما يشينه عند الناس، فهو وحده المتضرر من القذف، ولا يلحق الضرر غيره<sup>(4)</sup>.

(1) القرافي، الفروق، ج 01 ص 141.

(2) الشاطبي: أبو إسحاق، الموافقات في أصول الأحكام، تحقيق الشيخ محمد الخضر حسين والشيخ محمد حسنين محمد مخلوف، دار الفكر، بلا تاريخ، ج 02 ص 222.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 56. ابن حزم، المرجع السابق، ج 11 ص 281.

(4) الهيثمي، تحفة المحتاج، ج 07 ص 120. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 08 ص 217.

ويذهب المالكية مذهبا وسطا إذ يفرقون بين حالين؛ الأولى هي قبل رفع الأمر إلى القضاء بالشكوى، وفي هذه الحال يعتبرون العقوبة حقا للمقذوف، والثانية وهي بعد الترافع، أي بعد تصدير شكوى إلى القضاء من طرف المجني عليه، وهنا يدخل القذف في حوزة حقوق الجماعة<sup>(1)</sup>.

على أننا نشير إلى أن الحنفية وإن كانوا يرون أن العقوبة في القذف واجبة لله تعالى، أي للجماعة إلا أنهم متفقون مع باقي الفقهاء في أن شرط تنفيذها متوقف على شكوى المجني عليه أو من يمثله، طالبا من القضاء حماية سمعته بتوقيع حد القذف على القاذف، وأوقفوا ذلك على شرط أن لا يكون هذا العفو بعوض مالي؛ لأنه بذلك يكون رشوة، والرشوة في الحدود لا تجوز<sup>(2)</sup>.

ويرى ابن حزم أن هذا التفريق بين الحالين في قبول العفو الذي قال به الحنفية، ليس له أصل في القرآن الكريم ولا في السنة الشريفة، بل إن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- حين عاقب قاذفي عائشة -رضي الله عنها- لم يسألها هل كانت تريد توقيع العقوبة عليهم أم لا؟<sup>(3)</sup>.

### البند الثاني: العفو في جرائم القصاص.

يعتبر تمليك ولي الدم حق العفو عن الجاني أولى الثمرات لاعتبار القصاص حقا شخصيا له، يملك أن يستوفيه مسنودا في ذلك بسلطة القضاء، كما يملك أن يتنازل عنه بعوض إن شاء، أو بغير عوض تبرعا منه وتخفيفا، وفي ذلك رحمة من الله تعالى بالناس.

ويرجع الأساس الفقهي لهذا التمليك إلى المقصد المتغيا من تقرير حق القصاص من القاتل أو المثلّف، والتي ترجع إلى شفاء نفس المعتدى على حقه، إذ لا يشفيه سجن ولا تغريم، وإنما يشفيه أن يتمكن من أن يصنع بالجاني مثلما صنع به، ولا يشفي ولي المقتول أن يسجن القاتل زمنا طال أم قصر، ولكن يكفيه أن يمكن من رقبة القاتل فيقتص أو يعفو، وشفاء غيظ المجني عليه أمر لا بد منه، لا لأنه هدف في حد ذاته، وإنما لأنه وسيلة لمنع التهاجر وتفشي العداوات بين الناس، وانتشار عادات الثأر، الشريعة الحاكمة التي عرفتها كثير من الشعوب والأمم، والتي أودت بنفوس كثيرة وقامت لأجلها حروب كرت على الأخضر واليابس.

وتحقيقا لهذا المعنى جعل القرآن الكريم القصاص مع ما فيه من إتلاف أو قتل، حياة للناس واستمرارا لعمرائهم، يقول تعالى: ﴿ **ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب** ﴾ [البقرة/ من الآية 179] فهذه الآية تقرر أن حياة الجماعة في القصاص؛ لأنه وكما أسلفنا، إذا لم يكن القصاص أهدرت النفوس وأصبح الأمر لذي الغلبة والقوة، وصار الحكم بقانون الغاب والناج، وكانت الأمور فوضى لا ضابط ولا رابط، ولم يسلم طلاب العافية من شر الشطار ورجال الليل<sup>(4)</sup>.

(1) الخرخشي، المرجع السابق، ج 05 ص 329. المواق، المرجع السابق، ج 06 ص 301.

(2) المراجع السابقة.

(3) ابن حزم، المرجع السابق، ج 11 ص 281.

(4) أبو زهرة، العقوبة، ص 336-340 بتصرف.

فإذا استجاب المجني عليه أو وليه لنداء الشارع الحكيم بالعفو عمن اعتدى على حقه في سلامة جسده أو حياة وليه، لم يعد من معنى للقصاص شفاء للنفس، ومن ثم يتحقق المقصد العام والأسمى وهو الحفاظ على استقرار المجتمع وعدم اقتضاء الناس حقوقهم بالفوضى والافتتات على سلطات الدولة، على ألا يفلت الجاني من عقوبة تعزيرية حقا للدولة تكون رادعة له عن معاودة ما فعل، ورادعة لغيره ممن قد يغريهم مثل هذا العفو على سلوك نهج الجريمة والاستهتار بالمهج.

هذا زيادة على أنه قد يكون في القصاص قطيعة ومشقة وقد يكون في ذلك ضرر بولي الدم نفسه، فقد يقتل أخ أخاه فيكون ولي الدم أبوهما، فإن مصلحة الأب في ألا يقتل له ولدان لعلهما كل ولده، فكان العفو استبقاء لأحدهما وقد فات الثاني.

وينضاف إلى هذه المقاصد ما قدمناه من أن العقوبة في حد ذاتها ضرر بالغ يلحق بالأمة في مجموعها، وخاصة إذا كانت هذه العقوبة بدنية متلفة للنفوس، فقتل رجل قاتل هو نقص من عدد الأمة، فإذا كان قد نقص عدد الأمة واحدا باعتدائه، فقد زدنا النقص واحدا آخر بالقود منه، وهي مفسدة ما في ذلك من شك<sup>(1)</sup>.

غير أن قانون المصلحة والمفسدة يجتم إنزال العقاب به؛ حفاظا على انسجام المجتمع لألا تنفشي فيه الثارات، فتهدد بها الأمة في وجودها، هذا بالإضافة إلى أن القاتل قد يسترسل في غيه إذا ترك من غير عقاب، ولم يجد من على شاكلته من المفسدين زاجرا من الإقدام على ما أقدم عليه، فإذا حدث وأن أمكن تجنب المفسدين، ونقص من ذلك مفسدة اقتضاء الناس حقوقهم بأنفسهم من غير اللجوء إلى الدولة، ومفسدة استرسال أهل الغي في غيهم، وذلك بعفو ولي الدم في الأولى، وبالتحقق من أن القاتل ليس من أهل الاحتراف، كما في قتل الغيلة، وبتقرير عقوبة تعزيرية عليه في الثانية، لم يكن حينذاك مبرر لقتل نفس إنسانية، ولهذا المعنى الأخير قرر المالكية أن قتل الغيلة لا يكون محلا للعفو كما في قتل الإمامين عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب -رضي الله عنهما-.

والأساس عند المالكية في أن القتل غيلة ليس محلا للعفو، أن هذا النوع من القتل يدخل عندهم في باب الحراة باعتبار أنه يتحقق فيه معنى القوة في القاتل وعدم القدرة على الاستغاثة من المقتول، فكان «قتل الغيلة أقبح من فعل المجاهرة، ولذلك دخل العفو في قتل المجاهرة فكان قصاصا، ولم يدخل في قتل الغيلة وكان حراة»<sup>(2)</sup>.

غير أنه وإن لم يعتبر قتل الغيلة من باب الحراة عند بعض المحققين كما تقدم، إلا إذا كانت ثمرة لاتفاق جنائي تقوم به جماعة عملها الاغتيال<sup>(3)</sup>، إلا أن في قول المالكية بعدم قبول العفو فيه وجاهة لا تنكر، وذلك للفرق الحاصل بين قتل المجاهرة وقتل الغيلة؛ إذ إن الأول فيه مظنة صدور القاتل في فعله عن غيظ أو عن نزوة غلابة أو أي سبب آخر، من دون أن تتلبس نفسه بخطورة إجرامية تدفعه إلى تكرار فعله، بخلاف قتل الغيلة الذي يتحقق فيه مظنة الاحتراف في الإجرام وذلك بالتخطيط والمباغنة، فتكون عقوبته القتل تعزيرا ولو عفا ولي الدم.

(1) أبوزهرة، المرجع السابق، ص535. وانظر: عكاز: فكري أحمد، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الأولى، عكاظ للنشر والتوزيع، السعودية، 1402هـ/1982م، ص29.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، ج1 ص167.

(3) أنظر ما تقدم في جريمة الحراة، ص213.

ويجدر بنا أن نلاحظ هنا أنه وإن شرع العفو ورغب فيه، إلا أن هذا لا يمنع من أن يتحقق الزجر، عاما كان أم خاصا، وذلك بتعريض الرقبة للقصاص. والعفو وإن كان احتمالا واردا إلا أنه قد يكون بعيد النوال، وخاصة إذا علم أهل المجني عليه أن القاتل فعل فعلته عن سبق إصرار وترصد، فإن له أن يعفو أو لا يعفو، والقصاص أقرب، وأي امرئ يعرض رقبة للقصاص باحتمال غالب وهو الأصل ويكون عنده تقدير للأمر؟<sup>(1)</sup>.  
فوق ذلك، فإن جرائم القصاص وإن كان الغالب فيها حق المجني عليه أو وليه، فإنها لا تعدم حقا لله تعالى، فإذا عفا صاحب الدم عن حقه، فإن ذلك لا ينقذ الجاني من كل عقاب، ولا يسقط عنه حق الجماعة التي ترى ممثلة في القضاء أن تقتضي حقها بتوقيع عقوبة تعزيرية، يقررها ولي الأمر بما يراه رادعا للجاني وأشباهه، وقد تكون بالجلد، كما قد تكون على مقتضى عقوبات زماننا بالسجن مع الأشغال مؤقتا أو مؤبدا، وقد تكون بالإعدام إذا ثبت أن القاتل كان غيلة وأن الجاني فاسد النفس لا يمكن إصلاحه<sup>(2)</sup>.

### البند الثالث: العلاقة بين العفو والصلح عند فقهاء الشريعة.

يفرق المذهب الحنفي والمالكي بين العفو والصلح، فالأول عندهما هو إسقاط ولي الدم حقه في استيفاء القصاص من غير مقابل، والثاني هو الإسقاط بمقابل؛ باعتبار أن الجاني لا يلزم الدية إلا إذا قبلها، وما كان محتاجا إلى قبول الجاني فهو صلح وليس بعفو<sup>(3)</sup>.  
أما الشافعية والحنابلة، فإنهم لا يفرقون بين العفو والصلح؛ إذ لا حاجة عندهم لرضا الجاني إذا رأى المجني عليه أو أولياؤه العفو عن القصاص وطالبوا بالدية<sup>(4)</sup>.  
وأصل الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى تحديد ماهية الواجب بالقتل العمدي؛ وهو واجب معين وهو القصاص فقط، ومن ثم لا يجب المال إلا بالاتفاق بين أطراف الخصومة، أم أنه واجب مخير، للمجني عليه أو أولياؤه الاختيار بين القصاص والدية، ومن ثم إذا حصل العفو وجبت الدية آليا، من غير توقف على التراضي بين الطرفين<sup>(5)</sup>.

فعلى الرأي الأول وهو رأي الحنفية والمالكية، فإنه لا يجب شيء من المال إلا بالاتفاق عليه؛ إذ إنه بالعفو لا يجب شيء ما يقوم به ولي الأمر، من التعزير حقا لله تعالى وزجرا للجنة عامة، وللجاني نفسه على وجه الخصوص، وبهذا لا تثبت الدية ولا يثبت معها أي شيء من المال أو أي أمر يقوم به، إلا إذا انعقد بذلك الاتفاق وحصل به التراضي، وهو ما يصطلحون عليه بلفظ الصلح<sup>(6)</sup>.

(1) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 536.

(2) ذلك لأن عفو ولي الدم إنما هو عفو عن العقوبة لا عن الجريمة، فإذا عفا الشخص عن حقه في العقوبة، بقي حق الجماعة، أي الحق العام في العقاب بالتعزير. أنظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 237. وابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 349.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 07 ص 247. الدردير، المرجع السابق، ج 04 ص 239-240.

(4) الشيرازي، المرجع السابق، ج 02 ص 188. ابن ضويان: إبراهيم، منار السبيل، المكتب الإسلامي، دمشق، بلا تاريخ، ج 02 ص 315-316.

(5) أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 536.

(6) المراجع السابقة.

وعلى الرأي الثاني، وهو رأي الشافعية والحنابلة، فإنه تثبت الدية بمجرد العفو مادام قد وقع مستوفيا شروطه حتى ولو لم يحصل بذلك اتفاق بين طرفي الخصومة؛ لأن المجني عليه أو أوليائه في هذه الحال رضوا بأحد الواجبين الموضوعين على التخيير، وليس له بعد ذلك أن يرجع في رضاه إذا لم يدفع الجاني الدية، بل عليه أن يتبع الجاني وعاقبته، لقوله تعالى: ﴿فَاتَّبَاعَ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءِ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة/ من الآية 178]<sup>(1)</sup>.

ومع هذا الاختلاف بين الفريقين في تحديد الواجب بالعفو، فإن كليهما مستقر على جواز أن يكون سقوط القصاص بالعفو في ضمن صلح ينعقد بين الجاني والمجني عليه أو أوليائه، على أن هذا الصلح متعين بمقتضى مذهب المالكية والحنفية لوجوب المال، وجائز عند الشافعي وأحمد بن حنبل<sup>(2)</sup>.

#### البند الرابع: العفو في جرائم التعازير.

نتناول هذا البند في فقرتين، الأولى حول حكم العفو في جرائم التعزير، والثانية حول مشروعية هذا العفو.

#### أولاً: حكم العفو في جرائم التعزير.

كما هو الحال في العقوبات المقدرة من تقسيم للحقوق الواقع عليها الاعتداء إلى حقوق لله تعالى وحقوق للآدميين، فإن الفقهاء يقسمون التعزير أيضاً إلى ما كان موجه الاعتداء على حق الله تعالى، وما كان موجه الاعتداء على حقوق الأفراد.

والمقصود بحق الله تعالى في نطاق العقوبات التعزيرية ما تعلق بتحقيقه نفع جماعة المواطنين، وبانعدامه والاعتداء عليه ضرر عام بهم، من غير أن يختص ذلك بأحد منهم دون الكافة، فإن حصل ارتكاب أحد فعلا جرمياً من غير أن يعتدي على أحد بذاته، فإنه يكون مرتكباً لفعل موجب للتعزير حقاً لله تعالى، وذلك لأن في دفع الجرائم عن الناس وإخلاء الأرض من الفساد واجبا مشروعاً تحقيقاً للنفع العام، وأما ما تعلق به مصلحة خاصة لأحد الأفراد سواء في نفسه أو في اعتباره، فهو حق للعبد ويعزر المعتدي عليه مراعاة لحقوق الأفراد.

ومن أهم الآثار العملية لهذا التقسيم مدى جواز نوعي العفو في مثل هذه الجرائم، فإذا تعلق التعزير بحق من حقوق الأفراد كالاقتداء على اعتبار الناس والطعن في شرفهم بما دون القذف، كالسباب والشتم والنعت بأبشع الأوصاف وأشنعها، مما من شأنه أن يقلل من اعتبار المجني عليه، ويحط من قدره عند الناس؛ فإن صاحب الحق وحده من بوسعه إسقاط ما وجب له بالعفو، وليس لولي الأمر أو للقاضي فعل ذلك؛ لأنه إن فعلها يكون قد اختص بأمر لا اختصاص له به<sup>(3)</sup>.

هذا، ويبقى مع عفو صاحب الحق المعتدى عليه لولي الأمر أن يقرر عقوبة تعزيرية يكون من شأنها تحقيق الردع للجاني ومن على شاكلته من الناس، لأنه وإن كان حق العبد هو الغالب، فإنه لا يعدم حقاً للجماعة في درء

(1) المراجع السابقة.

(2) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 543-544.

(3) الخطاب، مواهب الجليل، ج 06 ص 320، الرملي، المرجع السابق، ج 07 ص 175. الأنصاري، المرجع السابق، ج 04 ص 163.

الاعتداء المحتمل على نفسها، إلا إن تعافوا قبل أن يرفع الأمر إلى القضاء<sup>(1)</sup>، يقول الماوردي: « لو تعلق بالتعزير حق لآدمي كالتعزير في الشتم والمواثبة ففيه حق للمشتوم والمضروب، وحق السلطنة للتقويم والتهذيب، فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم والمضروب، وعليه أن يستوفي له حقه في تعزير الشاتم والضارب، فإن عفا المضروب والمشتوم، كان ولي الأمر بعد عفوهما على خياره في فعل الأصلح من التعزير تقويماً والصفح عنه عفواً، فإن تعافوا عن الشتم والضرب قبل الترافع إليه سقط التعزير»<sup>(2)</sup>.

أما إذا تعلق التعزير بحق لله تعالى، أي للجماعة، فهنا ينبغي التمييز بين نوعين من جرائم التعزير والعقوبات المقررة لكل منهما.

فمنها ما ورد بشأنه في القرآن أو السنة النص المقرر للتجريم، وإن لم يحدد له عقوبة معينة، ومن أمثلتها جرائم شرب الخمر والتعامل بالفوائد الربوية وجريمة الرشوة، فهذه يجوز لولي الأمر أن يعفو عن العقوبة وأن تتنازل الدولة عن حقها في العقاب، ولا يجوز العفو عن الجريمة؛ إذ إن التجريم في هذا النوع ليس من صنع السلطة التشريعية في الدولة، وهي التي تملك العفو الشامل، وإنما هو من صنع الشريعة الإسلامية في نصوص القرآن والسنة، وإذا كان العفو الشامل كما سيأتي يحو عن الفعل وصفه الإجرامي منذ وقوعه، ولا يكون ذلك إلا بنص مساو في القوة للنص الذي خلغ على ذلك الفعل وصف الجريمة، فإنه لا يجوز أن تتصدى السلطة التشريعية في الدولة لمثل هذه الجرائم بإصدار قانون ينفي عنها وصف الجريمة؛ إذ إن من المسلم به أن النصوص القرآنية والسنية لا يجوز نسخها ولا مخالفة أحكامها بعد ختم الرسالة<sup>(3)</sup>.

أما النوع الثاني من جرائم التعازير، فهو ما تقرر تجريمه والعقاب عليه بنص صادر في الدولة من السلطة المختصة بذلك، وهي السلطة التشريعية المعقود لها في الأصل سن القوانين، أو أي سلطة يفوض إليها اختصاص التشريع استثناء وفي حالات معينة، ومن أمثلتها الجرائم الاقتصادية والجرائم السياسية وجرائم الرأي، وجرائم إحراز وحمل الأسلحة بدون ترخيص، وجرائم مخالفة الاشتراطات الصحية أو اشتراطات الأمن والسلامة في أماكن العمل، وجرائم مخالفة قوانين المرور أو البيئة، وغيرها من الجرائم التي يطلق عليها بعض الفقهاء "الجرائم القانونية الصرف"، وهي أفعال يضيفي النص القانوني عليها وصف الجريمة دون أن يكون هذا الوصف ملازماً لها في ضمير الجماعة<sup>(4)</sup>.

فهذا النوع من الجرائم يجوز فيه ممارسة النوعين من العفو؛ ونقصد من ذلك أنه يجوز لولي الأمر العفو عن العقوبة دون العفو عن الجريمة، كما يجوز للسلطة التشريعية في الدولة العفو عن الجريمة عفواً شاملاً بأن تنفي عن هذه الأفعال وصف الجريمة بعدما كانت قد خلعت عليها هذه الصفة السابقة ورتبت على إتيانها عقوبة معينة<sup>(5)</sup>.

(1) ابن عابدين، المرجع السابق، ج3 ص188. ابن فرحون، التبصرة، ج02 ص369. الماوردي، الأحكام السلطانية، ص225. أبو يعلى، الأحكام السلطانية، ص265-266.

(2) الماوردي، المرجع نفسه، ص237.

(3) العوا، المرجع السابق، ص86-87. وانظر في هذا المعنى المرجع السابق ذكرها.

(4) علي راشد، المرجع السابق، ص17-18.

(5) أنظر في هذا المعنى المرجع السابق ذكرها.

## ثانياً: دليل مشروعية العفو في جرائم التعزير.

استدل الفقهاء على مشروعية العفو في جرائم التعزير بما ورد عن النبي -صلى الله عليه وسلم-: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم»<sup>(1)</sup>، ففي هذا النص زيادة على مشروعية العفو، وجواز الشفاعة فيه عند أولياء الأمر، وخاصة إذا كان المطالب بالعقوبة من ذوي المروءة الذين لا يعرف عنهم التهتك والفساد.

فإذا رأى ولي الأمر المصلحة في العفو عن التعزير كان له ذلك، وإن رأى المصلحة في إقامة العقوبة فالرأي ما رأى، وذلك بحسب حال المستوجب للعقوبة<sup>(2)</sup>، وليس في معنى ذلك إخلال بمبدأ المساواة أمام القانون، الذي كفلته الشريعة الإسلامية، فإن الناس أمامه لا يتفاوتون بمنازلهم وأقدارهم، وإنما يكون التفاوت بحسب رجوع المصلحة الشرعية، إذ نص الفقهاء على أن العفو يجوز لمن كانت منه الفتنة والزلة من أهل الستر والعفاف، أو من طمع بوقوعه عند الإمام والعفو عنه أن تكون له توبة، أما إذا كان الجاني مصراً على الفساد مشتهراً في الفسوق، فلا يجوز عند الجميع للإمام أن يترك عقوبته؛ بل يجب أخذه بما ليرتجر عن ارتكاب المحذور، ويرتدع غيره بما يفعل به. ومعنى ذلك أن يكون العفو مقصور النطاق على طائفة معينة من المجرمين دون غيرهم، وعلى بعض الجرائم دون البعض، بحسب جسامتها وتأثيرها في النظام العام، وأن شخص الجاني له اعتبار في العفو في الجرائم التي يجوز القول به فيها، وينبغي أن لا يترك الأمر لتقدير القاضي بصفة مطلقة، وإنما ينبغي أن ينص عليه في التشريع ليضمن العدالة والتوحيد القضائي في الحكم به<sup>(3)</sup>.

كما قد تتطلب المصلحة العفو عن التعزير في حالات غير ما تقدم ذكره، كأن تصدر العقوبة نتيجة لخطأ قضائي لا يمكن تداركه بالوسائل التي تقررت في القانون.

هذا فيما يخص العفو فيما كان حقاً للجماعة، وهو عفو ولي الأمر أو ما يسمى باصطلاح أهل زماننا "العفو الرئاسي"، أما عفو المضرور من الفعل الجرمي، فإن في عموم الأدلة الشرعية دليل مشروعيته، من ذلك قوله تعالى: ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾ [الشورى/من الآية 40]<sup>(4)</sup>، وأيضاً قياس الأولى، فإنه لما شرع العفو في القصاص، وهو عقوبة على جرائم ذات عقوبات مقدرة، جاز من باب أولى العفو فيما دونها من عقوبات التعزير.

## الفرع الثاني: العفو والصلح في القانون الوضعي.

قدمنا فيما سبق أن حق الدولة الناشئ عن الجريمة في عقاب مرتكبها قد يقتضي توقيع العقوبة عليه تنفيذاً لحكم القضاء بتأكيد نسبة الجريمة إلى الجاني وتقرير العقاب عليها، وقد ينقض هذا الحق دون اقتضاء إذا عرض له سبب من الأسباب التي تحول بين الدولة وبين المضي في الإجراءات المؤدية لاقتضاءها، وتتلخص بعض هذه الأسباب في العفو والصلح وستتناولها جميعاً بالتفصيل فيما يأتي.

(1) وراه الطحاوي فس مشكل الآثار، ج 03 ص 130، وفيه محمد بن عبد العزيز ضعيف. غير أنه يشهد له ما أخرجه ومسلم، ج 04 ص 149، من

قوله -صلى الله عليه وسلم- في الأنصار: «أقبلوا من محسنهم وتجاوزا عن سيئهم». وما أخرجه أبو نعيم في الحلية، ج 04 ص 108 وقال: غريب.

(2) الخطاب، المرجع السابق، ج 06 ص 320. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10 ص 348-349. البهوتي، كشف القناع، ج 04 ص 74.

(3) الخطاب، المرجع السابق، ج 06 ص 320.

(4) العوا، في أصول النظام الجنائي، ص 119.



## البند الأول: العفو وأثره على الحق في العقاب.

تعرف النظم الجزائية الحديثة نوعين من العفو يختلف أحدهما عن الآخر في مفهومه ومصدره والحكمة منه، وأخيرا في الآثار التي يرتبها كل منهما، وهذان النوعان هما، العفو عن العقوبة أو العفو الرئاسي، والعفو عن الجريمة أو العفو الشامل.

## أولا: العفو عن العقوبة.

ونتناوله من ثلاثة جوانب، أولا من حيث مفهومه ومصدره وخصائصه، وثانيا من حيث آثاره على العقوبة، وثالثا من حيث الحكمة منه.

## 1- مفهوم العفو عن العقوبة ومصدره وخصائصه .

العفو عن العقوبة هو سبب خاص بشخص أو أشخاص معينين يصدر عن الدولة ممثلة في رئيسها، بعد أن يكون القضاء قد قال كلمته في شأن الفعل المنسوب إليهم بالإدانة، يقضي بإقالتهم من تنفيذ العقوبة كلها أو بعضها، أو إبدالها بعقوبة أخرى أخف منها في سلم العقوبات<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك، فإن مصدر هذه الإقالة هو رئيس الجمهورية بقرار يقضي بالعفو عن العقوبة بالوصف المذكور، وتدخل ممارسته في نطاق السلطة التقديرية له، فليس للمحكوم عليه حق ثابت فيه، وإذا طلبه فلرئيس الدولة أن يستجيب لطلبه أو يفض الطرف عنه، كما له أن يمنحه من غير طلب مسبق، وإذا صدر هذا العفو فإنه ينفذ غير متوقف على قبول الموجه لصالحه<sup>(2)</sup>.

كما أن هذا العفو سبب شخصي بمعنى أنه يصدر باسم شخص أو أشخاص معينين مقتصرًا عليهم، غير متعد إلى سواهم مهما كان وصفهم الإجرامي، أي سواء كانوا شركاء في الجريمة أم فاعلين أصليين، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، هذا من الناحية القانونية. أما من الناحية العملية، فإنه كثيرا ما يصدر قرار العفو شاملا لجميع المحكوم عليهم، ويكون ذلك في الغالب عقب الانتخابات الرئاسية أو في الأعياد الدينية والوطنية أو غير ذلك من الأحداث السارة التي تمر بها الدولة.

هذا، وإن الإجماع منعقد بين الفقهاء على أنه ليس لرئيس الدولة إصدار قراره بالعفو عن العقوبة إلا بعد أن يكون قد صدر بشأن المستفيدين منه حكم قضائي نهائي، ومقتضى ذلك من الناحية القانونية أن يكون الحكم القضائي الصادر بشأنهم غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، لاحتمال أن يلغى هذا الحكم أو يعدل عند نظر الطعن، فلا تكون ثمة حاجة للعفو<sup>(3)</sup>.

غير أنه ومراعاة لمصلحة المحكوم عليه، فإنه ينبغي أن يستثنى من ذلك حال ما إذا كان قرار العفو الصادر أصلا للمحكوم عليهم من أي قرار قد يحكم به لصالحهم، كأن يكون العفو عن العقوبة كلها، فإنه إضرار به

(1) محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي في التشريعين المصري والسعودي، طبعة 1964م، ج1 ص174-175.

(2) مهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص1185-1186؛ عوض، القسم العام، ص727.

(3) عوض، المرجع السابق، ص727.

انتظار استنفاد طرق الطعن العادية أو غير العادية مع طول إجراءات التقاضي، إلا إذا كان المحكوم عليه طامعا في البراءة من خلال طعنه، فإن الأفضل له حينئذ وصوله إليها بطريق الحق من أن يحصل على العفو بطريق المن.

## 2- آثار العفو عن العقوبة.

العفو عن العقوبة هو عبارة عن إقالة للجاني من تنفيذها عليه، غير أنه لا يمس الفعل في ذاته، ولا يمحو الصفة الإجرامية عنه والتي تظل عالقة به، ولا يرفع الحكم ولا يؤثر فيما نفذ من عقوبة، أي أن العفو مهما اتسع مداه لا ينفى وقوع الجريمة، ولا ينال من حكم الإدانة ولا من حجية الأمر المقضي، ولا يبطل حق الغير<sup>(1)</sup>. وتجعل بعض التشريعات العربية أثر العفو في وقف تنفيذ العقوبة، غير أن التكييف الصحيح في نظر بعض الفقه لهذا الحق أنه حق في الإقالة من العقوبة لا في وقف تنفيذها، ذلك أنه لا تترتب عليه آثار وقف التنفيذ المقررة في هذه التشريعات نفسها، والتي أهمها أن ينفذ الحكم المشمول بوقف التنفيذ إذا صدر حكم آخر خلال مدة معينة يحددها القانون على الشخص نفسه<sup>(2)</sup>. ويتوقف أثر العفو عن العقوبة على مضمونه، والأصل فيه أن يقتصر على العقوبة الأصلية، ومع ذلك يجوز النص على شموله كافة العقوبات والآثار الجزائية، ويتخذ ذلك ثلاث صور:

أولها: العفو عن كل العقوبة أو العقوبات الأصلية المحكوم بها، وهو العفو الكلي.

وثانيها: العفو عن بعض العقوبة المحكوم بها وهذا هو العفو الجزئي، فإذا كانت العقوبة مقيدة للحرية كان العفو بتخفيض مدتها، وإذا تعددت العقوبات الأصلية كحبس وغرامة، كان العفو بإقالة المحكوم عليه من إحدى العقوبتين، ويصح كذلك إعفاؤه من بعض العقوبة الأخرى.

وثالث صورته: هو إحلال عقوبة أخف محل العقوبة المحكوم بها، وهو ما يسمى بالعفو البدلي، ولرئيس الدولة الحرية الكاملة في اختيار العقوبة الأخف، وليس مقيدا بأن يتزل درجة أو درجتين، لأنه لما كان له العفو الكلي حتى في عقوبة الإعدام، كان له من باب أولى اختيار العقوبة المخففة<sup>(3)</sup>.

## 3- الحكمة من العفو عن العقوبة.

ينطوي هذا الأصل في منح رئيس الدولة حق العفو على حكم كثيرة، وإن كان البعض يرى فيه تدخلا من جانب السلطة التنفيذية في أعمال السلطة القضائية وشلا لفاعلية أحكامها النهائية، فمحاسن هذا النظام تشفع له وتبرر الأخذ به؛ إذ إنه أداة فعالة لجبر ما قد ينجر عن أخطاء قضائية خافية، لا يمكن كشفها إلا بعد أن يصبح الحكم نهائيا، فيكون العفو هو السبيل الأوضح لتدارك هذه الأخطاء، كما يعتبر الوسيلة الناجعة لجبر ما قد يقع فيه قضاء الموضوع من شطط في تقدير العقوبة، ولا يجد قضاء النقض من سبيل لتدارك ذلك الشطط.

وهو أيضا وسيلة إغراء يحمل القانون بها المحكوم عليهم على الاستقامة والسلوك الحسن أثناء تنفيذ العقوبة المحكوم بها أملا في الحصول على العفو، مما قد يجعل اعتيادهم لحسن السلوك وسيلة لإصلاح حاله، ومن ثم يكون

(1) عوض، المرجع نفسه، ص731.

(2) العوا، المرجع السابق، ص85؛ ومن هذه التشريعات التشريع المصري والتشريع الكويتي.

(3) عوض، المرجع نفسه، ص729.

في عقابه وشل حركته مفسدة أفدح في منطق العدالة من إخلاء سبيله وإفادته مجتمعه بعنصر صالح. وهكذا يسهم نظام العفو في التضييق من نطاق توقيع العقوبة، مع الحفاظ على مقاصد النظام العقابي كله<sup>(1)</sup>.

ولذلك، فإنه من غير الصواب العفو عن تحقق فيهم الاعتياد في ارتكاب الجرائم، وخاصة منها الجرائم البالغة الخطورة مما يجعل نفوسهم فاسدة لا تصلح، ومنظوية على خطورة إجرامية تهدد المجتمع في أمنه واستقراره، وكذا من سبق العفو عنهم ثم عادوا لما نهوا عنه، أو من اعتدوا على حقوق شخصية للناس، وخاصة جرائم القتل مع سبق الإصرار والترصد، على أن أولى الناس بهذا العفو هم المحكوم عليهم في الجرائم السياسية وجرائم الرأي وكذا المحكوم عليهم في الجرائم المصطنعة، كمخالفة اشتراطات الأمن والسلامة، والاشتراطات الصحية، ومخالفة تنظيم العملة إلى غير ذلك، كما تقرر ذلك بحكم القواعد العامة للشريعة الإسلامية.

### ثانيا: العفو عن الجريمة (العفو الشامل).

نتناول هذه الفقرة في نقطتين، الأولى في مفهوم العفو عن الجريمة ومصدره وتأصيله، والثانية في الآثار الناتجة عنه ونطاقه والحكمة منه.

#### 1- مفهوم العفو الشامل ومصدره وتأصيله.

العفو الشامل هو سبب قانوني عام ومطلق لينصرف إلى فئة معينة من الأشخاص أو الوقائع المنشئة للجريمة، فيرفع عنها صفة الفعل المجرم، بله من انصرافه إلى العقوبة كأثر مترتب على الجريمة فيقبل منها من حكم بها عليه. ومقتضى كونه عاما أنه لا يصدر بحق شخص بعينه أو أشخاص عدة بأعيانهم، وإنما يصدر ليستفيد منه جميع المحكوم عليهم في مجموعة من الجرائم، التي تراجع المشرع لأسباب سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية عن اعتبارها كذلك، وخلع عليها وصف الفعل المباح<sup>(2)</sup>.

ومقتضى كونه قانونيا أن السبيل الوحيد لإصداره هو القانون الذي تستأثر به السلطة التشريعية، ممثلة عندنا في البرلمان بغرفتيه، المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، المعهود إليهما باحتكار هذا الحق؛ إذ إن من شأن العفو الشامل تعطيل نص القانون المقرر للجريمة وعقوبتها، وهو غالبا قانون العقوبات أو القوانين الأخرى المكملة له في أحوال معينة، ومن بدهيات علم القانون أن النص لا ينسخه أو يعطل حكمه إلا نص في مرتبه أو أعلى منه<sup>(3)</sup>. ولما كان هذا الوصف غير متحقق إلا فيما يصدر عن السلطة التشريعية باعتباره في مرتبه أو في الدستور باعتباره أعلى منه، ولما كان ليس من شأن هذا الأخير مثل هذه المسائل الجزئية التفصيلية، فقد بقي الأمر منعقدا للسلطة التشريعية وحكرا عليها في إصدار مثل هذا القانون وتقرير مثل ذلك الحق.

(1) عوض، المرجع نفسه، ص 727.

(2) الصيفي، حق الدولة في العقاب، ص 368. ثروت: د. جلال، أصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية، 1991م، ص 231-232. فاضل: د. محمد، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الرابعة، مطبعة الإحسان، دمشق، 1397هـ/1977م، ص 147.

(3) العوا، المرجع السابق، ص 86.

ويعتبر جانب من الفقه أن العفو الشامل بمثابة تنازل من جانب الدولة عن حقها الشخصي في معاقبة مرتكب الجريمة، بينما يذهب رأي آخر -والظاهر أنه الأصوب- أن وصف العفو بأنه تنازل من الدولة عن حقها في معاقبة مرتكب الجريمة<sup>(1)</sup>، إنما يصح في العفو عن العقوبة، أما العفو الشامل فإنه لا يصح وصفه بذلك؛ إذ إنه كما هو مجمع عليه، يزيل عن الفعل صفته الإجرامية بأثر رجعي، فيصبح مباحا منذ وقوعه، وما كان مباحا منذ وقوعه لا يتصور العقاب عليه، حتى يقال أن الدولة تنازلت عن حقها في العقاب<sup>(2)</sup>.

## 2- آثار العفو الشامل ونطاقه والحكمة منه.

يجوز صدور قانون بالعفو الشامل دون مباشرة إجراءات المتابعة أو الحكم وكل الإجراءات الإجرائية في أي مرحلة من مراحل الحكم، سواء كان ذلك قبل اتخاذ أي إجراء للمتابعة، أم أثناء مباشرة إجراءات التحقق من وقوع الجريمة أو من التعرف على مرتكبيها، أم أثناء مباشرة الدعوى العمومية أمام المحكمة المختصة بالنظر في موضوعها، أم بعد صدور حكم قابل للطعن فيه، أم بعد صدور حكم بات، أم بعد تنفيذ العقوبة كلها أو بعضها، ومن ثم تزول كل الآثار الإجرائية المترتبة على الأعمال الإجرائية التي بوشرت صحيحة قبل صدوره، وذلك لأنه يسحب المشروعية على الواقعة المنشئة للجريمة بأثر رجعي<sup>(3)</sup>.

وفي زجوع العفو الشامل بأثر رجعي أهم أوجه الخلاف بينه وبين سائر أسباب انقضاء حق العقوبة؛ إذ إنه يحو بأثر رجعي إلى الماضي كل الآثار الجزائية المتخذة ابتغاء اقتضائه، بينما تنتج سائر الأسباب أثرها الجزائي بصفة فورية تنصرف إلى المستقبل، دون المساس بالآثار الجزائية المترتبة على ماتم صحيحا من إجراءات، تستهدف اقتضاء الدولة حقها في العقاب.

ولا يؤثر العفو الشامل على حقوق الغير المترتبة لهم عن الجريمة كالتعويضات والمصاريف، إلا إذا نص قانون العفو على خلاف ذلك، كأن ينص صراحة على محو كل أثر قانوني للجريمة جزائيا كان أم مدنيا<sup>(4)</sup>، غير أنه يتعين على الدولة في هذه الحال تعويض الغير المتضرر من الجريمة. وفيما عدا هذا، فإن محو الصفة الإجرامية عن السلوك الذي كان في الأصل مشكلا لجريمة، لا يقتضي أن يترع عن هذا السلوك وصف الفعل الضار الذي يستوجب إلزام صاحبه بتعويض المضرور، فإذا صدر العفو الشامل أثناء نظر الدعويين الجزائية والمدنية التابعة لها أمام المحكمة الجزائية وجب عليها أن تستمر في نظر الدعوى المدنية<sup>(5)</sup>.

وأكثر صور استعمال العفو الشامل هي صورة الجرائم السياسية وجرائم الرأي، وإن لم يكن هناك ما يمنع من استعماله بصدد جريمة بعينها وقعت من شخص معين. على أن جانبنا من الفقه يرى أنه لا يجوز إصدار عفو

(1) الصيفي، المرجع السابق، ص 368. ثروت، المرجع السابق، ص 231-232.

(2) العوا، المرجع نفسه، ص 86. ومحمد محي الدين عوض، المرجع السابق، ص 175.

(3) فاضل، المرجع السابق، ص 147.

(4) الصيفي، المرجع نفسه، ص 370. ثروت، المرجع نفسه، ص 233. فاضل، المرجع نفسه، ص 147.

(5) الصيفي، المرجع السابق، ص 370.

شامل في غير حالات الانقلابات السياسية وما إليها دون ما يسمى بالجرائم التقليدية، كجرائم الاعتداء على الأشخاص واختلاس الأموال؛ ويعلل ذلك بأن المشرع لا يملك أبداً إباحة الأفعال المستقرة في الضمير الاجتماعي بوصفها جرائم<sup>(1)</sup>.

ويقوم هذا الرأي على وزن صحيح لخطورة العفو الشامل، باعتباره يمحو صفة الجريمة عن الأفعال التي صدر بشأنها، فينتقل بها من نطاق الأفعال المجرمة بقانون العقوبات أو القوانين المكملة له على نطاق الأفعال المباحة بنص القانون الذي قرر العفو الشامل، ويلتقي هذا الرأي مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من إجازة العفو الشامل في نطاق الجرائم التعزيرية التي لم يرد بتجريمها نص شرعي، وإذن فإن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تقبل هذا النوع من العفو.

### الفرع الثاني: نظام الصلح في القانون الوضعي.

من الثابت في فقه الإجراءات الجزائية أن الجريمة عند وقوعها تنشئ حقاً للمجني عليه، وفي الوقت نفسه تنشئ حقاً للمجموع؛ لأنها تهدد أمن وسلامة الهيئة الاجتماعية التي ينتمي إليها ذلك المجني عليه، وعليه، فإن الهيئة الاجتماعية هي صاحبة الشأن في ضبط مرتكب الفعل الجرمي والاقتصاص منه، تباشره النيابة العامة المنوط بها تمثيل المجتمع والوكالة عن المجني عليه، ومن ثم إنكار كل دور للمجني عليه في التنازل عن هذا الحق، أو التصالح مع الجاني الذي بوشرت إجراءات الدعوى العمومية قبله<sup>(2)</sup>.

غير أن هذا الحكم ليس على إطلاقه، بل يجد له في القانون مجموعة من الاستثناءات تملحها طبيعة النفس الإنسانية في نزوعها إلى الصلح، والرغبة من المجني عليه في إنهاء الخصومات القائمة بينه وبين الجاني، لاعتبارات تجد مبررها في نفسه، أو تخلصاً من بطء الإجراءات، وتفسير ذلك أن إجازة الصلح في بعض الجرائم وسيلة من وسائل تفادي الولوج في الدعوى العمومية، بإجرائها المعتادة، وذلك لأسباب يقدرها المجني عليه ذاته. وأيضاً فإن فيه نشر للوئام والسلام الاجتماعي بين أفراد المجتمع، وتخفيف لعبء التقاضي، سواء على القضاة أم على الخصوم<sup>(3)</sup>.

وقد وضعت التشريعات الجزائية لهذا التصالح حالات شتى، أهمها ما نجمله في الصورتين الآتيتين، الأولى حالة التصالح بصدور تنازل من الهيئة أو الإدارة المعتدى على حقها عن الطلب المرفوعة به الدعوى العمومية، مقابل الالتزامات التي يقوم عليها الصلح، والثانية الصلح بالتنازل من المجني عليه عن الشكوى في الجرائم المعلق فيها تحريك الإجراءات الجزائية عليها.

(1) علي راشد، القانون الجنائي، ص 668.

(2) أنظر: ما سبق في المبحث الأول من الفصل الأول، ص 4 وما بعدها.

(3) مصطفى السعيد: السعيد، تبسيط الإجراءات الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 05، السنة 11، القاهرة 1951م، ص 50 وما بعدها. وأحمد محمد: عصام، حق المجني عليه في تحريك الدعوى الناشئة عن الجرائم الماسة بسلامة جسده، مطبوع في حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، مشار إليه سابقاً، ص 143. فاضل، المرجع السابق، ص 153.

## البند الأول: التصالح بترؤل الهيئة الاجتماعية عن حقها مقابل بدل الصلح.

يبيز القانون في بعض الجرائم التي يتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على طلب من بعض الإدارات أو الهيئات العامة صاحبة الحق، أن تجري مع المخالف تصالحا على شروط ترتضيها، ويكون لهذا الصلح أثره في نطاق الإجراءات الجزائية بانقضاء الدعوى العمومية.

## أولاً: الجرائم التي يجوز فيها إجراء التصالح .

والصلح القانوني يؤخذ به في بعض المخالفات التي تطبق عليها القواعد العامة من قانون العقوبات، وكذلك بعض المخالفات الجمركية ضمن ما يسمى بالتسويات الإدارية<sup>(1)</sup>، من ذلك ما نصت عليه (المادة 381) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري من أنه « قبل كل تكليف بالحضور أمام المحكمة يقوم عضو النيابة العامة المحال عليه محضر مثبت لمخالفة بإخطار المخالف بأنه مصرح له بدفع مبلغ على سبيل غرامة صلح، مساو للحد الأدنى المنصوص عليه في قانون العقوبة المخالفة. كما ينص في (المادة 389) إجراءات على أنه تنقضي الدعوى العمومية بقيام المخالف بدفع غرامة الصلح ضمن الشروط والمهل المنصوص عليها في (المادة 384)<sup>(2)</sup> .

## ثانياً: آثار التصالح .

للتصالح مجموعة من الآثار تنعكس على المراحل الإجرائية لسير الدعوى وأيضاً على المتهمين، وأخيراً آثاره في حال ارتباط الجريمة محل التصالح بجرائم أخرى ذات طابع مختلفة.

## 1- آثار التصالح على المراحل الإجرائية وعلى الحكم بالعقوبة.

يظل حق الجهة العامة التي تقدمت بالطلب، في التنازل عن حق الدولة في العقاب قائماً، ومن ثم القضاء على الدعوى العمومية، مما يترتب عليه غل يد النيابة العامة عن مباشرة إجراءات الخصومة حال صدور الصلح ممن يملكه. وفي حالة صدور الصلح والدعوى في حوزة قضاء التحقيق فإنه يترتب على ذلك إصدار قاضي التحقيق لقرار بانتفاء وجه الدعوى، بناء على حدوث تصالح، وحتى إذا وصلت الدعوى إلى مرحلة المحاكمة بأن بلغت قضاء الحكم، فإن التصالح ينتج أثره في إيقاف سير المحاكمة، وما على المحكمة إلا أن تخلي سبيل المتهم استناداً إلى انقضاء الدعوى العمومية، ولا يختلف الأمر فيما إذا حصل التصالح والدعوى في حوزة محكمة النقض، إذ يتوجب عليها أن تقضي بانقضاء الدعوى العمومية ولا تنفذ العقوبات الصادر بها حكم قضاء الموضوع<sup>(3)</sup>.

غير أن التصالح يختلف حكمه عند صدوره بعد الحكم البات عما إذا كان قد صدر قبل هذا الحكم، فإذا كان صدوره قبل صدور الحكم البات، فإن ذلك يستلزم حتماً انقضاء الدعوى العمومية وبالتالي سقوط كل

(1) فاضل، المرجع السابق، ص 153.

(2) مليان بغدادي، المرجع السابق، ص 50.

(3) سمي عبد الفتاح: عمود، النيابة العامة وسلطتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م، ص 270.

العقوبات المنصوص عليها جزاء لتلك الجريمة سواء كانت عقوبات مالية أم مقيدة للحرية أم سالبة للحقوق. أما التصالح بعد الحكم البات فإنه لا يقضي على الدعوى العمومية مادام قد صدر فيها حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وإنما يقضي على العقوبات المالية والسالبة للحقوق، دون تأثير في العقوبات البدنية.

والمرجع في هذا التفريق إنما لتحديد الطبيعة القانونية للتصالح الحادث قبل الحكم البات، في أنه بمثابة عقوبة إدارية حلت محل الدعوى العمومية والعقاب الجزائي، أما التصالح الحادث بعد الحكم البات، فقد وصف بأنه نوع من العفو الصادر من جهة الإدارة عن بعض العقوبات، وهي العقوبات المالية والسالبة للحقوق دون المقيدة للحرية<sup>(1)</sup>.

ويرى بعض الفقه أن المرجع في ذلك إنما لاعتبار مقابل الصلح تعويضا جزافيا يتفق عليه الطرفان، فهو أقرب إلى الجزاء المدني منه إلى الجزاء الجنائي، وأن المقابل النقدي نظير تنازل الدولة عن حقها في العقاب<sup>(2)</sup>.

## 2- آثار التصالح على متهم دون متهم.

التصالح إجراء شخصي، بمعنى أنه مقتصر الأثر على طرفيه المتهم والجهة الإدارية المعتدى على حقها، ومن ثم فإن آثاره لا تنصرف إلى غير المتهم الحاصل معه ذلك الصلح، فإذا كان مع المتهم متهمون آخرون، سواء فاعلين أصليين أم شركاء، فإن الدعوى العمومية تظل قبلهم قائمة، ويحكم عليهم متضامنين بكل العقوبات المالية المستحقة، ما لم يكن المتهم الحاصل معه الصلح فضوليا، قائما بأعمال هؤلاء، إذ يمكن أن يعود التصالح الذي يجريه في هذه الحال بالفائدة عليهم، وحينئذ يكون للمتهم المتصالح مع الإدارة أن يرجع عليهم بما أداه، وفي غير هذا الفرض فإنه على الإدارة حين صدور حكم بإدانة الفاعلين الآخرين والشركاء، أن تقيم وزنا للمبالغ التي حصلتها من المتهم السابق التصالح معه، فتستزل هذه المبالغ من الغرامات المحكوم بها على هؤلاء؛ لأنهم جميعا والمتهم متضامنون في الوفاء بالغرامات<sup>(3)</sup>.

## 3- آثار التصالح في حال ارتباط الجريمة الجمركية بجرائم أخرى.

في حالة ارتباط الجريمة الجمركية بجرائم أخرى وعدم قابلية هذا الارتباط للتجزئة، فإنه إذا أجرت الإدارة المعتدى على حقها تصالحا مع المتهم، فإن آثار هذا الإجراء لا تنصرف إلا للجريمة الجمركية دون باقي الجرائم المرتبطة بها، كجرائم الغش والجرائم الاقتصادية الأخرى، وجرائم المخدرات والأسلحة والبضائع المحظورة حظرا مطلقا، وهذا ما نصت عليه (المادة 265) من قانون الجمارك الجزائري في فقرتها الأخيرة<sup>(4)</sup>.

(1) سمر عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 270.

(2) الصيفي، المرجع السابق، ص 384.

(3) سمر عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص 271.

(4) محمد يوسف: سعيد يوسف، الجريمة الجمركية، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، معهد الحقوق، دائرة العلوم الجنائية، 1984م، ص 237.

## البند الثاني: الصفح من المجني عليه.

تنص التشريعات الجزائرية، استثناء وخلافا للأصل العام، على أنه يجوز للمجني عليه أن يتصالح مع الجاني أو يصفح عنه، كما له أن يطالبة بتوقيع العقوبة المقررة للفعل الجرمي المرتكب اعتداء على حقه، ونتيجة لذلك قررت قيدا إجرائيا على النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، وهو أن يتقدم المجني عليه بشكوى قصد افتتاح إجراءات المتابعة.

## أولا: حالات الصفح.

من حالات الصفح ما نصت عليه (المادة 02/326) من قانون العقوبات الجزائري من أنه « إذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها، فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله»، وأيضا ما نصت عليه (المادة 04/330) عقوبات في خصوص جنحة ترك الأسرة من أنه « في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 01 و 02 من هذه المادة لا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك »<sup>(1)</sup>، ومن قبيل هذا ما نصت عليه (المادة 04/339) في خصوص جريمة الزنا بقولها « ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضروب، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة »<sup>(2)</sup>، وأخيرا ما نصت عليه (المادة 01/369) في خصوص السرقات الواقعة بين الأقارب بقولها: « لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضروب، والتنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات ». ففي جميع هذه الجرائم وقف المشرع تحريك الدعوى العمومية على تقدم صاحب الشأن بشكواه، كما أن تنازل هذا الأخير عن شكواه بعد إقامة تلك الدعوى يكون من شأنه القضاء على شرط جوهرى لازم لقيامها<sup>(3)</sup>.

## ثانيا: أثر الصفح على المراحل الإجرائية:

يظل حق المجني عليه في التنازل عن حق الدولة الشخصي في العقاب قائما طالما أنه لم يصدر حكم بات في الدعوى، لهذا يجوز له التنازل عن الشكوى أثناء مباشرة النيابة العامة لإجراءات تأمين الأدلة أو طالما أن الدعوى

(1) من القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982م. وقد نصت الفقرتان الأولى والثانية المشار إليهما أعلاه على أنه: « يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة، وبغرامة من 500 إلى 5000دج:

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبىء عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية.

2- الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي »

(2) من القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982م.

(3) سمر عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 275. ومن التشريعات العربية من توسع في توقف المتابعة الجزائية على تقدم المعتدى على حقه بشكوى للسلطات العامة، طالبا من القضاء توقيع العقوبة ومن هذه التشريعات التشريع العراقي الذي يحدد في المادة 255 من قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي الجرائم التي يجوز الصفح فيها، ويوصلها إلى اثني عشر جريمة. و الكويتي الذي يوصلها في المادة 240 من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية إلى تسع جرائم. و البحريني في المادة 186 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الذي أوصلها إلى تسع عشرة. الصيفي، المرجع السابق، ص 272-274.



ما زالت بين يدي المحكمة المختصة ولم يصدر بشأنها حكم بات، إذ لا تأثير للتنازل بعد صدور هذا الحكم في تنفيذ العقوبة المقضي بها، إلا في حالات استثنائية نصت عليها بعض التشريعات العربية، وهما حالات السرقات بين الأقارب، وجريمة الزنا<sup>(1)</sup>.

### 1- جريمة الزنا.

يجوز جانب من التشريعات العربية للزوج المحني عليه في جريمة الزنا أن يصفح عن العقوبة المقضي بها بحكم بات، من ذلك قانون العقوبات المصري (المادة 237)، والليبي (المادة 492)، والكويتي (المادة 197)، وعلقت هذه التشريعات جميعا الصفح على شرط رضا الزوج المحني عليه. بمعاشرة الزوجة المحكوم عليها، أما المشرعان العراقي في (المادة 02/379)، والتونسي (المادة 236)، فقد أطلقا الصفح من هذا الشرط ومن كل شرط.

وهناك من التشريعات العربية من وقف بالصفح عند المراحل الإجرائية السابقة لإصدار الحكم البات، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الجزائري في (المادة 339) السالفة الذكر، والتي جاء في فيها « ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح الأخير يوضع حدا لكل متابعة »، وإلى هذا ذهب المشرع اللبناني إذ نص في (المادة 489) الفقرة الأخيرة، على أنه إذا رضي الرجل باستئناف الحياة المشتركة تسقط الشكوى. وهو ذات موقف المشرع السوري في (المادة 475) الفقرة الأخيرة والمشرع الأردني في (المادة 04/284)<sup>(2)</sup>.

### 2- السرقات الواقعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين.

من التشريعات العقابية من لا يعتبر السرقات الواقعة من الأصول لممتلكات الفروع جريمة أصلا، من ذلك قانون العقوبات التونسي الذي ينص في (المادة 266) على أنه « لا تعد من السرقة الاختلاسات الواقعة من الوالدين فما فوقهما لأمتعة أبنائهم »، ومن التشريعات ما يعتبر صلة القرابة من هذا النوع أي الأصول والفروع والزوجين مانعا للعقاب، ومن ذلك موقف المشرع الجزائري إذ نص في (المادة 368) عقوبات على أنه لا يعاقب على السرقات التي ترتكب (...) من الأصول إضرارا بأولادهم وغيرهم ومن الفروع إضرارا بأصولهم، وأحد الزوجين إضرارا بالزوج الآخر «، وأيضا قانون العقوبات اللبناني (المادة 674) والسوري (المادة 660) والأردني (المادة 425).

وأما قانون العقوبات المصري، فقد نص في المادة (المادة 312) المعدلة بالقانون رقم 64 الصادر في 15 يونيو 1947 على أنه « لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضرارا بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعها، إلا بناء على طلب المحني عليه، وللمحني عليه أن يتنازل عن دعواه بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما له أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت شاء »<sup>(3)</sup>.

(1) سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، ص 416. عبيد، مبادئ الإجراءات، ص 82.

(2) الصيفي، المرجع السابق، ص 376-377. سرور، المرجع السابق، ص 417-418. عبيد، المرجع السابق، ص 83.

(3) المراجع نفسها. وانظر: عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، ص 422.

**المطلب الثاني: التقادم وأثره على حق الدولة في العقاب.**

التقادم وهو سقوط العقوبة بفعل مضي المدة، أحد الأسباب الحائلة دون اقتضاء الدولة حقها في العقاب، وهو أكثر هذه الأسباب محلاً للخلاف في الفقه، سواء فقه الشريعة الإسلامية أم فقه القانون الوضعي، فقد اختلف الفقهاء من النظامين في قبوله اختلافاً بيناً، ولكل أسانيد وحججه في تبرير موقفه، وحتى الذين اتفقوا على القول به اختلفوا في الأسس المسوغ على أساسها، وسنفضل القول في ذلك في الفرعين الآتين: الأول عن التقادم في الشريعة الإسلامية، والثاني في التقادم في القانون الوضعي، لنستبين أحكامه في كلا النظامين ومدى إسهامه في التضييق من نطاق العقاب.

**الفرع الأول: التقادم وأثره على الحق في العقاب في الشريعة الإسلامية.**

يختلف الحال في النظر إلى التقادم في الشريعة الإسلامية من حيث القبول والرد فيما إذا كان وارداً على ما دون الحدود أي في القصاص والتعازير، وفيما إذا كان وارداً على الحدود، وهو ما تناولوه في بندين: الأول عن التقادم في غير جرائم الحدود، والثاني عن التقادم في جرائم الحدود.

**البند الأول: التقادم في غير جرائم الحدود.**

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن التقادم سواء كان تقادم جريمة أم تقادم عقوبة لا يلحق عقوبات القصاص؛ وتبرير ذلك أن القصاص عقوبة مقدره حقاً للعبد، إن شاء استوفاه ولا يجوز دونه حائل، وإن شاء تنازل عنه، لأنه لا يقضى فيه بغير دعوى، ولذلك لا يسقطه مضي المدة، وإنما يسقط بالعتف والصلح والإبراء<sup>(1)</sup>. كما أنه ليس هناك حكم مقرر للتقادم في التعازير؛ لأن تنظيم التعزير برمته من شؤون سلطات الدولة، ممثلة في وقتنا في السلطة التشريعية، وصدر الشريعة في هذا المجال يتسع لمختلف وجهات النظر في موضوع التقادم؛ لأن المناط في التعزير بوجه عام هو المصلحة، ولهذا فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يصرحون بنفي التقادم في التعزير، وإنما يجري على أصولهم في شأن ولي الأمر، إن شاء قرره وإن شاء منعه، وسواء كان محله ذات الجريمة أم عقوبتها<sup>(2)</sup>.

غير أن هناك رأياً آخر ذكره ابن عابدين من الحنفية، مفاده عدم سقوط التعزير بالتقادم، فقد فرق ابن عابدين في حاشيته بين الحد والتعزير، ومن أوجه الخلاف أن الحد لا تجوز الشفاعة فيه، ولا يجوز للإمام تركه، وأنه يسقط بالتقادم بخلاف التعزير<sup>(3)</sup>. على أن هذا الرأي الأخير لا يستند إلى دليل يشد عضده، بالإضافة إلى أنه مخالف لمتقضى العقل والمصلحة؛ إذ كيف يعقل قبول التقادم في الحدود عند القائلين به وهم الحنفية وابن عابدين منهم، وهي أقصى العقوبات ولا يقبل في التعازير وهي أدنى العقوبات، ثم ماهو معيار التفريق بين ما حد وما هو

(1) عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية -، بلا تاريخ، ص 235.

(2) عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1969م، ص 526. عوض، المرجع نفسه، ص 235.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق، ج 03 ص 174؛ وأسنده عبد العزيز عامر إلى الأستروشيبي، ص 04. أنظر: عبد العزيز عامر، المرجع نفسه، ص 526.

تعزير، من حيث قبول التقادم في الأول وعدم قبوله في الثاني؟. وينضاف إلى هذا أنه لما كان مسلك الشارع الإسلامي قبول العفو في التعزير كما سلف البيان؛ إذ قلنا أن لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة وعن العقوبة إذا رأى في ذلك المصلحة، ما دام أن الأمر في نطاق التعزير الواجب لله تعالى، وأنه في الأولى غير منصوص على جرمته في الكتاب والسنة، فإنه من باب أولى أن يقتضي ذلك سقوطه بالتقادم إذا دعت لذلك المصلحة، كأن تتحقق مظنة توبة الجاني من غير المساس بالحقوق الشخصية للأفراد.

وتبرير ذلك أن المصلحة التي تدعو للعفو عن الجريمة قد تكون حافزا على التغاضي عن الجريمة أو عن ترك تنفيذ العقوبة عند التقادم؛ إذ قد تستنفد العقوبة أغراضها بتقادم العهد على ارتكاب الجريمة أو على صدور الحكم بالعقوبة، فيكون العقاب من غير داع ولا حاجة، كما أن تأسيس إسقاط العقوبة بالتقادم في الحدود على تقادم الإثبات مما يورد الشبهة فيه ولا عقوبة مع الشبهة؛ فإن هذه الأوصاف جميعا متحققة في التعزير، مما يورث الشبهة فيه فيسقط بها.

وتأسيسا على ما تقدم، فإن للسلطة التشريعية أن تضع حدا للتقادم في التعزير، تكون الدعوى بعده غير مقبولة، كما يمتنع به تنفيذ الحكم القاضي بالعقوبة التعزيرية مادام أنه مبني على المصلحة، لاسيما إذا كانت نفس الجاني غير منطوية على خطورة إجرامية، وكانت مظنة التوبة قائمة في حقه، وللسلطة المختصة أن تجعل المدة التي تقررها متناسبة من حيث الطول والقصر مع الجريمة محل الارتكاب، ومع العقوبة المقررة لها، وأن تبين كل ما من شأنه حسن تطبيق القواعد التي تقررها حتى تكون محققة للغرض من سنها.

### البند الثاني: التقادم في نطاق جرائم الحدود.

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على عدم الاعتداد بالتقادم مسقطا للقصاص وعلى قبوله في التعازير، فإنهم قد اختلفوا في أثره في عقوبات الحدود على قولين، الأول ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم قبوله، والثاني ما قال به الحنفية وبعض الفقهاء من الاحتجاج به، وهذا تفصيل ذلك.

#### أولا: موقف الجمهور من التقادم.

ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في المعتمد، والظاهرية<sup>(1)</sup> والزيدية<sup>(2)</sup>، وبعض فقهاء الأمصار<sup>(3)</sup>، إلى أن التقادم لا يسقط عقوبات الحدود، سواء كان تقادم جريمة أم تقادم عقوبة؛ إذ لا شبهة في ذلك، وتأخير قول الحق أو تنفيذ واجبه لا يدل على بطلانه، فقد قيل لابن القاسم من المالكية «أرأيت إن تقادمت السرقة فشهدوا عليه بعد حين من الزمان، أيقطع في قول مالك أم لا؟»، قال: نعم يقطع عند مالك وإن تقادم، قيل: وكذلك الحدود كلها، شرب الخمر والزنا؟، قال: نعم، لا يبطل شيء مما ذكرت وإن تقادم ذلك وطال زمانه، أو تاب السارق وحسنت حاله، وهذا الذي سمعت وهو رأيي، وكذلك إن أقر بعد طول من

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج 11 ص 144.

(2) الشوكاني، البحر الزخار، ج 06 ص 159. ابن القاسم، المرجع السابق، ج 04 ص 217.

(3) منهم الأوزاعي والثوري وإسحاق وأبو ثور والليث والحسن بن حي، أنظر: ابن حزم، المرجع نفسه، ج 11 ص 144.

الزمان؟ قال: نعم. قيل أرأيت إن شرب الخمر وهو شاب في شببته ثم تاب وحسنت حاله وصار فقيها صالحا من الفقهاء عابدا فشهدوا عليه، أيجد أم لا في قول مالك؟ قال: نعم يجد»<sup>(1)</sup>.

وعند الشافعية مثل هذا، فالحد واجب الإقامة سواء رفع الأمر إلى الإمام على الفور أم بعد حين، وقد جاء في مغني المحتاج: « لا يشترط لإيقاع حد الزنا قرب عهده، فتقبل الشهادة به وإن تطاول الزمان »<sup>(2)</sup>. وفي مذهب الحنابلة رأيان كالمذهبيين، والمعتمد عندهم هو وجوب الحد إذا شهد الشهود أو أقر الجاني لقديم أو حديث؛ لأن الحدود لا تسقط بالاحتمال؛ إذ لو سقطت بكل احتمال لم تجب أصلا<sup>(3)</sup>.

وقد اعتمد جمهور الفقهاء في عدم اعتدادهم بالتقادم مسقطا للحدود على عمومات النصوص، التي توجب قبول شهادة العدول إذا شهدوا دون تخصيص ذلك بالأداء على الفور، إذ إن الآيات التي جاء فيها الأمر بالأداء لم توقت لذلك بوقت معين، ولم توقفه على زمان خاص، من ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ [الطلاق/ من الآية 02]، وقوله تعالى: ﴿ وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ [البقرة/ من الآية 288]، فإذا دعي المتحمل إلى الشهادة وجب عليه الأداء متى كان ذلك، يقول ابن قدامة: « ولنا: عموم الآية، وأنه حق يثبت على الفور، فيثبت بالبينه بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق »<sup>(4)</sup>.

وقد اعترض على هذا الاستدلال بالعمومات، بأنها واردة في أداء الشهادة سواء طلب منه الأداء أم لا، بخلاف محل النزاع؛ إذ للمتحمل الخيار في الشهادة ثم أخرها من دون عذر وقدمها بدون طلب، بالإضافة إلى أن الآيات واردة بالحث على الشهادة، بينما محل النزاع في مدى جواز الشهادة بعد مضي المدة عليه، فالأمر مختلف؛ لأن الفقهاء أوجبوا على من عرف شهادة لأخيه وطلب منه الأداء أن يؤدي عرفه المشهود له أم لا<sup>(5)</sup>.

وأما من حيث المعقول، فقد قاسوا الشهادة على الحدود بالشهادة على سائر الحقوق المالية التي لا يطلها تقادم العهد، فكذلك الأمر في العقوبات الحدية<sup>(6)</sup>. والحقيقة أنه قياس مع الفارق؛ إذ إن تقادم إقامة البينة على الحقوق المالية لا يورث الشبهة، والعبرة فيه بقوة الدليل بخلاف ما نحن بصدد، إذ إن في تأخير الشهادة شبهة الضغينة، والحدود تدرأ بالشبهات.

كما استدلووا أيضا بأن قبول الشهادة والإقرار مداره على الصدق، وهذا لا يتأثر بالتأخير مادام الشهود عدولا والمقر مسؤولا مكلفا، ولا يصح أن ترد الشهادة بفرض التهمة في التأخير، فإن رد شهادة العدل أو إقرار المقر العاقل يجب أن يكون مبنيًا على أمور تقدر في العدالة أو في العقل، ولا تبني على مجرد أمور افتراضية<sup>(7)</sup>.

(1) مالك، المرجع السابق، ج 04 ص 499.

(2) الشريبي، المرجع السابق، ج 04 ص 151.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 08 ص 207. والشرح الكبير، ج 10 ص 205.

(4) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 08 ص 207.

(5) الفضيلات، سقوط العقوبات ج 02 ص 92.

(6) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 205.

(7) أبو زهرة، العقوبة، ص 226؛ ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 10 ص 205.

ويجاء عليه بأن الحدود لا تقام إلا عند انتفاء التهمة، فإن قامت التهمة قامت الشبهة والتلازم بينهما طردي (1).

ثانيا: موقف الحنفية من التقادم.

التقادم عند الحنفية من حيث محله نوعان، الأول يرد على الجريمة فيؤدي إلى انقضائها، وسببه تأخير الإثبات عن وقته؛ إذ إن الواجب فيه الفور لا التراخي، والثاني يرد على العقوبة فيسقطها، وسببه تأخير تنفيذ الحكم بالعقوبة المقضي بها.

### 1- تقادم الجريمة.

يقرر فقهاء الحنفية وبعض فقهاء العراق أن تأخير الإثبات عن وقته يورث الشك والشبهة في وسيلة الإثبات، ولذلك تسقط بها حدود الزنا والسرقة وشرب الخمر لانقضاء الدعوى الجزائية، أما حد القذف فلا يسلمون بالتقادم فيه للتكليف الذي قدمناه من أن حق العبد فيه غالب (2)، وهذا ما استقر عليه المذهب، غير أن هناك خلافا عندهم لخصه صاحب فتح القدير في ثلاثة آراء إضافة إلى رأي جمهور الفقهاء، وهي:

أ- رد الشهادة بمضي مدة معلومة كان يمكن أن يقوم بأدائها فيها غير أنه لم يفعل، وذلك في كل الحدود، ويقبل الإقرار في غير حد الشرب، وهذا الرأي لمحمد بن الحسن، وهو يقوم على رد الشهادة مطلقا وقبول الإقرار فيما عدا الشرب.

ب- رد الشهادة وقبول الإقرار مطلقا، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الإقرار لا شبهة فيه وتأخيره لا ينقص من قيمته الإثباتية؛ لأنه يكون بعد تردد ثم إقدام.

ج- أن التأخير في الإقرار والشهادة يورث الشبهة مطلقا في جميع جرائم الحدود بخلاف القذف، فقد تقرر أنه لا يسقطه التأخير لمقام حق العبد (3).

وأساس التقادم عند الحنفية برد الشهادة أن الشاهد إذا عاين الجريمة فهو مخير بين أمرين، إما الشهادة أو الستر، أما الشهادة فحسبة تؤدي رفعا للفساد وقطعا لدابر الرذيلة استجابة لقوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ [الطلاق/ من الآية 02]، وأما الستر فمطلوب ومندوب إليه إقالة للعترة وإغضاء عن الزلة، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: « من ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة »، ولمنع شيوع الفاحشة في المجتمع المسلم لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَجْبُونَ أَنْ تُشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ﴾ [النور/ من الآية 19]، وعلى المتحمل للشهادة أن يوازن بين الأمرين، ويختار أيهما أولى وأوجب، فقد يكون مرتكب الفعل الجرمي ممن اعتادوا الإجرام، واشتهروا بالفساد، لا يرعون الله حقا ولا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمة، فيختار المتحمل أداء الشهادة فيؤديها إذا كانت الأحوال مهينة على الفور، مؤثرا دفع الفساد ممن يجب أن يترل بهم العقاب.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، ج 04 ص 162.

(2) أبو زهرة، المرجع السابق، ص 234 و ص 226.

(3) ابن الهمام، المرجع نفسه، ج 04 ص 162.

وقد يكون مقترف الجريمة مستور الحال، معروفاً بالصلاح، ذا فضل ومروءة، غير أن ضعف الإرادة والاستجابة لترغبات الشيطان أزلت قدمه فعثر في مستنقع الرذيلة، فحقت إقالة عثرته وستر سوءته فتحا لباب التوبة والإنابة له، فضلاً عن أن في إعلان فسقه فتح لباب الفساد، بتسهيل ارتكاب الجريمة لمن تسول له نفسه ارتكابها.

وعلى الشاهد أن يختار بين الأمرين، فإن أثر الستر لم يكن له بعد ذلك الإعلان، وإن اختار أداء الشهادة فعليه بالمبادرة فوراً، لأن الأمر لا يحتمل التأخير والتراخي، فإذا أمسك الشاهد عن الشهادة فترة ثم تقدم لأدائها كانت مظنة للشبهة وتهمة أنه يكون قد أمسكها سترًا ثم قدمها عداوة أو ضغينة، ومن جهة أخرى فإن في تأخيره أداء الواجب عن وقته يورث تهمة، وقد جاء في الحديث: « ولا تقبل شهادة خصم ولا ظنين »، جاء في فتح القدير: « إن الشاهد إذا شهد بعد التقادم فهو إما فاسق أو عدو؛ لأنه إذا كان قد اختار جانب الأداء ثم أصر الشهادة كان فاسقاً، وإن كان قد اختار جانب الستر ثم شهد لحقته تهمة العداوة، وكلا الوصفين موجب لرد شهادته »<sup>(1)</sup>.

وأما استثناءهم حد القذف؛ فلأن تجريح الشاهد على هذا الوجه لا يستقيم إلا في الزنا والسرقه وشرب الخمر؛ لأن هذه الحدود حقوق خالصة لله تعالى، ففي وسع الشاهد إذا اختار الأداء أن يؤدي الشهادة فيها على الفور. أما القذف ففيه حق العبد، ولذلك اشترطت فيه الدعوى، وليس في وسع الشاهد أن يؤدي شهادته قبل أن يطالب المقذوف بحد قاذفه، فلم يكن تأخير الشهادة في القذف مورثاً للتهمة، ولذلك لم يكن للتقادم فيه محل<sup>(2)</sup>.

وتأسيس عدم قبول التقادم في القذف على أنه حق للعبد تأسيس صحيح، أما تبرير ذلك بأن إقامة حد القذف متوقف على الشكوى كما تقدم بيانه فغير موفق، وآية ذلك أن حد السرقه متوقف أيضاً على خصومة المسروق منه كما أوضحناه في الفصل الأول، وهو بهذا مشترك مع حد القذف في اشتراط شكوى المجني عليه، ومع ذلك فإن حد السرقه يسقط عندهم بالتقادم بخلاف حد القذف<sup>(3)</sup>. وعلى ذلك فإن الأصل في عدم قبول التقادم بالقذف هو لأنه حق للعبد كالقصاص، فهو يسقط مثله بالعفو والصلح، ولا يسقط بالتوبة والتقادم.

وهذا الذي ذكرناه من الاعتداد بتقادم الشهادة في الحدود الثلاثة السرقه والزنا والشرب وعدم الاعتداد بالتقادم في الإقرار، هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويظهر أنه المعول عليه في المذهب والجاري به الفتوى والقضاء؛ على اعتبار أنه لا مظنة للضغن في الإقرار، إذ إن المتهم يخبر على نفسه، ولا يتهم المخبر عن نفسه في أمر فعله، خصوصاً إذا كان ذلك الخبر يؤدي إلى عقوبة شديدة، كالرجم في الزنا أو الجلد في الشرب أو القطع في السرقه،

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 09، ص 69. الكاساني، المرجع السابق، ج 07، ص 46-47. المرغاني، المرجع السابق، ج 02، ص 105. ابن الممام،

المرجع السابق، ج 04، ص 162. الزيلعي، التبيين، ج 03، ص 187-188. أبو زهرة، العقوبة، ص 226-227.

(2) عوض، دراسات، ص 238.

(3) وذلك لأن حق العبد في السرقه يتعلق بالمال الذي يمكن إعادته إليه، بخلاف حق المقذوف فهو يتصل بسلامة عرضه، فيمكن الجمع بين إسقاط الحد في السرقه، مع استيفاء العبد حقه بخلاف حد القذف، فإنه لا يمكن استيفاء حق العبد من غير العقوبة المقررة إذ لا يمكن الفصل بين الحقين. أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 235.

فمظنة التهمة منتفية ولا شبهة والإقرار صحيح<sup>(1)</sup>. أما الإمام محمد بن الحسن، فإنه وإن وافقهم في القول بعدم التعويل في التقادم في السرقة والزنا، فإنه خالف قولهم في الشرب؛ إذ إن الإقرار به بعد تطاول المدة لا يعول عليه، وذلك لأن الشرب ليس موضع إجماع من الفقهاء إلا في حالة واحدة، وهي إذا أخذ الشارب ورائحة الخمر تنبعث من فمه، وليس منصوصا عليه في الكتاب، وإنما ثبت بإجماع الصحابة، وما كان إجماعهم إلا على هذه الصورة، وإذا كانت رائحة الخمر قد زالت لا يكون إجماع على إقامة الحد، لأن عبد الله بن مسعود اشترط لإقامة الحد أن يوتى بالشارب وأثر الخمر لا يزال قائما به، ولا شك أن التأخير يذهب بكل أثر للخمر في عقله وجسمه<sup>(2)</sup>.

وأوسع الأقوال في تقادم الحدود وأقرها إلى التأسيس على المقاصد الشرعية والسياسة الجزائية وتشريع العقاب، ما قال به ابن أبي ليلى من فقهاء العراق، وهو أن تأخير الإثبات عن وقته يسقط الحدود الثلاثة دون الالتفات إلى وسيلة الإثبات، أي بغض النظر عما إذا كانت بينة أم إقرارا، ومستنده فيما ذهب إليه، أن هذه العقوبات إنما جعلت للزجر والردع وترويع أهل الإجرام، ولا يكون ذلك إلا فور ارتكابها، أما وقد تراخى الإثبات واستطال الزمان، فإنه لم يعد من مفعول للردع، ولأنه يحتمل أن يكون المجرم قد أفلح عن سيرة الإجرام وتاب إلى الله، وإقراره لتطهير نفسه مظنة توبته، ومظنة التوبة ذاتها تجعل العقاب قد صادف نفسا قد طهرت من الذنوب<sup>(3)</sup>.

## 2- تقادم العقوبة.

وصورته أن يتم إثبات الجريمة ونسبتها إلى فاعلها إثباتا تنتفي معه أية شبهة، ثم يقضى فيها بإدانة صاحبها، ثم يتأخر تنفيذ الحكم فيها أو يهرب المحكوم عليه بعد أن ينفذ عليه بعض الحد فيتقادم حده. فقد قرر فقهاء الحنفية بأن هذا التقادم مسقط للعقوبة، خلافا للمذهب جمهور الفقهاء الذين يرون أن الحد لا يسقط لأنه إذا تقرر وثبت بحكم قضائي بات ونهائي فليس لأحد أن يؤخر تنفيذه، وإلا كان معطلا لحدود الله تعالى، فالواجب إقامته ولو بعد حين، وإلا انصرف كل مرتكب لجريمة إلى إيجاد الحيل المختلفة للفرار من تنفيذ الأحكام<sup>(4)</sup>.

أما جمهور الحنفية فقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى ما هو ثابت عندهم من الارتباط الوثيق بين أداء الشهود للشهادة وبين تنفيذ الحاكم للعقوبة المحكوم بها، فلا يثبت أحدهما دون الآخر، فإذا كان التأخير يمنع سماع الشهادة التي هي دعامة الحكم، فالتأخير في تنفيذ الحكم يؤثر فيه كما يؤثر في الشهادة، بدليل أنه إذا خرج الشهود عن مقتضى الصلاحية لأداء الشهادة بفسق أو جنون أو موت قبل أن يقام الحد لا يقام لأن الشبهة اعترت الإثبات، فإذا تبين فسقهم قبل إقامة الحد لا يقام، وإذا عرض لهم ما يجعل شهادتهم في المستقبل غير السابق، مقبولة لا يقام الحد، فلو عمي أحدهم بعد الإبصار لا يقام الحد، ولو ارتد أحدهم بعد إيمان لا يقام الحد، فدل هذا الارتباط على

(1) السرخسي، المرجع السابق، ج 09 ص 97. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 04 ص 164. ابن عابدين، المرجع السابق، ج 03 ص 159-164.

(2) ابن الهمام، المرجع نفسه، ج 04 ص 164. ابن عابدين، المرجع نفسه، ج 03 ص 159-164.

(3) ابن الهمام، المرجع نفسه، ج 04 ص 162. أبو زهرة، المرجع السابق، ص 229.

(4) أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 230.

أنه إذا كان التأخير في أداء الشهادة يمنع سماعها ويمنع الحكم بمقتضاها، فإن تأخير تنفيذ الحكم الذي هو ثمرة لها يمنع إقامة الحد، ومع منع تأخير الشهادة سماع الحكم<sup>(1)</sup>.

ولم يرتض بعض فقهاء عامة المذهب هذا التخريج في إلحاق تنفيذ الحكم بشبهة الإثبات للارتباط بينهما، فقد نص في فتح القدير على أن «التقادم إنما يبطل في ابتداء الأداء للتهمة، وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة، فاتفق تقادم المسبب بلا توان منهما لا يبطل الأمر الواقع صحيحا»<sup>(2)</sup>.

وخلاصة الرأي في مسألة التقادم في الشريعة الإسلامية سواء فيما تعلق بتأخير الإثبات أم ما تعلق بتأخير تنفيذ العقوبة، أن الأوفق فيه أن يكون التقادم نظاما لوقف تنفيذ العقوبة وليس سببا من الأسباب المسقطه لها، وهو ما يجعله متفقا مع السياسة الجزائية في منع الجريمة وفي التضييق من نطاق توقيع العقوبة في الوقت نفسه، فيتقرر حينئذ أن من يرتكب جريمة من جرائم الحدود ثم يتأخر إثباتها عليه أو يتأخر تنفيذ الحكم الواجب فيها، ثم لا يدر منه في مدة محددة ما يخل بالنظام العام ولم يرتكب أي جريمة يعفى من العقوبة، أما من يمسك في جريمة أخرى فيقضى عليه بالعقوبة عن الجريمتين القديمة والجديدة. كما أن تأسيس نظام التقادم على ما ذكره فقهاء الحنفية غير موفق؛ إذ أسسوه في الأول على الشبهة في الإثبات، وأسسوه في الثاني على الارتباط السببي بين الشهادة والتنفيذ، وهذا غير صحيح من وجوه:

**الأول:** أن في تأسيس تقادم الشهادة على الشبهة في الإثبات كما هو متحقق في جرائم الحدود فهو موجود أيضا في جرائم القصاص ورغم ذلك لم يقولوا فيه بالتقادم.

**الثاني:** أن في تأسيسهم تقادم العقوبة للارتباط بين الشهادة وتنفيذ الحكم غير صحيح، إذ إن تأخير سماع الدعوى للشبهة التي ينتجها تأخير الشهود، وبأدائهم في الميعاد قد زالت فوجب المنع من إقامة الحد، ولا تأخير بعد الإثبات، فزال علة المنع وهي التهمة كما قرروها هم أنفسهم، وإذا زال السبب زالت النتيجة.

ويكون الأساس الأوفق لتقرير هذا السبب ما قال به ابن أبي ليلى من أن تأخير الإثبات أو تأخير التنفيذ يكون مظنة لتوبة الجاني، والحكم في ذاته زجر والناس يترجون بصدوره أو بملاحقة السلطات للجاني، وما يريد الله تعالى عذاب عبده، ولكن يريد إصلاح قلوبهم وتطهير مجتمعهم<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: التقادم وأثره على الحق في العقاب في القانون الوضعي.

نتناول هذا الفرع في بندين، الأول حول موقف القانونيين من التقادم، والثاني حول الأساس القانوني الذي بنوا عليه موقفهم.

(1) ابن الهمام، المرجع السابق، ج 04 ص 164.

(2) ابن الهمام، المرجع نفسه، ج 04 ص 164.

(3) وهذا ما قال به الإمام أبو زهرة. أنظر: العقوبة، ص 231.



**البند الأول: موقف القانونيين من نظام التقادم.**

تختلف القوانين الوضعية كما هو الشأن عند فقهاء الشريعة في تقويمها لنظام التقادم في المواد الجزائية، سواء كان تقادم الدعوى، أم تقادم العقوبة المقضي بها، فمن التشريعات الجزائية ما يعترف بالتقادم بصفة مطلقة، وهذه هي الأغلبية المطلقة مسنودة بآراء عموم الفقه وأحكام القضاء<sup>(1)</sup>.

ومن التشريعات ما ينكر هذا النظام ولا يعرف له تطبيقا، وإن كان يعرف نظاما آخر شبيها به يؤدي إلى نتائج مقارنة، وهذا هو مسلك التشريعات الأنجلوأمريكية التي تعتمد على مبدأ سرعة المحاكمات الجزائية، باعتباره ضمانا هاما من ضمانات العدالة؛ إذ يفضي إلى استقرار المراكز القانونية في أسرع وقت ممكن، وبذلك جاء نص (المادة 667) من قانون الإجراءات الجنائية لولاية نيويورك، على أنه إذا لم يصدر قرار الاتهام في دورة انعقاد المحكمة التالي لتاريخ ارتكاب الجريمة، فإنه يجوز للمحكمة بناء على طلب المتهم أن تأمر برفض الدعوى الجنائية ما لم تقدم سلطة الاتهام سببا مقبولا لهذا التأخير، كما نصت (المادة 1382) من قانون العقوبات لولاية كاليفورنيا على أنه يجب على المحكمة أن تأمر برفض الدعوى الجنائية ما لم يقدم إليها سبب مقبول في الأحوال الثلاثة الآتية:

- أ- إذا دعي المتهم لاستجوابه عن جريمة عامة ولم ترفع عليه الدعوى خلال خمسة عشر يوما من هذا التاريخ.
- ب- إذا لم يقدم المتهم إلى المحاكمة أمام محكمة عليا خلال ستين يوما من تاريخ رفع الدعوى الجنائية عليه.
- ج- إذا لم يقدم المتهم في جنحة أو مخالفة أمام محكمة دنيا في خلال ثلاثين يوما من تاريخ القبض عليه وإحضاره إلى مقر المحكمة<sup>(2)</sup>.

والواقع أن السبب في تقرير هذا المبدأ كما جاء على لسان قضاة محكمة نيويورك، إنما هو لإرساء قواعد الاستقرار القانوني لمراكز الأطراف المتنازعة، المتهم بأن يعرف مصيره، فلا يبقى مودعا في السجن ينتظر المحاكمة بسبب فترة الحبس الاحتياطي ولا يبقى تحت رحمة القلق، أو نوبا للشبهات وسوء السمعة إذا كان طليقا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتقصد هذا المبدأ أيضا حماية المتهم من تعريضه لخطر المحاكمة بعد انقضاء وقت طويل، قد يحول بينه وبين الوصول إلى إثبات براءته بسبب موت أحد الشهود أو ضعف ذاكرته<sup>(3)</sup>. فمن الملاحظ أن محكمة نيويورك في حكمها المشار إليه قد استندت إلى تبرير ما ذهبت إليه من مبدأ سرعة المحاكمة الجزائية إلى أساسين هما، أساس الاستقرار للمراكز القانونية للمتهم، وأساس ضياع الأدلة القانونية، وهما أساسان يستند إليهما نظام التقادم في الأنظمة اللاتينية كما سيأتي.

وعلى هذا، فإن الآثار الرئيسية الهامة لنظام التقادم في الأنظمة اللاتينية تكاد تتطابق والآثار التي ينتجها مبدأ سرعة المحاكمة الجزائية في القوانين الأنجلوأمريكية، وذلك بكفالة الاستقرار القانوني، ووضع حد للتراع في أقرب وقت، مع خلافات تفصيلية لا داعي للخوض فيها.

(1) عوض، المرجع السابق، ص 222.

(2) الأحوال: محمد عوض، إنقضاء سلطة العقاب بالتقادم، حقوق القاهرة، 1969، ص 23-24 في إشارة لـ:

George, proffit and devices, statutes, rules and cases on criminal procedure, memo 1960, p69.

(3) George, proffit and devices, p69. نقلا عن الأحوال، المرجع نفسه، ص 25.

هذا ، وإن من التشريعات ما يقرر نظام التقادم من حيث المبدأ ولكنه يميز الخروج عليه في دعاوى معينة، وهي الدعاوى الناشئة عن الجرائم البالغة الخطورة كما هو مسلك المشرع السوفييتي - سابقاً- إذ تنص (المادة 48) في فقرتها الأخيرة من قانون العقوبات الصادرة (سنة 1960م) على أنه يجوز للمحكمة إغفال أمر التقادم إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الإعدام<sup>(1)</sup>.

كما كان القانون الفرنسي القلم متأثراً بالقانون الروماني فيما حكمت به كثير من المحاكم، لا يقبل التقادم في جرائم الاعتداء على الملك وجريمة الربا والمبارزة<sup>(2)</sup>.

ويعترض كثير من المهتمين بالعلوم الجزائية وعلم الإجرام على وجه الخصوص على نظام التقادم، فقد وجه إليه الانتقاد بيكاريا وبنتام وأعلام المدرسة الوضعية في أواخر القرن التاسع عشر<sup>(3)</sup>، وأهم أوجه النقد الموجهة إليه تتمثل فيما يأتي:

أولاً: أنه يتيح الفرصة لمهرة المجرمين ومحتري الإجرام للإفلات من قبضة العدالة، ويكافئهم على نجاحهم في تضليلها والهرب من الجزاء العادل على ما اقترفوه، الأمر الذي يحمل المقدمين على ارتكاب الجرائم على التفنن في تدبير سبيل النجاة من العدالة، وهو ما قد يترتب عنه إطالة إجراءات البحث والتحقيق دون مبرر بغية التوصل إلى انقضاء الدعوى العمومية بمضي المدة.

ثانياً: أن بقاء فئة معينة من المجرمين الخطيرين، وهم معتادو الإجرام ومن بهم ميل إليه، تمكنوا من الإفلات من وجه العدالة بسبب تخفيفهم عن أعين السلطات العمومية مدة معينة من غير عقاب، قد يفضي إلى نقض النظام الاجتماعي العام نتيجة لعدم تعرضهم لسطوة القانون وعدم خضوعهم للردع الخاص الذي تتوخاه العقوبة<sup>(4)</sup>.

وقد خص جانب كبير من الفقه الذي يعارض نظام التقادم هذا الانتقاد الأخير بطائفة معينة، وهم الهاربون بعد الحكم حضورياً بالإدانة، والمجرمون بالطبيعة ومعتادو الإجرام؛ إذ ذهب كرازا "carara" إلى أن الفئة الأولى من هؤلاء المجرمين لا يجوز إسقاط العقاب عنها مكافأة لها على هروبها، وإلا كان الإعفاء من العقاب عطية تقدمها الدولة لهؤلاء المجرمين جزاء ارتكابهم جريمة الهروب، وذهبت المدرسة الوضعية إلى إخراج الفئة الثانية من المجرمين السالفة الذكر من دائرة التمتع بأثر التقادم، استناداً إلى أنه لا أمل في إصلاحهم، وأن إعفاءهم من العقاب سيؤدي إلى تشجيعهم على المضي في نشاطهم الإجرامي<sup>(5)</sup>.

وعليه فإن التقادم على هذا الرأي لا يطال إلا نوعين من المجرمين، وهم المحكوم عليهم غيباً في جنابة أو جنحة، والمجرمون بالصدفة أو العاطفة بشرط عدم الاعتقاد، وعلّة ذلك بالنسبة للطائفة الأولى أن هذا النوع من

(1) عوض ، المرجع السابق، ص 221.

(2) عوض ، المرجع نفسه، ص 221، هامش.

(3) عوض ، المرجع نفسه، ص 221.

(4) الأحول ، المرجع السابق، ص 37-38.

(5) Vidal, cour de droit criminel et de science penitentes, par pagnol, 9<sup>ème</sup> ed, T1, 1947, n°586.

Bouzat, traité théorique et pratique de droit pénal, 1951, n° 784 et 940. Bouzat et pinatel, traité de droit pénal et de criminologie, 1963, T1, n°887 et T2, n°1059. نقلاً عن الأحول، المرجع نفسه،

ص 38، بتصرف.

المجرمين قد تخلف عن حضور المحاكمة مستعملا حقه المقرر له في القانون وفقا لمسلكه في الدفاع. أما بالنسبة للطائفة الأخرى فسبب تمتعهم بأثر التقادم أنه يكفي فيهم تبييت الضمير ووخزه، وقد يؤدي إعفاؤهم من العقوبة إلى إصلاح حالهم، أما الصنف الآخر وهم المعتادون على الإجرام، فإن قرينة الاعتياد والخطورة الإجرامية التي تنطوي عليها نفوسهم يجعل قرينة قابلية الإصلاح منتفية في حقهم، ومن ثم فليس من الصواب إفادتهم من ميزة التقادم<sup>(1)</sup>.

ويقف القضاء في بعض الدول أمام التقادم موقف الكاره؛ إذ إنه يتلمس كلما سنحت له الفرصة السبل للحد منه، ويتجلى ذلك واضحا في صنيع القضاء الفرنسي الذي يحتال لإطالة أمد التقادم عن طريق إرجاء بدء سريانه في بعض الأحوال، مثلما هو الحال عليه في خيانة الأمانة والتبديد والنصب، وهو يخضعه لنظام الوقف بغير نص، ويستحدث لانقطاعه أسبابا عن طريق التوسع في تفسير النصوص، كما أنه يحد من أثره في بعض الحالات<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: الأساس القانوني لنظام التقادم.

على الرغم مما قدمناه من الانتقادات التي وجهت لنظام التقادم في المواد الجزائية، إلا أن كثيرا من التشريعات العقابية تأخذ به مسنودة في ذلك بآراء عموم الفقه وأحكام القضاء، غير أن الفقه مختلف في الأساس القانوني الذي يستند إليه تقرير هذا السبب، وهذه المبررات منها ما يتناول تقادم الجريمة ومنها ما ينصب على تقادم العقوبة.

فمن الشراح والفقهاء من يؤسسه على ما ذكرنا من انطماس معالم الجريمة مما يصعب إثباتها، ومنهم من يؤسسه على أن العقوبة المقضي بها قد استنفذت أغراضها، ومنهم من يؤسسه على أنه من الأفضل الإغضاء عن الجريمة مادام المجتمع قد نسيها، إلى غير ذلك من النظريات التي سنتناولها فيما يأتي:

### أولا: نظرية ضياع الأدلة.

ملخص هذه النظرية أن تطاول الزمان على الجريمة دون إقامة الإثبات عليها من شأنه أن يورث شبهة ضعف الأدلة أو انطماسها؛ إذ إن في الأخذ بها بعد مضي زمن طويل على الجريمة فيه مخاطرة إدانة بريء بدليل تعتريه الشكوك، وتحوم حوله الشبهات، بحيث يمكن أن تلجأ سلطة الاتهام مسنودة في ذلك بالصلاحيات الواسعة المخولة لها والإمكانات الموضوعية تحت تصرفها، إلى اصطناع أدلة الإدانة، مما يصعب على المتهم البحث عن وسائل للدفاع يضعف بها موقف جهة الادعاء، وهو أمر بالغ الصعوبة لمضي مدة طويلة.

وبالمقابل، فإن تطاول الزمان ينتج عنه صعوبة في التدليل على توافر المسؤولية الجزائية وإثبات توافر أركان الجريمة، وهو عبء يقع بلا شك على عاتق النيابة العامة، الأمر الذي يسهل على المتهم فرصة الحصول على حكم سريع

(1) الأحوال، المرجع السابق، ص38.

(2) ميل وفيتي، المرجع السابق، ص170. عوض، المرجع السابق، ص232.

بالبراءة، فيكون من الأفضل حينئذ للنظام الاجتماعي أن يقرر للمتهم تقادم الدعوى بدلا من تمكينه من الحصول على حكم بالبراءة حرصا على هبة الدولة<sup>(1)</sup>. وقد نادى بهذه النظرية الكثير من الشراح الفرنسيين القدامى، واستند إليها مقرر الهيئة التشريعية الفرنسية في (عام 1808م).

وقد انتقدت من طرف كثير من الفقه، بأن الاحتمال المزعوم بضياح الأدلة لسبب مضي المدة لا يمكن أن يكون مبررا كافيا لتقرير تقادم حق الدولة في العقاب؛ لأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد احتمال، والحكمة تقتضي أن لا يبنى أمر في هذه الخطورة على مجرد الاحتمال والحرص.

وتفسير ذلك أن افتراض تهافت الأدلة بمجرد تطاول الزمان عليها بجانب للصواب، ذلك أن المرجع في تقرير أمر قوة الدليل أو ضعفه مرده إلى ظروف كثيرة، وما مضي المدة إلا واحد من هذه الظروف، فمن التحكم جعله الحاكم الوحيد على الدليل قوة وضعفا. يضاف إلى هذا أن من الأدلة ما لا يؤثر فيه مثل هذا الظرف، كما هو الحال في اعتراف المتهم بارتكاب الفعل الجرمي، أو كأن تكون أدلة الإثبات محاضر يضي عليها القانون نفسه قوة إثباتية ذاتية، كما أن في التمييز بين مواعيد التقادم بين الجنح والجنايات انتقاضا لهذه النظرية؛ إذ إنه لا دخل للوصف القانوني للواقعة الإجرامية في مدى الدليل الذي يجب أن يتوافر للإثبات<sup>(2)</sup>.

#### ثانيا: نظرية قرينة التنازل.

مؤدى هذه النظرية أنه قد يستفاد من مضي مدة معينة على وقوع الجريمة أو الحكم بالعقوبة دون اتخاذ الإجراءات اللازمة أو تنفيذ العقوبة تنازل الهيئة الاجتماعية عن حقها في اقتضاء العقوبة، قياسا على تنازل صاحب الحق المدني في الدعوى المدنية عن حقه في المطالبة<sup>(3)</sup>.

وانتقد بأنه لا قياس بين الدعويين الجزائية والمدنية؛ إذ لا وجه للشبه، فالأولى من حق المجتمع كله وليس للنيابة صلاحية التنازل عنها، بل لها سلطة في اقتضاها وعليها واجب في رفعها ومباشرتها، فهي أمينة عليها تباشرها لحساب المجتمع، و من ثم فهي لا تملك تبعا لذلك التنازل عنها صراحة، فمن باب أولى أن لا يكون لها ذلك ضمنا<sup>(4)</sup>، فإن سكنت عن تحقيقها أو عن رفعها، فإن ذلك مهما مضت المدة وطال الزمان لا يمكن تفسيره بأنه تنازل عن الدعوى من جانبها، لأنها لم تفوض في إجراء هذا التنازل<sup>(5)</sup>.

وينفي هذه القرينة أيضا، أن الدعوى تتقادم سواء كانت النيابة عاملة بوقوع الجريمة وقادرة على رفع الدعوى، أم كانت عاملة بها ولكنها عاجزة عن رفع الدعوى حياها لمانع إجرائي يغفل يدها، كما في السرقة بين

(1) فاضل، المرجع السابق، ص 161.

(2) أنظر في عرض هذه النظرية وشرحها، بوزا، المرجع السابق، رقم 941، بوزا وبينتال، المرجع السابق، الجزء الثاني، رقم 1060. فيدال ومانبول، المرجع السابق، ج 02 رقم 690. نقلا عن الأحول، المرجع السابق، ص 39.

(3) أنظر في عرض هذه النظرية وتأيدها في الفكر العربي، زكي العرابي، التحقيقات والإجراءات الجنائية، ج 02 ص 697. وانظر: عوض، القسم العام، ص 417.

(4) عوض، دراسات، ص 223.

(5) الأحول، المرجع نفسه، ص 45.

الأقارب، أم كانت غير عالمة بها على الإطلاق، كذلك فإن قرينة التنازل لا تقوم بالنسبة إلى تقادم العقوبة لأن تنفيذ الأحكام الجزائية يتم بناء على طلب النيابة العامة وهي لا تملك التنازل عنه، وقد رسم القانون للتنازل عن الدعوى العمومية وعن العقوبة شكلا معيناً ومنح هذه السلطة للجهات معينة، فلما لم يصدر التنازل من الجهة التي تملكه وفي الشكل الذي حدده القانون، فإن افتراضه يكون مستبعداً<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: نظرية التراخي والإهمال.

استند جانب من الفقه في تبرير نظام التقادم على أنه جزء على تراخي الجهات المعنية في مباشرة إجراءات الدعوى أو تنفيذ العقوبة، مما يعتبر إهمالاً من جانبها يستلزم إسقاط حقها في اقتضاء العقوبة، قايسين ذلك على الدائن الذي يفقد حقه في الدين عندما لا يباشر دعواه في ميعاد معين. ويبدو أن المشرع الفرنسي كان يعتد في بعض مراحل فكرة الإهمال، إذ كانت (المادتان 09 و10 من القانون الصادر في 03 بروير للسنة الرابعة)، تنصان على أن التقادم يبدأ سريانه من يوم علم النيابة بوقوع الجريمة واستطاعتها رفع الدعوى، وليس من يوم وقوع الجريمة، غير أنه لم يلبث أن اطرح هذه الفكرة سواء في قانون تحقيق الجنايات أم في قانون الإجراءات الجزائية الحالي<sup>(2)</sup>.

وتبرير نظام التقادم على مقتضى هذه النظرية مرفوض من طرف عموم الفقه؛ اعتباراً بأنه لا وجه للشبه بين التقادم الجزائي والتقادم في المواد المدنية؛ إذ إنه لا يمكن اعتبار مباشرة الدعوى الجزائية أو استيفاء العقوبة المحكوم بها حقاً شخصياً للجهة التي تتولاه، حتى يسوغ القول بسقوطه جزاء لها على تراخيها، وإنما هما كما أسلفنا سلطة من وجه وواجب من وجه آخر، وليس من المقبول أن يكون التراخي في أداء الواجب سبباً لسقوطه<sup>(3)</sup>.

### رابعاً: نظرية العقوبة المعنوية.

تلمس أصحاب هذه النظرية للتقادم أساساً من العدالة نفسها، فالجاني يعيش طوال مدة التقادم نهباً للإحساس بالمطاردة والقلق النفسي والاضطراب، بسبب الخوف من شبح المحاكمة أو تنفيذ العقوبة، ومن الجناة من يخزه تأنيب الضمير ندماً على ما اقترفت يدها، مما ينغص معيشتته وهذا في ميزان العدالة يعدل عقابه أو يفوق؛ إذ يرى البعض أنه أشد صرامة، فليس من العدل في شيء أن يعاقب على فعل واحد عقوبتين، معنوية ومادية<sup>(4)</sup>. وقد انتقد القول بهذا التأسيس، بأن الخوف والقلق وتأنيب الضمير أمور غير متيقن حصولها، فلا يمكن أن يبنى أمر بالغ الخطورة والأثر على النظام الاجتماعي العام على مجرد هذا الاحتمال، بل إن كثيراً من المجرمين لا سيما معتادي الإجرام لا تخالج ضمائرهم أدنى اضطرابات، ولا يعتلج نفوسهم أي تأنيب، هذه واحدة، الثانية أن

(1) عوض، المرجع السابق، ص233.

(2) عوض، المرجع نفسه، ص231. والقسم العام، ص717.

(3) عوض، المرجع نفسه، ص231.

(4) stefani et levasseur, procedure penal precis daloz 2éme ed 1962 n° 116. نقلاً عن الأحول، المرجع

السابق، ص41.

التسوية بين هذا الخوف المفترض وذلك التأييب المزعوم وبين العقاب المادي الذي تقرره النصوص الجزائية تسوية بين مختلفين، وذلك ليس من العدالة في شيء، ولا يصلح الأول بدلا للثاني بأي حال من الأحوال، مع ما فيه من إخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين أمام النصوص الجزائية.

ذلك أن المسجونين وراء القضاة أيضا يعيشون اضطرابات نفسية وقلقا، وقد يعيشون إلى جانب ذلك تأنيب الضمير أكبر من ذلك الطليق السراح، ومع ذلك توقع عليهم عقوبة تقيد الحرية، فأين هي العدالة إذن؟!، فإذا كان يكفي جزاء لهم تأنيب الضمير والقلق النفسي بدلا من العقوبة، فلم لا يستعاض بها عنها ونكفي الدولة عناء تكاليف سجنهم، زيادة على أن هناك طائفة من الجرائم وهي التي يطلق عليها الفقه الجرائم المصطنعة، أو الجرائم القانونية الصرف لا تتعارض مع مبادئ الأخلاق ولا يشعر فيها المجرم بأدنى تأنيب للضمير<sup>(1)</sup>.

ثم إنه من الثابت أن قانون العقوبات ذو وصف واقعي، أي أنه لا يبيح أحكامه إلا على ظواهر الأشياء ومادياتها، ولذلك فهو لا يعاقب على جريمة إلا بركنها المادي الذي ينم عن خطورة معينة دون أن يبحث في نوايا الناس ودخائلهم وأفكارهم، طالما أنها لم تتجسد في مظهر خارجي يعبر عنها، ومن ثم ساع القول بأن تقدير ما يختلج في نفس الجاني أمر يتعذر ضبطه، ولا يدخل في مشتملات قانون العقوبات، وإلا لوجب القول بأن في تفاوت الناس من حيث قلقهم وتأنيب ضمائرهم معيارا لتقدير مدة التقادم من مجرم إلى آخر طولاً وقصراً، فتكون المدة لأكثرهم قلقا وأشدهم تأنيبا للضمير أقل منها بالنسبة لنظيره ممن هو أقل منه قلقا وتأنيبا للضمير، فيكون الأمر على درجات عدة كل حسب قلقه واضطرابه وتأنيب ضميره، وهذا أمر داخلي يستحيل عادة ضبطه<sup>(2)</sup>.

خامسا: نظرية إسدال الستار عن الجريمة ونسيانها.

تقوم هذه النظرية بشكل عام على أن الدعوى العمومية والمحاكمة الجزائية إنما وجدتا لتحقيق أغراض المجتمع في إقامة النظام الاجتماعي والحفاظة على أمنه العام، وليس من أجل العقوبة كغرض في حد ذاته، فإذا مضت مدة معينة ولم تقم الدعوى أو لم تنفذ العقوبة مما أسدل الستار عن الجريمة ونسيانها العامة، فإنه لم يعد من داع لإثارة الأمر واستعادة الذاكرة الجماعية للرأي العام عن طريق رفع الدعوى العمومية؛ فالنسيان إذن قد أزال مشروعية العقاب وأفقد الدعوى سندها الذي تقوم عليه<sup>(3)</sup>.

وواضح تهافت هذه النظرية؛ إذ إن في افتراض نسيان الجريمة بناء على انقضاء مواعيد معينة تحكم ظاهر، فإنه وإن سلم بهذا النسيان في الجرائم البسيطة، كالجرائم المصطنعة التي لا تجد لها استنكارا في الرأي العام، فإنه لا يسلم به في الجرائم الجسيمة التي تهز الضمير الاجتماعي العام لجماعة المواطنين؛ إذ إن زوالها من أذهان الناس أمر

(1) الأحوال، المرجع السابق، ص41.

(2) عوض، المرجع السابق، ص233.

(3) قال بهذه النظرية كثير من الشراح منهم: Fremont, de causes d'exécution de l'action publique en droit financière (thèse, paris) 1978, n°14. p99; Gavalda, la théorie de la prescription des actions en procédure pénal, in rec collectif, quelque aspect de l'autonomie du droit pénal, 1956, p82.

الأحوال، المرجع نفسه، ص43 هامش. وانظر: ثروت، المرجع السابق، ص237، فاضل، المرجع السابق، ص160.

مستبعد الوقوع، وخاصة إذا ظهر الجاني أمام أعينهم من جديد ولو اختفى عشرات السنين، ثم إن العقوبة التي توقع على الجاني، ليس فقط لأنها أحدثت اضطراباً في المجتمع وإنما نتيجة للاعتداء على حق من حقوقه وإضراراً بمصلحة من مصالحه، وإقامة للعدالة في أخذ المعتدين بما يستحقون، وإنه من الغريب أن تزول المنفعة من العقاب بمجرد هذا النسيان المزعوم<sup>(1)</sup>.

#### سادساً: نظرية الاستقرار القانوني.

يستند الفقه المعاصر في تبرير نظام التقادم إلى مبدأ الاستقرار القانوني، الذي هو غاية النظام القاني بشكل عام، والقانون الجزائي على وجه الخصوص، فالمنظومة القانونية تجد جدواها في تنظيم المصالح الاجتماعية التي غالباً ما تكون متعارضة، نتيجة لطبيعة النفس الإنسانية في التزوع إلى تفضيل مصالحها الخاصة على مصالح الآخرين، ومن ثم ينشأ النزاع مما يتطلب تدخل طرف ثالث خارجي تنتفي في حقه مظنة محاباة أحدهما على الآخر، وليس هذا الطرف إلا القواعد القانونية الموصوفة بالعموم والتجريد، ومنها القواعد الجزائية التي تأخذ المخالف لأحكامها، في الغالب، بما يشكل جريمة بالعقاب.

وهذا الاستقرار الذي يملئ على المشرع التسليم بفكرة تقادم العقاب، ينبغي أن يشمل الكافة بمن فيهم المجرم نفسه؛ لأنه فرد من أفراد المجتمع يحتاج في حياته إلى أن يعيش مطمئن البال يباشر نشاطه في هدوء، وهو ما لا يتحقق له إذا كان نهباً للمفاجأة بين لحظة وأخرى بخطر الإيقاف. ذلك أن ترك مصالح الأفراد فترة طويلة من الزمن دون حل نهائي أمر يهدد بإشاعة الاضطراب بين أصحاب هذه المصالح.

ومن ثم فإن الاستقرار القانوني يقتضي أن تضع الدولة حداً للنزاع بينها وبين الجناة، فلا يبقى مؤبداً مع طول الزمن، وهنا ينتج التقادم أثره في العقاب<sup>(2)</sup>.

ويرد على هذه النظرية من الانتقاد ما ورد على سابقاتها؛ لأن الاستناد إلى مجرد فكرة الاستقرار في إسقاط العقوبة عن الجاني بالتقادم، مع ما يمكن أن يقيم عليه ذلك الجاني من خبث الطوية وفساد السلوك والخطورة الإجرامية التي تتهدد الاستقرار العام نفسه الذي استند إليه أصحاب هذه النظرية، ذلك كله يتنافى ومقاصد النظام القانوني، ولذلك فإن الأوفق في شأن التقادم أن لا يكون سبباً من الأسباب الحائلة دون إقتضاء الدولة حقها في العقاب، وإنما ينبغي أن يقرر على أنه نظام لوقف العقوبة، بمعنى أنه إذا مر على ارتكاب الجريمة دون محاكمة أو الحكم بالعقوبة دون تنفيذ زمن معين، فإن الجاني يوضع رهن الإرجاء لمدة معينة يحددها التشريع، أو ترك لتقدير القاضي يقررها بحسب جسامة الجريمة أو شدة العقوبة أو نوعها، فإن ثبت صلاح حاله واستقامة سلوكه اندرأ عنه العقاب، وإن ارتكب في فترة الإرجاء فعلاً جرمياً أو أخذ بالقدم والجديد.

(1) الأحول، المرجع السابق، ص 44-45.

(2) الأحول، المرجع نفسه، ص 49. عوض، المرجع السابق، ص 234.

## خاتمة البحث

وبعد فهذا إيذان بحط الرحال ونهاية التجوال في بحثنا هذا نسطره خاتمة تتضمن أهم النتائج المتوصل إليها، وأبرز ما يفتحه من آفاق للبحث والبيان من أحكام الشريعة الإسلامية لاسيما في شقها الجزائي، ولا أزعم أنني حصلت منه ما ابتغيت، ولا أنني لمت شعته كما أردت، بإحاطة شاملة لما تتطلبه إشكالاته وما يطرحه موضوعه من نقاش محتد في ساحات الفكر القانوني والسياسي على وجه العموم، ولكنه جهد المقتصد الحريص في إسهام متواضع بلبنة في صرح مشيد.

وعلى العموم فقد حاولت جهد الإمكان من خلال الفصول الثلاثة لهذا البحث، والتي تناولت الفقه الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي في الشريعة والقانون، أن أسلط الضوء على فلسفة التشريع الإسلامي في العقاب، من تقصد المحافظة على الاستقرار العام، والرحمة بالناس، الطائع والعاصي، والجاني والمجني عليه، والتحوط في أخذ العصاة بالعقاب بما يعدم الجور ويمنع الاعتساف، وما يتطلبه ذلك من مقتضيات تحقيقه على الصعيدين الإجرائي والموضوعي.

وحتى لا أعيد ما سطرته في متن الرسالة من حقائق علمية أو آراء إجتهادية لأساطين الفقه الإسلامي وأعلامه في تحقيق مبدأ الرحمة بالجاني والتحوط في أخذه بالعقاب، أعرض أهم النتائج التي انتهى إليها البحث على ضوء ما التزمته في مقدمته من أهداف للبحث.

### نتائج البحث :

إن أجمع ما توصلت إليه من خلال البحث أن الشريعة الإسلامية بقدر ما احتاطت لحق المجني عليه بالمآل من أن تمتد إليها يد الإجرام بالسطو أو القتل أو انتهاك الحرمات، احتاطت لحق الجاني أو المتهم من أن تطاله يد القانون بغير وجه حق، وبقدر ما شددت في العقوبات التي فرضتها لردع الجناة وزجر العامة عن سلوك مسالك الجريمة والسير في فلك محترفيها، لاسيما في العقوبات على جرائم الحدود والقصاص، بقدر ما جعلت هذا العقاب رمزا مانعا لا عاما جامعا؛ وذلك بأن رسمت سبلا كفيلة بالتضييق من نطاق توقيعه على المستويين الإجرائي والموضوعي، لاسيما إذا كان المتهم أو المحكوم عليه ممن لا يشتهر بالإجرام ولا يتصف بالاحتراف، وإنما كان إنمه فلتة شهوة أو ضعف إرادة، ويتبين مسلك الشريعة في هذا التضييق فيما توصلت إليه هذه الدراسة فيما يأتي:



# خاتمة البحث

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

أولاً: تقدير أصل البراءة في الإنسان حتى تثبت إدانته بالدليل القاطع الذي لا يحتمل الشك والشبهة ولا يقبل الاحتمال والاستدراك، بناء على أن الأصل في الإنسان الصلاح والتقوى، وهو أمر متيقن فيه بالاستصحاب، وأن الإجماع والعصيان استثناء، ولا يعدل عن الأصل إلى الاستثناء إلا بدليل قاطع في موضوع الدعوى، وكل حيدة عن هذا الأصل لا يعتد بها وتقع في دائرة البطلان. وهذا الأمر الذي قرره الشريعة الإلهية الحكيمة في نصوصها هو عينه ما انتهى إليه الفكر القانوني بعد بحث وجهه معاناة، مما يؤكد أن العقل إذا أخلص البحث وتجرد للحقيقة التقى بلا لأي مع الشرع.

ثانياً: أن أصل البراءة بما يتضمنه من مضامين يلقي عبء الإثبات دائماً على جهة الادعاء التي تريد زعزعة الأصل المتيقن بالاستثناء المشكوك فيه إلى غاية ثبوته، ويعفى المدعى عليه أو المتهم من أي التزام قانوني بإثبات براءته، وهذا طيلة سير إجراءات الخصومة، حتى إذا أثار دفعا من الدفوع فإن جهة الادعاء هي المكلفة بتفنيد ذلك الدفع، وليس المتهم هو المكلف بإثباته. غير أنه ومراعاة لمصلحته فإن له الحق في إثبات ما يدفع به، لاسيما وأن القاضي يصدر حكمه بناء على ما تشكل لديه من قناعة في إدانة المتهم أو براءته.

ثالثاً: أن القاضي في الشريعة الإسلامية -على الراجح من أقوال الفقهاء- مقيد في حكمه بالإدانة في نطاق الجرائم ذات العقوبات البالغة الشدة وهي جرائم الحدود والقصاص بجملته من الأدلة المقررة في التشريع على سبيل الحصر -وهي الشهادة والإقرار- لا يعدل عنها، وكل مخالفة لذلك تدخل حكمه في صورة البطلان المطلق وتدخله في دائرة قضاء الجور، إذا ثبت تعمد المخالفة. وعلى ذلك، فإنه إذا تخلفت تلك الأدلة فإنه لا يسوغ للقاضي أن يقضي بالعقوبة المقررة ولو تحقق يقينا من ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه في عريضة الدعوى. وبالمقابل فإن القاضي لا يمكنه أن يحكم بالإدانة مع توفر تلك الأدلة إلا إذا اقتنع بصحتها. وعليه فإن نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية نظام أدلة قانونية من جهة إثبات الجريمة واقتناعي من جهة إخلاء ساحة المتهم، وما ذلك إلا مراعاة لمصلحة المتهم من أن توقع عليه عقوبة لا يستحقها، والشريعة هنا أكثر سداداً مما انتهى إليه الفقه القانوني من إطلاقه ليد القاضي في الإثبات إلا بقيود ثبت أنها لم تمنع جور القضاة وعسفهم في أغلب الأحيان.

رابعاً: إن الشريعة الإسلامية نذبت إلى أن يستر الإنسان على نفسه إذا بدر منه ما يثير النكر ويعمد إلى التوبة إلى الله من غير أن يطلع السلطات المختصة على فعله الجرمي، وجعلت توبته تلك من غير عقوبة قائمة مقام التطهير بالعقوبة. وأيضاً فقد نذبت من يطلع على جريمة أن يستر فاعلها، ولا يتطوع للإبلاغ عنها، وقررت النصوص الحكيمة أن من ستر عورة أخيه ولو في جريمة أتاها استحق ستر الله يوم المكاشفة الكبرى.

خامساً: أن الشريعة الإسلامية كما قيدت القاضي في حكمه بالإدانة بوسائل محددة لا يتخطاها، فرضت شروطاً بالغة الشدة في تلك الأدلة وما ذلك إلا احتياطاً لحق المتهم، وتحقيقاً لمعنى اليقين المنسلخ عن كل شبهة، غير أنها وفي خصوص الدفوع أطلقت يد القاضي في أن يقبل كل دفع أثار عنده الشبهة وألقى في نفسه الشك من دون أن تشترط فيه شروط بينة الإثبات، وذلك لأن الإثبات مناطه على اليقين أما النفي فمناطه على مجرد الشك المزلزل لذلك اليقين.

سادساً: الأصل في الشريعة الإسلامية كما في القانون الوضعي أنه لا يقبل من أحد الاعتذار بجهل القانون وإلا لما عدم مجرم أن يدعي عدم العلم بنصوص الأمر والنهي التشريعيين، مما يأتي على نصوص القانون بالانتقاض.

غير أن الشريعة الإسلامية رفعا للحرص على الناس ومراعاة لواقع حياتهم ومقتضيات معاشهم، قسمت الأحكام من حيث الإعتذار بالجهل فيها وعدم الإعتذار فجعلت قسماً منها لا يعذر فيه وهو ما كانت مظنة العلم فيه قائمة ومظنة الجهل منتفية، وقسماً آخر يقبل فيه الاعتذار بالجهل، وذلك حين يتعسر العلم مع بذل الطاقة في تحصيله، مما يورث مظنة الجهل. هذا بخلاف القانون الوضعي الذي جعل افتراض العلم من قبيل القرائن القاطعة التي لا تقبل العكس، والجهل من أي كان لا يصلح عذراً للإفلات من العقاب ولو كانت مظنته قائمة، وليس يخفى ما في هذا الحكم من تعسير على الناس وأخذ لهم بالشبهة.

سابعاً: أن الشريعة الإسلامية فتحت باب التوبة للمجرم الذي آب إلى رشده وندم على غيه ورغب في الانخراط في مجتمعه لا سيما في جرائم أمن الدولة، وذلك لمنعه من العود إلى الإجرام والسعي في تخريب الممتلكات وترويع الآمنين وتهوين شأن الدولة في المحافل الدولية، ولكسب عنصر في المجتمع تطهر بالتوبة إلى الله.

وذلك وإن كان منصوباً عليه في خصوص جرائم أمن الدولة من جهة الداخل (أي الحراية) فإنه ليس مقصور النطاق عليها بل تتعدى آثاره إلى كافة الجرائم الأخرى وذلك من أجل التضييق من

العقاب، وقد تقررت التوبة وسيلة أفضل من العقوبة للمحافظة على المجتمع واستقراره، وليس مقصورا أيضا في خصوص هذه الجرائم الأخيرة في الصحيح من أقوال الفقهاء على ما قبل القبض على الجاني، بل حتى وإن قبض عليه، إذا ثبت أن نفسه لم تتلبس بالفساد ولم تصر الجريمة لها سجية، والأمر في الكشف عن ذلك متروك للمشرعين من فقهاء المسلمين، يقدرون له الوسائل الكفيلة بذلك، كأن يوضع التائب قيد الاختيار القضائي.

والقانون الوضعي في نظام الإعفاء من العقوبة قريب من الشريعة الإسلامية غير أنه وبمساومته للتائب على الإسهام في الإثبات والذي هو من اختصاصات السلطات العامة يضيق من حالات التوبة ويجعل أثرها محصور النطاق.

ثامنا: أن الشريعة الإسلامية ملكت المجني عليه أو وليه في نطاق جرائم القصاص حق العفو عن الجاني ببدل مالي أو بغير بدل، وما شرعت ذلك إلا حفظا للمهج؛ لأنه إذا نقص عدد الأمة واحدا باعتداء الجاني، فقد يزداد النقص واحدا آخر بالقيود منه، وهو أمر نظرت إليه الشريعة في تضييقها من نطاق العقوبة بالعفو والإبراء، ولا يعني ذلك إفلات الجاني من أي مساءلة، وإنما دفع انحتم القتل أو إحداث العاهة.

## اقتراحات وآفاق البحث :

في نهاية هذه الخاتمة، نضع هذه الاقتراحات للاستفادة منها، ولفتح آفاق لبحوث جديدة مقارنة لمثل هذا الموضوع، ومعمقة له :

أولا : دعوة المشرع الوضعي دعوة علمية لا شعارا سياسيا للاستفادة من أحكام الشريعة، لا من منطلق العاطفة والشعور الديني، وإنما لما ثبت صلاحه عقلا وتجربة من مبادئ قانونية، وفي موضوعنا على وجه الخصوص نقترح منها ما يلي :

1. عدم الإطلاق في تبني نظام الاقتناع الذاتي للقاضي في كل الجرائم، لأن في ذلك النظام مع ما أحيط به من ضمانات وقيود، مخاطر لا تحصى من ظلم القضاة وتعسفهم وانحيازهم، لاسيما والقانون قد قال لهم : افعلوا ما شئتم فإنكم لا تسألون عما تفعلون، والواقع شاهد بالظلم الذي يتعرض له مهيضو الأجنحة من جراء هذا النظام، فالمقترح لو تقسم الجرائم من حيث الإثبات إلى طائفتين، طائفة لا تثبت إلا بنظام الأدلة القانونية وهي الجرائم ذات العقوبات البالغة الشدة، وخاصة تلك التي يستحيل تدارك الخطأ القضائي فيها كعقوبة الإعدام، أو التي

يمكن تداركه فيها ولكن بعد أن تخلف آثارا غائرة كالسجن المؤبد أو المؤقت لفترات طويلة، وطائفة أخرى يعمل القاضي فيها سلطته التقديرية وهي الجرائم ذات العقوبات الأقل شدة.

2. ضرورة اتجاه المشرع الوضعي إلى التخفيف من قاعدة افتراض العلم بالقانون، واعتباره قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وذلك بالتفريق بين نوعين من الجرائم، الجرائم الطبيعية التي تجدد لها الاستنكار في الضمير الجمعي للرأي العام، كجرائم القتل وانتهاك الأعراض والسطو على الممتلكات والاعتداء على النظام العام، وهذه لا يفترض في أحد الجهل بها، وكل ادعاء بعدم العلم بها يعتبر لغوا لا يلتفت إليه، ومن ثم فافتراض العلم فيها من قبيل القرائن القاطعة التي لا تقبل أي إثبات عكسي، أما الجرائم المصطنعة والتي لا تجدد لها الاستنكار في الضمير الجمعي للرأي العام، والتي يتوالى صدور القوانين فيها بشكل لا هت يصعب معه ملاحظتها حتى على أهل الاختصاص أنفسهم، ناهيك عن عامة الناس، فافتراض العلم بهذا النوع من الجرائم قرينة بسيطة، يقع على عاتق النيابة العامة إثبات تحققها إذا دفع المتهم بعدم العلم بها.

ثانيا : دعوة الباحثين في الشريعة الإسلامية أو القانون بوجه عام إلى تعميق البحث في مجموعة من المواضيع المتعلقة بفلسفة العقاب في الشريعة الإسلامية، ومدى ملاءمته لظروف الحال، من تفهم جديد للعقوبات المتلفة على وجه الخصوص، ومن المواضيع التي تطرح نفسها بجدة ما تعلق منها بفلسفة النص الجنائي الديني وقواعد فهمه وتفسيره في ظل النظريات الحديثة في الدفاع الاجتماعي ضد الجريمة، وأيضا ما تعلق منها بفكرة تعليق العقاب على الخطورة الإجرامية التي تنطوي عليها نفس الجاني لا على مجرد الفعل الجرمي في ذاته، والذي يمكن أن يقترفه أي موصوف بالصلاح مشهود له بالتقوى في أي ظرف من الظروف.

وأخيرا وأنا أفرغ من هذه الخاتمة استوقفي قول ابن العماد : « إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل »، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على عامة البشر.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

## فهرس الآيات القرآنية والأحاديث النبوية.

## أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

الصفحة	رقم الآية	الآية
	سورة البقرة	
40	74	﴿ فهي كالحجارة أو أشد قسوة ... ﴾
152	146	﴿ يعرفونه كما يعرفون أبناءهم ... ﴾
221	178	﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ... ﴾
246	178	﴿ فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ... ﴾
243	179	﴿ ولكم في القصاص حياة ... ﴾
188	195	﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ... ﴾
217	195	﴿ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ... ﴾
188	219	﴿ يسألونك عن الخمر والميسر ... ﴾
129	229	﴿ تلك حدود الله فلا تعتدوها ... ﴾
33	233	﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ... ﴾
73 ، 72 ، 71	282	﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ... ﴾
72	282	﴿ أن تظل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ... ﴾
70	282	﴿ ممن ترضون من الشهداء ... ﴾
78	282	﴿ ذلك أقسط عند الله وأقوم للشهادة ... ﴾
67 ، 64	282	﴿ ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا ... ﴾
67 ، 64	283	﴿ ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ... ﴾
	سورة آل عمران	
222	89	﴿ إلا الذين تابوا من بعد ذلك ... ﴾
152	06	﴿ قل فاتوا بالتوراة فاتلوها إن كنتم صادقين ... ﴾
02	104	﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ... ﴾
	سورة النساء	
73 ، 72	15	﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نساءكن ... ﴾
222	16	﴿ واللذان يأتياها منكم ... ﴾
225	16	﴿ فأذوها ... ﴾
225	16	﴿ فإن تابا وأصلحا ... ﴾
227 ، 223	17	﴿ إنما التوبة على الله للذين يعملون ... ﴾

# الفهارس

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

134	.....	24	﴿ فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن ... ﴾
188	.....	29	﴿ ولا تقتلوا أنفسكم ... ﴾
203	.....	92	﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا ... ﴾
216	.....	92	﴿ فمن لم يجد ... ﴾
203	.....	93	﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا ... ﴾
79، 43	.....	135	﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط ... ﴾
69	.....	141	﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا.. ﴾

## سورة المائدة

47	.....	08	﴿ كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ... ﴾
188	.....	09	﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام ... ﴾
38	.....	32	﴿ ومن أحيائها فكأنها أحياء الناس جميعا ... ﴾
215	.....	33	﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ... ﴾
207	.....	33	﴿ يحاربون الله ورسوله ... ﴾
216	.....	33	﴿ أن يقتلوا أو يصلبوا ... ﴾
218	.....	34	﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ... ﴾
223، 222، 132	.....	38	﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما... ﴾
222	.....	38	﴿ فاقطعوا أيديهما... ﴾
225، 222	.....	39	﴿ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح ... ﴾
217	.....	89	﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ... ﴾
154	.....	93	﴿ ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات ... ﴾
216	.....	95	﴿ هديا بالغ الكعبة أو كفارة ... ﴾

## سورة الأنعام

31	.....	90	﴿ أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ... ﴾
187	.....	119	﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ... ﴾

## سورة يوسف

30، 29، 28	.....	18	﴿ وجاؤوا على قميصه بدم كذب ... ﴾
39	.....	26	﴿ وشهد شاهد من أهلها ... ﴾
282	.....	33	﴿ إلا تصرف عني كيدهن أصب إليهن ... ﴾
39، 30	.....	70	﴿ فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية ... ﴾
30	.....	81	﴿ يا أبانا إن ابنك سرق ... ﴾

## سورة إبراهيم

156	.....	04	﴿ وما أرسلنا من رسول ... ﴾
-----	-------	----	----------------------------



84	سورة الحجر	18	﴿ إلا من استرق السمع ... ﴾
77	سورة النحل	77	﴿ وما أمر الساعة إلا كلمح البصر ... ﴾
179، 88		106	﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ... ﴾
36	سورة الإسراء	36	﴿ ولا تقف ما ليس لك به علم ... ﴾
223، 222	سورة النور	02	﴿ والزانية والزاني ... ﴾
81، 75، 73		04	﴿ والذين يرمون المحصنات ... ﴾
37، 31		08	﴿ ويدراً عنها العذاب أن تشهد ... ﴾
261		19	﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة ... ﴾
207	سورة الأحزاب	33	﴿ إن الذين يؤذون الله ورسوله ... ﴾
40	سورة الصافات	147	﴿ وأرسلناه إلى مائة ألف أو يزيدون ... ﴾
221	سورة الشورى	04	﴿ فمن عفا وأصلح فأجره على الله ... ﴾
221		40	﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ... ﴾
132	سورة الزخرف	15	﴿ وجعلوا له من عبادته جزءا ... ﴾
33	سورة الأحقاف	15	﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ... ﴾
216	سورة المجادلة	04	﴿ فمن لم يجد ... ﴾
119	سورة الطلاق	01	﴿ تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله ... ﴾
260		02	﴿ وأقيموا الشهادة لله ... ﴾
70، 69		02	﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾

## ثانيا: الأحاديث النبوية الشريفة.

## -حرف الألف-

- 73 ..... « إئت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك »
- 83 ..... « الآن أقررت أربعا فبمن زنيت »
- 36 ..... « أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين ... »
- 90، 87 ..... « أبك جنون ... »
- 90، 87 ..... « أبه جنون ؟ ... »
- 35 ..... « أتكذب بالحق وتشرب الرجس؟ ... »
- 128 ..... « أتيت وأنا باليمن بامرأة فسألتها ... »
- 89 ..... « أتى رجل من الأسلميين ... »
- 86 ..... « أتى عمر بمجنونة قد زنت ... »
- 92، 66 ..... « أبحرت بها أحدا قبلي؟ ... »
- 122 ..... « إذا اشتبه عليك الحد فادراً ... »
- 77 ..... « إذا علمت مثل الشمس فاشهد ... »
- 67 ..... « أرايت لو وجدت مع امرأتي رجلا ... »
- 66 ..... « أرى شابا حسنا أرجو أن لا يفضح الله على لسانه ... »
- 90 ..... « استنكوهه ... »
- 122، 98، 96 ..... « أسرقت؟، قولي لا »
- 126، 122، 96، 66 ..... « أسرقت؟، ما إخاله سرق »
- 203 ..... « ألا إن من قتيل خطأ العمدة ... »
- 90 ..... « إن أقررت أربعا رجلك رسول الله -ﷺ- ... »
- 80، 73، 67 ..... « أن أبا بكره ونافعا وشبل بن معبد ... »
- 84 ..... « إن أسوأ الناس سرقة ... »
- 32 ..... « أن امرأة وقع عليها في سواد الصبح ... »
- 132، 138، 120 ..... « أنت ومالك لأبيك »
- 86 ..... « أن رجلا جاء إلى رسول الله -ﷺ- ... »
- 33 ..... « أن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- أي بامرأة ... »
- 34 ..... « أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- جلد قدامة بن مضعون ... »
- 34 ..... « أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: « إني وجدت من فلان ... »
- 38 ..... « إن كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا ... »
- 122 ..... « إن كان عالما فحدوه ... »

- 90 ..... « إنك قد قتلها أربع مرات، فبمن؟ »
- 42 ..... « أن النبي -ﷺ- بعث أبا جهم مصدقا ... »
- 37 ..... « أنه أتى برجل في خربة بيده سكين ... »
- 154 ..... « أنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى ... »
- 34 ..... « إنه لم يتقيأها حتى شرها ... »
- 37 ..... « إني امرأة ثقيلة الرأس، وقع علي رجل وأنا نائمة ... »
- 42 ..... « أي خاطب في الناس ومخبرهم برضاكم ... »
- 38 ..... « إني رجل قصاب خرجت إلى حانوتي في الغلس ... »
- 93 ..... « إني لقاعد مع النبي -ﷺ- إذ جاء رجل يقود آخر بنسعه ... »
- 153، 152 ..... « أن اليهود جاؤوا إلى رسول الله -ﷺ- برجل منهم ... »
- 40 ..... « أو كان الحبل أو الاعتراف ... »
- 90 ..... « أو لجت ذكرك في فرجها ... »
- 29 ..... « إيتوني بالسكين ... »
- 123 ..... « أي لكاع زنيت ... »
- 128، 90، 67 ..... « أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا ... »

## -حرف التاء-

- 42، 36 ..... « تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء ... »

## -حرف الجيم-

- 66 ..... « جاء رجل إلى عمر فشهد على المغيرة ... »
- 92، 65 ..... « جاء ماعز بن مالك إلى عمر ... »

## -حرف الحاء-

- 83 ..... « حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ... »
- 67 ..... « الحدود كفارات لأهلها ... »
- 66 ..... « الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان ... »

## -حرف الدال-

- 125، 123، 121، 42 ..... « ادرووا الحدود بالشبهات »
- 121 ..... « ادرووا الحدود عن المسلمين ... »
- 122 ..... « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا »

## -حرف الراء-

- 127 ..... « ردوني إلى رسول الله ... »
- 27 ..... « رضاها صماتها »
- 182، 88 ..... « رفع عن أمي الخطأ والنسيان ... »

- 86 ..... « رفع القلم عن ثلاثة ... »  
 - حرف الشين -
- 67 ..... « شهد الجارود وأبو هريرة ... »  
 - حرف الصاد -
- 97 ..... « الصدق في كل المواطن معجزة »  
 - حرف العين -
- 83 ..... « العينان تزنيان وزناهما النظر ... »  
 - حرف الفاء -
- 92، 66 ..... « فاستتر بستر الله وتب إلى الله ... »  
 82 ..... « فلا يمنعك قضاء قضيته ... »  
 156 ..... « فليبلغ الحاضر منكم الغائب ... »  
 - حرف القاف -
- 32 ..... « قدم أناس من عكل وعرينة ... »  
 - حرف الكاف -
- 91 ..... « كنا أصحاب رسول الله ﷺ - نتحدث أن ماعزا ... »  
 31 ..... « كنت في سبي بني قريضة ... »  
 - حرف اللام -
- 71 ..... « لا أرى أن تجوز شهادتهم ... »  
 122 ..... « لأن أعطل الحدود بالشبهات ... »  
 80، 79 ..... « لا تقبل شهادة خائن ... »  
 78 ..... « لا تقبل شهادة خصم ... »  
 77 ..... « لا تقبل شهادة على شهادة ... »  
 09 ..... « لا يفتل - لا ينصرف - حتى يسمع صوتا ... »  
 97 ..... « لعلك قبلت، لعلك لمست ... »  
 97، 90 ..... « لعلك لمست ... »  
 67 ..... « لقد تابت توبة ... »  
 33 ..... « لقد خشيت أن يطول بالناس زمان ... »  
 128، 68، 65 ..... « لو سترته بردائك لكان خيرا لك »  
 46، 44، 42، 36 ..... « لو كنت راجما أحدا ... »  
 37 ..... « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن »  
 37 ..... « لولا ما مضى من كتاب الله ... »  
 11 ..... « لو يعطى الناس بدعواهم ... »

## -حرف الميم-

- 66 ..... « ما عندك يا سلح العقاب ... »
- 72 ..... « مضت السنة من رسول الله ﷺ - ... »
- 127، 90، 67 ..... « من أتى من هذه القاذورات ... »
- 119 ..... « من أصاب حدا فعجلت له عقوبته ... »
- 48، 43، 3، 2 ..... « من رأى منكم منكرا فليغيره ... »
- 65 ..... « من ستر عورة مسلم ستره الله ... »
- 128، 65 ..... « من ستر مسلما ستره الله ... »

## -حرف الهاء-

- 127، 69 ..... « هلا تركتموه ... »

## -حرف الواو-

- 36 ..... « ويحك ارجعي فاستغفري الله ... »

## -حرف الياء-

- 86 ..... « يا أمير المؤمنين أما علمت أن القلم ... »
- 37 ..... « يا أمير المؤمنين ما أستطيع أن أصنع ... »
- 91 ..... « يا أنيس اغد إلى امرأة هذا ... »
- 66 ..... « يا رسول الله إن هذا سرق ... »
- 93 ..... « يا رسول الله هذا قتل أخي ... »
- 132، 78 ..... « يا عائشة فاطمة بضعة مني ... »
- 207 ..... « اليسير من الرياء شرك ... »

## فهرس القواعد الفقهية والقانونية

ملاحظة : بعض القواعد مذكورة بلفظها وبعضها مستخلص من كلام الفقهاء.

### حرف الألف

- الابتلاء يقرر الخطاب : 180.
- الأثر الرجعي للقسمة حكم اعتباري مدني وليس جنائيا : 145.
- اختلاف مجتهدين في حكم مسألة واحدة بين قائل بالحل وقائل بالحرمة ينتج شبهة الدليل : 133.
- إذا اجتمع لدى مجتهد واحد دليلان يتحاذبان حكم فعل واحد ومتفاوتان في الدرجة أنتج شبهة الدليل : 132
- ارتكاب أخف الضررين وأهون الشرين : 193.
- إسقاط الواجب بعد ثبوته خلاف مقتضى العقل : 125.
- الأصل ألا يعذر بجهل المعلوم من الضرورة : 151.
- الأصل براءة الذمة : 11، 120، 147.
- الأصل في الأشياء الإباحة : 147.

### حرف الباء

- البينة على المدعي : 10، 11، 16.

### حرف التاء

- التضحية بالمصلحة الموهومة لأجل المصلحة المتيقنة أو المظنونة : 198.
- تعارض دليلي الحظر والإباحة : 120.
- تقدم المصلحة الكبرى على المصلحة الصغرى : 195، 197.

### حرف الجيم

- الجرائم لا تكون سببا للنعم : 193.

### حرف الحاء

- حجية مذهب الصحابي : 46.

### حرف الدال

- الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال كسأه ثوب الإجمال وسقط به الاستدلال : 46.
- درأ الحدود بالشبهات : 13، 71، 82، 119، 120، 124، 121، 125، 127، 129، 132.

### حرف الراء

- الرخص لا تناط بالمعاصي : 193.

## حرف الشين

- الشارع لا يكلف بمستحيل : 162.
- الشك يفسر لصالح المتهم : 147.

## حرف الضاد

- الضرورة تقدر بقدرها : 195.

## حرف العين

- العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب : 32، 46، 87.
- عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقانون أو الغلط فيه : 164، 175.
- العقاب رمز مانع لا عام جامع : 86.
- عموم نصوص الأمر والنهي : 121.

## حرف القاف

- قاعدة شرع من قبلنا : 30، 31.
- قاعدة ما يسوغ الجهل به وما لا يسوغ في الشريعة الإسلامية : 151، 152، 153.
- القسمة كاشفة عن حق الشريك وليست منشئة له : 145.

## حرف الكاف

- كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه : 09.

## حرف اللام

- لا تكليف بغير مستطاع : 162.

## حرف الميم

- المدعى عليه يصير مدعيا عند الدفع : 16.
- الموقوف له حكم المرفوع فيما لا مدخل للعقل فيه : 126.

## حرف النون

- الندب إلى ستر الذنوب : 64، 68.

## حرف الياء

- اليقين لا يزول بالشك : 09، 119.

## فهرس ألبائ للمواد القانونية

## مفتاح الفهرس:

الكلمة (رقم المادة والقانون: رقم الصفحة).

- ق إ ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. - ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري.
- ق م ج: القانون المدني الجزائري. - ق د ج: القانون الإداري الجزائري.
- ق ج ج: قانون الجمارك الجزائري. - ق ع م: قانون العقوبات المصري.
- ق ع ف: قانون العقوبات الفرنسي. - ق س ج: قانون الجنسية الجزائري.

## حرف الألف

- اتفاق: (179 ق ع ج: 229، 232).
- إثبات: (323 ق م ج: 14) - (212 ق إ ج: 54) - (307 ق إ ج: 54) - (213 ق إ ج: 55).
- (214 ق إ ج: 112) - (400 ق إ ج: 54).
- إجراءات: (160 ق إ ج: 61، 100) - (369 ق ع ج: 142) - (199 ق ع ج: 229) - (404 ق ع ج: 229).
- أحداث: (450 ق إ ج: 56)
- اختلاس: (119 ق ع ج: 142)
- استئناف: (429 ق إ ج: 56)
- اعتداء: (39 ق ع ج: 190) - (40 ق ع ج: 190)
- أضرار: (52 ق ع ج: 228) - (179 ق ع ج: 229، 232) - (217 ق ع ج: 229)
- (404 ق ع ج: 229) - (420 ق ع ج: 229)
- إعفاء: (52 ق ع ج: 228) - (92 ق ع ج: 228) - (179 ق ع ج: 229)
- (217 ق ع ج: 229) - (404 ق ع ج: 229) - (420 ق ع ج: 229).
- إقامة: (887 ق ع ف: 19) - (196 ق ع ج: 20)
- اقتناع: (212 ق إ ج: 54) - (307 ق إ ج: 54).
- إقرار: (341 ق ع ج: 61، 99)
- التزام: (323 ق م ج: 14)
- أمن الدولة: (92 ق ع ج: 228)
- إنذار: (92 ق ع ج: 229)



## حرف التاء

- تحقيق: (256 ق إ ج:54)- (160 ق إ ج:61، 100)- (179 ق ع ج:229)-  
 (199 ق ع ج:229) - (217 ق ع ج:229)  
 - تدابير : (52 ق ع ج:228)  
 - تزوير: (218 ق إ ج:61)- (118 ق إ ج:111)  
 - تسلق: (40 ق ع ج:190)  
 - تلبس: (341 ق ع ج:61)- (118 ق إ ج:111)  
 - تنازل: (369 ق ع ج:142)  
 - تقدير: (286 ق إ ج:54)- (307 ق إ ج:55) - (213 ق إ ج:55) - (219 ق إ ج:55)

## حرف الجيم

- جرح: (40 ق ع ج:190)  
 - جريمة (32 ق ع ج:169) - (39 ق ع ج:190) - (48 ق ع ج:190) - (52 ق ع ج:228)  
 (420 ق ع ج:229)  
 - جناية: (239 ق إ ج:04) - (41 ق إ ج:106) (92 ق ع ج:228) - (179 ق ع ج:229)  
 - (199 ق ع ج:229) - (404 ق ع ج:229)  
 - جنحة: (239 ق إ ج:04) - (340 ق إ ج:56) (429 ق إ ج:56) - (41 ق إ ج:106)  
 - (116 ق إ ج:113) - (92 ق ع ج:228) - (14 ق ع ج:232)  
 - جنسية (31 ق س ج:18)

## حرف الحاء

- حبس: (196 ق ع ج:20)  
 - حرفة: (196 ق ع ج:20) - (126 ق ع ج:138)  
 - الحق المدني: (239 ق إ ج:04) - (41 ق إ ج:106)

## حرف الخاء

- خبيرة: (219 ق إ ج:55)

## حرف الدال

- دائن: (223 ق م ج:14)  
 - دليل: (307 ق إ ج:55) - (341 ق إ ج:61، 98) - (212 ق إ ج:62) (400 ق إ ج:112)  
 - دعوى: (31 ق س ج:18)  
 - دفع: (31 ق س ج:18)  
 - دفاع: (39 ق ع ج:190) - (40 ق ع ج:190)

## حرف الراء

- رئيس محكمة: (286 ق إ ج: 54) - (233 ق إ ج: 54) - (234 ق إ ج: 54)
- (450 ق إ ج: 56) - (258 ق إ ج: 57)
- رشوة: (226 ق ع ج: 132)

## حرف الزاي

- الزنا: (341 ق ع ج: 61، 98)

## حرف السين

- سرقة: (40 ق ع ج: 190)
- سلطة إدارية (126 ق ع ج: 138) (92 ق ع ج: 233)
- سلطة عسكرية: (92 ق ع ج: 229)
- سلطة عمومية: (186: ق ع ج: 229) - (179 ق ع ج: 229) - (404 ق ع ج: 229)
- (420 ق ع ج: 229) - (179 ق ع ج: 232) - (404 ق ع ج: 232)
- سلطة قضائية: (92 ق ع ج: 228، 232)
- سلطة مدنية: (92 ق ع ج: 229)

## حرف الشين

- شاهد: (233 ق إ ج: 54) - (234 ق إ ج: 54) - (400 ق إ ج: 212) (216 ق إ ج: 113)
- (217 ق ع ج: 229)
- شروع: (32 ق ع ج: 169، 179، 229) - (292 ق ع ج: 228)
- شكوى: (369 ق ع ج: 142)

## حرف الضاد

- ضرب: (40 ق ع ج: 190)
- ضرر: (239 ق إ ج: 04)
- ضرورة: (39 ق ع ج: 190) - (40 ق ع ج: 190) - (48 ق ع ج: 190)

## حرف العين

- عصابة: (92 ق ع ج: 229)
- عصيان: (186 ق ع ج: 229)
- عقوبة: (03 ق ع ج: 159) - (48 ق ع ج: 190) - (52 ق ع ج: 228) - (92 ق ع ج: 228)
- (404 ق ع ج: 229) - (420 ق ع ج: 229)

## حرف الغين

- غدر: (119 ق ع ج: 142)

## حرف القاف

- قاضي : (307 ق إ ج: 54) - (235 ق إ ج: 54) - (213 ق إ ج: 55) - (340 ق إ ج: 56)
- (450 ق إ ج: 56) - (429 ق إ ج: 56) (258 ق إ ج: 57) - (212 ق إ م: 61، 108)
- (160 ق إ ج: 61) - (302 ق إ ج: 108) (119 ق ع ج: 142)
- قتل: (40 ق ع ج: 190)
- قلم كتاب المجلس: (160 ق إ ج: 61)

## حرف الكاف

- كسر: (40 ق ع ج: 190)

## حرف الميم

- متشرد: (878 ق ع ف: 19) - (196 ق ع ج: 20)
- متهم: (341 ق ع ج: 61، 99)
- مجلس قضائى: (258 ق إ ج: 57)
- محامى: (160 ق إ ج: 61)
- محرر: (217 ق ع ج: 229)
- محكمة أو محكمة جنايات: (286 ق إ ج: 54) - (233 ق إ ج: 54) - (219 ق إ ج: 55)
- (340 ق إ ج: 56) - (03 ق ع ج: 159)
- مخلفون: (126 ق ع ج: 138)
- مخالفة: (340 ق إ ج: 56) - (429 ق إ ج: 56) - (400 ق إ ج: 112)
- مخففة: (52 ق ع ج: 228)
- مدين: (323 ق م ج: 14)
- مرافعة: (234 ق إ ج: 54) - (212 ق إ ج: 61) - (160 ق إ ج: 61) - (302 ق إ ج: 108)
- (212 ق إ م: 108)
- مساعدون: (258 ق إ ج: 57)
- مسؤولة: (52 ق ع ج: 228)
- محضر: (341 ق ع ج: 61) - (212 ق إ ج: 61) - (218 ق إ ج: 111)
- (254 ق ج ج: 111) - (28 من الأمر 75-37: 111)
- موظف عمومى: (111 ق د ج: 163) - (217 ق ع ج: 229)
- مهنة: (196 ق ع ج: 20) - (126 ق ع ج: 138)

## حرف النون

- نهب: (40 ق ع ج: 190)

## فهارس القرارات القضائية

الصفحة	القرار
.110	- قرار صادر في 12 أبريل 1977م، من الغرفة الجنائية في الطعن (15-170) :
.55	- قرار صادر في 02 ديسمبر 1980م :
.107	- قرار صادر في 16 ديسمبر 1980م من القسم الأول للغرفة الجنائية في الطعن (23-394) :
.55	- قرار صادر يوم 04 ديسمبر 1981م، من القسم الثاني للغرفة الجنائية الثانية في الطعن (24-880):
.113	- قرار صادر في 10 جوان 1982م، من الغرفة الجنائية الثانية، في الطعن (22-938) :
.55	- قرار صادر في 23 نوفمبر 1982م، من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن (30-485) :
.55	- قرار صادر يوم 08 نوفمبر 1983م، من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن (33-185) :
.113	- قرار صادر في 17 يناير 1984م، من القسم الثاني للغرفة الجنائية الثانية في الطعن (29-412) :
.106	- قرار صادر في 20 مارس 1984م، من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية في الطعن (34-051) :
.55	- قرار صادر في 15 ماي 1984م، من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن (33-977) :
.55	- قرار صادر في 02 يناير 1985م، من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن (41-086) :
.55	- قرار صادر يوم 04 يناير 1988م، من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن (30-093) :
.113	- قرار صادر في 05 أبريل 1988م، من القسم الثاني لغرفة الجنائية الثانية في الطعن (47-646) :

## فهرس الأعلام

## حرف الألف:

- 1- أحمد بن حنبل: 33، 43، 75.
- 2- إسحاق بن راهويه: 123.
- 3- الأشعري (أبو موسى): 128.
- 4- أنس بن مالك: 32.
- 5- أنيس: 91.
- 6- إياس بن معاوية: 28.
- 7- الأزاعي: 72.

## حرف الباء:

- 8- أبو بكر الصديق: 90، 91، 92.
- 9- أبو بكرة: 66، 88.

## حرف التاء:

- 10- ابن تيمية: 27، 28، 33، 224.

## حرف الثاء:

- 11- أبو ثور: 87، 210.
- 12- الثوري (سفيان): 72، 133.

## حرف الجيم:

- 13- جابر بن زيد: 133.
- 14- جابر بن عبد الله: 127، 128.
- 15- جارسون (Garçon): 19، 20.
- 16- الجارود: 67.
- 17- ابن جبل (معاذ): 123.
- 18- الجزائر: 160.
- 19- الجزائر العاصمة: 83، 159.
- 20- أبو جهم: 42، 47.
- 21- ابن جرير (الطبري): 221.

## حرف الحاء

22- ابن حزم: 44، 47، 72، 73، 120، 124، 125، 126، 127، 128، 139، 140، 189، 210.

23- الحصين بن المنذر: 34.

24- الحسن بن علي: 38.

25- الحسن البصري: 133.

26- حماد بن إبراهيم: 212.

27- حمص: 35.

28- ابن حنبل (أحمد): 246.

29- أبو حنيفة: 133، 134، 135، 213، 218، 258، 261، 262.

30- الحفناوي (منصور محمد منصور): 118، 166.

## حرف الخاء

31- خالد (ابن الوليد): 225، 258، 261.

32- الخرشبي: 144.

33- ابن الخطاب (عمر): 155.

34- ابن أبي خيثمة: 133.

## حرف الدال

35- أبو داود: 86.

36- أبو الدرداء: 96، 197.

## حرف الزاي

37- ابن الزبير (عبد الله): 71.

38- الزرقا (مصطفى أحمد): 187.

39- أبو زهرة (محمد): 118، 134، 135، 165، 213، 215.

40- الزهري (ابن شهاب): 72.

41- ابن زيد (جابر): 133، 187.

## حرف السين

42- السرخسي: 84، 90.

43- سطيف: 83.

44- سعد بن عبادة: 67.

45- سعيد بن المسيب: 123.

## حرف الشين

- 46- الشافعي (محمد بن إدريس): 43، 133، 139، 140، 144، 150، 151، 214، 246.  
 47- شبل بن معبد: 67، 80.  
 48- شريح: 28، 88.  
 49- شريك بن سمحاء: 37.  
 50- ابن شهاب (الزهري): 88.  
 51- الشيرازي: 144.

## حرف الطاء

- 52- الطبري (ابن جرير): 221.  
 53- الطحاوي: 91، 92.

## حرف العين

- 54- عائشة (أم المؤمنين): 42، 47، 78، 80، 86، 132.  
 55- ابن عابدين: 28، 258.  
 56- ابن عاشور (محمد طاهر): 125.  
 57- ابن عامر (عقبة): 65، 123.  
 58- ابن عباس: 33، 36، 40، 42، 154.  
 59- عبد الرحمن بن عوف: 123.  
 60- أبو عبد الله: 117.  
 61- عبد الله بن أنيس: 223.  
 62- عبد الله بن عتمر: 153.  
 63- عبد الله بن الزبير: 71.  
 64- عبد الله بن مسعود: 35، 123، 260.  
 65- عثمان بن عفان: 33، 34، 123، 124، 152.  
 66- ابن العربي: 30، 183، 213.  
 67- عرينة: 32.  
 68- العز بن عبد السلام: 124.  
 69- علي بن أبي طالب: 33، 37، 74، 77، 86، 87، 95، 97، 123، 152، 155، 244.  
 70- عطية القرظي: 31.  
 71- عكل: 32.  
 72- علقمة بن وائل: 93.

- 73- عمر بن الخطاب: 29، 33، 35، 37، 40، 46، 65، 66، 67، 73، 80، 82، 86، 87، 92، 123، 134، 155، 244.  
74- غنابة: 13.

## حرف الغين

- 75- الغامدية: 36، 91، 92، 225.  
76- غارو (Garaud): 20.  
77- ابن الغرس: 27، 28، 36.

## حرف الفاء

- 78- فاطمة (الزهراء): 132.  
79- فرنسا: 137، 159.  
80- فيينا: 101.

## حرف القاف

- 81- القاسم بن محمد: 42.  
82- ابن القاسم (المالكي): 259.  
83- القرطبي: 186.  
84- قدامة بن مضعون: 34، 67.  
85- ابن قدامة: 75، 97، 133، 144، 152، 260.  
86- قسنطينة: 13.  
87- ابن القيم: 24، 28، 33، 70، 224.

## حرف الكاف

- 88- الكاساني: 125.  
89- كارار (Carara): 266.

## حرف اللام

- 90- لبنان: 197.  
91- الليث بن سعد: 221.  
92- ابن أبي ليلى: 89، 210، 260.

## حرف الميم

- 93- ابن الماجشون: 183.  
94- ابن ماجه: 42، 46.  
95- ماعز: 65، 83، 87، 91، 92، 93، 96، 97، 127، 128، 223، 225.



- 96- مالك بن أنس: 89، 133.  
 97- الماوردي: 90، 91، 132، 247.  
 98- محمد بن الحسن: 41، 80، 81، 133، 215، 258، 261، 263.  
 99- محمد أبو زهرة: 118، 134، 137.  
 100- محمد سليم العوا: 130.  
 101- ابن مسعود: 35، 123، 260.  
 102- مصر، 137، 159.  
 103- أبو المعاطي (أبو الفتوح): 129.  
 104- المغيرة بن شعبة: 66، 67، 221.

## حرف النون

- 105- نافع: 66، 80.  
 106- النسائي: 40.  
 107- نعيم بن هزال: 90.  
 108- التمسنا: 101.

## حرف الهاء

- 109- هزال بن نعيم: 68، 90.  
 110- أبو هريرة: 66، 67، 91.  
 111- هلال بن أمية: 37.

## حرف الواو:

- 112- الوليد: 34.  
 113- ولسون: 102.

## حرف الياء:

- 114- أبو يوسف: 70، 135، 182، 213، 215، 220، 258، 261.

## ثبت المراجع

أولاً: كتب التفسير:

■ الألوسي: محمود.

1- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985م.

■ الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي (ت 370 هـ).

2- أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

■ ابن الجوزي: أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت 597 هـ).

3- زاد المسير في علم التفسير، تحقيق د. محمد بن عبد الرحمن بن عبد الله، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1987م.

■ الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت 310 هـ).

4- جامع البيان في تأويل آي القرآن، دار الفكر، 1978م.

■ القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت 671 هـ).

5- الجامع لأحكام القرآن، تحقيق إبراهيم اطفيش، بلا دار للطبع، بلا تاريخ.

ثانياً: كتب الحديث.

■ أحمد بن حنبل: الشيباني (ت 241 هـ).

6- المسند، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

■ الألباني: الشيخ ناصر الدين (ت 1420هـ/1999م).

7- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق، بلا تاريخ.

8- سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، 1415هـ/1995م.

9- صحيح سنن النسائي باختصار السند، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، 1409هـ/1988م.

10- صحيح سنن ابن ماجه باختصار السند، الطبعة الثالثة، مكتبة التربية العربية لدول الخليج، الرياض، 1988م.

11- ضعيف ابن ماجه، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م.

■ الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف (ت 494 هـ).

12- المنتقى شرح الموطأ، الطبعة الثالثة، مطبعة السعادة - القاهرة -، 1402هـ/1983م.

■ البخاري: الإمام محمد بن إسماعيل (ت 256هـ).

13- الجامع الصحيح مع فتح الباري للحافظ ابن حجر، ترقيم فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة - لبنان -، بلا

تاريخ.

■ البيهقي: الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين (ت 458هـ).

14- السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت - لبنان -، بلا تاريخ.

■ الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى (ت 826هـ).

15- سنن الترمذي مع عارضة الأحوذى لأبي بكر بن العربي، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.

■ الحاكم: الحافظ أبو عبد الله النيسابوري (ت 405هـ).

16- المستدرک علی الصحیحین وبذیلہ التلخیص للذهبي، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان -، بلا

تاريخ.

■ ابن حجر: شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني (ت 852هـ).

17- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات

الأزهرية - مصر -، 1399هـ/1979م.

18- فتح الباري شرح صحيح البخاري، ترقيم فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة - بيروت -، بلا تاريخ.

■ ابن خزيمة: أبو بكر محمد بن إسحاق السلمى النيسابوري (ت 311هـ).

19- صحيح ابن خزيمة، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، دمشق،

1412هـ/1992م.

■ الخطابي: أبو سليمان أحمد بن محمد البستي (ت 388هـ).

20- معالم السنن بهامش مختصر سنن أبي داود للمنذري، تحقيق أحمد محمد شاکر ومحمد حامد الفقي،

دار المعرفة، بلا تاريخ.

■ الخطيب البغدادي: الحافظ أبو بكر أحمد بن علي (ت 463هـ).

21- تاريخ بغداد، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا تاريخ.

■ الدارقطني: الحافظ علي بن عمر (ت 385هـ).

22- سنن الدارقطني، تحقيق وتعليق أبو الطيب محمد أبادي، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، بيروت،

1406هـ/1986م.

■ الدارمي: أبو محمد عبد الله بن بهرام (ت 255هـ).

23- سنن الدارمي، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

■ أبو داود: الإمام سليمان بن الأشعث السجستاني.

24- سنن أبي داود، مراجعة وضبط وتعليق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بلا تاريخ.

■ ابن دقيق العيد: الحافظ تقي الدين أبو الفتح (702هـ).

25- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.

■ ابن الديبع: الشيباني.

26- تيسير الوصول إلى جامع الأصول، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

■ الذهبي: الحافظ شمس الدين.

27- التلخيص مطبوع مع المستدرک، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا تاريخ.

28- المغني في الضعفاء، تحقيق نور الدين عتر، الطبعة الأولى، دار المعارف السورية، 1391هـ.

■ عبد الرزاق: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (211هـ).

29- المصنف، تحقيق نصوصه وتخریج أحاديثه الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي،

بلا تاريخ.

■ الإمام زيد بن علي.

30- مسند الإمام زيد، جمعه عبد العزيز بن إسحاق البغدادي، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية،

1403هـ/1983م.

■ الزيلعي: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي (762هـ).

31- نصب الراية لأحاديث الهداية، دار الحديث، القاهرة، بلا تاريخ.

■ الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس.

32- الأم، دار المعرفة، بلا تاريخ.

33- مسند الشافعي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1400هـ/1980م.

■ الشوكاني: محمد بن علي (1255هـ).

34- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمجد الدين بن تيمية، مكتبة مصطفى بابي الحلبي، بلا تاريخ.

■ ابن أبي شيبة: الإمام عبد الله بن محمد.

35- كتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق مختار أحمد الندوي، الطبعة الأولى، الدار السلفية،

الهند، 1401هـ/1981م.

■ الطبراني: الحافظ أبو القاسم سليمان بن أحمد.

36- المعجم الكبير، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، الطبعة الأولى، دون ذكر دار الطبع، 1400

هـ/1980م.

■ الطحاوي: أبو جعفر.

37- شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار وآخرين، الطبعة الأولى، عالم الكتب، 1414هـ/

1994م.

■ أبو الطيب أبادي: شمس الدين عبد الحق العظيم.

38- التعليق المغني على الدارقطني، مطبوع بحاشيته، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، بيروت، 1406هـ/

1986م.

■ ابن عبد البر: الحافظ أبو عمر.

39- الاستذكار، تحقيق عبد المعطي قلعجي، الطبعة الأولى، دار قتيبة، دمشق-بيروت، ودار

القاهرة، 1414هـ/1993م.

40- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق سعيد أحمد اعراب، بدون ذكر دار

الطبع، 1356هـ/1976م.

■ العراقي: الحافظ زين الدين.

41- طرح التثريب في شرح التقريب للنووي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، بلا تاريخ.

■ الغماري: الحافظ أبو الفضل عبد الله بن الصديق.

42- الابتهاج بتخريج أحاديث المنهاج للبيضاوي، تعليق وضبط سمير طه مجدوب، الطبعة الأولى،

عالم الكتب، لبنان، 1405هـ/1985م.

■ ابن ماجه: الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (275هـ).

43- سنن ابن ماجه، تحقيق وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.

■ مالك: الإمام مالك بن أنس الأصبحي.

44- الموطأ بشرح الزرقاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1990م.

■ مسلم: الإمام مسلم بن الحجاج القشيري.

45- صحيح مسلم مع شرح النووي، دار الفكر، بيروت، 1401هـ/1981م.

■ النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن سعيد (303هـ).

46- سنن النسائي مع شرح السيوطي، مع حاشية الندي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، بلا

تاريخ.

47- الضعفاء والمتروكون، الطبعة الأولى، دار الوعي، حلب، 1396هـ.

■ أبو نعيم الأصبهاني.

48- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، الطبعة الأولى، مطبعة الخانجي ومطبعة السعادة، مصر، 1357

هـ/1938م.

■ الهيثمي: شهاب الدين أحمد بن حجر.

49- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، وكتبة المقدسي-القاهرة- بلا تاريخ.

■ أبو يعلى: الحافظ الموصلي.

50- مسند أبي يعلى، تحقيق حسن سليم أسد، الطبعة الأولى، دار الثقافة العربية، بيروت، 1413هـ/1992م.

■ أبو يوسف: يعقوب.

51- كتاب الخراج، مطبوع ضمن موسوعة الخراج، دار المعرفة، بلا تاريخ.

ثالثا: كتب المذاهب الفقهية:

1- كتب الحنفية:

■ الرملي: خير الدين.

52- الفتاوى الخيرية، الطبعة الثانية، مصورة عن طبعة بولاق، 1300هـ، دار المعرفة، بيروت، 1974م.

■ الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي الحنفي.

53- تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، الطبعة الثانية بالأوفست، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1313هـ.

■ السرخسي: شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد سهل 483.

54- المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1409هـ/1989م.

■ سعد الله بن عيسى: الشهير بسعدي أفندي حلي (593هـ).

55- حاشية على شرح العناية، مطبوع بهامش فتح القدير لابن الهمام، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

■ السمرقندي: أبو بكر علاء الدين محمد بن أحمد (553هـ).

56- تحفة الفقهاء، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ/1993م.

■ ابن عابدين: محمد أمين (1252هـ).

57- رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1386هـ/1966م.

■ الغنيمي: عبد الغني الميداني الدمشقي.

58- اللباب شرح الكتاب، دار الكتاب العربي ودار الحديث، حمص-بيروت، بلا تاريخ.

■ الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الملقب بملك العلماء (587).

59- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1402هـ/1982م.

■ ابن مردود: عبد الله الموصلي (683هـ).

60- الاختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.

■ المرغاني: برهان الدين أبو الحسين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني (592).

61- الهداية شرح بداية المبتدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1410هـ/

1990م.

■ ابن نجيم: زين الدين إبراهيم (970هـ).

62- البحر الرائق شرح كتر الدقائق، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، بلا تاريخ.

■ الشيخ نظام (1070هـ) وجماعة علماء الهند.

63- الفتاوى الهندية وبهامشها الفتاوى البزازية، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا

تاريخ.

■ ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد (671).

64- فتح القدير على الهداية، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

## 2- كتب المالكية.

■ الآبي: صالح عبد السميع الأزهرى.

65- جواهر الإكليل في شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

■ ابن جزى: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبى الغرناطى (741هـ).

66- القوانين الفقهية، دار المطبوعات الجميلة، الجزائر، 1987م.

■ الخطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي (945هـ).

67- مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1412هـ/1992م.

■ الخرشى: الشيخ أبو عبد الله محمد المالكى.

68- الخرشى على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، لبنان، بلا تاريخ.

■ الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي (1201هـ).

69- الشرح الكبير لمختصر خليل، وبهامشه حاشية الدسوقي، الطبعة الثالثة، المطبعة الكبرى ببولاق،

مصر، 1319هـ.

■ الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (1230هـ).

70- حاشية على الشرح الكبير للدردير، الطبعة الثالثة، المطبعة الكبرى ببولاق، مصر، 1319هـ.

■ ابن رشد (الجد): أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (520هـ).

71- البيان والتحصيل، تحقيق محمد صبحي، الطبعة الثانية، دار الغرب العربي، 1409هـ/

1988م.

- 72- المقدمات والمهدات، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، بلا تاريخ.
- ابن رشد (الحفيد): أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد المعروف بابن رشد الحفيد (595هـ).
- 73- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة السادسة، دار المعرفة، بيروت، 1403هـ/1983م.
- الزرقاني: العلامة عبد الباقي.
- 74- شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.
- الصاوي: الشيخ أحمد بن محمد (1241هـ).
- 75- بلغة السالك في فقه الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.
- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي (463هـ).
- 76- كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، الطبعة الثانية، مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ/1980م.
- ابن عبد الرفيع: إبراهيم بن حسن (733هـ).
- 77- معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق محمد بن عياد، دار الغرب الإسلامي، 1989م.
- العدوي: علي الصعيدي المالكي.
- 78- حاشية على كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بلا تاريخ.
- عليش: أبو عبد الله محمد أحمد.
- 79- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بلا تاريخ.
- 80- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، بلا تاريخ.
- الغماري: الحافظ محمد بن الصديق.
- 81- مسالك الدلالة في شرح متن الرسالة، دار الفكر، بلا تاريخ.
- ابن فرحون: القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد المدني (799هـ).
- 82- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مراجعة وتقديم طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ/1986م.
- 83- تبصرة الحكام، مطبوع مع فتح العلي المالك، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.
- القرافي: شهاب الدين أحمد بن إدريس (684هـ).
- 84- الذخيرة، تحقيق محمد بوحيزة، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.
- الإمام مالك: ابن أنس الأصبحي (179هـ).
- 85- المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي المتوفي سنة 240هـ عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ.



## 3- كتب الشافعية:

■ الأردبيلي: الشيخ يوسف.

86- الأنوار لأعمال الأبرار، مطبعة المدني، مصر، 1388هـ/1969م.

■ الأنصاري: شيخ الإسلام زكرياء بن محمد (926هـ).

87- أسنى المطالب شرح روض الطالب، المكتبة الإسلامية، بلا تاريخ.

■ الحصني: تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصريي الدمشقي الشافعي من علماء القرن التاسع الهجري.

88- كفاية الأبحار في حل غاية الاختصار، الطبعة الرابعة، المكتبة العصرية، لبنان، 1409هـ/1988م.

■ الدهلوي: الشاه ولي الله.

89- حجة الله البالغة، دار التراث، القاهرة، بلا تاريخ.

■ الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين المعروف بالشافعي الصغير (1004م).

90- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م.

■ الشافعي: الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس (204هـ).

91- الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بلا تاريخ.

■ الشريبي: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب (977هـ).

92- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

93- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بلا تاريخ.

■ الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي (476هـ).

94- المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، لبنان، بلا تاريخ.

■ الغزالي: حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد (505هـ).

95- إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بلا تاريخ.

■ الماوردي: الإمام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (450هـ).

96- الحاوي الكبير، تحقيق محمود مطرجي وآخرين، دار الفكر، لبنان، 1414هـ/

1994م.

97- الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا تاريخ.

■ ابن المنذر: أبو بكر بن إبراهيم النيسابوري (318هـ).

98- الإشراف على مذاهب أهل العلم، تحقيق محمد سراج الدين، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الدوحة،

1406هـ/1986م.

■ النووي: الإمام أبو زكرياء يحيى بن شرف الدمشقي (676هـ).

99- روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد أبو الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، لبنان،

بلا تاريخ.

- 100- منهاج الطالبين مع السراج الوهاج لمحمد الزهري الغمراوي، دار الجليل، لبنان، 1408هـ/1987م.
- 101- المجموع شرح المذهب، التكملة الثانية للشيخ محمد بخت المطيعي، دار الفكر، لبنان، بلا تاريخ. ■ الهيثمي: شهاب الدين أحمد بن حجر.
- 102- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبوع مع حواشي الشرواني وأبي القاسم العبادي، دار إحياء التراث العربي، بلا تاريخ.
- 4- كتب الفقه الحنبلي. ■ أبو البركات: مجد الدين.
- 103- المحرر في الفقه، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا تاريخ. ■ ابن البناء: أبو علي.
- 103- كتاب المقنع في شرح مختصر الخرقى، تحقيق ودراسة سليمان بن إبراهيم البعيمي، الطبعة الثانية، مكتبة الرشد، الرياض، 1415هـ/1994م. ■ بهاء الدين: عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (624هـ).
- 104- العدة شرح العمدة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1990م. ■ البهوتي: منصو بن يونس بن إدريس (1046هـ).
- 105- شرح منتهى الإرادات، رئاسة إدارة البحوث والإفتاء والدعوة والإرشاد، السعودية، بلا تاريخ.
- 106- كشف القناع، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، 1394هـ. ■ ابن تيمية: شيخ الإسلام أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم (728).
- 107- مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، بلا تاريخ.
- 108- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، موفم للنشر، بلا تاريخ. ■ ابن ضويان: إبراهيم بن أحمد (1353هـ).
- 109- منار السبيل، المكتب الإسلامي، دمشق، بلا تاريخ. ■ الفراء: القاضي أبو يعلى (458هـ).
- 110- الأحكام السلطانية، تحقيق وتعليق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ/1983م. ■ ابن قدامة (الكبير): موفق الدين أبو عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (620هـ).
- 111- المغني على مختصر الخرقى، طبعة بالأوفسيت، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1403هـ/1983م.

■ ابن قدامة (الصغير): شمس الدين المقدسي، (682هـ).

112- الشرح الكبير على المقنع، لموفق الدين ابن قدامة، مطبوع مع المغني.

■ ابن قيم الجوزية: شمس الدين محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (751هـ).

113- إحكام أهل الذمة، تحقيق صبحي الصالح، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، 1983م.

114- إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية،

بيروت، لبنان، 1407هـ/1986م

115- زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق وتخرّيج وتعليق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط،

الطبعة الرابعة عشر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1407هـ/1986م.

116- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا

تاريخ.

■ المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (885هـ).

117- الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف على مذهب الامام أحمد، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث

العربي، بيروت، 1406هـ/1986م.

■ ابن مفلح: شمس الدين أبو عبد الله محمد (763)

118- الفروع، مكتبة النار الإسلامية، مصر، 1345هـ.

## 5- المذاهب الأخرى

■ اطفيش: محمد بن يوسف (1323).

119- شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الرشاد جدة ودار الفتح بيروت بلا تاريخ

■ ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (456هـ).

120- المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.

■ المحلى: الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهذلي.

121- شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، طبع بإشراف محمد جواد مغنية، دار مكتبة الحياة،

بيروت، 1978م

■ الحيمي: شرف الدين الحسين بن أحمد السياغي.

122- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، دار الجيل، بيروت، بلا تاريخ.

■ الشوكاني: محمد بن علي (1255هـ).

123- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق قاسم غالب أحمد وآخرون، الطبعة الثانية،

وزارة الأوقاف المصرية، 1403هـ/1983م.

■ ابن قاسم: القاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني.

124- التاج المذهب لأحكام المذهب في شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، مكتبة اليمن

الكبرى، بلا تاريخ.

■ ابن المرتضى: أحمد بن يحيى (840هـ).

125- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مراجعة عبد الله الصديق، دار الكتاب الإسلامي،

القاهرة، بلا تاريخ.

رابعاً: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية:

■ الأمدي: سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن أحمد (631هـ).

126- الإحكام في أصول الأحكام، الطبعة الثانية، دار الجيل، بيروت، 1407هـ/

1987م.

■ أمير بادشاه: محمد أمين الحسيني الحنفي الخراساني المكي.

127- تيسير التحرير على كتاب التحرير في أصول الفقه، دار العلي للطباعة والنشر والتوزيع، بلا

تاريخ.

■ ابن أمير الحاج.

128- التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.

■ البخاري: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (730هـ).

129- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، الطبعة الجديدة بالأوفست، دار الكتاب

الإسلامي، القاهرة، بلا تاريخ.

■ التفتزاني: سعد الدين.

130- التلويح إلى كشف حقائق التنقيح، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.

■ الجويني: إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (478هـ).

131- البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، الطبعة الثالثة، دار الوفاء، مصر

1912هـ/1992م.

■ ابن حزم: أبو علي بن أحمد الظاهري (456هـ).

132- الإحكام في أصول الأحكام، الطبعة الثانية، دار الجيل، بيروت، 1407هـ/

1987م.

■ خلاف: عبد الوهاب.

133- علم أصول الفقه، الطبعة الأولى، الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، 1990م.

■ ابن رجب: الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي (795هـ).

134- القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بلا تاريخ.

■ الزرقا (الأب): الشيخ أحمد.

135- شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بلا تاريخ.

■ الزرقا (الابن): مصطفى أحمد.

136- المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت، 1387هـ/1968م.

■ أبو زهرة: الإمام محمد بن أحمد.

137- أصول الفقه، دار الفكر العربي، بلا تاريخ.

■ السبكي: تاج الدين.

138- الإهراج في شرح المنهاج، كتب هوامشه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار

الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ/1995م.

■ السيوطي: الحافظ جلال الدين عبد الرحمن (911هـ).

139- الأشباه والنظائر في فروع وقواعد فقه الشافعية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت،

1411هـ/1990م.

■ الشاطبي: أبو إسحاق اللخمي الغرناطي (790هـ).

140- الموافقات في أصول الأحكام، تعليق الأستاذ الشيخ محمد حسنين مخلوف والإمام الأكبر محمد

الخضر حسين الجزائري، دار الفكر، بلا تاريخ.

■ الشافعي: الإمام محمد بن إدريس (204هـ).

141- الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، المكتبة العلمية، بيروت، بلا تاريخ.

■ شلي: د. محمد مصطفى.

142- أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، 1406هـ/1986م.

■ الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي (476هـ).

143- التبصرة في أصول الفقه، تحقيق محمد حسن هيتو، دار الفكر، بيروت، 1980م.

■ صدر الشريعة: عبيد الله بن مسعود.

144- التوضيح في حل غوامض التنقيح، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.

■ ابن عبد السلام: سلطان العلماء عز الدين بن عبد السلام (660هـ).

145- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الثانية، دار

الجيل، بيروت، 1400هـ/1980م.

■ ابن قدامة: موفق الدين أبو عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (620هـ).

146- روضة الناظر وجنة المناظر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.

■ القرافي: أبو العباس شهاب الدين (684هـ).

147- الفروق، الطبعة الأولى، دار إحياء الكتب العلمية، 1344هـ.

■ ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم (970هـ).

148- الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ/1993م.

■ الندوي: علي أحمد.

149- القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار العلم، 1412هـ/1991م.

■ مجموعة من الفقهاء.

150- مجلة الأحكام العدلية في الدولة العثمانية، بشرح علي حيدر، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت،

1991م.

خامسا: كتب الفقه المقارن:

■ أحمد بك إبراهيم.

151- طرق الإثبات الشرعية، إعداد المستشار واصل علاء أحمد إبراهيم، مطبعة القاهرة الحديثة، مصر،

1405هـ/1985م.

■ البهي: عبد المنعم.

152- طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بيروت، بلا تاريخ.

■ الحفناوي: منصور إبراهيم منصور.

153- الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، الطبعة الأولى، مطبعة

الأمانة، مصر، 1406هـ/1986م.

■ الدسوقي: عزت مصطفى.

154- أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة،

1990م.

■ زايد: محمد طلبه.

155- ديوان الجنائيات، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية، بلا تاريخ.

■ الزحيلي: محمد مصطفى.

156- التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر، دمشق،

1982م.

■ أبو زهرة: الإمام محمد.

157- الجريمة، دار الفكر العربي، بلا تاريخ.

158- العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بلا تاريخ.

■ زيدان: عبد الكريم.

159- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997م.

■ عامر: عبد العزيز.

160- التعزير في الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، 1969م.

■ عكاز: فكري أحمد.

161- فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الأولى، عكاظ للنشر والتوزيع، السعودية،

1402هـ/1982م.

■ العوا: د. محمد سليم.

162- تفسير النصوص الجنائية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبات عكاظ، 1401هـ/1981م.

163- في أصول النظام الجنائي الإسلامي، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، 1983م.

■ عودة: الأستاذ عبد القادر.

164- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا تاريخ.

■ عوض: د. محمد.

165- دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا تاريخ.

■ النواوي: عبد الخالق.

166- جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المكتبة العصرية، بيروت، بلا تاريخ.

### سادسا: الكتب القانونية:

■ إبراهيم منصور: إسحاق.

167- المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

1980م.

■ الألفي: أحمد.

168- النظام الجنائي بالمملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض، 1976م.

■ بهنام: د. رمسيس.

169- الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984م.

170- النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م.

■ ثروت: جلال.

171- أصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية، 1991م.

172- نظرية الجريمة المتعدية القصد، القاهرة، 1965.

■ حسني: محمود نجيب.

173- شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1981م.

174- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية،

1972 م .

■ الحسيني: د. عمر فاروق.

175- تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف - الجريمة والمسؤولية-، الطبعة الثانية، بلا ذكر لدار الطبع،

1994م.

■ الذهبي: د. إدوارد غالي.

176- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980م.

■ راشد: علي محمد.

177- القانون الجنائي -مدخل وأصول النظرية العامة-، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الاسكندرية

1970 م .

■ زبدة: الأستاذ مسعود.

178- الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1989 م

■ الزغبي: فريد.

179- الموسوعة الجنائية، دار صادر لبنان، بلا تاريخ.

■ سرور: د. أحمد فتحي .

180- الشرعية والإجراءات الجنائية ، دار النهضة ، 1377 هـ .

181- الوسيط في الإجراءات الجنائية ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1993 م .

■ السعيد رمضان: عمر.

182- مبادئ قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1984 م .

■ سلامة: محمد مأمون.

183- الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، القاهرة ، 1977 م .

184- شرح قانون العقوبات القسم العام

185- شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار الفكر العربي ، بلا تاريخ .

■ سمير عبد الفتاح: محمود.

186- النيابة العامة وسلطانها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، منشأة المعارف، الإسكندرية،

1986م.



■ الشاذلي: فتوح.

187- شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981م.

■ صبحي نجم: محمد.

188- شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981م.

■ الصيفي: د. عبد الفتاح مصطفى.

189- الأحكام العامة للنظام الجزائري، مطابع جامعة الملك سعود، السعودية، 1416هـ/1995م.

190- حق الدولة في العقاب، الطبعة الثانية، مصر، 1985 م.

191- القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، 1967م.

■ أبو عامر: محمد زكي.

192- الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، مصر، بلا تاريخ.

193- قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة الصحافة، الاسكندرية، 1989م.

194- القانون الجنائي الخاص، بالاشتراك مع القهوجي عبد القادر، الدار الجامعة، 1988م.

■ عبد الصمد: محمد وجدي.

195- الاعتذار بالجهل بالقانون، منشأة المعارف، مصر، بلا تاريخ.

■ عبد الملك: جندي.

196- الموسوعة الجنائية، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، بلا تاريخ.

■ عبيد: رؤوف.

197- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، 1974 م.

198- ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي

مصر، 1986 م.

199- مبادئ الاجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت، 1986 م.

200- المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية، القاهرة، 1963 م.

■ العمروسي: أحمد.

201- جرائم الأموال و جرائم الرشوة، الطبعة الأولى، دار العلي الجامعي، الاسكندرية، 1991 م.

■ عوض: د. محمد.

202- قانون الاجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الجزء الأول بلا تاريخ، الجزء الثاني

1995 م.

203- قانون العقوبات-القسم العام-، مطبعة التوني، مصر، بلا تاريخ.

■ فاضل: د. محمد

204- الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الرابعة، مطبعة الإحسان، دمشق، 1397هـ / 1977م.

■ النكيك : د. محمد علي .

205- رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية ، مكتبة المؤلف ، الاسكندرية ، مصر ، بلا تاريخ .

■ محمود مصطفى : د. محمود .

206- الاثبات في المواد الجنائية ، الطبعة الأولى ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1977 م .

207- شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مطبعة النهضة العربية ، مصر ، 1970 م .

■ محي الدين عوض : محمد .

208- القانون الجنائي في التشريعين المصري والسعودي ، طبعة 1964 م .

■ مصطفى السعيد : السعيد .

209- الأحكام العامة في قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الثالثة، دار المعارف، مصر، 1962م .

■ ملياني بغداددي : مولاي .

210- الاجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1989 م .

■ النقيب : د. عاطف .

211- أصول المحاكمات الجزائية ، الطبعة الأولى، منشورات عويدات ، بيروت ، 1986 م .

سابعا : كتب اللغة والاصطلاح .

■ الأنصاري : شيخ الإسلام زكريا بن محمد ( 926 هـ ) .

212- الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة ، تحقيق مازن المبارك ، الطبعة الأولى ، دار الفكر المعاصر ،

لبنان ، 1411 هـ / 1991 م .

■ التهانوي : محمد علي الفاروقي .

213- كشف اصطلاحات الفنون ، تحقيق لطفي عبد البديع ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1382

هـ / 1962 م .

■ الجرجاني : الشريف عبد القاهر .

214- التعريفات ، تحقيق عبد المنعم الحفني ، دار الرشاد ، القاهرة ، بلا تاريخ .

■ ابن فارس : أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ( 395 هـ ) .

215- معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، دار الفكر، بيروت، 1399 هـ / 1979م .

■ الفيروزبادي : الشيرازي .

216- القاموس المحيط ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، بلا تاريخ .

■ الكفوي : أبو البقاء أيوب .

217- الكليات ، القسم الخاص ، فهرسه عدنان درويش ومحمد المصري ، منشورات الثقافة والإرشاد ،

دمشق ، 1974 م .

■ المرادي : الحسن بن القاسم .

218- الجنى الداني في حروف المعاني ، تحقيق د. فخر الدين قباوة وأحمد ندم فاضل ، الطبعة الأولى،

دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1413 هـ / 1992 م .

■ ابن منظور : جمال الدين

219- لسان العرب ، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرين ، دار المعارف ، بلا تاريخ .

■ ابن هشام .

220- مغني اللبيب عن كتب الأعراب ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت ، 1969 م .

#### ثامنا: كتب التاريخ والتراجم:

■ إبراهيم حسن: د. حسن.

221- تاريخ الإسلام السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي، الطبعة السابعة، دار الأندلس،

بيروت، 1964م.

■ ابن الأثير: علي بن محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني(630).

222- أسد الغابة في معرفة أخبار الصحابة، دار الكتاب العربي، بيروت، والمكتبة الإسلامية، الرياض،

بلا تاريخ.

■ ابن أبي حاتم: الحافظ أبو محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي.

223- الجرح والتعديل، دار المعارف العثمانية، حيدر أباد الركن، الهند، 1371هـ/1952م.

■ ابن حجر: الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني.

224- الإصابة في تمييز الصحابة، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ومكتبة المثنى -

بغداد، 1328هـ.

225- تقريب التهذيب، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، الطبعة الأولى، دار نشر الكتب الإسلامية،

باكستان، 1973م، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1395هـ/1975م.

■ ابن خلدون: العلامة عبد الرحمن.

226- المقدمة، الطبعة الثانية، دار الكتاب اللبناني، ومكتبة المدرسة، بيروت، 1979م.

- الذهبي: الحافظ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان.
- 227- سير أعلام النبلاء، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1402هـ/1982م.
- 228- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، بلا تاريخ.
- 229- المغني في الضعفاء، تحقيق نور الدين عتر، الطبعة الأولى، دار المعارف السورية، 1391هـ.
- الزركلي: خير الدين.
- 230- الأعلام لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، الطبعة السادسة، دار العلم للملايين، بيروت، 1984م.
- ابن سعد: محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري. (230)
- 231- الطبقات الكبرى، دار صادر، لبنان، بلا تاريخ.
- الشيرازي: أبو إسحاق (476).
- 232- طبقات الفقهاء، تحقيق د. إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، 1970م.
- العقيلي.
- 233- الضعفاء الكبير، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.
- عياض: القاضي أبو الفضل اليحصبي (544).
- 234- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب الإمام مالك، تحقيق د. أحمد بكير محمود، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1967م.
- كحالة: عمر رضا.
- 235- معجم المؤلفين، مكتبة المثنى ودار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ.
- النسائي: الحافظ أبو عبد الرحمن (303هـ).
- 236- الضعفاء والمتروكون، الطبعة الأولى، دار الوعي، حلب، 1396هـ.
- تاسعا: الرسائل الجامعية.
- الأحول، لواء الدكتور محمد عوض.
- 237- انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1964م.
- بركاني: فرحات.
- 238- الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1999م.

■ البوطي: د. محمد سعيد رمضان.

239-ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه الدولة، مؤسسة الرسالة -بيروت-،  
والدار المتحدة -دمشق-، 1410هـ/1990م.

■ زكي محمود: محمد.

240-أثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر الغربي، 1967م.

■ أبو عامر: محمد زكي.

241-شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985م.

■ عبد التواب: محمد سيد.

242-الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 1983م.

■ عزيزة: عدنان حسن.

243-حجية القرائن في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار عمار، الأردن، 1990م.

■ العمري: مرزوق.

244- نظرية الكسب عند الإمام الأشعري، رسالة ماجستير في العقيدة الإسلامية، معهد الدعوة  
وأصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1998.

■ عوض: محمد محي الدين.

245- قانون الإثبات بين الإزدواج والوحدة، جامعة القاهرة، 1967م.

■ الغماز: د. إبراهيم.

246- الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دار عالم الكتب، القاهرة، 1980م.

■ مالكي: د. محمد الأخضر.

247- قرينة البراءة من خلال قانون الإجراءات الجزائية الجزائري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه  
الدولة، جامعة قسنطينة، 1990/1991م.

■ محمد الشريف: عبد السلام.

248-المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه الدولة في العلوم  
الإسلامية، من الكلية الزيتونة بالجامعة التونسية، 1405هـ/1985م، طبعة دار الغرب الإسلامي، بلا تاريخ.

■ محمد يوسف: سعيد يوسف.

249-الجريمة الجرمية، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة معهد الحقوق، دائرة العلوم الجنائية، 1984م.

■ محمود حسن: د. يوسف علي.

250-الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد والأجزية المقررة لها في الفقه الإسلامي، رسالة  
دكتوراه الدولة، دار الفكر، عمان، الأردن، 1982م.

■ أبو المعاطي: د. حافظ أبو الفتوح.

251- النظام العقابي الإسلامي - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الجنائي، من الجامعة المصرية، سنة 1973م، مطبوعة بالقاهرة، 1976م.

#### عاشرا: البحوث والمقالات:

■ أحمد محمد: د. عصام.

252- حق المحني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم الماسة بسلامة جسده، بحث مقدم للمؤتمر الثالث.

■ حسني: محمود نجيب.

253- القصد الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 24.

■ عوض: د. أحمد إدريس.

254- حقوق المحني عليه في القانون السوداني، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، 12-04-1989 منشور في كتاب حقوق المحني عليه في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1990م.

■ الغريب: محمد عيد.

255- الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، 12-04-1989 منشور في كتاب حقوق المحني عليه في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1990م.

■ مصطفى السعيد: السعيد.

266- تبسيط الإجراءات الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 5، القاهرة، 1994م.

#### حادي عشر: المراجع الأجنبية

267 - El -Awa (M<sup>ed</sup> S) Punishment un islamic law, Ed American trust publication indiapolis, USA 1982.

268 - GARAUD (R) traité théorique et pratique de l'instruction criminel et de procedure pénale, 1929, Tome 1.

269 - GARCON (E), code pénale annoté, Paris, 1906, Tome 1.

MERLE (R) et VETU (A), traité du droit criminel, Ed Cujas 1973, Tome 2 procedure pénal.

270 - LOURDJANE (A), le code Algerien de procedure pénal, ENL, 1984.

271 - PATARIN (J), Particularisme de la theorie des procedures penals dans quelques aspects de l'autonomie de droit pénal, Paris, 1956.

272 - RACHED (A), de l'intime conviction du juge, thèse, Paris, 1954.

# فهرس المحتويات

113-01	الفصل الأول: التضييق في الإثبات الجزائي
أ	المقدمة
01	تمهيد وتقسيم
22-02	المبحث الأول: دور أطراف الدعوى العمومية في الإثبات
02	المطلب الأول: مفهوم الدعوى العمومية وأغراضها وبيان أطرافها
02	الفرع الأول: مفهوم الدعوى العمومية وأغراضها وبيان أطرافها في الشريعة الإسلامية
04	الفرع الثاني: مفهوم الدعوى العمومية وأغراضها وبيان أطرافها في القانون الوضعي
05	البند الأول: مفهوم الدعوى العمومية وأغراضها
06	البند الثاني: أطراف الدعوى العمومية
06	أولا: النيابة العامة
06	ثانيا: المتهم
08	المطلب الثاني: النهوض بعبء الإثبات في المواد الجزائية وأساسه القانوني
08	الفرع الأول: النهوض بعبء الإثبات في المواد الجزائية وأساسه في الشريعة الإسلامية
08	البند الأول: عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية
08	البند الثاني: الأساس القانوني للنهوض بعبء الإثبات في الشريعة الإسلامية
09	أولا: قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"
10	ثانيا: قاعدة "البينة على المدعي"
11	ثالثا: قاعدة "الأصل براءة الذمة"
12	البند الثالث: حق المتهم في إثبات عدم المسؤولية
14	الفرع الثاني: النهوض بعبء الإثبات في المواد الجزائية وأساسه في القانون الوضعي
14	البند الأول: النهوض بعبء الإثبات
14	البند الثاني: أساس الإلقاء بعبء الإثبات على جهة الادعاء في المواد الجزائية
15	أولا: تأسيس الإثبات في المواد الجزائية على قواعد مستقلة عن القواعد المدنية
16	ثانيا: توحيد القول في تأسيس الإلقاء بعبء الإثبات بين المواد الجزائية والمدنية
17	ثالثا: أثر الخلاف بين الرأيين
17	1- عبء إثبات الدفع

19	2- عبء إثبات السلوك السليبي .....
21	البند الثالث: حق المتهم في إثبات عدم المسؤولية .....
63-23	المبحث الثاني: سلطة القاضي الجزائي إزاء الإثبات .....
23	المطلب الأول: سلطة القاضي الجزائي إزاء الإثبات في الشريعة الإسلامية .....
23	الفرع الأول: طبيعة نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية .....
26	الفرع الثاني: استخلاص القاضي للحقيقة من قرائن الأحوال .....
27	البند الأول: إثبات العقوبات بالقرائن القوية القاطعة بنسبة الفعل الجرمي إلى المتهم به .....
35	البند الثاني: الاقتصار في إثبات الحدود والدماء على الشهادة والإقرار .....
39	البند الثالث: مناقشة الأدلة والترجيح .....
41	الفرع الثالث: قضاء القاضي بناء على معلوماته الشخصية .....
41	البند الأول: المانعون مطلقا من قضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلتهم .....
43	البند الثاني: المميزون مطلقا لقضاء القاضي بعلمه الشخصي وأدلتهم .....
44	البند الثالث: القائلون بالتفصيل وأدلتهم .....
45	البند الرابع: مناقشة الأدلة والترجيح .....
49	المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائي في الإثبات في القانون الوضعي .....
49	الفرع الأول: نظام الأدلة القانونية .....
51	الفرع الثاني: نظام الاقتناع الذاتي .....
54	الفرع الثالث: نظام الإثبات في القانون الجزائري .....
56	الفرع الرابع: الضوابط الواردة على حرية القاضي الجزائي في الإثبات .....
56	البند الأول: ضمانات عدم اعتساف القاضي في حكمه بالإدانة .....
56	أولا: تعدد القضاة .....
57	ثانيا: علانية الجلسة وحضور الأطراف .....
58	ثالثا: تسبيب الأحكام .....
60	رابعا: طرق الطعن .....
61	البند الثاني: القيود الواردة على حرية القاضي الجزائي في الاقتناع .....
113-64	المبحث الثالث: التشديد في أدلة الإثبات .....
64	المطلب الأول: التشديد في أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية .....
64	الفرع الأول: الندب إلى ستر الذنوب وعدم التطوع بالإبلاغ عنها أو الإقرار بها .....
68	الفرع الثاني: التشديد في شروط الشهادة .....
69	البند الأول: شرط الإسلام .....



69	..... البند الثاني: شرط العدالة
71	..... البند الثالث: شرط الولاية على الغير
72	..... البند الرابع: شرط الذكورة
73	..... البند الخامس: شرط العدد
74	..... البند السادس: شرط سلامة حواس التحمل والأداء
74	..... أولاً: الإبصار
75	..... ثانياً: النطق
75	..... البند السابع: ألا يثبت عليه حد في قذف
76	..... البند الثامن: شرط الأصالة
78	..... البند التاسع: الانفكاك عن التهمة
800	..... البند العاشر: شرط اتحاد المجلس في الشهادة على الزنا
81	..... البند الحادي عشر: شرط الخصومة في حقوق العباد
82	..... البند الثاني عشر: الاستمرار على الشهادة حتى الاستيفاء
82	..... البند الثالث عشر: شرط التفصيل
84	..... البند الرابع عشر: أن تكون الشهادة مفيدة لليقين
85	..... الفرع الثالث: التشديد في شروط الإقرار
86	..... البند الأول: الولاية على النفس
88	..... البند الثاني: الاختيار
89	..... البند الثالث: نصاب الإقرار
82	..... البند الرابع: اختلاف مجالس المقر بالزنا
93	..... البند الخامس: التفصيل في المقر به
94	..... البند السادس: ألا تكذب المقر القرائن
94	..... البند السابع: عدم العدول عن الإقرار حتى تمام تنفيذ العقوبة
97	..... المطلب الثاني: القيود الواردة على الدليل في القانون الوضعي
98	..... الفرع الأول: مشروعية الدليل
100	..... البند الأول: الأدلة الناجمة عن الإكراه
101	..... البند الثاني: الأدلة الناجمة عن عمل غير مشروع أو يشكل جريمة
102	..... البند الثالث: الأدلة الناجمة عن إجراءات علمية
103	..... البند الرابع: الأدلة الناجمة عن الحجز التلفوني أو التسجيل الصوتي أو الضوئي
103	..... الفرع الثاني: الأدلة على جريمة الزنا

105	..... البند الأول: التلبس بالجريمة
107	..... البند الثاني: اعتراف المتهم
108	..... البند الثالث: المراسلات والوثائق
110	..... الفرع الثالث: حجية بعض المحاضر
110	..... البند الأول: محاضر الجلسات والأحكام
111	..... البند الثاني: حجية محاضر المخالفات
112	..... البند الثالث: محاضر بعض الجنح
204-114	<b>الفصل الثاني: التضييق بسبب الشبهة</b>
114	..... تمهيد وتقسيم
130-115	..... المبحث الأول: تعريف الشبهة وحجيتها في درء العقوبة
115	..... المطلب الأول: تعريف الشبهة
115	..... الفرع الأول: تعريف الحنفية
116	..... الفرع الثاني: تعريف المالكية
116	..... الفرع الثالث: تعريف الشافعية
117	..... الفرع الرابع: تعريف الشيعة
118	..... الفرع الخامس: تعريف المعاصرين
119	..... الفرع السادس: التعريف المختار
120	..... المطلب الثاني: حجية الشبهة في درء العقوبة
121	..... الفرع الأول: أدلة الجمهور على حجية قاعدة "الحدود تدرأ بالشبهات"
121	..... البند الأول: الأدلة النقلية
123	..... البند الثاني: الأدلة العقلية
124	..... الفرع الثاني: أدلة ابن حزم على نفي حجية القاعدة
129	..... الفرع الثالث: حقيقة الخلاف والترجيح
147-131	..... المبحث الثاني: الشبهة في ركن الجريمة
131	..... المطلب الأول: شبهة الدليل
132	..... الفرع الأول: شبهة الدليل في الشريعة الإسلامية
135	..... الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من شبهة الدليل
138	..... المطلب الثاني: شبهة الحق
138	..... الفرع الأول: شبهة الحق في الشريعة الإسلامية

140	..... الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من شبهة الحق
141	..... البند الأول: الاعتداء على المال العام
142	..... البند الثاني: السرقة بين الأقارب
143	..... المطلب الثاني: شبهة الملك
143	..... الفرع الأول: شبهة الملك في الشريعة الإسلامية
144	..... البند الأول: شبهة الملك الخالص
144	..... البند الثاني: شبهة الملك المشترك
145	..... الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من شبهة الملك
146	..... المطلب الرابع: مقارنة بين الشريعة والقانون في شبهة الركن
175-148	..... المبحث الثالث: الشبهات المتعلقة بالجهل النافي للقصد الجنائي
148	..... المطلب الأول: مفهوم الجهل والغلط والعلاقة بينهما
150	..... المطلب الثاني: الجهل بالقانون
150	..... الفرع الأول: الجهل بأحكام الشريعة الإسلامية
151	..... البند الأول: الجهل بأصل التجريم
156	..... البند الثاني: الجهل ببعض التفاصيل
157	..... البند الثالث: الجهل بأحكام غير أحكام العقوبات
158	..... الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من الاعتذار بجهل القانون
161	..... البند الأول: استحالة العلم بالقانون
162	..... البند الثاني: الجهل بقانون غير قانون العقوبات
164	..... المطلب الثالث: الجهل بالواقع والغلط فيه
164	..... الفرع الأول: الجهل بالواقع والغلط فيه في الشريعة الإسلامية
166	..... الفرع الثاني: الجهل بالواقع والغلط فيه في القانون الوضعي
166	..... البند الأول: حكم الغلط في الواقع ومعايير التفريق بين ما هو جوهري وما ليس بجوهري
167	..... البند الثاني: نماذج من حالات الغلط في الواقع
167	..... أولاً: الغلط في المحل
168	..... ثانياً: الغلط في النتيجة
171	..... ثالثاً: الغلط في علاقة السببية
173	..... المطلب الثالث: تقييم مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في الشريعة الإسلامية
204-176	..... المبحث الرابع: الشبهات المتعلقة بالإرادة
176	..... المطلب الأول: الشبهات المتعلقة بإرادة السلوك

177	..... الفرع الأول: الإكراه وتأثيره في الإرادة
177	..... البند الأول: مفهوم الإكراه وأركانه
178	..... البند الثاني: أنواع الإكراه وحكم كل نوع
178	..... أولاً: أنواع الإكراه وأحكام كل نوع في الشريعة الإسلامية
183	..... ثانياً: أنواع الإكراه وحكم كل نوع عند فقهاء القانون الوضعي
185	..... الفرع الثاني: حالة الضرورة
185	..... البند الأول: تعريف الضرورة وحالاتها
187	..... البند الثاني: التكيف القانوني لحالة الضرورة وأساسه
187	..... أولاً: تكيف الضرورة في الشريعة الإسلامية
187	..... 1- إباحة الفعل
189	..... 2- الترخيص في الفعل مع ثبوت الحرمة
189	..... 3- امتناع العقاب مع عدم الترخيص في الفعل
189	..... ثانياً: تكيف الضرورة في القانون الوضعي وأساسه
191	..... ثالثاً: شروط حالة الضرورة
191	..... 1- الخطر وشروطه
195	..... 2- فعل الضرورة وشروطه
198	..... المطلب الثاني: الشبهات المتعلقة بإرادة النتيجة
198	..... الفرع الأول: إرادة النتيجة في القانون الوضعي
199	..... البند الأول: معايير النتائج الإرادية
200	..... البند الثاني: معايير النتائج غير الإرادية
201	..... الفرع الثاني: الشبهات الواردة على إرادة النتيجة في الشريعة الإسلامية
271-205	<b>الفصل الثالث: التضييق بسبب سقوط العقوبة</b>
205	..... تمهيد وتقسيم
240-206	..... المبحث الأول: الأعذار المعفية من العقوبة
206	..... المطلب الأول: التوبة في الشريعة الإسلامية
206	..... الفرع الأول: التوبة من جريمة الحراية
207	..... البند الأول: مفهوم الحراية وشرائطها وعقوباتها
207	..... أولاً: مفهوم الحراية
210	..... ثانياً: شروط تحقيق الحراية

215	..... ثالثا: عقوبة المحارب
218	..... البند الثاني: حكم توبة المحارب
218	..... أولا: أثر التوبة في إسقاط حد الحرابة
219	..... ثانيا: أثر توبة المحارب في غير الحرابة
221	..... الفرع الثاني: التوبة من غير جريمة الحرابة
221	..... البند الأول: التوبة مسقطه للحدود الثلاثة قبل القبض على الجاني
223	..... البند الثاني: التوبة لا تمنع من إقامة الحدود الثلاثة
224	..... البند الثالث: قبول التوبة دون توقيف ذلك على ما قبل القبض على الجاني
225	..... البند الرابع: مناقشة الأدلة والترجيح
227	..... المطلب الثاني: الأعذار المعفية من العقاب في القانون الوضعي
227	..... الفرع الأول: طبيعة الأعذار المعفية وتعدادها وعلّة الإعفاء فيها
228	..... البند الأول: تسهيل اكتشاف الجريمة
230	..... البند الثاني: صلة القرابة
231	..... البند الثالث: إصلاح الخطأ الناتج عن الجريمة
231	..... الفرع الثاني: شروط الإعفاء من العقاب
231	..... البند الأول: شرط الإبلاغ
234	..... البند الثاني: شرط الإبلاغ قبل البدء في التنفيذ
235	..... البند الثالث: سبق الإبلاغ عن الشروع في المتابعة أو البحث
236	..... البند الرابع: الانسحاب في جرائم العصيان عند أول تنبيه
237	..... الفرع الثالث: نطاق الإعفاء من العقاب
237	..... البند الأول: نطاق الإعفاء من حيث الأشخاص
238	..... البند الثاني: نطاق الإعفاء من حيث العقوبة
238	..... الفرع الرابع: الحكمة من الإعفاء من العقاب
271-241	..... المبحث الثاني: الأسباب الحائلة دون اقتضاء الدولة حقها في العقاب
241	..... المطلب الأول: العفو وأثره على الحق في العقاب
241	..... الفرع الأول: العفو والصلح في الشريعة الإسلامية وأثرهما على العقوبة
242	..... البند الأول: تكييف جريمة القذف في الشريعة الإسلامية
243	..... البند الثاني: العفو في جرائم القصاص
245	..... البند الثالث: العلاقة بين العفو والصلح عند فقهاء الشريعة الإسلامية
246	..... البند الرابع: العفو في جرائم التعازير

246	أولا: حكم العفو في جرائم التعازير .....
248	ثانيا: دليل مشروعية العفو في جرائم التعازير .....
248	الفرع الثاني: العفو الصلح في القانون الوضعي .....
249	البند الأول: العفو وأثره على الحق في العقاب .....
249	أولا: العفو عن العقوبة .....
251	ثانيا: العفو عن الجريمة (العفو الشامل) .....
253	الفرع الثاني: نظام الصلح في القانون الوضعي .....
254	البند الأول: التصالح بزول الهيئة الاجتماعية عن حقها مقابل بدل الصلح .....
254	أولا: الجرائم التي يجوز فيها إجراء التصالح .....
254	ثانيا: آثار التصالح .....
256	البند الثاني: الصفح من المحني عليه .....
256	أولا: حالات الصفح .....
256	ثانيا: أثر الصفح على المراحل الإجرائية .....
258	المطلب الثاني: التقادم وأثره على حق الدولة في العقاب .....
258	الفرع الأول: التقادم وأثره على الحق في العقاب في الشريعة الإسلامية .....
258	البند الأول: التقادم في غير جرائم الحدود .....
259	البند الثاني: التقادم في نطاق جرائم الحدود .....
259	أولا: موقف الجمهور من التقادم .....
261	ثانيا: موقف الحنفية من التقادم .....
264	الفرع الثاني: التقادم وأثره على الحق في العقاب في القانون الوضعي .....
265	البند الأول: موقف القانونيين من نظام التقادم .....
267	البند الثاني: الأساس القانوني لنظام التقادم .....
267	أولا: نظرية ضياع الأدلة .....
268	ثانيا: نظرية قرينة التنازل .....
269	ثالثا: نظرية التراخي والإهمال .....
269	رابعا: نظرية العقوبة المعنوية .....
270	خامسا: نظرية إسدال الستار على الجريمة ونسيانها .....
271	سادسا: نظرية الاستقرار القانوني .....
276-272	الخاتمة .....
277	فهرس الآيات والأحاديث النبوية .....

284	..... فهرس القواعد الفقهية والقانونية
286	..... فهرس المواد القانونية
290	..... فهرس القرارات القضائية
291	..... فهرس الأعلام
296	..... ثبت المراجع
317	..... فهرس المحتويات

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية