

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر 1

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة والقانون

الجانب التعزيري في جريمة السّرقَة

مع دراسة نقدية للقانون الجزائري

**أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية
تخصّص أصول الفقه**

إعداد الطالبة : فريدة بولوح

السنة الجامعية

1431 _ 1432 هـ / 2010 _ 2011 م

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر 1

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة والقانون

الجانب التعزيري في جريمة

السرقه

مع دراسة نقدية للقانون الجزائي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية

تخصص أصول الفقه

إشراف: أ.د. علي عزّوز

إعداد الطالبة: فريدة بولوح

أعضاء اللجنة

- أ.د/ كمال بوزيدي رئيساً
- أ.د/ عليّ عزّوز مقررّاً
- د/ عبد القادر جدي عضواً
- دة/ فريدة بلغراق عضواً
- أ.د/ عبد القادر بن عزّوز عضواً
- أ.د/ محمد خالد استمبولي عضواً

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و عرفان

بعد شكري اللآ متناهي للخالق الباري ، وموفقني ، ومصدر اضطباري ، أتوجّه بالشكر الجزيل إلى :

— فضيلة الأستاذ الدكتور علي عزّوز ، الذي نفعتني من قريب ومن بعيد منذ بداية البحث إلى نهايته ، وليس ذلك بغريب عليه فهذه صفته مع جميع الطلبة .

— وشكري إلى كلّ المشرفين على كلّية العلوم الإسلامية ، وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور "عمار مساعدي" الذي ضبط الأمور ، وأعاد للسّيل مجراه ، مذ أن وطأت قدماه كليّتنا التي نمت وكبرت بعدما كانت معهداً فتياً ، حتّى صار يتباهى بها الوطن العزيز " الجزائر " ، وكما أصبحت عمليّة البحث العلمي تتواصل باستمرار ، عكس ما كان عليه الأمر من قبل .

— كما أتوجّه بالشكر الجزيل إلى كلّ من قدّم لي خدمة نافعة مهما كان وزنها ، وكانت سبباً في إنهاء هذا العمل المتواضع ، وعلى رأسهم زوجي أبو وئام " الأستاذ محمد بن زكّة " حيث تابع خطوات عملي منذ البداية ، وأسعفني كلّما احتجت إليه ،

— والشكر موصول إلى كلّ عمّال وعاملات مكتبة كلّية العلوم الإسلامية .

الإهداء

إلى كلِّ باحث وباحثة في العلوم الشرعيّة .

إلى كلِّ من ظلم التشريع الجنائي الإسلامي
ووصفه بالقسوة ، وغفل عن احتياطة الشديد
في تطبيق العقوبة .

إلى كلِّ من يسعى إلى تحقيق العدالة ومحاربة
الفساد في الأرض .

أهدي عملي هذا .

مقدمة

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلَّ له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

أما بعد ... فقد أعاني المولى عزَّ وجلَّ ، ووفَّقني لتقديم هذا البحث المتواضع للحصول على درجة الدكتوراه ، وهو الآن جاهز بين يدي القارئ الكريم ، ومن الواجب عليَّ في هذه المقدمة أن أبين له مجموعة من النقاط المهمة التي تقتضيها أيّ مقدمة لرسالة علمية أكاديمية كهذه ، مبتدئة بالتعريف بالموضوع وطرح الإشكالية التي يثيرها .

1/ التعريف بالموضوع وطرح الإشكالية التي يثيرها

إنَّ خالق الكون والعالم بالغيب هو القادر الأوحد والوحيد ، والمشرِّع الأصلي للقوانين الصالحة لحكم البشر عامّة ، سواء تعلّقت هذه القوانين بالتشريع الجنائي أو بغيره ، وجعل سرَّ استمرارية وصلاحيّة قانون العقاب الشرعي لكلِّ زمان ومكان في كونه دائر بين المرونة والثبات ؛ فقسم منه ثابت لا يجوز فيه الاجتهاد ، ويتمثّل في الحدود (العقوبة المقدّرة) وقسم منه مرّن خاضع لاجتهاد الحاكم وفق ضوابط وحدود ، ويتمثّل في التعزير (العقوبة غير المقدّرة) .

فإذا ارتكب المجرم جريمة ما بشروطها وأركانها طبّقت عليه العقوبة الشرعية المقدّرة والمحدّدة لذلك ، أمّا إذا حدث خلل في أركانها وشروطها طبّقت عليه العقوبة التعزيرية المناسبة لفعله الإجرامي ، ومن شأن المجرم التّحايّل دائماً عند ارتكاب الجريمة حتّى يفلت من يد العقاب ، ومن عدل الله عزَّ وجلَّ أن شرّع التعزير ليسدّ باب التّحايّل أمام المجرمين فلا ينالوا مأربهم .

فالشريعة الإسلامية أخذت موضوع الإجرام بعين الاعتبار ، وعمدت إلى قلع جذور الفساد واستتصاله وذلك بتعزيز العقوبة المقدّرة - الحدود - بعقوبة تعزيرية لكلِّ جريمة لم يرد فيها نصّ من كتاب الله تعالى ، أو من سنة نبيه ﷺ ، أو ورد فيها نصّ من ذلك لكن لم تكتمل أركانها وشروطها بفعل الحيل المتبعة لدى المجرمين .

من هنا ارتأيت أن أبحث في هذا الجانب من العقوبة الشرعية ؛ حيث لو طبق التشريع الجنائي الإسلامي لكانت العقوبة التعزيرية هي الأكثر ممارسة من العقوبة المقدرة حتماً ؛ إذ قل ما تتوفر أركان جرائم الحدود ، كما أن حكمة تشريع هذه العقوبة مجهولة لدى كثير من الناس حتى المتعلمين منهم ، الأمر الذي جعلهم يرددون دائماً عبارة " لو طبقت الشريعة لأعدم نصف المجتمع وأعيق النصف الآخر " .

ونظراً لكون موضوع العقوبة التعزيرية واسع جداً فكّرت في أن أحصر الدراسة في العقوبة التعزيرية الخاصة بجريمة السرقة ؛ وذلك لأن هذه الجريمة أكثر الجرائم انتشاراً وخطورة ؛ حيث يمارسها الكبار كما يمارسها الشباب والصغار وحتى النساء كل بحسب خبرته ، ومهارته ، وكلهم يسلكون حيلاً ليفلتوا من العقاب .

إن الإسلام اعتبر المال من مقومات الحياة الأساسية ، ومن أجل ذلك فتح للإنسان أبواب الكسب الحلال ، ونهاه عن العجز والكسل والتواكل ، ثم جعل أموال الناس المكتسبة بالطرق المشروعة محفوظة ومحمية ، واعتبر حمايتها وحفظها من الكليات الخمس المقررة شرعاً ؛ لهذا حرّم الشارع الحكيم السرقة وما في معناها ، وجعل عقوبتها قطع يد السارق حتى تكون العقوبة من جنس العمل الإجرامي ، فتلك اليد التي استعملها صاحبها في الكسب الحرام من غير اضطراب بدلاً من استعمالها في الكسب الحلال الذي وسّع الإسلام دائرته كان جزاؤها أن تقطع حتى يتم قطع دابر هذه الجريمة ، فليس ثمة عقوبة بإمكانها أن تحل محلها بدليل أحوال الأمم اليوم ، حيث انتشرت اللصوصية ، وتكوّنت العصابات الخطرة والمنظمة ؛ فعجزت أقوى أجهزة الأمن عن مقاومتها والحد من نشاطها .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد شددت في عقوبة السرقة التامة وهي التي توفرت أركانها وشروطها ، وشأن اللصوص التحايل للإفلات من العقاب ؛ فهل يترك هؤلاء اللصوص يمارسون هذه الحرفة غير المشروعة لأن الحد لم تكتمل أركانه وشروطه عملاً بقاعدة " درء الحدود بالشبهات " التي ستنال نصيبها من هذا البحث ، وبالتالي ينهك المجتمع وتضعف قواه ؟ أم أن الشريعة كانت هؤلاء بالمرصاد مهما طوروا من نشاطهم الإجرامي ؟ وذلك عن طريق تطبيق العقوبة التعزيرية المفوضة لرأي الإمام ، وإذا كان الأمر كذلك هل يمكن للقاضي الشرعي المسلم أن يستفيد من قانون العقوبات الوضعي إذا رآه صالحاً وغير مناقضاً للشرع ؟

إنّ طرح مثل هذه الإشكالية يجدر بي أن أجعل دراسي لهذا البحث نقديّة للقانون الجنائي الوضعي ، واخترت أن أتقيّد بالقانون الجنائي الجزائري نموذجاً حتّى أحصر عملي من جهة ، وأعطي نصيباً من بحثي لهذا الجاني طالما لم يدرسه أحد من جهة أخرى .

من هنا كان عنوان الأطروحة التي رغبت في بحثها كمايلي : " الجانب التّعزيري في جريمة السرقة ، مع دراسة نقدية لقانون العقوبات الجزائري "

2/ أهمية الموضوع ودوافع اختياره

يرجع السبب في اختياري لهذا الموضوع لما له من أهمية كبرى ؛ فهو يعالج ناحية خطيرة تتمثل في الطريق الأوّل الموصل إلى أكبر الكبائر بعد الشرك بالله تعالى والقتل والزنا ألا وهو السرقة ، وهي ظاهرة خطيرة من ظواهر انحراف المجتمع نحو اللاّ أمن ، وفقدانه الطمأنينة المنشودة لدى جميع المجتمعات ، حتّى حكم الله عزّ وجلّ على من مات دون ماله بالشهادة .

ثمّ أنّ هذا الموضوع حسب معلوماتي القاصرة لم يسبق بدراسة واسعة من جميع جوانبه كهذه ، كما أنّه لم يفرد بالبحث والتأليف من طرف الباحثين ، وإنّما أوردوه ضمن كلامهم عن التّعزير بصفة عامّة ، فالكتب التي تناولت موضوع التّعزير موجودة ، وعلى رأسها كتاب عبد العزيز عامر " التّعزير في الشريعة الإسلامية " والذي استفدت منه كثيراً ، لكنّها تكلمت عن التّعزير بصفة عامّة ولم تخصّصه بجريمة من الجرائم ، كما أنّ الكتب التي تناولت موضوع السرقة موجودة ومتوفرة ولكنّها ركّزت أساساً على السرقة التامة الشروط والأركان (المستوجبة للحدّ) ، وأحسن كتاب تناول الدراسة المقارنة " التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة " وهو الآخر مثّل نقطة انطلاقي في البحث ، أمّا موضوع بحثي فقد تمّ التركيز فيه على عقوبة السرقة عند الاختلال (السرقة المستوجبة للتّعزير) .

لأجل هذا ارتأيت وجوب البحث فيه كموضوع مستقلّ ، ومحاولة الإلمام بجميع جوانبه المهمة ، وقبل هذا لا أنكر أنّه ما لفت انتباهي قبل اختياري للموضوع ومنذ سنوات ، أطلّعي على كتاب " الجانب التّعزيري في جريمة الزنى " لصاحبه " محمّد بن عليّ بن سنان " والذي أصله بحث علمي نال صاحبه بموجبه درجة الماجستير في القضاء الشرعي بالمملكة العربية السعودية ، فوقر في نفسي الاهتمام ببحث " الجانب التّعزيري في جريمة السرقة " حتّى يكون بحثاً موازياً له في النفع ، وقد يلتفت باحثون آخرون إلى بحث الجانب التّعزيري للجرائم الأخرى الباقية ، وهكذا

تتكاثف الجهود وتتوازى لتقديم التشريع الجنائي الإسلامي لمن يجهله في طبق من ذهب وليس في طبق من هب ، وحتى تكفّ ألسن الجهلة عن ذمّ هذا التشريع ، وتصحى العقول لتدرك أنجع الحلول .

كما لا أغفل أهمية البحوث والدراسات التي تناولت أسباب سقوط العقوبة ، فقد أفادتني كثيراً في بعض المسائل المتعلقة بالموضوع ، وذلك ككتاب " أسباب سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي " لعبد الله الغامدي ، وأصله رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية بالملكة العربية السعودية ، وكذا رسالة الماجستير لأستاذتنا الفاضلة بكلية الشريعة بالخروبة " عقيلة حسين " بعنوان " الشبهات المسقطة للحدود " .

3/ الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذا البحث

إذا كانت أهمية الموضوع تشدّ القارئ وتستهو به إلى الإلمام به والإحاطة بجوانبه المهمة ، فإنّ دراسته لم تكن هيّنة وميسرة ، وجمع شتاته المفرّق في الكتب لم يكن كذلك بالأمر السهل الميسر ، خاصّة وأنّ موضوعاً جدّ متشعب ومتسع كهذا يصعب حصره والإلمام به ، لهذا وجدت صعوبة كبيرة في جعل خطة علمية متزنة ومناسبة لمعالجته ، حيث غيرت خطة البحث عدّة مرات ، لكن وفقني الله عزّ وجلّ في الأخير ، وهداني إلى تقديم البحث على الكيفية التي هو عليها الآن .

ومن جهة أخرى إنّ الجانب القانوني من البحث استوقفني كثيراً حتّى صرت أسير ببطء في إنجاز هذه الرسالة ، وذلك راجع إلى عدم اختصاصي في الفقه القانوني ، فضلاً عن قانون العقوبات الجزائري ، خاصّة وأنّ الدفّعات التي تخرّجت سابقاً من الكلية لم تحظى بالتكوين في هذا الجانب مثل الدفّعات التي تخرّجت حديثاً في السنوات القليلة الماضية ، حتّى صار لدينا تخصصاً في هذا الجانب .

كما أنّ المصادر والمراجع التي احتجت إليها في هذا البحث والخاصّة بالجانب الشرعي إن كانت متوفرة في مكتبتنا وكثير من المكتبات التي تمكّنت منها ، إلّا أنّ كتب القانون خاصّة شروح قانون العقوبات الجزائري فهي تكاد تنعدم في مكتبتنا وغيرها ، ما عدا مكتبة كلية الحقوق إلّا أنّها لم تقدّم لي جيلاً ، وحتى أساتذة القانون الذين لجأت إليهم قصّروا معي في هذا الجانب إلّا القليل منهم ، ولست أدري هل كان ذلك بخلاً منهم أم جهلاً ، لولا الفضل الكبير الذي تلقّيته من الرّملاء في المحكمة العليا للقضاء حيث أفادوني كثيراً من الخير الموجود في مكتبتهم ، والله لا

يضيّع الباحث وبمكّنه دائماً من ضالّته إذا اجتهد ، وأخيراً يقول المثل : من كتب في غير فنّه ترى منه العجب ، ولكّتي اجتهدت كثيراً والله يعلم ذلك فلن يُرى منّي العجب إن شاء الله .

4/ منهج البحث ومنهجيّته

إنّ طبيعة هذا الموضوع محلّ الدّراسة والبحث اقتضى منّي لمعالجته الاعتماد أساساً على المنهج الاستقرائي المقارن وبالموازاة مع المنهج التقدي ، وذلك عند عرض أقوال العلماء في المسائل المختلف فيها والترجيح فيما بينها ، وكذا عند المقارنة بين التشريعين الشرعي والوضعي والاستنتاجات والملاحظات المتوصّل إليها ، وكذا اعتمدت المنهج التّقلي والوصفي في كثير من المواطن ، وذلك عند عرضي للنصوص من القرآن والسّنة للاستدلال على كثير من الأحكام في هذه الرّسالة .

وحَتّى لا أطيل أنتقل إلى المنهجية المتبعة في توثيق المعلومات ، وتخريج الآيات القرآنية والأحاديث النبوية :

أمّا بالنّسبة للآيات فقد خرّجتها من المصحف الشريف وفق رواية حفص عن عاصم ، حيث ذكرت اسم السّورة ثمّ رقم الآية وذلك مباشرة بعد ذكر كلّ آية ، ولم أجعل تخريج الآيات في الهامش تفادياً لتثقيها .

أمّا بالنّسبة لمنهجية تخريج الأحاديث فكانت كمايلي :

— فالأحاديث الموجودة في الصّحّحين أو في أحدهما ، اكتفيت بإخراجها منهما أو من أحدهما لاتّفاق الأئمة على صحّتها .

— أمّا إذا كان الحديث في غير الصّحّحين ، كأن يكون في السنن الأربعة أو في أحدها ، فإنّي اكتفيت بإخراجه من أحدها إذا كان صاحب الكتاب قد حكم عليه ، وقد أدعّم حكمه بحكم عالم آخر إذا توفّر ، حتّى وإن كان من المتأخّرين كالشيخ الألباني رحمه الله مثلاً ، أمّا إذا لم يحكم أحد من أصحاب السنن الأربعة على الحديث ، فإنّي أخرج الحديث منها جميعاً ، ثمّ أنقل الحكم من أحد العلماء غير أصحاب السنن الأربعة ما أمكن ذلك . أمّا الآثار التي لم أقف على تخريجها فأقول : لم أقف على تخريجه .

أمّا توثيق المعلومات المتعلّقة بالكتب المخرّج منها فكانت على التّرتيب الآتي :

- 1/ إذا ذكر الكتاب المخرّج منه لأوّل مرّة ، أذكر المعلومات المتعلّقة به من الاسم الكامل لصاحب الكتاب ، ثمّ اسم الكتاب ، ثمّ رقم الطّبعة وسنة التّشر ، ثمّ دار ومكان التّشر .
- 2/ وبعد هذا أذكر اسم الكتاب ، ثمّ الباب الذي يندرج تحته الحديث المخرّج ، ثمّ ذكر رقم الجزء والصّفحة ، وبعدها رقم الحديث إن وجد ، ثمّ درجة الحديث من الصّحّة إن وقفت عليها .
- 3/ وإذا كان الكتاب المخرّج منه قد سبق ذكره ، أقول مباشرة : رواه فلان في صحيحه ، أو في سننه ، أو في مصنّفه ، أو في مسنده ، بحسب اسم الكتاب . ثمّ أذكر الكتاب ، والباب ، والجزء ، والصّفحة ، والرّقم ، والدرجة .

أمّا بالنّسبة لمنهجية توثيق مصادر ومراجع البحث ، فإنّي اكتفيت بذكر المعلومات المتعلّقة بالكتاب المقتبس منه أو المستفاد منه عند ذكره لأوّل مرّة ، وذلك على التّرتيب التّالي :

- 1/ اسم المؤلّف ولقبه .
- 2/ عنوان الكتاب كاملاً .
- 3/ اسم المحقّق إن وجد .
- 4/ رقم الطّبعة ، ثمّ سنة التّشر ، وعند انعدامها أكتب (د ت ن) .
- 5/ دار وبلد التّشر .
- 6/ وأخيراً الجزء والصّفحة .

وعند استخدامي لطبعتين مختلفتين لكتاب واحد ، أذكر الطّبعة وسنة التّشر دون تكرار المعلومات الأخرى لإزالة الالتباس ، وإذا كان قد سبق استخدام المصدر أو المرجع مباشرة أكتب المصدر السّابق أو المرجع السّابق ، الجزء نفسه ، الصّفحة نفسها ، وهكذا لتفادي التّكرار .

وعند الاقتباس إذا كان نقلاً مباشراً أجعله بين قوسين صغيرين ، وإذا كان غير مباشر ، كأن يكون بالمعنى أو بتصرّف أترك الاقتباس حرّاً بدون أقواس ، وفي حالة الاقتباس المباشر إذا تجاوزت ستّة أسطر ، أجعل نقاط متتالية بين الفقرات .

وبالنّسبة للتّراجم فقد ترجمت للأعلام الواردة أسماؤهم في المتن عدا الصّحابة والأئمّة الأربعة والمعاصرين ، وعمدت إلى الاختصار حتّى لا أثقلّ الهوامش ، واعتمدت في ذلك وفي أغلب الأحيان على ثلاثة مصادر أو مصدرين ، وأحياناً أربعة .

وفي نهاية البحث جعلت فهارس علمية تشمل فهرساً للآيات القرآنية مرتبة بحسب ترتيبها في المصحف الشريف ، وفهرساً لأطراف الأحاديث النبوية المستشهد بها مرتبة ترتيباً ألفبائياً ، ثم جعلت فهرساً للأعلام مرتبون بأسمائهم ترتيباً ألفبائياً ، وفهرساً للمصادر والمراجع المعتمدة في البحث (القرآن الكريم وكتب التفسير - كتب السنة وشروحها وكتب التخرّيج - كتب الفقه وأصوله حسب المذاهب الفقهية - كتب القانون - الكتب العامة - كتب التراجم) مرتبة حسب أسماء المؤلفين ترتيباً ألفبائياً ، وأخيراً فهرسة للموضوعات التي شملت هذا البحث وبالتفصيل ، علماً وأنّي لم أجعل فهرسة للأماكن والبلدان ، ولا للكلمات الغريبة نظراً لقلتها طبعاً .

5/ خطة البحث

إنّ عنوان رسالتي محلّ الدراسة والبحث يتكوّن من شقين أساسين : عقوبة إسمها التعزير ، وجريمة إسمها السرقة ، وهناك شقّ ثالث يربط بينهما ويتمثّل في تطبيق العقوبة التعزيرية على السارق عند اختلال أركان أو شروط جريمة السرقة ، وهو الجانب الجوهري والمهمّ في هذا البحث ، ولا يمكن دراسة هذا الجانب إلّا بعد إعطاء الشقين السابقين حقّهما من الدراسة اللازمة، ثمّ التطرّق للدراسة التقديرية لقانون العقوبات الجزائري فيما يتعلّق بالتشريع الخاصّ لجريمة السرقة ، ويكون مباشرة عند إنهاء كلّ مسألة من مسائل البحث إن أمكن ، لهذا اعتمدت خطة ثلاثية فهي الأنسب لهذا الموضوع .

فتمّ تقسيم البحث إلى : مقدّمة وثلاثة فصول وخاتمة

المقدّمة : عرّفت فيها الموضوع ، وأبرزت أهميته والإشكالية التي يثيرها ، ثمّ وضّحت فيها دوافع اختياري للموضوع ، والصّعوبات التي واجهتني ، والمنهج المتبع والمنهجية والخطة المتبعة .

— **الفصل الأوّل** خصّص لإعطاء لمحة عامّة عن التعزير كعقوبة شرعية ، وعن جريمة السرقة الموجبة للحدّ وطرق إثباتها .

— **الفصل الثّاني** جعل لبيان جريمة السرقة غير الموجبة للحدّ بسبب تخلف شرط من شروطها ، وحكمها في قانون العقوبات الجزائري .

— **والفصل الثّالث** كان في التعزير عند وجود شبهة دائرة لحدّ السرقة ، وبيان حكم التكرار في السرقة وفوات محلّ القطع .

ثمّ قسم كلّ فصل من الفصول الثلاثة إلى ثلاثة مباحث ، وكلّ مبحث قسم إلى أربعة مطالب ، وكنت أرغب في تقسيمه إلى ثلاثة أيضاً حتّى تكون خطة البحث ثلاثيّة من الابتداء إلى الانتهاء ، لكن ضيق الوقت حال دون ذلك ، ولم يكن من السّهل إطلاقاً حصر المادّة العلميّة في ثلاثة مطالب بدلاً من أربعة إذا ضاق الوقت ، وهاهو هيكل الخطة بتفاصيلها .

الفصل الأوّل

التّعزير في الشريعة الإسلامية مع بيان جريمة السرقة الموجبة للحدّ

المبحث الأوّل : ماهية التعزير في الشريعة الإسلامية وما يتعلّق بذلك .

المطلب الأوّل : التعزير: تعريفه ، دليله ، حكمة مشروعيّته ، وشروط وجوبه

المطلب الثاني : أغراض العقوبة التعزيرية وأقسامها

المطلب الثالث : التعزير بالقول والتّعزير بالفعل المتعلّق بالبدن

المطلب الرابع : التعزير بالفعل المتعلّق بسلب الحرية ومسّ الاعتبار والمال

المبحث الثاني : اجتماع التعزير مع العقوبات المقدّرة وكيفية تطبيقه

المطلب الأوّل : اجتماع التعزير مع الحدّ والقصاص والكفّارة

المطلب الثاني : مدى تفويض عقوبة التعزير

المطلب الثالث : حكم إقامة العقوبات التعزيرية ، وهل في التعزير ضمان

المطلب الرابع : أسباب سقوط العقوبة التعزيرية .

المبحث الثالث : لمحة عامّة عن جريمة السرقة الموجبة للحدّ

المطلب الأوّل : الحدّ: تعريفه ، حكمة مشروعيّته ، ووجه افتراقه مع التعزير

المطلب الثاني : تعريف السرقة وبيان حدّها وحكمة مشروعيّتها

المطلب الثالث : أركان جريمة السرقة التامة

المطلب الرابع : طرق إثبات جريمة السرقة شرعاً

المبحث الأوّل : البينة وأثرها في إثبات جريمة السرقة بين الشريعة

الفصل الثاني

جريمة السرقة غير الموجبة للحدّ بسبب تخلف شرط
من شروطها وحكما في قانون العقوبات الجزائري

المبحث الأول : التعزير في السرقة عند تخلف شرط الحرز

المطلب الأول : أثر إبطال الحرز على جريمة السرقة شرعاً وقانوناً

المطلب الثاني : حكم الإعانة على السرقة واستهلاك المسروق داخل
الحرز شرعاً وقانوناً .

المطلب الثالث : حكم النباش والطرار شرعاً وقانوناً

المطلب الرابع : مسائل أخرى تتعلق بتخلف شرط الحرز شرعاً وقانوناً

المبحث الثاني : التعزير في جريمة السرقة عند تخلف ركن الخفية والملكية

المطلب الأول : بيان حكم بعض حالات الأخذ مجاهرة شرعاً وقانوناً

المطلب الثاني : أثر التسليم في جريمة السرقة شرعاً وقانوناً

المطلب الثالث : أثر امتلاك السارق للمسروق شرعاً وقانوناً

المطلب الرابع : مسائل أخرى تتعلق بهذا الفصل شرعاً وقانوناً

المبحث الثالث : التعزير في جريمة السرقة عند تخلف ركن المادية

المطلب الأول : سرقة المال التافه وما لا يقبل الادّخار

المطلب الثاني : مسائل متفرقة تتعلق بقيمة المسروق شرعاً وقانوناً

المطلب الثالث : مسائل تتعلق بشرط التنصّب

المطلب الرابع : حكم خطف الأطفال وسرقة القوى الطبيعية شرعاً وقانوناً

الفصل الثالث

التعزير في جريمة السرقة عند وجود شبهة حادثة للحدّ ، وبيان
حكم التكرار وفوات محلّ القطع

المبحث الأول : مفهوم الشبهة وتعلقها بقصد الجاني وإدراكه

المطلب الأول : تعريف الشبهة وأدلة الفقهاء على العمل بها

المطلب الثاني : المناقشة والترجيح

المطلب الثالث : تعلق الشبهة بالقصد الجنائي

المطلب الرابع : تعلق الشبهة بإدراك الجاني

المبحث الثاني : تعلق الشبهة بالإباحة

المطلب الأول : شبهة الملك ، تعريفها وضوابطها

المطلب الثاني : تطبيقات فقهية لشبهة الملك الخاص

المطلب الثالث : تطبيقات فقهية لشبهة الملك العام

المطلب الرابع : شبهة العقد وما يتعلق بها من تطبيقات فقهية

المبحث الثالث : تعلق الشبهة بالإثبات وبيان مسائل هامة متعلقة بالسرقعة

المطلب الأول : شبهة الإقرار والتطبيقات الفقهية المتعلقة بها

المطلب الثاني : الشبهات المتعلقة بالشهادة والتطبيقات الفقهية المتعلقة بها

المطلب الثالث : حكم التكرار في جريمة السرقعة شرعاً وقانوناً

المطلب الرابع : فوات محل القطع

تمت بحمد الله تعالى يوم الأحد 3 جويلية 2011 م ، الموافق لـ : 1 شعبان 1432 هـ ،
ونوقشت يوم الإثنين 16 أفريل 2012 م ، الموافق لـ : 24 جمادى الأولى 1433 هـ ، ونالت
الطالبة بموجبها شهادة الدكتوراه بتقدير " مشرف جداً " .

الفصل الأول

**التعزير في الشريعة الإسلامية مع
بيان جريمة السرقة الموجبة للحد**

تكميل :

جعل هذا الفصل من البحث لإعطاء لمحة عامة عن التعزير كعقوبة شرعية ، وبيان جريمة السرقة التامة الموجبة للحد ؛ فكان من الضروري تقسيمه إلى ثلاثة مباحث استيفاء لما احتواه هذا الفصل من مادة علمية ، ومراعاة لما تقتضيه منهجية البحث من الحفاظ على الخطّة الثلاثية التي التزمت بها حتى يقدم البحث في شكل منهجي مقبول .

وعليه جعل المبحث الأول منه لماهية التعزير وما يتعلق به ، فعرفت التعزير وبيّنت فيه وبالأدلة الشرعية من القرآن والسنة ، كيف أنّ الله عزّ وجلّ شرّع لأمته عقوبة تخرج عن إطار الحدود المقدّرة ؛ للاستمرار في إصلاح حال المجرمين والمفسدين في الأرض ؛ ولإعادة إدماجهم في المجتمع الصالح ، حتى تستقيم الحياة ، ويستقرّ الأمن والأمان .

فكلّ من يفلت من العقاب المقدّر (الحدّ) يجد أمامه العقوبة التعزيرية بالمرصاد ، وكلّ من يرتكب معصية ليس فيها عقوبة مقدّرة ، فإنّ العقوبة التعزيرية تتولّى أمره من زجر وردع كما تمنع غيره ثمّ لم يقدم على المعصية بعد من ارتكاب ما لا يجوز ، وبالتالي يوضع حدّ لانتشار الفساد والشرّ في المجتمع .

كما سيّضح في هذا المبحث الشّروط التي يجب توفّرها فيمن تقام عليه العقوبة التعزيرية ، وكيف أنّ هذه العقوبة تخرج عن الإطار العامّ السّابق الذكر وتقام من أجل حماية المصلحة العامة أو النظام العام ، حيث يقوم الجاني بفعل مباح شرعاً ولكنه اتّصف بوصف جعله يضرّ بالمصلحة العامة مثلما فعل الخليفة عمر بن الخطّاب رضي الله عنه بنصر بن حجاج حين افتتنت النساء بجماله ، فنفاه إلى البصرة رغم أنّه لم يرتكب فعلاً محرّماً .

هذا وعقوبة التعزير متنوّعة قد تكون بالقول كالوعظ والإعلام والتوبيخ والتهديد ، وقد تكون بالفعل كالجلد والحبس والقتل في بعض الحالات على خلاف بين الفقهاء ، وكذا الصّلب والهجر والتّشهير والتّفي ، والمصادرة الماليّة على خلاف بين الفقهاء أيضاً .

أمّا المبحث الثّاني من هذا الفصل فقد جعل لاجتماع التعزير مع غيره من العقوبات المقدّرة وكيفية تطبيقه ، ومن خلال هذا المبحث سيّضح أنّ الشّارع الحكيم جعل أمر هذه العقوبة موكولاً للحاكم يقيمها حيث شاء ، ويعطلها عند اقتضاء الحال كيفما شاء ، إلّا أنّه هناك حدّ

أدنى لا يتجاوزه حتّى تكون العقوبة ناجعة ، وحدّ أقصى لا يتجاوزه أيضاً حتّى لا تكون العقوبة هالكة ، أو تتساوى مع الحدّ .

كما سيتمّ توضيح حكم الهالك بسبب التعزير ، هل دمه هدر مثله مثل الهالك بسبب الحدّ لأنّ الإمام يطبّق الشريعة ؟ أم على الإمام ضمان ما أتلفه بسبب التعزير ؟ وما هي الحالات التي تجتمع فيها العقوبة التعزيرية مع العقوبات المقدّرة كالقصاص والكفّارة ، وما هي الأسباب المؤدّية إلى سقوط هذه العقوبة ؟

وأخيراً أنتقل إلى المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل والذي يتعلّق بإعطاء لمحة عامّة عن جريمة السرقة الموجبة للحدّ ، وقد جعلته آخر شيء في الفصل قصداً حتّى يكون البوابة العابرة التي تربط هذا الفصل بالفصول الأخرى التي تحوي الموضوع الذي هو محلّ الدّراسة والبحث والمتمثّل في الجانب التعزيري في جريمة السرقة ؛ إذ لا يمكن بحث هذا الجانب قبل التعرّيج على دراسة هذه الجريمة بأركانها وشروطها والعقوبة الأصليّة المحدّدة لها ولو باختصار . ففي هذا المبحث إذن سأتناول الأركان التي يجب توفّرها في جريمة السرقة كي يقام الحدّ على السارق ، ثمّ أوضح الطّرق التي تثبت بها هذه الجريمة كالبيّنة والإقرار واليمين وأثر القرينة في ثبوتها خاصّة القرائن العلميّة منها .

كما سيّضح في هذا المبحث كيف أنّ الشّارع الحكيم عصم أموال النّاس من خلال تشريعه لعقوبة القطع وهي ناجعة صالحة لكلّ زمان ومكان ، وما هو سرّ كون هذه العقوبة كذلك ، إذ عجزت جميع العقوبات الوضعيّة الخاصّة بهذه الجريمة من أن تحذو حذوها ، أو تؤثر تأثيرها في المجتمع ، فمهما حاول رجال القانون الوضعي جعل قوانين صارمة وراذعة للقضاء على اللصوص ، واستئصال هذه الجريمة من جذورها ، إلّا وازداد اللصوص تفنّناً وتطوّراً وتنظيماً في هذا المجال ، الأمر الذي جعل الجريمة المنظّمة تهدّد كيان الأمم الصّادرة لتلك القوانين في كلّ لحظة .

وأتمّي هذا التمهيد بتقديم هيكل خطّة هذا الفصل وذلك كمايلي :

المبحث الأوّل : ماهية التعزير وما يتعلّق بذلك .

المطلب الأوّل : التعزير : تعريفه ، دليله ، حكمة مشروعيّته ، وشروط وجوبه

المطلب الثّاني : أغراض العقوبة التعزيرية وأقسامها

المطلب الثّالث : التعزير بالقول والتّعزير بالفعل المتعلّق بالبدن

المطلب الرابع : التعزير بالفعل المتعلق بسلب الحرية ومسّ الاعتبار والمال

المبحث الثاني : اجتماع التعزير مع العقوبات المقدّرة وكيفية تطبيقه

المطلب الأول : اجتماع التعزير مع الحدّ والقصاص والكفّارة

المطلب الثاني : مدى تفويض عقوبة التعزير

المطلب الثالث : حكم إقامة العقوبات التعزيرية وهل في التعزير ضمان

المطلب الرابع : أسباب سقوط العقوبة التعزيرية

المبحث الثالث : لمحة عامة عن جريمة السرقة الموجبة للحدّ

المطلب الأول : الحدّ : تعريفه ، حكمة مشروعيّته ، ووجه افتراقه مع التعزير

المطلب الثاني : تعريف السرقة وبيان حدّها وحكمة مشروعيّته

المطلب الثالث : أركان جريمة السرقة التامة

المطلب الرابع : طرق إثبات جريمة السرقة

المجلد الأول

ماهية التعزير وما يتعلق به

يحتوي هذا المبحث على أربعة مطالب : أولها تناولت فيه تعريف التعزير لغةً وشرعاً ، وكذا دليل مشروعيته من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع والمعقول ، ثم بينت الحكمة من مشروعية العقوبة التعزيرية ، والثاني تناولت فيه أغراض العقوبة وأقسامها ، ثم انتقلت في المطلب الثالث والرابع لأنواع العقوبة التعزيرية .

المطلب الأول

التعزير : تعريفه ، دليله ، حكمة مشروعيته ، وشروط وجوبه

في هذا المطلب سأتناول كما سبق وأن ذكرت تعريف التعزير لغة وشرعاً ، كما سأبين دليل مشروعية التعزير من القرآن والسنة والإجماع والمعقول ، ثم أبين الحكمة من مشروعية العقوبة التعزيرية بإيجاز .

الفرع الأول

تعريف التعزير ودليل وحكمة مشروعيته

الفقرة الأولى : تعريف التعزير لغة وشرعاً

أولاً: التعزير لغةً : التعزير في اللغة يأتي بمعنىين : أحدهما بمعنى التصر والتعظيم ، فيقال عزّر فلان أخاه بمعنى نصره ووقّره ؛ لأنه منع عدوّه من أن يؤذيه ⁽¹⁾ وقد جاء لفظ التعزير في القرآن الكريم بهذا المعنى في ثلاثة مواضع : في قوله تعالى : ﴿... وَ قَالَ اللَّهُ إِنِّي مَعَكُمْ لَئِنْ أَنتُمْ لَصَلَاهَ وَ لَا تَنْتُمْ بِرُسُلِي وَ عَزَّزْتُ قَوْمَهُ...﴾ المائدة/ 12 ، و في قوله تعالى : ﴿... فَالَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِهِ وَ عَزَّزْتُ قَوْمَهُ وَ عَزَّزْتُ قَوْمَهُ...﴾ الأعراف/ 157 ، و في قوله تعالى : ﴿... لِيُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَ لِيُعَزَّزُوا وَ تَوْقَرُوا﴾ الفتح/ 9

(1) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ط (دت ن) ، المكتبة العلمية — بيروت، لبنان — ج2 ، ص: 407 ، كتاب العين .

والمعنى الثاني التّأديب ؛ لهذا سمي الضّرب دون الحدّ تعزيراً ، يقال عزّزته فهو من الأضداد. وعزّزهُ يَعزّزُهُ عزراً ، وعزّزه ردّه ، والعزّز التّعزير : التّأديب دون الحدّ ، لمنعه الجاني من المعاودة وردعه عن المعصية (1) .

ثانياً : تعريف التّعزير شرعاً : عرفه الماوردي (2) : " التّعزير تأديب على ذنوب لم تشرّع فيها الحدود " (3) .

وعرفه ابن قدامة (4) قائلاً : " التّعزير هو العقوبة المشروعة على جناية لا حدّ فيها " (5) . وقال ابن فرحون (6) : " التّعزير تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرّع فيها حدود و لا كفّارات " (7) .

(1) ابن منظور أبو الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ، لسان العرب ، ط(1955م/1375هـ) دار بيروت ، ج ، ص 561-562/ المصباح المنير، ج 2 ، ص : 407 .

(2) أبو الحسين علي بن محمد بن حبيب ، أقضى قضاة عصره ، من العلماء ، ولد في البصرة سنة 364 هـ / 974م ، ثمّ انتقل إلى بغداد ، كان يميل إلى الاعتزال ، له تصانيف كثيرة ونافعة منها : أدب الدّنيا والدّين ، الأحكام السّلطانية ، الحاوي في فقه الشّافعية ، وغيرها ، توفي ببغداد سنة 450 هـ / 1058م (طبقات الشّافعية الكبرى للسّبكي ، ج 5 ، ص 267 / وفيات الأعيان لابن خلكان ، ج 3 ، ص 282 / شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي ، ج 3 ، ص 282)

(3) الماوردي أبو الحسن ، الأحكام السّلطانيّة و الولايات الدينيّة ، تحقيق د/ أحمد مبارك البغدادي ، ط (دت ن) دار الوفاء — الكويت — ص: 310 .

(4) هو أبو محمد عبد الله بن أحمد موفق الدّين ، الجماعلي ، المقدسي ، ثمّ الدّمشقي ، الحنبلي ، ولد سنة 541 هـ / 1146م ، من أكابر الخبابة ، سمع من والده ، وأبي المكارم بن هلال ، وأبي المعالي بن صابر ، وغيرهم ، وله تصانيف منها : المغني ، شرح به مختصر الخرق في الفقه ، والمقنع ، والكافي ، وروضة الناظر وجوّ المناظر في الأصول ، وغيرها ، توفي سنة 620 هـ (شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي ، ج 5 ، ص 88 / البداية والنهاية لابن كثير ، ج 13 ، ص 99 / فوات الوفيات لعماد بن شاکر الكنتي ، ج 2 ، ص 158)

(5) ابن قدامة موفق الدّين محمد بن عبد الله بن أحمد، المغني و الشّرح الكبير ، ط(1414هـ/1993 م) دار الفكر بيروت _ لبنان ، ج 10 ، ص: 342 .

(6) هو برهان الدّين أبو إسحاق إبراهيم ابن الشّيخ أبي الحسن علي بن المديني الشّيخ الإمام العمدة المهام أحد شيوخ الإسلام وقدوة العلماء الأعلام ، من قضاة المدينة المنوّرة ، أخذ العلم عن والده وعمّه والإمام ابن عرفة وغيرهم ، عاش وهو يسكن داراً بالكراء ، توفي في ذي الحجة سنة 799هـ ، له مؤلّفات منها : شرح على مختصر ابن الحاجب ، وتبصرة الأحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام وهو فريد من نوعه ، والدّياج المذهب في أعيان المذهب وغيرها (شجرة التّور الزكيّة في طبقات المالكيّة لعماد بن محمد مخلوف / الأعلام للزركلي ، ج 1 ، ص 37)

(7) ابن فرحون برهان الدّين إبراهيم ، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام ، ط (دت ن) دار الفكر ، ج 2 ، ص: 293 .

وقال ابن عابدين ⁽¹⁾ : " تأديب دون الحد " ⁽²⁾ .

وعرفه صاحب المدخل الفقهي العام : " هو معاقبة المجرم بعقاب مفوض شرعاً إلى رأي الإمام نوعاً و مقداراً " ⁽³⁾

وبالتّظر في تعاريف الفقهاء للتّعزير شرعاً نجدّها كلّها متقاربة و متّفقة من ناحية أنّ التّعزير عبارة عن تأديب دون الحدّ لكن بعض التعاريف نجدّها غير جامعة مثل تعريف ابن قدامة في قوله عقوبة مشروعة على جنائية ، لأنّ التّعزير شرّع على ذنوب ومعاص متفاوتة منها ما لا يسمّى جنائية مثل المخالفات الشرعيّة التي يرتكبها الصّبي و هي موجبة للتّعزير و كذا الزّوجة في مخالفة أوامر زوجها ، فهذه المخالفات لا تسمّى جرائم ، و مثل هذا التّقدي يوجّه إلى التعريف الذي جاء به مصطفى الزّرقا حيث قال : هو معاقبة المجرم ، فهذا اللفظ في غير محلّه لأنّه غير جامع فيحترز به عن تعزير الزّوجة و الصّبي على بعض المخالفات ، و الصّحيح أنّ تعزير الزّوجة و الصّبي إذا ارتكبا ما يستحقّان التّعزير عليه فهما غير مجرمين .

إذن فالتعريف المختار هنا هو تعريف العلامة المالكي ابن فرحون لأنّه أشمل و أوضح فبالإضافة إلى بيانه بأنّ التعزير عقوبة فيما دون الحدّ ، بيّن أيضاً الحكمة من العقوبة التعزيريّة حيث قال تأديب استصلاح و زجر ... الخ ⁽⁴⁾.

الفقرة الثّانية : دليل وحكمة مشروعيّة التعزير

أولاً : دليل مشروعيّة التعزير : التعزير مشروع بالقرآن ، و السنة ، و الإجماع ، و المعقول .

(1) هو محمد أمين بن عبد العزيز ، عابدين الدّمشقي ، ولد سنة 1198هـ / 1784م بدمشق ، فقيه الدّيار الشّامية ، وإمام الحنفية في عصره ، من مؤلّفاته : حاشية على الدرّ المختار للحصكفي في الفقه - رفع الأنظار عمّا أورده الحلبي على الدرّ المختار - العقود الدريّة في تنقيح الفتاوى الحامدية - نسمات الأسحار على شرح المنار في الأصول - الرّحيق المختوم في الفرائض ، وغيرها ، توفي سنة 1252 هـ / 1836م بدمشق (الأعلام للزّركلي ، ج 6 ، ص 42 / معجم المؤلّفين لعمر رضا كحالة ، ج 3 ، ص 145)

(2) ابن عابدين محمد أمين ، ردّ المختار على الدرّ المختار ، ط 1 (1415هـ / 1994م) دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ج 6 ، ص : 103 .

(3) مصطفى أحمد الزّرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ط 10 (1387هـ / 1968م) دار الفكر ، ج 2 ، ص : 626 .

(4) انظر محمد بن علي بن سنان ، الجانب التعزيري في جريمة الزّنى ، ط 1 ، سنة (1402هـ / 1982م) (د د ن) ص 20 .

فَسَرَتْ هَذِهِ الْآيَةُ فِي الْجَامِعِ لِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ : " أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يَبْدَأَ التَّسَاءُّ بِالمَوْعِظَةِ أَوَّلًا ، ثُمَّ بِالْهَجْرَانِ ، فَإِنْ لَمْ يَنْجَعَا فَالضَّرْبُ ؛ فَإِنَّهُ هُوَ الَّذِي يَصْلَحُهَا لَهُ وَيَحْمِلُهَا عَلَى تَوْفِيَةِ حَقِّهِ ، وَالضَّرْبُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ هُوَ ضَرْبُ الْأَدَبِ غَيْرُ مُبَرِّحٍ ، وَهُوَ الَّذِي لَا يَكْسِرُ عَظْمًا ، وَلَا يَشِينُ جَارِحَةً كَاللَّكْزَةِ وَنَحْوِهَا ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ الصَّلَاحَ لَا غَيْرَ ، فَلَا جُرْمَ إِذَا أَدَّى إِلَى الْهَلَاكِ ، وَجِبَ الصَّمَانُ . أَهـ (1)

أ/ حديث الرسول ﷺ: " لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله " (2) ، ومحلّ الشاهد من هذا الحديث هو قوله ﷺ " لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط " ومفهوم المخالفة يقتضى أنّ هناك جلدًا مشروعًا للتأديب من غير الحدود وهو التعزير .

ب/ كما ثبت أن النبي ﷺ هجر أصحابه الثلاثة الذين خلفوا عن رسول الله ﷺ في غزوة تبوك وهم : كعب بن مالك ، ومرارة بن الربيع ، وهلال بن أمية . وقد صفح عنهم بعد نزول القرآن الكريم في قبول توبتهم (3) ، وفي هجره ﷺ في هؤلاء ، وأمره أصحابه رضوان الله عنهم بهجرهم ،

ص : 130 ، 131 ، 132

فيه دلالة واضحة على مشروعية التعزير ؛ لأنّ الهجر نوع من أنواع التعزير .

ج/ كما ثبت عن الرسول ﷺ أنّه عزّر بالتّقي ، وأمر بإخراج المختّنين من المدينة ونفيهم ، فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : " لعن النبي ﷺ المختّنين من الرّجال ، والمترجّلات من التّساء ، وقال : أخرجوهم من بيوتكم ، وأخرج فلاناً ، وأخرج عمر فلاناً " (1)

د/ كما عزم ﷺ على التعزير لتحريق البيوت على المتخلف عن حضور الجماعة لولا ما منعه من تعدّي العقوبة إلى غير من يستحقّها من التّساء والذريّة . فقد ثبت عنه ﷺ أنّه قال : " و الّذي نفسي بيده لقد هممت أن أمر بحطب فيحطب ، ثم أمر بالصّلاة فيؤدّن لها ، ثم أمر رجلاً فيؤمّ التّساء ، ثمّ أحالف إلى رجال فأحرق عليهم بيوتهم " (2)

هـ/ كما أخبر ﷺ عن تعزير مانع الزّكاة بأخذ شطر ماله ، فعن بهز بن حكيم عن أبيه عن جدّه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " في كلّ إبل سائمة في كلّ أربعين ابنة لبون لا تفرق إبلها عن حسابها ، من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ومن منعها فإنّا آخذوها و شطر إبله عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى لا يحلّ لآلي محمّد منها شيء " (3)

و/ كما عزّر ﷺ بتضعيف الغرم على سارق ما لا قطع فيه ، وكذا كاتم الضّالة ، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال : " سئل النبي ﷺ عن التّمر المعلق ، فقال : من أصاب منه بفیه من ذي حاجة غير متّخذ خبئه (4) فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثلية والعقوبة " (5) .

(1) رواه البخاري في كتاب الحدود ، باب نفي أهل المعاصي و المختّنين ، صحيح البخاري ، دار الكتب العلميّة — بيروت ، لبنان ط (1401هـ/1981م) ج 8 ، ص : 28 .

(2) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الآداب ، باب فضل صلاة الجماعة ، ج 1 ، ص : 158 / ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب المساجد ، باب فضل صلاة الجماعة ، صحيح مسلم بشرح التّووي ، ج 5 ، ص : 153 .

(3) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الزّكاة ، باب في زكاة السائمة ، ج 1 ، ص 366 ، رقم : 1575 / ورواه النسائي في سننه ، كتاب الزّكاة ، باب مانع الزّكاة (شرح السيوطي ، ج 5 ، ص 15)

(4) خبئه : خبئت القلوب خبناً عطفت ذيله ليقصر ، و منه الخبنة بالضمّ وهي ما تحملها تحت إبطك ، انظر المصباح المنير ، ج 1 ، ص : 163 .

(5) رواه ابن ماجه في سننه ، كتاب الحدود ، باب من سرق من الحرز ، ج 2 ، ص 68 / ورواه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما لا قطع فيه ، ج 2 ، ص 343 ، رقم : 4390 / ورواه الترمذي في سننه ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الرّخصة في أكل الثّمرة للمرأ بها ، ج 3 ، ص 44 ، رقم : 1293 وليس فيه " من خرج ... والعقوبة " وقال هذا حديث حسن / ورواه التّسائي في سننه ، كتاب قطع السّارق ، باب الثّمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين (سنن النسائي بشرح السيوطي ، ج 8 ، ص 85) والحديث حسنّه الشّيخ الألباني في إرواء الغليل ، ج 8 ، ص 70 .

إذن فكل من الأمر بنفي المختّنين والعزم على تحريق المتخلفين عن الجماعة وغير ذلك من أفعاله ﷺ لغرض التّأديب الواردة في الأحاديث المذكورة ، يدلّ دلالة واضحة على مشروعية التعزير ، والأدلة في هذا المجال كثيرة ، ويطول ذكرها لهذا اقتصرنا على هذا القدر .

3/ دليل مشروعيته من الإجماع : أجمعت الأمة على مشروعية التعزير ، ويدلّ على ذلك فعل الخلفاء الراشدين رضی الله عنهم ، وعدم الإنكار عليهم من أحد من الصحابة ؛ فكان إجماعاً ، ومن الأمثلة على فعل الخلفاء الراشدين مايلي :

أ/ ثبت أنّ أبا بكر ﷺ استشار الصحابة في رجل يُنكح كما تُنكح المرأة فأشاروا بحرقه ؛ فكتب أبو بكر ﷺ بذلك إلى خالد بن الوليد ﷺ⁽¹⁾ فهذا الأمر الصّادر من أبي بكر ﷺ ، وموافقة الصحابة رضی الله عنهم له لدليل على مشروعية التعزير بالإجماع .

ب/ أمر عمر بن الخطاب ﷺ بهجر صبيغ الذي كان يسأل عن الذّاريات وغيرها ، ويأمر الناس بالتّفقه في المشكلات من القرآن فضربه ضرباً موجعاً ، ونفاه إلى البصرة أو الكوفة وأمر بهجره فكان لا يكلمه أحد حتّى تاب ، وكتب عامل البلد إلى عمر بن الخطاب ﷺ يخبره بتوبته ، فأذن للناس في كلامه⁽²⁾ ، فهذا الفعل الصّادر من عمر ﷺ دون أن ينكر عليه أحد من الصحابة دليل على أنّ هذا النوع من العقوبة مجمع عليها .

ج/ ومن الأدلة أيضاً إحراق عمر بن الخطاب ﷺ المكان الذي يُباع فيه الخمر ، وتحريقه لقصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرّعية ، و أنّه ﷺ أراق اللبن المغشوش⁽³⁾ .

(1) (3) تبصرة الحكّام لابن فرحون ، ج 2 ، ص : 297 - 298 .

(2) الأثر الذي تضمّن هذا رواه عبد الله بن مبرام الدارمي في سننه ، باب من هاب الفتيا وكره التّطع والتّبذع ، ط (1414هـ -

1994 م) بيروت - لبنان ، ج 1 ، ص 42 ، رقم 146

د/ وروي أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالاً ؛ فبلغ عمر رضي الله عنه ، فضربه مائة وحبسه ، فكلّم فيه ، فضربه مائة أخرى ، فكلّم فيه من بعد فضربه مائة و نفاه ⁽¹⁾ .

فكلّ ما صدر عنه رضي الله عنه من حرق للبيت والمكان الذي يباع فيه الخمر وغير ذلك من الأفعال المذكورة في هذه الروايات ، فيها دلالة على مشروعية التعزير ، وبما أنّه لم ينكر عليه أحد من الصحابة فهو محلّ إجماع بينهم .

هـ/ من الأدلة أيضاً : سجن عثمان بن عفّاف رضي الله عنه لصابيء بن الحارث وكان من لصوص بني تميم وقتلهم حتى مات في الحبس ⁽²⁾ . فدلّ فعل عثمان رضي الله عنه وهو السجن على مشروعية التعزير ، وبما أنّه لم ينكر عليه أحد دلّ على أنه مجمع عليه .

و/ من الأدلة أيضاً ما روي أن علياً أتى برجل ⁽³⁾ قد شرب الخمر في رمضان فأمر به فجلد ثمانين جلدة ، ثم زاده عشرين سوطاً تعزيراً له على إفطاره في رمضان ⁽⁴⁾ . وفعله هذا رضي الله عنه يدلّ على مشروعية التعزير ، وعدم إنكار الصحابة له يدلّ على أنه مجمع عليه

4/ **الدليل العقلي** : قال ابن القيم ⁽⁵⁾ رحمه الله : " لولا عقوبة الجناة والمفسدين لأهلك الناس بعضهم بعضاً ، وفسد نظام العالم ، وصارت حال الدوابّ والأنعام والوحوش أحسن من حال بني آدم " ⁽⁶⁾

إنّ العقل السليم موافق لكل ما يمنع من انتشار الرذيلة وفساد نظام العالم ، والتعزير من الموانع التي تمنع من انتشار الرذيلة ، وفساد نظام العالم ؛ بل هو أهمّ مانع بعد الحدود والقصاص ،

(1) ذكر الأثر في المغني ، ج 10 ، ص 348 / وكذا المصدر السابق .

(2) تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص : 317 .

(3) الرجل هو التجاشي الشاعر كما هو وارد في رواية أحمد : " أنّ علياً أتى بالتجاشي قد شرب خمرًا في رمضان فجلده ثمانين الحدّ . وعشرين سوطاً لفطره في رمضان "

(4) قال الألباني في إرواء الغليل : أخرجه الطحاوي ، (ج 2 ، ص 88) من طريق عطاء بن أبي مروان عن أبيه ، وهو حسن ، ج 8 ، ص 57 ، حديث رقم : 2399 .

(5) سوف تأتي ترجمته لاحقاً .

(6) ابن القيم الجوزية شمس الدّين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين عن ربّ العالمين ، تعليق طه عبد الرؤوف سعيد ، ط (دت ن) دار الجيل للنشر ، بيروت_لبنان ، ج 2 ، ص : 121 .

لذلك فالعقل قابل له ولا ينكره ⁽¹⁾ .

ثانياً : الحكمة من مشروعيته : إنّ الحكمة من مشروعية التعزيز لا تقل أهمية عن الحكمة من مشروعية الحد ، فإنه يمنع العاصي ويزجره عن الرجوع لما ارتكب ، كما أنه يمنع غير العاصي من ارتكاب ما لا يصح .

وفوق هذا وذاك فإنه يمنع انتشار الفساد ، والشر في المجتمع ليبقى مجتمعاً نظيفاً صالحاً ؛ فيعم الأمن والأمان ، وتصلح أعراض الناس ودمائهم وأموالهم ؛ فكل من يفلت من يد العقار المقدر (الحد) يجد أمامه العقوبة التعزيرية بالمرصاد ، فكل من تحوّل له نفسه ارتكاب جريمة من الجرائم عليه أن يحسب لها ألف حساب ، إذن فلولا العقاب مهما كان نوعه (حدّ أو تعزير) لصار حال المجتمع أدنى من حال الدواب ويستفاد هذا من كلام ابن القيم السابق ⁽²⁾ .

الفرع الثاني

شروط وجوب التعزير

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في الشروط الواجب توفّرها عند إيجاب التعزير ، وبعبارة أخرى هل يعتبر العقل شرطاً لوجوبه أم لا ؟ المسألة خلافية بين الحنفية والجمهور . فبعد التطرّق لهذا الخلاف ، أتطرّق للمراحل التي يجتازها الإنسان منذ ولادته حتّى بلوغ سنّ الرشد .

الفقرة الأولى : هل العقل شرط لوجوب التعزير ؟

أولاً : مذهب الحنفية : ذهب الحنفية إلى أنّ العقل شرط لوجوب التعزير ، وهذا ما يظهر من خلال ما هو موجود في بدائع الصنائع : " وأما شرط وجوبه فالعقل فقط ؛ فيعزّر كلّ عاقل ارتكب جناية ليس لها حدّ مقدّر ، سواء كان حرّاً أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، مسلماً أو كافراً ، بالغاً أو صبيّاً بعد أن يكون عاقلاً ؛ لأنّ هؤلاء من أهل العقوبة ، إلّا الصبيّ العاقل فإنه يعزّر تأديباً لا عقوبة ؛ لأنّه من أهل التأديب ... بخلاف المجنون والصبيّ الذي لا يعقل ؛ لأنهما ليسا من أهل

(1) محمد بن علي بن سنان الجانب التعزيري في جريمة الزنى ، ط 1 ، سنة (1402 هـ / 1982 م) (ددن) ، ص 33 .

(2) أنظر : ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج 2 ، ص 121 .

العقوبة ، ولا من أهل التأديب" _أهـ_ (1)

وهناك قول آخر يرى بأن الصَّغر لا يمنع وجوب التعزير مطلقاً ، لا فرق بين الصَّبِيِّ الَّذِي يعقل ، والَّذي لا يعقل .

وقد تمَّ التوفيق بين الرأيين بحمل الأوَّل على حقِّ العبد ، والثَّاني على حقِّ الله تعالى ، وقد أقرَّ هذا التوفيق صاحب الدرِّ المختار شرح تنوير الأبصار قائلاً : " الصَّغر لا يمنع وجوب التعزير فيجري بين الصَّبِيَّان وهذا فيما لو كان حقَّ عبد ، أما لو كان حقَّ الله تعالى ، بأن زنى ، أو سرق منع الصَّغر " _أهـ_ (2) .

إلا أنَّ هذا التوفيق لم يرتضيه ابن عابدين كما يظهر في حاشيته ، والدَّليل على ذلك قوله : "قلت لكن يشكل عليه ضربه على ترك الصَّلَاة ؛ بل ورد أنَّه تضرب الدَّابة على التَّفَار لا على العِثَار ، فتأمَّل " _أهـ_ (3) .

ثانياً : مذهب الجمهور : ذهب المالكيَّة والشافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط العقل في وجوب التعزير ، وبالتالي يجب في حقِّ كلِّ من الصَّبِيِّ والمجنون وحتى البهائم ، وهذا يظهر من خلال النصوص الفقهية التالية :

جاء في أدرار الشُّرُوق : " المراد به - أي في غير حدود الله الواردة في الحديث (4) - جلد غير المكلفين كالصَّبِيَّان ، والمجانين ، والبهائم " (5) .

وجاء في كشاف القناع : " إذا زنى ابن عشر ، أو بنت تسع عَزْراً ، وقال الشَّيْخ (6) لا نزاع بين العلماء أنَّ غير المكلف كالصَّبِيِّ المميَّز يعاقب على الفاحشة تعزيراً بليغاً ، وكذا المجنون يضرب على ما فعل - أي مما لا يجوز للعاقل - ليترجر ، لكن لا عقوبة بقتل ، أو قطع ،

(1) الكسائي علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشُّرَائِع ، ط 2 ، سنة (1402هـ / 1982م) دار الكتاب العربي ، ج 7 ، ص : 63 _ 64 .

(2) المرجع السَّابِق ، ج 6 ، ص : 130 .

(3) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 131 .

(4) المراد بالحديث " لا يجلد فوق عشر جلدات إلاَّ في حدٍّ من حدود الله " متفق عليه _ سبق تخريجه _

(5) ابن الشَّاطِط ، أبو القاسم قاسم ابن عبد الله ، أدرار الشُّرُوق على أنواء الفروق مطبوع بهامش الفروق ، ج 4 ، ص : 178 .

(6) هو شيخ الإسلام بن تيمية .

وفي الرّعاية الصّغرى وغيرها ، ما أوجب حداً عل مكلف عزّر به المميّز كالقذف ⁽¹⁾ . والتّصوص
الفقهية وعبارات الفقهاء المعبرة على ذلك كثيرة لا يتّسع المقام لذكرها .

والأمر الذي تقرّر شرعاً أنّه لا يعاقب إلّا من كان مسؤولاً جنائياً في الشّريعة الإسلامية ،
ومعنى المسؤولية الجنائية أن يتحمّل الإنسان نتائج الأفعال المحرّمة التي يأتيها مختاراً ، وهو مدرك
لمعانيها ، ونتائجها . فمن أتى فعلاً محرّماً وهو لا يريد ، كالمكره ، أو المغمى عليه لا يسأل جنائياً
عن فعله ، ومن أتى فعلاً محرّماً وهو يريد ، لكنّه لا يدرك معناه كالطفّل ، أو المجنون لا يسأل
أيضاً عن فعله ⁽²⁾ .

ولو بنينا المسألة على هذا لما اعتبر الصّبي والمجنون من أهل التّعزير ؛ لأنّهما غير مسئولين
جنائياً ؛ بحيث أنّ الشّرع لا يعاقب إلّا من توفّر لديه الإدراك والعقل مناطه ، لهذا في المسألة
تفصيل .

**الفقرة الثّانية : المراحل التي يمرّ بها الإنسان منذ ولادته حتّى سن الرّشد : إنّ الإنسان يجتاز من
يوم ولادته حتّى بلوغه سن الرّشد ثلاث مراحل :**

أولاً : مرحلة انعدام الإدراك : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصّبي ، وتنتهي ببلوغه السّابعة اتّفاقاً ،
وفي هذه المرحلة يعتبر الإدراك منعدماً ، ويسمى بالصّبي غير المميّز ؛ فإذا ارتكب الصّغير أية
جريمة قبل بلوغه السّابعة لا يعاقب عليها جنائياً ولا تأديباً ، فهو لا يحدّ إذا ارتكب جريمة توجب
الحّد ، ولا يقتصّ منه إذا قتل غيره ، أو جرحه ، ولا يعزّر .

ولكن إعفائه من المسؤولية الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنيّة عن كلّ جريمة يرتكبها ،
فهو مسئول في ماله الخاصّ عن تعويض أيّ ضرر يصيب به غيره ، في ماله ، أو نفسه ؛ لأنّ
القاعدة الأصليّة في الشّريعة الإسلاميّة أنّ الدّماء والأموال معصومة _ أي غير مباحة _ والأعذار
الشّرعية لا تقدر الضّمان ، ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة ⁽³⁾ ، ولهذا فرق الأحناف بين حقّ

(1) منصور بن إدريس البهوتي ، كشّاف القناع عن متن الإقناع ، ط (1402هـ/1982م) دار الفكر - بيروت ، ج 6 ، ص :
122 .

(2) عبد القادر عودة ، التّشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، ط 9 ، سنة (1408هـ/1987م) مؤسّسة الرّسالة ،
بيروت ، ج 1 ، ص : 392..

(3) المرجع نفسه ، الجزء نفسه ، ص : 601 .

العبد وحقّ الله تعالى في تعزير الصّبيان ، أمّا إشكاليّة ضرب الصّبي على ترك الصّلاة وهي من حقوق الله ، فيكون الصّبي قد تجاوز مرحلة السّابعة ، وحتى عند الجمهور يعزّر الصّبي في حقّ الله تعالى إذا تجاوز السّابعة ، وبلغ تسع أو عشر سنين كما سبق بيانه .

وأما إطلاق القول عندهم بعدم اشتراط العقل في التعزير ، وأنّه يجب في حقّ الصّبي والمجنون ، وحتى البهائم فيحمل على حقّ العبد والمسؤولية المدنية ؛ فالبهائم لا تقتترف جريمة تتعلّق بحقّ الله تعالى ، والله أعلم .

ثانياً : مرحلة الإدراك الضعيف : وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصّبي السّابعة من عمره ، وتنتهي بالبلوغ ، وحدّد عامّة الفقهاء سنّ البلوغ بخمسة عشر عاماً ، فإذا بلغ الصّبي هذه السنّ اعتبر بالغاً حكماً ، ولو كان لم يبلغ فعلاً ، وهناك من حدّد سنّ البلوغ بثمانية عشر عاماً ، أو تسعة عشر عاماً ، أو سبعة عشر عاماً للمرأة .

المهمّ وفي هذه المرحلة لا يسأل الصّبي المميّز عن جرائمه مسؤوليّة جنائيّة ، فلا يحدّد إذا سرق أو زنا مثلاً ، ولا يقتصّ منه إذا قتل أو جرح ، وإنّما يسأل مسؤوليّة تأديبيّة ؛ فيؤدّب على ما يأتيه من الجرائم ، والتأديب وإن كان في ذاته عقوبة على الجريمة ، إلّا أنّه عقوبة تأديبيّة لا جنائيّة ، ولا يوقّع عليه من عقوبات التعزير إلّا ما يعتبر تأديباً ، كالتوبيخ والضرب . ويسأل الصّبي المميّز مدنيّاً عن أفعاله ، ولو أنّه لا يعاقب عليها بعقوبة جنائيّة للأسباب السّابقة الذّكر في الصّبي غير المميّز ⁽¹⁾ .

وهذا ما ذهب إليه الأحناف من تعزير الصّبي العاقل تأديباً لا عقوبة حتّى في حقوق الله ، وكذا ما ذهب إليه الجمهور من تعزير الزّاني إذا بلغ عشر ، أمّا التعزير في حقّ العبد فلا مناصّ منه للقاعدة السّابقة .

ثالثاً : مرحلة الإدراك التّام : وتبدأ ببلوغ الصّبي سنّ الرّشد ، وفي هذه المرحلة يكون الإنسان مسؤولاً جنائيّاً عن جرائمه أيّاً كان نوعها ⁽²⁾ .

(1) المرجع السّابق ، الجزء نفسه ، الصّفحة نفسها .

(2) المرجع السّابق ، الجزء نفسه ، ص : 602 .

نستنتج من هذا أنّ العقل يُشترط في وجوب تعزيز الصّبيان دون سنّ السّابعة فيما تعلق بحقّ الله تعالى ، ولا يشترط في تعزيزهم تأديباً فوق السّابعة حتّى بلوغ سنّ الرّشد ، هذا توفيقاً بين من اشترط العقل ومن لم يشترطه .

فالشّريعة الإسلاميّة أوّل شريعة في العالم ميّزت بين الصّغار والكبار من حيث المسؤوليّة الجنائيّة تمييزاً كاملاً ، وأوّل شريعة وضعت لمسؤوليّة الصّغار قواعد لم تتطوّر ولم تتغيّر من يوم أن نزل الوحي ، ولكنها بالرّغم من مضيّ أربعة عشر قرناً أو أكثر عليها ، تعتبر أحدث القواعد التي تقوم عليها مسؤوليّة الصّغار في عصرنا الحاضر ⁽¹⁾ ، كما سيّتضح فيما بعد .

ملاحظة تتعلّق بالجنون : الجنون هو زوال العقل ، أو اختلاله ، أو ضعفه ، وهو تعريف يشمل الجنون ، والعتة وغير ذلك من الحالات المرضيّة ، والتّفسيّة التي تؤدّي لانعدام الإدراك ⁽²⁾

فعندما يبلغ الإنسان مرحلة الرّشد يجب أن يكون متمتّعاً بكامل قواه العقليّة ، فإن فقد عقله لعاهة ، أو أمر عارض ، أو جنون فهو فاقد الإدراك ، والمسؤوليّة الجنائيّة تنعدم كلّما انعدم الإدراك ، والجنون لا يبيح الفعل المحرّم ، وإنّما يرفع عقوبته عن الفاعل ، وهذا الحكم متّفق عليه بين فقهاء الشّريعة .

وإعفاء المجنون ومن في حكمه من المسؤوليّة الجنائيّة لا يعفيه من المسؤوليّة المدنيّة عن فعله ؛ لأنّ الأموال ، والدّماء معصومة ؛ ولأنّ الأعذار الشرعيّة لا تبيح عصمة الحلّ ، فإذا كان الجاني له من الأعذار ما يمنع عنه العقوبة ، فإنّ هذه الأعذار لا تؤثر على حقّ الغير في تعويض الأضرار التي سبّتها له الجاني بفعله ؛ لأنّ الفعل يظلّ محرّماً على الفاعل ، وإذا كان الجنون لا يجعل الجاني أهلاً للعقوبة ، فإنّه لا ينفي عن الجاني أهليّته لتملّك الأموال ، والتصرّف فيها ، وما دامت هذه الأهليّة متوفّرة فيه فقد وجب أن يتحمّل المسؤوليّة المدنيّة ، وهي مسؤوليّة ماليّة ⁽³⁾ ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فإنّ المجنون إذا ظهر خطره على النّاس وتفاقم ، فإنّه يحبس تعزيراً لإبعاد خطره عنهم ، وهذا ما تقتضيه المصلحة العامّة ، وليس لأنّ المجنون يفهم معنى العقاب ويترجّ به ، وسيأتي توضيح هذا في مسألة التعزير للمصلحة العامّة ، وإذا تمّ التسليم بأنّ العقل شرط لوجوب

(1) المرجع السّابق ، الجزء نفسه ، ص : 599 .

(2) المرجع السّابق ، الجزء نفسه ، ص : 585 .

(3) المرجع السّابق ، الجزء نفسه ، ص : 594 .

التعزير فإنّ مثل هذه الحالات تعتبر استثناءات يجب الالتفات إليها . فقول الأحناف السابق ليس على إطلاقه ، ورأي الجمهور ليس على إطلاقه أيضاً .

المطلب الثاني

مقاصد العقوبة التعزيرية وأقسامها

سأتناول في هذا المبحث أغراض العقوبة التعزيرية والتي لا يجوز للإمام أن يخرج عنها عند إقامته التعزير ، كتعذيب الجاني بالطريقة التي تؤدي إلى إهدار آدميته أو إتلافه ، كما أبين أقسام العقوبة التعزيرية وهي متنوعة تتراوح بين التعزير على المخالفات وعلى المعاصي وللمصلحة العامة، وبالتالي سيدرس هذا المطلب ويوضح من خلال فرعين أساسيين ، الأول لأغراض التعزير والثاني لأقسامه .

الفرع الأول

مقاصد العقوبة التعزيرية

إن الشريعة الإسلامية كثيراً ما تُتهم من طرف أعدائها في الجانب الجزائي منها بالقسوة والشدّة وعدم الرأفة بالجرم ؛ وذلك أنّ المجرم مريض بحاجة للعلاج وليس للعقاب ، لكن لو تمعنا جيداً أغراض العقوبة في القانون الوضعي عبر العصور ، لوجدنا أنّها تمثّلت في الانتقام باديء ذي بدء، ثمّ التكفير عن الذنب ، ثمّ الإرهاب والردع ، ومع تطوّر القانون الوضعي في العصر الحديث وصلت إلى الردع مع الإصلاح والتهذيب ⁽¹⁾ ، وفي مقابل ذلك نجد أنّ الشريعة الإسلامية سبقت ذلك منذ قرون ، فكانت بعيدة كلّ البعد عن الانتقام بجميع صوره كغرض من أغراض العقوبة، حيث منعت القسوة والتمثيل بالجاني انتقاماً منه وحرّمت ذلك تحريماً كما سيّضح بعد حين ، وبما أنّ التعزير جزء من العقوبة الشرعية فهو لا يخرج عن هذا الغرض كما سنرى فيما يلي :

من خلال تعريف التعزير الذي تمّ ذكره في بداية البحث ، يتبيّن لنا أنّ الغرض الأساسي من التعزير في الشريعة الإسلامية هو الردع والزجر مع الإصلاح والتهذيب ، مع أنّه هناك أغراض أخرى تؤخذ من روح الشريعة وأقوال الفقهاء ، وفي المقابل حرّمت الشريعة الإسلامية كلّ ما فيه خروج عن هذه الأغراض ؛ بحيث منعت تعذيب الجاني بما يؤدي إلى إهدار آدميته ، ونبذت كلّ ما قد يؤدي إلى الإتلاف أثناء تطبيق هذه العقوبة في الحالات التي تكون غير واجبة .

(1) انظر عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص 621 - 625 / بن شيخ حسين ، مبادئ القانون الجزائي العام ، ط (د ت ن) دار هومة - الجزائر ، ص 15 - 16 .

الفقرة الأولى : أغراض التعزير المستخلصة من تعريف الفقهاء له

الأول: الإصلاح والتهديب : إنّ هذا الغرض من العقوبة التعزيرية يأتي في المحلّ الأوّل والرّتبة الأولى ، وفي ذلك تفنيد لما ادّعاه البعض من أنّ الجرم مريض يحتاج إلى العلاج ، والعقوبة ليست علاج بل تزيد الطّين بلة ؛ فالعقوبة لا تجبر ما انكسر .

أقول وبالله التّوفيق إنّ الشّريعة الإسلاميّة قد أعطت لهذا الجانب اهتماماً كبيراً ، بحيث لم تجعل الغرض من العقوبة هو الرّدع والزّجر فحسب ؛ بل جعلت غرض الإصلاح والتّهديب في القمّة ، وبذلك لم تهمل جانب الجاني نفسه ، وهذا يظهر أكثر في عقوبة الحبس المحدّد بالتّوبة وإصلاح حال الجاني ، وبذلك يكون ابتعاد النّاس عن الجريمة ناتجاً عن وازع ديني ، ودافع نفسي ليس مبعثه الخوف من العقاب كما هو الشّأن في القانون الوضعي ؛ بل مبعثه الابتعاد عن الجريمة ابتغاء تحصيل رضا الله تعالى ، ثم رضا النّفس باعتبار أنّ الجرائم من المعاصي الّتي تمثّل حمى الله ، فلا يجوز الاقتراب منها ، وهذا الوازع الدّيني هو أنجع وسيلة لخاربة الإجمام ؛ لأنّ الجاني إذا تحلّى بذلك فإنّه قبل أن يقدم على جريمة ما يأتيه الشّعور بالرقابة الإلهية ، فيمتنع ولاشك عن ارتكابها ، بخلاف الّذي لا يشعر بهذه الرّقابة فإنّك تجده يعاود الجريمة دون مبالاة ، وإذا امتنع فخوفاً من العقاب فقط ، حيث لا يتردّد في ارتكاب الجريمة كلّما وجد سبيلاً إليها يحول دون وقوعه في قبضة العقاب ، هذا ما يصبوا إليه العلماء ويجتهدون لتحقيقه صعب وشاق

وهذا الاتجاه في الشّريعة الإسلاميّة مجمع عليه بين الفقهاء ، فالجميع يعرفون التعزير بأنّه "عقوبة الغرض منها التّأديب والإصلاح" ⁽¹⁾ لأنّ بالإصلاح تستقيم النّفس وتبتعد عن الجريمة وتصلح الجماعة ، وبالتالي المجتمع .

ومن هذا القبيل قول الفقهاء : إنّ التعزير شرّع للتّطهير ؛ فإنّ ذلك سبيل إلى إصلاح الجاني بتقويم نفسه وصقلها وغسلها من أدران الجريمة ، حتّى تكون هذه النّفس الطّاهرة بمنجاة عن محيط الإجرام وتدخل في إعداد الأنفس النّافعة للمجتمع ⁽²⁾ وهذا ما يفسّره واقع اليوم ، حيث تعطلت العقوبة الشّرعية ، فأصبح الجرم يرتكب عدّة معاصي خطيرة ، وهو يعلم خطورتها ، ويعلم بأنّ الله عزّ وجلّ غير راضٍ عنه ، فتجده لا يأمل في التّوبة الأمر الّذي يجعله يتمادى في ارتكاب

(1) الماوردي ، الأحكام السّلطانيّة ، ص : 310 / ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 293 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص

: 121 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص : 343 .

(2) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 103

الجرائم ضناً منه أن التوبة لا تنفعه ، ولا فائدة من التوقف عن العمل الإجرامي ، فلو كانت هناك محاكم شرعية ، وأقيمت على مثل هذا العقوبة الشرعية المطهرة له ، والمصلحة لحاله لتحرر من هاجس الخوف الذي حال دون توبته ، ولتوقف عن ارتكاب الجرائم ، فيجدد ثقته بنفسه ويندمج في المجتمع من جديد .

ثانياً : الردع والزجر : المعاصي التي تستوجب التعزير منها ما يعتبر إرتكاباً محرماً ، ومنها ما يكون تركاً لواجب ؛ فمعنى المنع المقصود من التعزير يكون في المحرمات بالامتناع عن ارتكابها ، أما في ترك الواجب فإن معنى المنع يكون بكف الجاني عن ترك الواجب ، وذلك بأن يعاقب حتى يؤدي ما يجب عليه فعله ، كما هو الشأن في تارك الصلاة والزكاة وحقوق الأدميين ؛ إذ يعزرون حتى يؤديها . والتعزير على ترك الواجب قد يكون أشد من التعزير على ارتكاب المحرم ؛ إذ القصد منه في النوع الثاني - ترك الواجبات - جبر الجاني على أداء الواجب عليه ، فيجوز أن يعزّر مرة بعد مرة حتى يفعل ما يجب عليه فعله ، فتتكرر العقوبة مادامت الجريمة مستمرة ، وفي ذلك بلوغ الغرض من التعزير في هذه الحالة ⁽¹⁾ .

ومادام أن الزجر والردع من مقاصد التعزير ، فإن العقوبة التعزيرية يجب أن تكون عند تحقيق هذا الغرض ، فلا يجوز أن تقف دون الحد الذي يتحقق معه الزجر والمنع ، ولا أن تكون أزيد مما يلزم لتحقيق ذلك ؛ بل تكون على قدر الحاجة بما يتحقق معه الغرض من فرضها ، دون زيادة أو نقص ⁽²⁾ .

وهناك جرائم لا يفيد فيها إلا العقوبات غير المحددة المدّة ، كحبس الجاني مثلاً مدّة غير محددة تنتهي بتوبة الجرم ، وهذا يكون غالباً في حقّ المجرمين الخطيرين الذين يتعيّن كفّ آذاهم عن الناس ، وإبعادهم عن المجتمع حتى ينصلح حالهم ، وفي ذلك غرض مزدوج ؛ إذ به يمتنع جرمهم ويبتعد آذهم عن الناس ، وفيه عبرة لغيرهم ، وفي الوقت نفسه يتحقّق صلاح المحكوم عليهم إذ

(1) أنظر ابن فرحون ، تبصره الحكام ، ج 2 ، ص : 294 / وانظر تقي الدين أحمد بن تيمية ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، ط (د ن) قصر الكتب ، البليدة _ الجزائر ، ص : 109_112 / وانظر تقي الدين أحمد بن تيمية ، الحسبة في الإسلام ، تحقيق محمد زهري النجار ، ط (د ن) من منشورات المؤسسة السعدية بالرياض لصاحبها فهد بن عبد العزيز السعيد ، ص 90 .

(2) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ، ط 2 ، (د ن) ، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة ، ج 3 ، ص : 210 بتصرّف .

تستمر هذه العقوبة حتى التوبة ⁽¹⁾ .

وقد لا يتحقق الغرض من العقوبة التعزيرية _ الردع والزجر _ في أية عقوبة سوى الإعدام وذلك في بعض الجرائم التي عظمت بالتكرار ، وشرع الإعدام في جنسها ، وبالتسبة لبعض الجرمين ممن اعتادوا الإجرام ولم تردعهم عقوبة أخرى ، مثل القتل بالمشقة ، والقتل بالخنق واللواط عند أبي حنيفة إذا تكرر ارتكابها ؛ ففي قتل المجرم كفّ لأذاه عن المجتمع ، وإخلاء البلاد من مفسده ؛ لأنه عضو فاسد يجب بتره واستئصاله ، وفي ذلك صلاح للباقيين ، وهذا هو معنى المنع بالتسبة للجاني نفسه ، أما بالتسبة لغيره فإنه بإعدام الجاني يتحقق الزجر لهم أيضاً ⁽²⁾ .

(الفقرة الثانية : أغراض أخرى للتعزيز مستخلصة من روح الشريعة : بالإضافة إلى الأغراض السابقة الذكر ، هناك أغراض مستخلصة من روح الشريعة وتتمثل في:

1/ أن الشريعة الإسلامية قصدت من خلال كلّ ما تقدّم إيجاد مجتمع صالح ، تسوده المحبة ، وتنتفي فيه البغضاء والكراهية ، فيصبح طريق الشر فيه واضحاً فيُجتنب ، وطريق الخير واضحاً فيُتبع ، فلا مجال فيه للجريمة ، وهذا الغرض البعيد المدى من أهم الأغراض التي يترقبها المصلحون والعلماء اليوم .

قال العلماء : إن التعزيز محتاج إليه لدفع الفساد ، وإخلاء العالم منه ، وإزالة المنكر ⁽³⁾ .

2/ وهناك غرض آخر يتمثل في أنّ الجريمة في ذاتها عمل غير مرغوب فيه ، يؤذي الشعور بالعدالة، ويثير سخط المجتمع على الجاني وعطفه على الجاني عليه ، وما العقوبة إلا إجراء من الإجراءات التي يقوم بها المجتمع ردّاً على فعل المجرم ، وانتقاماً للمجتمع الذي انتهكت حرّماته بالجريمة ، وتسكيناً للمجنى عليه ، ولروح الحق والكراهية للجاني ، والعقوبة تُنزل بالجاني المأ

(1) ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 317_328 / الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص : 310 / البهوتي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص : 126 .

(2) ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 302 / ابن تيمية ، الحسبة في الإسلام ، ص 90 / تقي الدّين بن تيمية ، السياسة الشرعية في إصلاح الرّاعي والرعية ، (د ت ن) قصر الكتب ، البليدة - الجزائر ، ص : 111 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص : 126 .

(3) ابن تيمية ، الحسبة في الإسلام ، ص : 98 / ابن تيمية ، السياسة الشرعية ، ص : 111 / البهوتي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص : 124 / الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 3 ، ص : 207 .

يكفرّ به عن إثمّه ، ويطهّر به نفسه ، وهي في الوقت ذاته تهدّئ من شعور السّخط الّذي تحدّثه الجريمة في الجماعة ، وبذلك تتحقّق العدالة ⁽¹⁾ .

الفقرة الثالثة : ما يخرج عن أغراض التعزير : جاء في تبيين الحقائق : " إنّ التعزير للتأديب ، ولا يجوز فيه الإتلاف ، وإقامته مقيّدة بشرط السّلامة ⁽²⁾ .

انطلاقاً من هذا الكلام ، نفهم أنّ الشّريعة الإسلاميّة قد حرصت كلّ الحرص على الابتعاد عن كلّ ما فيه تعذيب للجاني وإهدار آدميّته ، ونبد كلّ ما قد يؤدّي من التعزير إلى الإتلاف حيث لا يكون الإتلاف واجباً ؛ لأنّ الأصل في التعزير عدم الإتلاف ، وأن يكون مساوياً ومناسباً لحالة الجرم والجريمة دون زيادة أو نقص .

وقد حرّم بعض الفقهاء التعزير بالصّفع ؛ لأنّه يحمل معنى الاستخفاف بالآدمي وتحقيره ، وهو ممنوع ⁽³⁾ .

ويرى الدّكتور عبد العزيز عامر أنّ تسويد الوجه في التعزير من قبيل المثلة والمثلة ممنوعة ، وكذا التعزير بالقتل يشترط أن تكون آلهة حادثة حتّى تُحدث القتل بسهولة ، والمثلة خارجة عن أغراض التعزير ⁽⁴⁾ .

الفرع الثاني

أقسام التعزير

ينقسم التعزير في الشّريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام : تعزير على المعاصي ، وتعزير للمصلحة العامّة ، وتعزير على المخالفات .

فالأوّل فرض على أفعال حرّمتها الشّريعة بذواتها ويعتبر إتيانها معصية ، والثّاني فرض لأفعال وحالات لم تحرّم لذواتها وإنّما حرّمت لأوصافها ، ولا يُشترط في الفعل أو الحالة المحرّمة أن

(1) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 106 _ 131 / اليهودي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص : 124 _ 125 .

(2) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج 3 ، ص : 211 .

(3) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 105 .

(4) عبد العزيز عامر التعزير في الشّريعة الإسلامية ، ط 4 (دت ن) دار الفكر ، ص : 300 بتصرّف .

يكون معصية ، والثالث فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذاتها ، ويُعتبر إتيانها مخالفة ولا يُعتبر معصية ⁽¹⁾ .

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة ، أن الفعل في القسم الأول يكون محرماً دائماً ومعتبراً معصية ، وفي القسم الثاني لا يكون الفعل محرماً إلا إذا توفّر فيه وصف معيّن لأنّ الفعل ذاته ليس معصية ، أمّا في القسم الثالث فيكون الفعل مأموراً به منهياً عنه ، ولكن إتيانه يُعتبر مخالفة لا معصية ⁽²⁾ .

(الفقرة الأولى: التعزير على المعاصي : من المتفق عليه أن التعزير يكون في كلّ معصية لا حدّ فيها ولا كفّارة ، سواء كانت المعصية لحقّ الله ﷻ أو لحقّ الآدمي ⁽³⁾ ؛ والمعاصي هي إتيان ما حرّمته ⁽⁴⁾ الشريعة من الحرّمات ، وترك ما أوجبه ⁽⁵⁾ من الواجبات ⁽⁶⁾ وهي ثلاثة أنواع :

أولاً: ما فيه الحدّ وقد تضاف إلى الحدّ الكفّارة : مثل القتل والسّرقة والزّنا ، وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا يدخل تحت هذا النوع إلاّ جرائم الحدود وعددها سبع ، وجرائم القصاص والدية وعددها خمس ؛ لأنّ هذه الجرائم دون غيرها هي التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحدّ - أي بعقوبة مقدرة - والأصل في هذا النوع من المعاصي أن عقوبة الحدّ تغني فيه عن التعزير ، لكنّ ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير مع عقوبة الحدّ إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، وهذا هو اتّجاه المذاهب الأربعة ⁽⁷⁾ ، وسيأتي بيان ذلك في موضع الكلام عن اجتماع التعزير مع العقوبة المقدّرة .

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص : 128 .

(2) المرجع نفسه ، الصّفحة نفسها .

(3) الشّيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي ، المهذب في فقه الإمام الشّافعي ، ط (د ت ن) دار الفكر - بيروت - ج 2 ، ص : 288 / شمس الدين ابن قدامة ، الشّرح الكبير ، دار الفكر - بيروت ، لبنان - ط (1414هـ / 1993م) ج : 10 ، ص :

(4) الحرّم هو " ما طلب الشّارع الكفّ عن فعله طلباً حتماً " (عبد الوهّاب خلاّف ، علم أصول الفقه ، ط (1406هـ / 1986م) دار القلم - الكويت ، ص : 113 .

(5) الواجب شرعاً هو " ما طلب الشّارع فعله من المكلف طلباً حتماً " (المرجع نفسه ، ص : 105 .

(6) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص : 128 .

(7) المرجع نفسه ، نفس الجزء ، ص : 130 .

ثانياً : ما فيه الكفارة ولا حد فيه : كالوطء في نهار رمضان ، والوطء في الإحرام ، والكفارة في أصلها نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين ، فإذا فرض فيما لا يعتبر معصية كانت عبادة خالصة ، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على معصية فهي عقوبة خالصة ، كالكفارة في القتل الخطأ والظهار ، والكفارة في هذا تشبه المال فهو قد يكون عقوبة جنائية كما في حالة الغرامة ، وقد يكون تعويضاً إذا حكم به لتعويض الضرر ، وقد يكون عقوبة وتعويضاً إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية ⁽¹⁾ .

والمعاصي التي تدخل تحت هذا النوع محدودة ، ومحلها إفساد صيام ، أو إفساد إحرام ، أو حنث في يمين ، أو وطء في حيض أو ظهار ، ويختلف الفقهاء في جواز التعزير في هذا النوع من المعاصي ، حيث يرى البعض أن لا تعزير فيه اكتفاءً بالعقوبة التي حددت له وهي الكفارة ، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لا يجوز أن يجتمع مع الكفارة تعزير ⁽²⁾ ، وهذا كذلك سيأتي بيانه في معرض الكلام عن اجتماع التعزير مع الكفارة .

ثالثاً : ما لا حد فيه ولا كفارة : كتقبيل المرأة الأجنبية والخلوة بها ، والشروع في السرقة ، وأكل الميتة ، ويدخل تحت هذا النوع ما لا يدخل تحت النوعين السابقين ، حيث يدخل تحته معظم المعاصي بل إن المعاصي التي تدخل تحته لا تعدد لكثرتها فهي غير محصورة ، ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصي فيه التعزير — أي لا عقوبة عليه إلا التعزير — ⁽³⁾ والمعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة متنوعة ، ولكنها لا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة ⁽⁴⁾ :

أ/ نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه ، كالسرقة من غير حرز ، ومادون النصاب ، والسرقة غير التامة ، ومثل ذلك الشروع في الزنا ، ومقدمات الزنا من خلوة وتقبيل وعناق ، وهكذا كل ما شرع فيه الحد ولم تتوفر فيه شروط الحد فلا حد فيه وإنما فيه التعزير .

ب/ نوع شرع فيه الحد ولكن امتنع الحد فيه إما لشبهة درأت الحد كوطء الزوجة في دبرها ، وسرقة المال المشترك ، وإما لسبب خاص بالجاني ، كقتل الأب ولده فإنه لا قصاص فيه ، وسرقة الفروع من الأصول فإنها لا قطع فيها ويحل محل القطع التعزير .

(1) المرجع السابق ، الجزء نفسه ، والصفحة نفسها .

(2) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص : 295 / ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج 2 ، ص : 118 .

(3) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص : 132 .

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص : 63 _ 64 .

ج/ نوع لم يشرّع فيه ولا في جنسه الحدّ ، ومن هذا التّوع أكثر المعاصي مثل أكل الميتة والدمّ ولحم الخنزير ، وخيانة الأمانة ممّن أوثّقن عليها كأمن بيت المال ، وناظر الوقف ، والوصّي ، والوكيل ، ومثل تطفيف المكيال والميزان ، وشهادة الزّور ، وأكل الرّبا ، والسّب ، والرّشوة ، وغير ذلك .

(الفقرة الثّانية : التعزير للمصلحة العامّة : القاعدة العامّة في الشّريعة الإسلاميّة أنّ التعزير لا يكون إلّا في معصية - أي في فعل محرّم لذاته منصوص عليه تحريمه - ولكن الشّريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامّة أن يكون التعزير في غير معصية - أي فيما لم يُنص على تحريمه لذاته - إذا اقتضت المصلحة العامّة التعزير ⁽¹⁾ .

والأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعيينها ولا حصرها مقدّمًا ؛ لأنّها ليست محرّمة لذاتها وإنّما تحرّم لوصفها ، فإن توفّر فيها الوصف فهي محرّمة ، وإن تخلّف عنها الوصف فهي مباحة ، والوصف الذي جعل علّة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامّة أو النظام العام ، فإذا توفّر هذا الوصف في فعل أو حالة استحقّ الجاني العقاب ، وإذا تخلّف الوصف فلا عقاب ، وعلى هذا يشترط في التعزير للمصلحة العامّة أن ينسب إلى الجاني أحد أمرين ⁽²⁾ :

1/ أنّه ارتكب فعلاً يمسّ المصلحة العامّة ، أو النظام العامّ .

2/ أنّه أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامّة ، أو النظام العامّ .

فإذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للمتهم أنّه أتى فعلاً يمسّ بالمصلحة العامّة ، أو بالنظام العامّ ، أو أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامّة أو النظام العامّ ، وثبت لدى المحكمة صحّة ما نسب إلى المتهم لم يكن للقاضي أن يبرّته ، وإنّما عليه أن يعاقب على ما نسب إليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقرّرة للتعزير، ولو كان ما نسب إلى الجاني غير محرّم في الأصل ، ولا عقاب عليه لذاته ⁽³⁾ .

(1) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 113 / ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 294 .

(2) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص : 150 .

(3) المرجع نفسه ، الجزء نفسه ، والصّفحة نفسها .

والتعزير للمصلحة العامة مشروع بالتصوص التالية :

1/ أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً اتهم بسرقة بعير، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى سبيله⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال من فعل الرسول ﷺ هذا أن عقوبة الحبس عقوبة تعزيرية، والعقوبة لا تكون إلا عن جريمة وبعد ثبوتها، فإذا كان الرسول ﷺ قد حبس الرجل لمجرد الاتهام فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهام ولو لم يأت فعلاً محرماً، وهذا العقاب الذي فرضه الرسول ﷺ بعمله تبرره المصلحة العامة، ويرره الحرص على النظام العام، لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدي إلى هربه، وقد يؤدي إلى صدور حكم غير صحيح عليه، أو يؤدي إلى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام⁽²⁾.

2/ ما فعل عمر رضي الله عنه بنصر بن حجاج، فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول: هل من سبيل إلى خمر فأشربها، أم من سبيل إلى نصر بن حجاج؟ فدعا عمر نصر بن حجاج، فوجده شاباً حسن الصورة، فحلق رأسه فازداد جمالاً، فنفاه إلى البصرة، خشية أن تفتن النساء بجماله، مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلاً محرماً⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أن التفي عقوبة تعزيرية وقّعها عمر رضي الله عنه على نصر بن حجاج؛ لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضارّ بصالح الجماعة، مع أن جماله هو الذي أو جده في هذه الحالة، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة، أو النظام العام⁽⁴⁾.

3/ ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها الشريعة جرائم، مع أن هذه الأفعال لا تعتبر جرائم في حق الصبيان غير المميزين، لأنهم ليسوا أهلاً للتكليف، فلا يعتبر إقدامهم على هذه الأفعال عصياناً،

(1) ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ط 1 (1389م/1970هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر، ج 5، ص: 218.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 1، ص: 150.

(3) ذكر الأثر ابن فرحون في تبصرة الحكام، ج 2، ص: 296 / وابن عابدين في حاشيته، ج 6، ص: 110.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 1، ص: 150.

ولا تعتبر أفعالهم معاصي⁽¹⁾ ومن ثمّ فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها ، ولكنهم يعزّرون لحماية المصلحة العامة⁽²⁾ .

4/ ومن الأمثلة أيضاً ، منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتّصاله بهم ضرر عليهم ، وحبس من اشتهر بإيذاء الناس ولو لم يقم عليه دليل أنّه أتى فعلاً معيّناً.

ومبدأ التعزير للمصلحة العامة يقوم على قواعد الشريعة العامة التي تقضي بأنّ الضرر الخاصّ يتحمّل لدفع الضرر العامّ ، وأنّ الضرر الأشدّ يزال بالضرر الأخفّ⁽³⁾ .

الفقرة الثالثة : التعزير على المخالفات : الأصل في التعزير أنّه على فعل المحرّمات وترك الواجبات وهذا متفق عليه ، ولكن الفقهاء اختلفوا في جواز التعزير على إتيان المكروه وترك المندوب ؛ ففريق يرى أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب⁽⁴⁾ ، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب⁽⁵⁾ .

وأساس اختلافهم في هذا الحكم هو اختلافهم في تعريف المكروه والمندوب ؛ فمن رأى أنّ المكروه هي بتخير الفعل وأنّ المندوب أمر بتخير في الفعل ، أو أنّ المكروه ليس نهياً والمندوب ليس أمراً ، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب ؛ لأنّ العقاب لا يكون إلّا بتكليف ، ومن رأى أنّ المندوب أمراً لا تخيير فيه ، وأنّ المكروه نهياً لا تخيير فيه ، قال بجواز العقاب على الفعل المنهى عنه، وترك المندوب إليه ، والقائلين بهذا الرأي مع تجويزهم العقاب لا يسمّون الفعل أو التّرك معصية ، ولا يسمّون الجاني عاصياً ، وإنّما يسمّون الفعل والتّرك مخالفة ، والجاني مخالفاً ، ويعلّلون ذلك بأنّ العصيان اسم ذمّ ، وأنّ الذّمّ أُسقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب⁽⁶⁾ .

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص : 64 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 8 ، ص : 21 .

(2) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص : 151 .

(3) المرجع نفسه ، نفس الجزء ، ص : 152 .

(4) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص : 63 / ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 294 .

(5) سيف الدّين الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ط (د ت ن) دار الكتب العلميّة — بيروت لبنان — ج 1 ، ص : 170 بتصرّف / ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 295 .

(6) الآمدي ، الإحكام ، ج 1 ، ص : 172 بتصرّف / أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، ط(دقن) ، دار العلوم الحديثة ، بيروت — لبنان ، ج 1 ، ص : 76 / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص : 155 .

ويحتج بعض القائلين بالعقاب بفعل عمر رضي الله عنه ، حيث مرّ على شخص أضجع شاة يذبحها، وجعل يحدّ الشفرة ، فعلاه بالدرة و قال له : هلاًّ حددتها أولاً ؟ ⁽¹⁾ ، والذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرّر إتيان المكروه و ترك المندوب حتّى يمكن العقاب ؛ فالعقاب عندهم ليس على الإتيان أو التّرك في ذاته و إنّما هو على اعتياد إتيان المكروه و ترك المندوب ، ويعتبرون أنّ العادة تتكون من تكرار الفعل مرّتين ⁽²⁾

(1) (2) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص 156 .



التعزير بالقول والتعزير بالفعل المتعلق بالبدن

التعزير في الشريعة الإسلامية أنواع كثيرة ، منها ما يكون بالقول ومنها ما يكون بالفعل ؛ فهو يتنوع بحسب قدر الجناية ومراتب الجاني ، وكذا بحسب اجتهاد القاضي أو الإمام ؛ لأنّ التعزير من شأنه الزجر والردع ، والناس منهم من يترجر بالتصحيح أو التوبيخ - القول - ومنهم من يترجر بالضرب ونحوه - الفعل - وسيتم الكلام عن التعزير بالقول أولاً ، ثم عن التعزير بالفعل ثانياً ، لكنني سأقتصر على الفعل المتعلق بالبدن فقط ، أما التعزير بالفعل المتعلق بالمال وسلب الحرية ومسّ الاعتبار فمكانه في المطلب الرابع والأخير من هذا المبحث ، وبهذا تكون دراسة هذا المطلب من خلال فرعين : الأول للتعزير بالقول ، والثاني للشقّ الأول من التعزير بالفعل .

الفرع الأول

التعزير بالقول

التعزير بالقول يتنوع كمايلي :

أولاً: الوعد: ويكون بالتذكير بالله والترغيب بما عنده من ثواب ، والتخويف بما لديه من عقاب⁽¹⁾ ، فيعزّر الرّجل بوعظه⁽²⁾ وهذه العقوبة نصّ عليها القرآن الكريم ﴿ وَاللّٰهُ يَخَافُوهَ نُشْزِزُوهٖ فَعِظُوْهُ... ﴾ النساء/ 34 ؛ فالمرأة التي لا تطيع زوجها أوّل ما يجب في عقابها الوعد .

ثانياً : الإعلام : وذلك بأن يرسل القاضي له رسولاً ، أو يقول له بنفسه " بلغني أنّك تفعل كذا"⁽³⁾ فيترجر به ، أو يرسل له القاضي أحد أعوانه فيأتي به إليه .

(1) أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد الجاوي ، ط (د ت ن) دار المعرفة ، بيروت_لبنان ، ج 1 ، ص : 417 .

(2) ابن تيمية ، السياسة الشرعية ، ص : 110 .

(3) الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 3 ، ص : 208 .

ثالثاً : التَّوْبِيخ : وذلك بإحضاره إلى المحكمة وتوبيخ القاضي له ، والاستخفاف به ، وشتمه (مثل أن يقول له : يا ظالم ، يا معتدي) ⁽¹⁾ وقد عزّر النبي ﷺ بالتوبيخ ، وذلك بقوله لأبي ذر رضي الله عنه "إِنَّكَ امرؤٌ فيك جاهلية " ⁽²⁾ ، وذلك عندما شتم أبو ذر رضي الله عنه رجلاً فعيّره بأمّه ، ويلحق بالتوبيخ نظر القاضي إليه بوجه عبوس ، أو بإعراضه عنه ، أو بطرده من مجلس القضاء .

رابعاً : التَّهْدِيد : وذلك بتهديد القاضي له بأنّه سيعاقبه بكذا وكذا إن عاد لفعلته ، ويجب أن يكون القاضي صادقاً في تهديده ، حتّى يكون التهديد والوعيد في محله فيزجر بذلك ⁽³⁾ .

الفروع الثاني

التعزير بالفعل المتعلق بالبدن

يتنوّع التعزير بالفعل المتعلق بالبدن إلى عقوبة الجلد والقتل تعزيراً :

الفقرة الأولى : عقوبة الجلد : الجلد مشروع بالقرآن والسنة :

- **فمن القرآن :** قوله تعالى ﴿ وَاللّٰهُ يَتَعَفَّوْهُ تَضَرُّعًا وَخُضُّعًا وَقَدْحًا شَدِيدًا ۚ وَاللّٰهُ عَظِيمٌ ۝۱۰۱ ﴾ ⁽⁴⁾ ، فمحلّ الشاهد في هذه الآية قوله تعالى ﴿ وَخُضُّعًا ۝۱۰۱ ﴾ فهو لفظ صريح على مشروعية التعزير بالضرب وإن كان المراد بالضرب هنا غير المبرح أي الخفيف .

- **ومن السنة :** قوله ﷺ : " لا يجلد أحد فوق عشر أسواط إلاّ في حدّ من حدود الله " ⁽⁵⁾ فمفهوم المخالفة للحديث يفيد أنّ الجلد مشروع وجائز بعشرة أسواط فأقلّ في غير الحدّ- أي في التعزير-

(1) منصور بن إدريس البهوتي ، كشّاف القناع عن متن الإقناع ، ط (1402 هـ / 1989 م) ج 6 ، ص 126 .

(2) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الإيمان ، رقم : 30 ، ج 1 ، 84 / رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الإيمان ، رقم 1661

(3) ابن سنان ، الجانب التعزيري في جريمة الزنى ، ص 51 .

(5) سبق تخريجه في ص 9 .

— عن عمرو بن شعيب قال : إذا وجد الغلول عند الرجل أخذ وجلد مائة ، وحلق رأسه ولحيته ، وأخذ ما كان في رحله من شيء إلا الحيوان ، وأحرق رحله ولم يأخذ سهماً في المسلمين أبداً ، قال وبلغني أن أبا بكر ، وعمر كانا يفعلانه ⁽¹⁾ .

كذلك قوله ﷺ عندما سئل عن سرقة التمر المعلق " هو ومثله معه والتكال ، وليس في شيء من التمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين ⁽²⁾ فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن الجن ⁽³⁾ ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن الجن ففيه غرامة مثلية وجلدات — نكال " ⁽⁴⁾ ، محلّ الشاهد في الحديث قوله ﷺ " وجلدات نكال " ، ففيه دلالة على مشروعية التعزير بالجلد .

وكذلك قوله ﷺ " علّموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر " ⁽⁵⁾ ففيه عقاب الأولاد بالضرب تعزيراً على ترك الصلاة ؛ والضرب نوع من أنواع التعزير .

وأما مقدار التعزير بالجلد فقد اتفق العلماء رحمهم الله تعالى على عدم تحديد أقلّة وأنه متروك لاجتهاد القاضي أو الإمام ، ولم يخالف في ذلك إلا العلامة القدوري ⁽⁷⁾ — رحمة الله تعالى — ، بحيث حدّد أقلّ الجلد بثلاث جلدات ، إلا أن الرّاجح عند الحنفية عدم التحديد ؛ حيث جاء في البحر الرائق " أقلّ التعزير بالضرب ثلاثة أسواط هكذا ذكر القدوري فكأنه يرى أن ما دونها لا يقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف باختلاف الأشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوّضاً إلى رأي القاضي يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه وعليه مشايخنا " ⁽⁷⁾ .

(1) مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الحدود ، ج 6 ، ص : 540 .

(2) الجرين موضع تخفيف التمر .

(3) الجنّ : الترس (انظر الطاهر أحمد الزاوي ، ترتيب القاموس المحيط للفيروز آبادي ، ط 3 ، سنة 1980 م ، الدار العربية للكتاب ، ج 4 ، ص : 207)

(4) سبق تخريجه في ص 10 .

(5) رواه البيهقي ، كتاب الصلاة ، باب على الآباء والأمهات من تعليم الصبيان ... رقم : 4870

(6) سوف تأتي ترجمته لاحقاً .

(7) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص : 212 / ابن نجيم زين الدين ، البحر الرائق ، ط 3 (1413هـ/1993م) ، دار المعرفة ، بيروت_لبنان ج 5 ، ص : 52 / تبين الحقائق ، ج 3 ، ص : 210 .

أما أكثر الجلد فقد اختلف فيه الفقهاء على أقوال :

أ/ مذهب الأحناف : اختلف الأحناف في تحديد أكثر التعزير بالجلد على أقوال ، حيث ذهب أبو حنيفة إلى أن أكثره تسعة وثلاثون سوطاً وعليه محمد بن الحسن ⁽¹⁾ وقال أبو يوسف ⁽²⁾ يبلغ به خمسة وسبعين سوطاً وهي ظاهر الرواية عنه ، وفي رواية أخرى عنه أن أكثره تسعة وسبعون سوطاً وهو قول زفر والأصل في نقصه عن الحدود قوله ﷺ "من بلغ حداً في غير حدّ فهو من المعتدين" ⁽³⁾ وهذا الحديث مرسل إلا أنه ذكر البيهقي بأن المرسل حجة موجبة للعمل عندهم وعند أكثر أهل العلم ⁽⁴⁾ .

و الرّاجح عند الحنفية أن أكثر التعزير بالضرب تسعة وثلاثون سوطاً ، حيث جاء في فتح القدير بعد ذكره الآراء السابقة : "يعرف أن ما ذكر مما تقدّم من أنه ليس في التعزير شيء مقدّر بل مفوّض إلى رأي الإمام ... أما إن اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين " ⁽⁵⁾

ب/ مذهب المالكية : ذكر العلامة ابن فرحون في تبصرة الحكام ⁽⁶⁾ آراء مروية عن الإمام مالك رحمه الله تعالى وهي :

— أنه لا يتجاوز في التعزير عن خمسة وسبعين سوطاً .

— أنه لا يجاوز به ثمانين .

— أنه أقصى ما ينتهي إليه ثلاثمائة ولا يزيد ، ولكن الرّاجح في مذهب المالكية عدم التحديد .

قال القرافي في الفرق السّادس والأربعين بعد المأتين بين قاعدة الحدود وقاعدة التعازير: "أنها غير مقدّرة واختلفوا في تحديد أكثره ، واتفقوا على عدم تحديد أقلّة فعندنا هو غير محدود بل بحسب الجناية والجاني والجني عليه ... ولنا إجماع الصّحابة ؛ لأنّ معن بن زائدة زور كتاباً على عمر رضي الله عنه ونقش خاتماً مثل خاتمه ، فجلده مائة ، فشفع فيه قوم ، فقال أذكرتموني الطّعن ، وكنت

(1) (2) سوف تأتي ترجمتها لاحقاً .

(3) رواه البيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في التعزير ، ج 8 ، ص 327 (وضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصّغير 427/3)

(4) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص : 211 بتصرّف .

(5) المصدر نفسه ، ج 5 ، ص : 349 .

(6) ابن فرحون ، تبصرة الحكام بهامش فتح العليّ المالك ، ج 2 ، ص : 300 .

ناسياً مجلده مائة أخرى ، ثم جلده بعد ذلك مائة أخرى ولم يخالف أحد ، فكان ذلك إجماعاً " (1) .

وقال ابن جزى (2) : " يجوز في المذهب التعزير بمثل الحدود وأقل وأكثر على حسب الاجتهاد " (3) .

نستنتج من هذا أن التعزير بالضرب عند المالكية غير محدود أقله وأكثره ؛ بل هو مفوض إلى اجتهاد الإمام بحسب ما يراه كافياً لجر المتهم ، حتى ولو بلغ الحد أو زاد عنه .

ج/ مذهب الشافعية : التعزير بالضرب عند الشافعية غير محدود أقله ، أما أكثره فمحدود ، لكنهم اختلفوا فيه على أربعة آراء يمكن تلخيصها فيما يلي (4) :

الرأي الأول : أن لا يبلغ التعزير بالضرب في الحر أربعين جلدة ، فيكون تسعاً وثلاثين جلدة فما دون ، وفي العبد لا يبلغ به عشرين ، فيكون تسع عشرة جلدة فما دون لحديث : " من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين " (5) .

الرأي الثاني : أن لا يبلغ به عشرين جلدة للحر والعبد .

الرأي الثالث : أن تقاس كل معصية بما يليق بها مما فيه حد ، فينقص تعزير مقدمة الزنا عن حده وإن زاد على حد القذف ، وتعزير السب عن حد القذف وإن زاد على حد الشرب .

الرأي الرابع : لا يزداد في تعزير الحر والعبد على عشرة أسواط - لحديث : " لا يجلد فوق عشرة

(1) شهاب الدين أبي العباس القرافي ، الفروق ط (دت ن) عالم الكتب ، ج 4 ، ص : 177-178 .

(2) أبو القاسم محمد بن أحمد بن عبد الله ابن جزى الكلبي ، الغرناطي ، ولد سنة 693 هـ / 1340 م ، من فقهاء المالكية ، كان عالماً بالأصول واللغة والقراءة ، قرأ على أبي جعفر بن الزبير ، وعلى أبي عبد الله بن العماد ، ولزم الخطيب أبا عبد الله بن رشيد ، وابن أبي الأحوص ، والقاضي بن رطل ، وغيرهم ، ومن تلاميذه لسان الدين بن الخطيب وغيره ، له مؤلفات في فنون مختلفة منها : وسيلة المسلم في تذيب صحيح مسلم ، الأقوال السنية في الكلمات السنية ، القوانين الفقهية وغيرها ، توفي سنة 741 هـ / 1294 م (الديباج المذهب لابن فرحون ، ص 388 / شجرة النور الزكية لحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 213 / الدرر الكامنة لابن حجر ، ج 3 ، ص 356)

(3) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ط (دت ن) دار الفكر ، ص : 307 .

(4) نهاية المحتاج ، ج 8 ، ص : 22 / محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ط (دت ن) دار الفكر - بيروت ، ج 4 ، ص :

193 .

(5) سبق تخريجه في ص 33 .

أسواط إلا في حدّ من حدود الله تعالى " (1) متفق عليه ، وهذا الرأي قال به بعض أصحاب الشافعي رحمة الله ، وقالوا أنّه على أصل الشافعي في اتباع الخبر ، ولو بلغه لقال به .

والراجح عند الشافعية التحديد بتسعة وثلاثين سوطاً فما دون للحرّ ، وبتسع عشرة جلدّة فيما دون للعبد . قال العلامة الشيرازي (2) : "ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود فإن كان على حرّ لم يبلغ به أربعين وإن كان على عبد لم يبلغ به عشرين" (3) .

وهناك رأي خامس للشافعية ينصّ على عدم التحديد - ذكره صاحب الوجيز في كتابه - حيث قال : "وأما قدره فلا يتقدّر أقلّه وأكثره" (4) .

د/ المذهب الحنبلي : التعزير بالضرب عند الحنابلة غير محدود أقلّه ، أمّا أكثره فمحدود ، لكن اختلفوا في تحديده على ثلاثة أقوال تختصر فيما يلي : (5)

- **القول الأول :** أنّه لا يزداد على عشر جلدات ؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنّه قال : " لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حدّ من حدود الله تعالى " (6)

- **القول الثاني :** أنّه لا يبلغ به أقلّ الحدود ، وهو إمّا أربعون جلدّة ، وإمّا ثمانون جلدّة .

ويحتمل أنّه أراد لا يبلغ به أدنى حد مشروع ، فلا يبلغ به أربعين سوطاً ؛ لأنّها حدّ العبد في الخمر والنفذ عند أبو حنيفة ، أو لا يبلغ به عشرين سوطاً في حقّ العبد ، وأربعين في حقّ الحرّ ؛ لأنّ ذلك حدّ الخمر عند الشافعي .

(1) سبق تخريجه في ص 9 .

(2) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف ، الفيروز آبادي ، الشيرازي ، ولد في فيروز آباد بفارس سنة 393 هـ / 1003 م ، وانتقل إلى شيراز ، فقرأ على علمائها ، وانصرف إلى البصرة ، ومنها إلى بغداد سنة 415 هـ ليواصل طلبه للعلم والبحث ، بعدها نبغ في علوم الشريعة الإسلامية ، فكان مرجع الطلاب ، ومفتي الأمة في عصره ، كان يدرّس في المدرسة النظامية ويديرها ، له مؤلفات كثيرة منها : المهذب في الفقه ، والتبصرة ، واللمع في أصول الفقه ، والمعونة في الجدل ، وغيرها ، مات ببغداد سنة 476 هـ / 1083 م ، وصلى عليه المقتدي العباسي (طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ، ج 4 ، ص 215 / وفيات الأعيان لابن خلكان ، ج 1 ، ص 29)

(3) أبو يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ط (دت ن) دار الفكر - بيروت ، ج 2 ، ص : 288 .

(4) أبو حامد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، دار الفكر ، ط (1414 هـ / 1994 م) دار الفكر بيروت لبنان .

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص : 342 .

(6) سبق تخريجه في ص 9 .

ويحتمل أنه أراد : لا يبلغ بكلّ جنابة حداً مشروعاً من جنسها ، ويجوز أن يزيد على حدّ غير جنسها ، فعلى هذا ما كان سببه الوطء جاز أن يجلد مائة إلاّ سوطاً لينقص عن الزّنا ، وما كان سببه غير الوطء لم يبلغ به أدنى الحدود .

والرّاجع عند الحنابلة التحديد بعشر جلدات إلاّ ما استثنى من ذلك في المذهب الحنبلي ، كواطء أمة زوجته ، والذي يأتي الجارية المشتركة ، و شارب الخمر في نهار رمضان ، وقد ذكر ذلك صاحب الكافي أنّه من وطئ أمة زوجته لكونها أحلّتها له جلد مائة ولا يرجم ولا يغرب ، أو أمة مشتركة فمائة إلاّ سوطاً ، أو شرب مسكراً في نهار رمضان فعشرين مع الحدّ ، ولا يزداد تعزير في غير ذلك على عشر جلدات ⁽¹⁾ .

هـ/ المذهب الظاهري : ذهب الظاهرية إلى عدم تحديد أقلّ التعزير بالضرب وأما أكثره فحدّده بعشر جلدات فقط . قال ابن حزم ⁽²⁾ : " وقالت طائفة أكثر التعزير عشرة أسواط فأقلّ ، ولا يجوز أن يتجاوز به أكثر من ذلك ، وهو قول أصحابنا " ⁽³⁾

سبب الخلاف ⁽⁴⁾ : وسبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة هو حديث : " لا يجلد فوق عشرة أسواط إلاّ في حدّ من حدود الله تعالى " وحديث " من بلغ حداً في غير حدّ فهو من المعتدين " .

أما الحديث الأوّل فهو مردود إلاّ عند الظاهرية وبعض فقهاء الشافعية والحنابلة ، والذين ردّوه قالوا بأنّه منسوخ بالأحاديث الواردة في جواز الزيادة على عشرة أسواط ، أو أنّه مقصور على زمن النبي ﷺ لقوّة الوازع الدّيني في ذلك .

(1) موفق الدين بن قدامة ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، ط (1414 هـ / 1994 م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان ، ج 4 ، ص 138 .

(2) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد ، ينتهي نسبه إلى أمية بن عبد شمس ، ولد بقرطبة سنة 384 هـ ، كان حافظاً عالماً بعلوم الحديث والفقه ، كان شافعيّاً ثمّ انتقل إلى المذهب الظاهري ، توفي سنة 456 هـ ، من مؤلفاته : الإيصال إلى فهم الخصال _ مجمع شرائع الإسلام في الواجب والحلال والسنة والإجماع ، وغيرها (وفيات الأعيان لابن خلكان ، ج 3 ، ص 325 _ 330 / تذكرة الحفاظ للذهبي ، ج 3 ، ص 1146 _ 1155)

(3) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، الخلّي بالآثار ، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ، (د ت ن) دار الفكر ، بيروت _ لبنان ، ج 13 ، ص : 482_483 .

(4) ابن سنان ، الجانب التعزيري في جريمة الزّنى ، ص : 64_65_66 .

أمّا الحديث الثّاني فهو المعتمد عند أصحاب المذاهب الثلاثة إلّا المالكيّة ردّوه بإجماع الصّحابة على خلافه ، بحيث أنّهم لم ينكروا على عمر رضي الله عنه في مجاوزته الحدّ في ضربه لمعن ابن زائدة مائة جلدة ثلاث مرّات ، وكذلك جلده لصبيغ جلدًا كثيرًا غير محدود .

والذين أخذوا بالحديث اختلفوا في المراد من كلمة (حدّ) الواردة فيه ، فهناك من حمّله على أنّه حدّ العبيد احتياطاً ، واعتبره أدنى الحدود ، وهناك من حمّله على حدّ الأحرار وهو ثمانين أو أربعين على الخلاف السّابق ، وهناك من صرفه إلى الحدّ عموماً ، فلا يبلغ بالتّعزير في معصية لها من جنسها حدّ مقدّر ذلك الحدّ .

والذي يظهر لي في مسألة تحديد أكثر التعزير، جمعاً بين جميع الأدلّة التي أستدلّ بها كل فريق وعدم تعطيل لأيّ منها ، فإنّ الأدلّة التي منعت أن يتجاوز التعزير مقدار الحدّ مثل قوله صلى الله عليه وآله " من بلغ حدّاً في غير حدّ فهو من المعتدين " وقوله " لا يجلد فوق عشر جلدات إلّا في حدّ من حدود الله تعالى " فإنّها محمولة على المعاصي التي لها حدّ مقدّر من جنسها ، فلا يبلغ بالتّعزير ذلك الحدّ ؛ إذ كيف يدرأ الحدّ للشبهة ثمّ يعاقب العاصي بعقوبة تعزيرية تساوي الحدّ أو تفوقه ، فهذا لا يتماشى مع العدالة الإلهية السّمحة ، ويؤيد هذا الكثير من الأحاديث والآثار السّابق ذكرها ، مثل ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال في الذي يأتي جارية امرأته إن كانت أحلتها له (جلد مائة) وإن لم تكن أحلتها (رجم) .

— عن أبي بشر عن حبيب بن سالم أنّ رجلاً وقع بجارية امرأته فأدت امرأة التّعمان بن بشير فأخبرته ، فقال : أمّا إنّ عندي في ذلك خبر شاف عن رسول الله صلى الله عليه وآله ، إن كنت أذنت له جلده مائة وأن كنت لم تأذني له رجمته " (1) .

فنرى أنّ الرّسول صلى الله عليه وآله في هذا الحديث قد درأ الحدّ للشبهة ، وجعل العقوبة تعزيرية — وهي جلد مائة — بدلاً من الحدّ الذي هو الرّجم ؛ لأنّ الفاعل هنا محصن .

ومن الأدلّة أيضاً : عن سعيد ابن المسيّب " في جارية كانت بين رجلين فوقع عليها

(1) عبد الله بن محمد بن أبي شيبة ، المصنّف في الأحاديث والآثار ، ط (1414هـ/1994م) دار الفكر ، بيروت — لبنان ، ج 6 ، كتاب الحدود ، رقم 76 ، ص : 519 .

أحدهما ، قال : " يضرب تسعة وتسعين سوطاً " (1) .

وفي هذا دليل على درأ الحدّ للشبهة وجعل العقوبة تعزيرية وهي أن يسقط سوطاً واحداً عن الحدّ حتّى يوافق النصوص السابقة التي تدلّ على التّهي . فهذه الأدلة وغيرها تدلّ على أنّ المعاصي التي لها حدّ من جنسها لا يجوز أن يبلغ فيها التّعزير الحدّ .

أمّا الأحاديث والآثار الأخرى التي تدلّ على عدم التّقييد بمقدار معيّن ، وجواز الزّيادة على عشرة أسواط ، فسوف نرى أنّها كلّها في المعاصي التي ليس من جنسها حدّ مقدّر ، ومن هذه الأدلة :

- ما روي أنّ معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ، ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالاً ، فبلغ عمر رضي الله عنه ؛ فضربه مائة وحبسه ، فكلم فيه فضربه مائة أخرى ، فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه " (2) .

نلاحظ هنا أنّ مائة جلدة قد تجاوزت عشر جلدات الواردة في حديث التّهي ، وذلك لأنّ التّزوير معصية ليس لها من جنسها حدّ مقدّر ، فلا مانع إذاً في عدم تحديد أكثر التّعزير ، لهذا نجد أنّ عمر اجتهد في عقابه ، بحيث جلده ثلاث مرات ، في كلّ مرّة مائة جلدة .

ومن الأدلة أيضاً فعل عمر رضي الله عنه بصبيغ حيث جلده جلداً غير محدود لسؤاله عن متشابه القرآن ، وأمره للنّاس أن يتفقّوها في ذلك ، فعزّره عمر بذلك ؛ لأنّ المعصية ليس من جنسها حدّ مقدّر (3) .

إذن فالتحديد يكون في المعاصي التي درأ الحدّ فيها بالشبهة ، ولا يجوز للإمام أن يبلغ فيها الحدّ ، وعدم التّحديد يكون في المعاصي التي ليس من جنسها حدّ مقدّر ، فيجتهد فيها الإمام بحسب ما يراه مناسباً لزجر العاصي ، وليس معنى هذا أن يستخدم هواه أو أغراض أخرى ، والله أعلم .

(1) مصتّف ابن أبي شيبة ، ج 6 ، كتاب الحدود ، رقم 2 ، ص : 518 .

(2) سبق ذكر الأثر .

(3) سبق ذكر الأثر .

الفقرة الثانية : القتل تعزيراً : اختلف الفقهاء في جواز أن يبلغ بالتعزير القتل ، فذهب بعضهم إلى عدم جوازه ذلك ، ويرون أن عقوبة من تكرر منه فعل الجرائم ولم يترجر بحد ، أو تعزير بضرب ، أو حبس مؤقت ؛ فإنه يحبس ويخلد في السجن حتى يموت ، أو تظهر توبته (1) .

وذهب بعضهم إلى جواز أن يبلغ بالتعزير القتل و لكنهم لم يتوسّعوا في ذلك بل حصروه في حالات معينة (2) .

قال شيخ الإسلام بن تيمية (3) رحمه الله تعالى : " من تكرر منه فعل الفساد ولم يرتدع بالحدود المقدرة ؛ بل استمر على ذلك الفساد ، فهو كالصائل الذي لا يندفع إلا بالقتل فيقتل ... ، ومن هذا الباب الجاسوس المسلم الذي يخبر بعورات المسلمين ، ومنه الذي يكذب بلسانه أو بخطه ، أو يأمر بذلك حتى يقتل به أعيان الأمة : علماؤها ، وأمرؤها ؛ فتحصل بكذبه أنواع كثيرة من الفساد ، فهذا متى لم يندفع فسادة إلا بقتله فلا ريب في قتله ، وإن جاز أن يندفع ، وجاز أن لا يندفع قتل أيضاً وعلى هذا قوله تعالى ﴿ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ ﴾ المائدة / 32 وقوله : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ﴾ المائدة / 33 . ثم قال : أما إن اندفع الفساد الأكبر بقتله لكن قد يبقى فساد دون ذلك ، فهو محل نظر " (4) .

ودليل ابن تيمية فيما ذهب إليه ما روي عن الرسول ﷺ أنه قال : " من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشقّ عصاكم أو يفرّق جماعتكم فاقتلوه " وفي رواية " إنه ستكون هُناك وهُناك ، فمن أراد أن يفرّق أمر هذه الأمة وهي جميع فاضربوه بالسيف كائناً من كان " (5) .

(1) (2) ابن سنان ، الجانب التعزيري في جريمة الزنى ، ص : 76 .

(3) سوف تأتي ترجمته لاحقاً .

(4) تقي الدين أحمد بن تيمية ، الاختيارات الفقهية ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ط (دت ن) دار المعرفة ، بيروت_لبنان ، ص :

303_302_300 .

(5) أخرجه مسلم في صحيحه ، (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 12 ، كتاب الإمارة ، ص 241_242) .

قال ابن فرحون رحمه الله : " وعندنا يجوز قتل الجاسوس المسلم إذا كان يتجسس بالعدو ، وإليه ذهب بعض الحنابلة ، وأما الدّاعية إلى البدعة المفرقة لجماعة المسلمين فإنه يستتاب ، فإن تاب وإلا قتل . وقال بذلك بعض الشافعية في مثل الدّاعية ، كالجهمية ⁽¹⁾ ، والروافض ⁽²⁾ ، والقدرية ⁽³⁾ " ⁽⁴⁾ .

وقال ابن عابدين في شرحه لقول صاحب الدر المختار " ويكون التعزير بالقتل " فقال : رأيت في الصّارم المسلول للحافظ بن تيمية . أنّ من أصول الحنفية أنّ ما لا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثل ، والجماع في غير القتل إذا تكرّر فللإمام أن يقتل فاعله ... ، ثمّ قال : وحاصله : أنّ له — أي الإمام — أن يعزّر بالقتل في الجرائم التي تعظمت بالتكرار ، وشرع القتل في جنسها ، وبهذا أفق أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي صلى الله عليه وسلّم من أهل الذمة ، وإن أسلم بعد أخذه وقالوا يقتله سياسة ... ، وكذا للإمام قتل السارق سياسة إذا تكرّر منه ، وكذا من تكرّر الخنق منه في المصر قتل به سياسة لسعيه بالفساد ، وكلّ من كان يدفع شرّه بالقتل ، وكذا السّاحر أو الزنديق الدّاعي إذا أخذ قبل توبته ثمّ تاب لم تقبل توبته ويقتل ، ولو أخذ بعدها قبلت ، وأنّ الخنّاق لا توبة له " اهـ ⁽⁵⁾ .

يتبيّن لي من خلال هذا أنّ أكثر الجرائم التي يبيح فيها الحنفية القتل تعزيراً أو سياسة يعاقب عليها بالقتل حداً أو قصاصاً في المذاهب الأخرى ، فما يُظنّ توسّعاً في مذهب الحنفية من هذه الوجهة ، هو توسّع ظاهريّ في أكثر الحالات .

(1) **الجهمية** : أتباع جهم بن صفوان السمرقندي ، الذي قال بالإجبار والاضطرار إلى الأعمال ، وأنّ الجنة والنار تفنيان ، وأنّ الإيمان هو المعرفة بالله فقط ، والكفر هو الجهل بالله فقط ، ونسب الأعمال إلى العباد على سبيل الحجاز ، وعلم الله حادث ، ولا يصفون الله بما يجوز إطلاقه على غيره .

(2) **الروافض** : فرقة من شيعة الكوفة سمّوا بذلك ؛ لأنّهم رفضوا زيد بن علي حين نهاهم عن الطعن في الصحابة فلمّا عرفوا مقالته ، وأنّه لا يبرأ من الشّيعين رفضوه ثمّ استعمل هذا اللّقب في كلّ من غلا في هذا المذهب وأجاز الطعن في الصحابة (المصباح المنير ، ج 1 ، ص 232)

(3) **القدرية** : هم نفاة القدر ، ونسبوا إلى القدر لنفيهم إيّاه ، حيث قالوا : إنّ الأمر أنف — أي أنّ الله تعالى لم يقدر على خلقه شيئاً ممّا هو عليه —

(انظر في كلّ هذا الشّهستاني ، الملل والنحل ، تحقيق محمد سيّد كيلاني ، ط 1404 هـ / 1985م ، دار المعرفة — بيروت لبنان ، ج 1 ، ص 43 — 44 — 85 — 86 — 87 — 114 — 115 — 139 — 146 — 147)

(4) تبصرة الحكماء ، ج 2 ، ص : 302 .

(5) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 107 بتصرف/ محمد علاء الدين الحصكفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، بهامش حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 107 .

هذا وعقوبة القتل تعزيراً جاءت في الحقيقة استثناءً من قاعدة "الأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب" وذلك لما تقتضيه المصلحة العامة ، ونظراً لهذا لا يُتوسّع فيه ، ولا يترك أمره للقاضي ككلّ العقوبات التعزيرية ؛ بل يجب أن يعيّن وليّ الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل ، وقد اجتهد الفقهاء في تعيين هذه الجرائم وتحديدتها كما تبين ، ولم يبيحوا القتل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك ؛ فالشريعة الإسلامية لا تُسرف في عقوبة القتل ، ولا تفرضها دون مقتضى وهذا من أهم مميزاتا وهو سرّ تفوّقها على كافّة القوانين الوضعيّة التي تُسرف في هذه العقوبة إلى حدّ بعيد ⁽¹⁾ .

(1) انظر عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص 688 - 689 .

المطلب الرابع

التعزير بالفعل المتعلق بسلب الحرية ومسّ الاعتبار والمال

سبق وأن ذكرت بأن العقوبة التعزيرية تتنوّع وتتعدّد بحسب تنوّع الجرائم واختلافها ، من حيث قدر الجنائية وخطورتها أو عدم ذلك ، وكذا بحسب مرتبة الجاني ، لهذا سأواصل بيان أنواع العقوبة التعزيرية في هذا المطلب والتي تتعلّق بسلب الحرية ، ومسّ الاعتبار ، والمتعلّقة بالمال ، وسأدرس إن شاء الله تعالى كلّ مسألة على حدة في فرع خاصّ بها وذلك كمايلي :

الفرع الأول

العقوبة السالبة للحرية

تتمثّل العقوبة السالبة للحرية في عقوبة الحبس ، وعقوبة النفي تعزيراً .

الفقرة الأولى : عقوبة الحبس : في هذه الفقرة سأعرّف الحبس لغة وشرعاً ، ثمّ أبين دليل مشروعيتها ، ومتى يشرع في حقّ الجاني ، وما هي أنواعه :

أولاً : تعريف الحبس :

— **تعريفه لغة :** المنع ، وهو مصدر حبسته ، ثمّ أطلق على الموضع ، وحبسته بمعنى وقفته ، فهو حبس ، والجمع حبس ⁽¹⁾ .

— **تعريفه شرعاً :** هو " تعويق الشّخص ومنعه من التصرف بنفسه ، سواء كان في بيت ، أو مسجد ، أو كان يتوكل الخصم ، أو وكيله عليه وملازمته له ... وكان هذا هو الحبس على عهد النبي ﷺ وأبي بكر الصديق رضي الله عنه ، ولم يكن لهم محبس معدّ لحبس الخصوم ، ولكن لما انتشرت الرّعية في زمن عمر رضي الله عنه ابتاع بمكة داراً جعلها سجناً يحبس فيها " ⁽²⁾ .

(1) الفيومي ، المصباح المنير ، كتاب الحاء ، ج 1 ، ص : 118 .

(2) ابن القيم ، الطّرق الحكمية ، فصل في دعاوى التهم ، ج 1 ، ص 141 .

ثانياً : دليل مشروعية الحبس :

— حديث: " أن النبي ﷺ حبس في قهمة احتياطاً واستظهاراً يوماً وليلة " (1) .

— أنه ﷺ " حبس رجلاً في قهمة ثم خلّى عنه " (2) .

فمحلّ الشاهد من هذه الأحاديث هو فعله ﷺ - الحبس - فكان ذلك دليل على مشروعية الحبس .

كما ثبت أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كان له سجن ، وتبعه في ذلك عثمان ، وعلي رضي الله عنهما (3) .

ثالثاً : متى يشرع الحبس : ذكر القرافي المالكي ثمانية مواضع يشرع فيها الحبس (4) :

- 1/ يحبس الجاني لغيبة المجنى عليه ، حفظاً لمحل القصاص .
- 2/ حبس الآبق سنة ، حفظاً للمالية رجاء أن يعرف صاحبه .
- 3/ يحبس الممتنع عن دفع الحقّ إلجاء إليه .
- 4/ يحبس من أشكل أمره في العسر واليسر اختياراً لحاله ، فإذا ظهر حاله حكم بموجبه عسراً أو يسراً .
- 5/ الحبس للجاني تعزيراً وردعاً من معاصي الله تعالى .
- 6/ يحبس من امتنع من التصرف الواجب الذي لا تدخله النيابة ، كحبس من أسلم متزوجاً بأختين ، أو عشرة نسوة ، أو امرأة وابنتها ، وأمتنع من تعيين واحدة .
- 7/ من أقرّ بمجهول عيناً أو في الذمة وامتنع من تعيينه ، فيحبس حتّى يعينه ، فيقول : العين هو هذا الثوب ، أو هذه الدابة ونحوهما ، أو الشيء الذي أقررت به دينار في ذمتي .

(1) رواه الطبراني في المعجم الأوسط ، ج 7 ، ص 190 .

(2) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الأقضية ، باب في الحبس في الدين وغيره ، ج 2 ، ص 177 ، رقم : 3630 / ورواه الترمذي في سننه ، كتاب اللّيات ، باب ما جاء في الحبس في التهمة ، ج 3 ، ص 110 ، رقم : 1422 ، وقال حديث حسن / ورواه التّسائي في سننه ، كتاب قطع السّارق ، باب امتحان السّارق بالضّرب والحبس (سنن التّسائي بشرح السيوطي ، ج 8 ، ص 66) والحدّيث صحّحه الحاكم في مستدرّكه ، حيث قال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرّجاه ، ج 4 ، ص 114 ، رقم 7063 / وقال الألباني في الإرواء " حديث حسن " ج 8 ، ص 55

(3) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 231 _ 232

(4) القرافي ، الفروق ، ج 4 ، ص : 79

8/ يحبس الممتنع في حقّ الله تعالى الذي لا تدخله التّياّبة عند الشّافعية كالصّوم ، وعند المالكية يقتل كالصلاة .

قال القرافي : وماعدا هذه الثمانية لا يجوز الحبس فيه ، ولا يجوز الحبس في الحقّ إذا تمكّن الحاكم من استفائه ، فإن امتنع المدين من دفع الدّين وعرف ماله ، أخذنا منه مقدار الدّين ولا يجوز لنا حبسه ، وكذلك إذا ظفرنا بماله أو داره ، أو شيء يباع في الدّين رهناً كان أو غيره ، فعلنا ذلك ولا نحسه ؛ لأنّ في حبسه استمرار ظلمه ، ودوام المنكر في الظّلم .

رابعاً : أنواع الحبس : والحبس كعقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية ينقسم إلى قسمين :

- **النوع الأول : الحبس المحدّد المدّة :** يكون في الجرائم العادية إذا كان تعزير الجاني فيها بالضرب غير رادع له ، فيضاف إليه الحبس إذا رأى الحاكم ذلك حسب اجتهاده ، وكذا إذا رأى أنّ الحبس يكفي كعقوبة رادعة بدون الجلد وغيره ، ويكون كذلك في الامتناع عن أداء الحقوق مع القدرة ، كأداء الدّيون والأمانات وغيرها ⁽¹⁾ .

وأقلّ الحبس غير مقدّر عند الفقهاء رحمهم الله ، فهو يرجع إلى اجتهاد القاضي بما يرى فيه الكفاية للردّع والزجر ، أمّا أكثره فغير محدود عند الجمهور ؛ بل هو كذلك راجع إلى اجتهاد الحاكم بما يراه كافياً للزجر والردّع .

جاء في الأحكام السلطانية : " الحبس يكون بحسب الشّخص وجنّيته ، فمنهم من يحبس يوماً ، ومنهم من يحبس أكثر من ذلك إلى غير غاية مقدّرة " ⁽²⁾ .

وقال ابن فرحون : " وأمّا قدر مدّة الحبس فيختلف باختلاف أسبابه وموجباته ومقتضى مذهبه أنّه موكول إلى اجتهاد الحاكم " ⁽³⁾ .

أمّا الشّافعية فذهبوا إلى تحديد أكثره بحيث لا يبلغ التعزير بالحبس للحرّ سنة ؛ بل

(1) ابن سنان ، الجانب التعزيري في جريمة الزّنى ، ص : 72 .

(2) أبو يعلى محمد الحسين الفراء ، الأحكام السلطانية ، تعليق محمد حامد الفقي ، ط 3 (1408هـ/1987م) ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ص : 279 بتصرّف .

(3) ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 329 _ 330 بتصرّف .

ينقص عنها بحسب اجتهاد الحاكم بما يراه كافياً للردع والزجر ، وذلك عملاً بحديث " من بلغ حداً في غير حدّ فهو من المعتدين " (1) .

قال ابن نجيم (2) في البحر : " وتقدير مدة الحبس راجعة إلى الحاكم " (3) . إلا أن ما ذهب إليه الشافعية ليس على إطلاقه ؛ لأن محله إذا كان التعزير في حقوق الله تعالى ، أو في حقّ العباد من غير المال ، فالتعزير لوفاء الحقّ المالي بالحبس يثبت حتّى يؤدي المعزّر ما عليه ، أو يثبت إعساره (4) وهذا هو الرّاجح عند الشافعية ؛ لأن بعض الشافعية ذهبوا إلى تقدير أكثره بشهر في الاستبراء والكشف ، وبسنة أشهر للتأديب والتقويم .

أقول وعدم تحديد التعزير بالحبس هو الأولى ؛ لأنّ هناك من يترجر بحبس ساعة ، وهناك من لا يترجر بالمؤبد فهو يختلف بحسب طبيعة الجاني والجناية المرتكبة ، فالأفضل أن يكون موكولاً لاجتهاد الحاكم بما يرى فيه الكفاية في الردع والزجر ، ولكن ينبغي للإمام العادل عدم المبالغة والله أعلم .

(النوع الثاني: الحبس غير المحدّد المدّة : ويكون في حالة ارتكاب الجاني لأكثر من جريمة ، أو ارتكابه لجريمة معينة أكثر من مرّة ولم يترجر بضرب ولا حبس مؤقت ، فحينئذ لا مانع من سجنه حتّى يتوب أو يموت في السجن ليكتفي الناس من شرّه (5) ، وهذا ما يظهر من خلال الآثار وأقوال العلماء الآتية :

__ فقد سجن عثمان بن عفّان رضي الله عنه صابئ بن الحارث ، وكان من لصوص بني تميم وقتلهم حتّى مات في الحبس (6) .

(1) سبق تخريجه في ص 33 .

(2) زين الدّين بن إبراهيم بن محمد ، الشّهير بابن نجيم ، من فقهاء الحنفية ، مصريّ الأصل ، له تصانيف منها : الأشباه والتّظانير - البحر الرّائق شرح كتر الدّقائيق لحافظ الدّين التّسفي - الرّسائل الزّينية - الفتاوى الزّينية ، وغيرها توفي سنة 970 هـ - شذرات الذهب لابن عماد ، ج 8 ، ص 358 / الفتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي ، ج 3 ، ص 78 / الأعلام للزّركلي ، ج 3 ، ص 64)

(3) ابن نجيم ، البحر الرّائق ، ج 5 ، ص : 46 .

(4) انظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج 8 ، ص : 22 .

(5) ابن سنان ، الجانب التعزيري في جريمة الزّنى ، ص : 74 .

(6) انظر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، الإصابة ، تحقيق علي محمد البجاوي ، ط 1 ، سنة (1412هـ / 1992م) دار الجبل ، بيروت - لبنان ، ج 3 ، ص 498 ، القسم الثالث من حرف الضّاء المعجمة ، برقم : 4210 .

ومن أقوال العلماء : جاء في كشّاف القناع : ونصّ أحمد في المبتدع الدّاعية : " يحبس حتّى يكفّ عنها ، ومن عُرف بأذى النَّاس ، وأذى ما لهم حتّى بعينه ولم يكفّ عن ذلك ، حبس حتّى يموت أو يتوب " (1).

وجاء في نهاية المحتاج : " وأفقي أحد علمائنا (2) بإدامة حبس من يكثّر الجناية على النَّاس ، ولم يفد فيه التّعزير (3) إلى موته (4) .

وجاء في البحر : " ومن يتّهم بالقتل ، والسّرقة ، وضرب النَّاس يحبس ، ويخلّد في السّجن إلى أن يظهر التّوبة " (5) .

وجاء في فتح القدير : " وكذا المغّي ، والمختّ ، والنّائحة يعزّرون ويحبسون حتّى يحدثوا توبة " (6) .

وقال ابن فرحون : " ومن اتّهم بالسّرقة وهو معروف بها حبس أبداً حتّى يموت بالسّجن ، ومن أخذ من أموال النَّاس بدين أو يتّجر ، ثمّ زعم أنّه لا شيء معه ، ولم يعلم أنّه عطب ولا سرق ولا نكب ضرب بالسيّاط من الجميع وغيرها حتّى يؤدّي ما عليه ، أو يموت في الحبس ، أو يتّين للإمام أنّه لا شيء معه فيطلقه بعد أن يحلف (7) .

(الفقرة الثّانية : عقوبة النّفي تعزيراً : أجمع (8) الفقهاء رحمهم الله تعالى على جواز التّفي تعزيراً إذا تعدّت أفعال الجاني إلى اجتذاب غيره إليها أو إضراره بها (9) ، والأصل في هذه العقوبة ما يلي :

(1) البهوتي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص : 126 .

(2) هو العزّ بن عبد السّلام .

(3) يقصد العقوبات التعزيرية الأخرى .

(4) نهاية المحتاج ، ج 8 ، ص : 22 بتصرّف .

(5) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 5 ، ص : 46 .

(6) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ، ص :

(7) ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 321_156 .

(8) الماوردي ، الأحكام السلطانيّة ، ص : 310 / برهان الدّين علي بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية على شرح بداية المبتدي ،

بهامش شرح فتح القدير ، ج 5 ، ص : 244

(9) أبو يعلى ، الأحكام السلطانيّة ، ص : 292 .

أ/ حديث " لعن رسول الله ﷺ المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء ، قال: أخرجوهم من بيوتكم وأخرج فلاناً وأخرج فلاناً " (1)

ب/ حديث " أن النبي ﷺ أتى برجل قد خضب يديه ورجليه فقال ما هذا ؟ فقيل أنه يتشبه بالنساء، فأمر به فنفي إلى النقيع " (2) فالحديثين دليلين على جواز النفي تعزيراً .

أما من فعل الصحابة :

— نفي عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن بن زائدة بعد أن جلدته ؛ وذلك لتزويره خاتماً مثل خاتم بيت المال وأخذ به مالا ، وكذا نفيه لصبيغ بعد أن جلدته جلداً شديداً لسؤاله عن المشابهات في القرآن ، وكذا نفيه لنصر بن حجاج وذلك عندما سمع وهو يعسّ بالليل امرأة تقول : هل من سبيل إلى خمر فأشربها أو من سبيل إلى نصر بن حجاج ؛ فطلبه عمر رضي الله عنه ، فأتي به فإذا هو غلام جميل ؛ فأمر بحلق رأسه فازداد جمالاً فأمر بنفيه إلى البصرة (3) .

وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في قدر مدة النفي تعزيراً :

— ذهب الحنفية إلى عدم التقدير ، وأنّ ذلك راجع لاجتهاد الإمام إذا رأى أنّ في التغريب مصلحة ، ويرون كذلك أنّ التغريب في الزنا لغير المحصن يعتبر من باب التعزير إذا رأى الإمام المصلحة في تغريبه وليس حداً كما يراه غيرهم (4) .

— ويرى المالكية عدم التحديد ، وأنّ ذلك راجع إلى اجتهاد الحاكم بما يراه كافياً للزجر — فشان ذلك شأن باقي أنواع التعازير الأخرى — .

— وذهب الحنابلة والشافعية إلى تقدير مدة النفي تعزيراً بما دون الحول ولو بيوم . جاء في الأحكام السلطانية : " وغاية نفيه مقدّر بما دون الحول ، ولو بيوم لئلا يصير مساوياً لتغريب الحول في الزنا " (5) .

(1) سبق تخريجه في ص 10 .

(2) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الأدب ، باب في الحكم في المخنثين ، ج 2 ، ص 468 ، رقم : 4928 ، وقال الألباني صحيح (انظر صحيح أبي داود ، ج 4 ، ص 282)

(3) سبق تخريج هذه الآثار .

(4) الهداية بهامش فتح القدير ، ج 5 ، ص : 244 .

(5) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص : 310 بتصرف .

والذي أميل إليه اختيار القول بعدم التحديد ؛ لأنّ ذلك راجع إلى اجتهاد القاضي بما يراه كافياً للزجر والردع ؛ ولأنّ العقوبة وردت في الأحاديث والآثار مطلقة دون تقييد بمدة .

الفرع الثاني

العقوبة الماسة بالاعتبار

وتتمثل العقوبة التعزيرية الماسة بالاعتبار في : عقوبة التشهير ، وعقوبة الهجر ، وعقوبة الصلب .

الفقرة الأولى : عقوبة التشهير : تتمثل هذه العقوبة في إعلام الناس بجريمة المحكوم عليه تنكيلاً به حتى يحذر الناس من شره ، وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله الحالات التي يكون فيها التشهير جائزاً كعقوبة تعزيرية ، وذلك على سبيل التمثيل وليس على سبيل الحصر ؛ لأنّ التشهير بالجرم تعزيراً راجع إلى اجتهاد القاضي أو الإمام ، وذلك بحسب كلّ حادثة .

جاء في كشاف القناع : " ويجوز أن يُنادى عليه بذنبه إذا تكرر الذنب منه ولم يُقلع ، ويعزّر شاهد الزور بما يراه الحاكم إن لم يخالف نصّاً أو معنى نصّاً ، ويطاف به في المواضع التي يشتهر فيها ، فيقال إنّنا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه ، ليحصل إعلام الناس بذلك " (2) .

قال ابن فرحون : " أنّ مالكا قال في الفسّاق المدمنين أرى أن يُطاف بهم و يعلن أمرهم ويفضحون " ثمّ قال : " وإذا ثبت عند القاضي أنّ بعض الشهود يشهد بالزور ، ويأخذ الجعل على شهادة الزور عزّر على المأل - وهذا فيه تشهير - (3) .

وقال في موضع آخر : يجوز تجريد المعزّر من ثيابه إلّا ما يستر عورته ، وإشهاره بين الناس ، والتداء عليه بذنبه عند تكرّره منه ، وعدم إقلاعه " (4) .

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية : " والقوادة التي تفسد النساء والرجال أقلّ ما يجب

(1) البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص : 442_125 بتصرّف .

(2) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص : 177 _ 315 بتصرّف .

(3) المرجع نفسه ، ج 2 ، ص : 304 .

على الحاكم فيها الضرب البليغ ، وينبغي تشهيرها بذلك بحيث يستفيض هذا في النساء والرجال" (1) .

وقال الماوردي : " يجوز في نكال التعزير أن يجرد من ثيابه إلا قدر ما يستر عورته ، ويشهر في الناس ، وينادى عليه بذنبه إذا تكرّر منه ، ولم يتب " (2) .

الفقرة الثانية : عقوبة الهجر : الأصل في هذه العقوبة التعزيرية القرآن الكريم ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ وَاللَّيْئِي تَخَافُونَ نُزُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ وَلَا ضَرْبُ لَهُمْ فِي الْمَسَاجِعِ ... ﴾ النساء / 34 ، ومحلّ الشاهد في قوله تعالى ﴿ وَلَا ضَرْبُ لَهُمْ ﴾ وذلك عند عصيان المرأة لزوجها بعد الوعظ طبعاً .

كما دلّت على مشروعية هذه العقوبة السنة الفعلية ، بحيث استعمل الرسول ﷺ الهجر كعقوبة تعزيرية في الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك - كعب بن مالك ، ومُرارة بن الربيع ، وهلال ابن أمية - فأمر الصحابة رضوان الله عنهم بهجرهم ، وعدم التحدّث إليهم حتّى نزل القرآن بقبول توبتهم والعفو عنهم (3) .

كما دلّ على هذه العقوبة ما فعله عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بصبيغ عندما كان يسأل عن الذاريات وغيرها ، ويأمر الناس بالتفقه عن المشكلات في القرآن ، فضربه ضرباً شديداً ونفاه إلى البصرة ، وأمر بهجره وعدم التحدّث إليه ، وعدم مجالسته حتّى تاب (4) ، وقد ذُكر في موضع الكلام عن التعزير بالضرب .

إلا أنّ هذه العقوبة إذا كانت ناجعة في عهد النبوة والخلفاء الراشدين وأتت ثمارها ، فلن تكون كذلك في هذا العصر لقلة الورع وضعف الوازع الديني ، إذ قد يكون الهجر راحة للعاصي.

(1) ابن تيمية ، الاختيارات الفقهية ، ص : 305 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص : 127 .

(2) الأحكام السلطانية للماوردي ، ص : 314 .

(3) انظر السيرة النبوية لابن هشام ، ج 4 ، ص : 162 .

(4) سبق تخريجه في ص 11 .

الفقرة الثالثة : عقوبة الصلب : تتمثل هذه العقوبة في صلب الجاني حياً ، لا يُمنع من طعام أو شراب أو وضوء أو صلاة ، ولكنه يصلّي إيماءً ، هذا ما هو ظاهر من كلام العلماء الآتي ، وهذه العقوبة تكون بحسب اجتهاد القاضي أو الإمام إذا رأى فيها الردع للجاني ولغيره ، وتكون عقوبة الصلب عند تكرّر الجناية (العود) .

جاء في الأحكام السلطانية : " ويجوز أن يصلب في التعزير حياً ، وقد صلب رسول الله ﷺ رجلاً على جبل يقال له أبو ناب ، ولا يمنع إذا صلب أداء طعام أو شراب ولا يمنع من الوضوء للصلاة ويصلّي يومياً ويعيد - أي الصلاة - وقال بعضهم لا يعيد ، ولا يتجاوز بصلبه ثلاثة أيام " (1) .

فتبين من كلامه أن عقوبة الصلب تعزيراً ثابتة بفعل النبي ﷺ .

أما الأحناف فلم يذكروا الصلب في كتبهم على أنه نوع من أنواع التعزير و لكنهم يميزونه لأن الأصل عندهم في التعزير أنه مفوض لرأي الإمام فكما يكون بالضرب يكون بالصلب (2) ، فهو جائز عند الأحناف إذا رأى الإمام المصلحة في ذلك .

الفرع الثاني

التعزير بالعقوبة المالية

العقوبة المالية ثابتة شرعاً ، وقبل بيان أدلة مشروعيتها يجب بيان ما هو المقصود من العقوبة المالية الثابتة شرعاً ؛ لأن هناك من أخلط في هذه المسألة ، وأقحم فيها مسائل تتعلق بالعقوبة المالية ، وهي غير جائزة شرعاً كالعقوبة بأخذ المال تمليكاً وتعميم هذه العقوبة لكل أنواع الجنايات ، لهذا سوف يطول الكلام في هذه العقوبة أكثر من غيرها .

فالعقوبة المالية المشروعة هنا هي العقوبة الخاصة بالجنايات المتعلقة بالأموال فحسب ، والعقوبة لا يكون فيها أي نوع من أنواع تمليك مال المعزّر أو أخذه ؛ لأن أخذ أموال

(1) أبو يعلى ، الأحكام السلطانية ، ص : 283 / انظر أيضاً الأحكام السلطانية للماوردي ، ص : 314 بتصرف / تبصرة الحكام، ج 2 ، ص: 304 .

(2) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4، ص : 212 .

الناس وتمليكها ولو على سبيل العقوبة غير جائز شرعاً ، ولم يقل به أحد من الفقهاء ؛ ولأنّ النهي عن أخذ أموال الناس إلاّ بالحقّ يشمل هذه الصّورة ، ما لم يأت دليل خاصّ يخرجها من دائرة العموم ، ويضعها ضمن دائرة ما أخذ بالحقّ .

__ قال الله ﷻ: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِغَبٍ ۚ إِنَّكُمْ كُنْتُمْ عَنِ النَّاسِ كَافِينَ﴾ النساء / 28

— وقال رسول الله ﷺ : " تعلمن أنّ كل المسلم أخ للمسلم وأنّ المسلمين أخوة ، فلا يحلّ لامرئ من أخيه إلاّ ما أعطاه عن طيب نفس منه " (1) .

وقد دلّت نصوص القرآن والسنة على انحصار وسائل التّمليك في الأسباب التالية :

إحراز المباحات بالشروط المعروفة ، والعقود الشرعيّة بشروطها المعروفة ، والإرث حسب بيان الشريعة وتفصيلها المعروف ، والضّمّانات التي تستتبع الغصب والإتلاف ، والصّدقات والهبات التي تكون قائمة على محض الرضا القلبي ... ، والذي ينبغي أن ننتبه إليه ، هو أنّه لا يوجد نصّ أو دليل شرعيّ يضيف إلى هذه الأسباب سبباً آخر هو : التّمليك عن طريق إنزال العقوبات ، وإذا لم يوجد أيّ نصّ على هذا ، فلا شكّ أنّ هذا السبب يدخل في عموم النهي الأصلي (2) .

الفقرة الأولى : عرض أقوال الفقهاء في مسألة العقوبة بأخذ المال تمليكا

أولاً: مذهب الشافعية : اتفق علماء الشافعية على أنّ من استحقّ التعزير بارتكاب ما لا حدّ فيه من الجنايات أو الحرمات ، كان للإمام أن يعزّره بضرب ، أو سجن ، أو تغريب ، أو تشهير بين الناس ، أو إغلاظ له في القول ، ولم يزدوا على هذه الوسائل شيئاً آخر ، ولو كان التعزير بأخذ المال جائزاً عندهم لذكروه ، هذا ما نصّت عليه كتب الشافعية عامّة في باب التعزير (1) .

وفي باب الزكاة نصّ الشافعية على أنّ الممتنع عن دفع الزكاة ، تؤخذ منه الزكاة قهراً

(1) رواه الحاكم في المستدرک ، كتاب العلم ، ج 1 ، ص 129 .

(2) محمد سعيد رمضان البوطي ، محاضرات في الفقه المقارن ، ط 2 (1401هـ / 1981م) ، دار الفكر ، دمشق - سوريا ص: 151_ 152 .

(1) المرجع نفسه ، ص : 152 .

ويعزّر إن لم يكن له عذرٌ في الامتناع عن الدّفع ، ولا يغرم شيئاً من المال .

جاء في المذهب : " ... وإن منعها بخلاً بها أخذت منه وعزّر _ أي بوجه من أوجه التعزير السابقة _ وقال في القديم : تؤخذ الزّكاة وشرط ماله عقوبة لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جدّه ⁽¹⁾ ... الحديث ، والصّحيح هو الأوّل " ⁽²⁾ .

وجاء في كتاب المجموع تفصيلاً لهذا الكلام كمايلي : " ... وإذا منعها حيث لا عذر أخذت منه قهراً كما ذكرناه ، وهل يؤخذ معها نصف ماله عقوبة له ؟ فيه طريقتان : أحدهما القطع بأنّه لا يؤخذ ... ، والطريق الثاني : - وهو المشهور ، وبه قطع المصنّف هنا والأكثرون - وفيه قولان: الجديد لا يؤخذ ، والقديم يؤخذ ، وذكر المصنّف دليلهما ، واتفق الأصحاب على أنّ الصّحيح أنّه لا يؤخذ " ⁽³⁾ .

ثانياً : مذهب الحنفية : شأن التعزير عند الحنفية كشأنه عند الشافعية ، فلا يجوز أن يتجاوز به الإمام إلى أخذ شيء من المال مطلقاً ؛ قال في تنوير الأبصار : " ويكون بالضرب ، والحبس ، والصّنع ، وفرك الأذن ، و بالكلام العنيف ، وينظر القاضي إليه بوجه عبوس ، و شتم غير القذف لا يأخذ مال في المذهب " ⁽⁴⁾ .

وعلق ابن عابدين في حاشيته على قوله (في المذهب) ففصل الأمر في ذلك قائلاً " قال في الفتح وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال ، وعندهما وباقي الأئمة لا يجوز " ، ثمّ قال : " وظاهره أنّ ذلك رواية ضعيفة عن أبي يوسف ، قال في الشرنبلالية : ولا يفتى بهذا لما فيه من تسليط الظّلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه ، ثمّ نقل عن البرازية قوله : أنّ معنى التعزير بأخذ المال : إمساك شيء من ماله عنه مدّة ليتزجر ، ثمّ يعيده الحاكم إليه ، لا أن يأخذه

(1) ما رواه أبو داود و التّسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جدّه عن رسول الله ﷺ أنّه قال : " في كلّ إبل سائمة ، في كلّ أربعين ابنة لبون ، لا يفرّق إبل عن حساها ، من أعطاه مؤجراً فله أجرها و من أبى فإنّما آخذوها و شرط ماله عزمة من عزمات ربّنا ، لا يحلّ لآل محمد منها شيء _ و سوف يأتي الكلام عن هذا الحديث _

(2) الصّحيح الأوّل لأنّ حديث بهز بن حكيم منسوخ عندهم و كان معمول به حين كانت العقوبات في المال ثمّ نسخت (المذهب ج 1 ، ص : 141 ، كتاب الزّكاة .

(3) محي الدين بن شرف التّووي ، المجموع شرح المذهب للشيرازي ، تحقيق محمد نجيب المطيعي ، ط 3 (1427هـ/2006م) ، دار عالم الكتب _ الرياض ، ج 5 ، ص : 219 _ 220 .

(4) محمد علاء الدّين الحصكفي ، الدّر المختار شرح تنوير الأبصار ، بهامش حاشية ابن عابدين ، دار الكتب العلميّة ، بيروت _ لبنان ، ط 1 (1415هـ/1994م) ج 6 ، ص : 105 .

الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة ... ، ثم قال : والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال ⁽¹⁾ .

ثالثاً : مذهب المالكية : لم يقع خلاف عند المالكية في أنه لا يجوز التعزير بأخذ المال ، وعباراتهم في بيان هذا الحكم أصرح ، وأقطع من عبارات غيرهم من علماء المذاهب الأخرى .

قال العلامة الدسوقي ⁽²⁾ في حاشيته على الشرح الكبير للدردير تعليقاً على قوله " وقد يكون _ أي التعزير _ بغير ذلك " : (أي كإتلافه لما يملكه كإراقة اللبن على من غشه ، حيث كان يسيراً ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً ، وما روي عن الإمام أبي يوسف صاحب أبي حنيفة من أنه جَوَّزَ للسلطان التعزير بأخذ المال ، فمعناه كما قال البزازی ⁽³⁾ من أئمة الحنفية أن يمسك المال عنده مدة ليتجر ، ثم يعيده إليه ، لا أن يأخذه لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة ؛ إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعي ، أي كشراء وهبة ⁽⁴⁾ .

والغريب أن بعض الكتّاب نقل عن مذهب المالكية ، رغم هذا القول بجواز فرض عقوبات مالية على بعض الجنايات ؟!!... ، وكأنّ هذا التقل الذي لا يعتمد على دقة في البحث والتّظر ، من جملة الأسباب التي أورثت هذه المسألة شيئاً من الغموض عند كثير من الباحثين ⁽⁵⁾ .

رابعاً : الحنابلة : جاء في المغني : " والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ، ولا يجوز قطع

(1) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 105_106 .

(2) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة شمس الدين ، المالكي ، الأزهري ، من علماء العربية ، ومن أهل دسوق بمصر ، تعلّم وأقام بالقاهرة ، وتوفي بها سنة 1230 هـ / 1815م ، وكان من المدرّسين في الأزهر ، ومن المتردّدين إليه أحمد الصّاوي ، وعبد الله الصّعدي ، وحسن العطار ، وغيرهم ، له كتب منها : حاشية على الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل ، وحاشية على مغني اللبيب ، وحاشية على شرح السنوسي لأئمّ البراهين ، وغيرها (شجرة النور الزكية ل محمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 361)

(3) هو محمد بن محمد بن شهاب الدين بن يوسف الكردي ، الخوارزمي ، الشهير بالبزّازي ، أو ابن البزّاز ، فقيه حنفي ، أصله من كردر بجهاث خوارزم ، تنقل في بلاد القرم ، والبلغار ، حجّ واشتهر ، من كتبه : الجامع الوجيز في فتاوى فقه الحنفية ، مختصر في بيان تعريفات الأحكام ، المناقب الكردية في سيرة الإمام أبي حنيفة ، وغيرها (الفوائد البهية للكنوي ، ص 309 / شذرات الذهب لابن عماد ، ج 7 ، ص 183 / الصّوّء اللامع للسّخاوي ، ج 5 ، ص 10 - 37 ، وفيه محمد بن محمد حافظ الدين بن ناصر الدين العمادي) .

(4) أحمد الدردير أبو البركات ، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي ، ط (د ت ن) دار الفكر ، بيروت _ لبنان ، ج 4 ، ص 315 .

(2) البوطي ، محاضرات في الفقه المقارن ، ص : 155 .

شيء منه ولا أخذ ماله ؛ لأنّ الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ؛ ولأنّ الواجب أدب والتأديب لا يكون بالإتلاف " (1) .

كما جاء فيه ، وفي باب الزكاة : " وإن منعها معتقداً وجوبها ، وقرّر الإمام على أخذها منه أخذها وعزّره ، ولم يأخذ زيادة عليها في قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأصحابهم ، وكذلك إن غلّ ماله وكتمه حتّى لا يأخذ الإمام زكاته ، فظهر عليه " (2)

ويتبين من هذا أن إجماع المذاهب الأربعة قد انعقد على أنّ التعزير لا يجوز أن يكون بأخذ شيء من مال المعزّر ، وتملك غيره له كائناً من كان .

والذي توهّم جواز التعزير بأخذ المال ، استدللّ بحديث هز بن حكيم السّابق الذكر ، وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن رسول الله ﷺ أنّه سئل عن التمر المعلق فقال : " من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبئه (3) فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة ، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤوية الجرين (4) فبلغ ثمن الجنّ (5) فعليه القطع . ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثلية والعقوبة " (6) .

أمّا حديث هز بن حكيم فيدلّ بوضوح على مشروعية تعزير الممتنع عن دفع الزكاة بأخذ المال منه تملكاً واختياراً ، فلماذا لم يأخذ به الأئمة في ذلك ؟

الجواب : أنّ هذا الحديث تفرد به هز بن حكيم عن أبيه عن جده مخالفاً بذلك الثقات فلم يروى عن أحد من الصحابة أو التابعين أو تابعيهم أنّه ﷺ قد شطر مال من منع الزكاة ، أو أوصى بذلك أحد الصحابة الذين كان يرسلهم لجمع الصدقات ، وإنّما الحفظ عكس ذلك قولاً وعملاً ، وليس هز بن حكيم من العدالة والحفظ والضبط بمكان حتّى يكون تفرّده صحيحاً (7) .

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص : 343 .

(2) المصدر نفسه .

(3) الخبئة : سبق توضيحه .

(4) الجرين : موضع تجفيف التمر .

(5) الجنّ : الترس (سبق توضيحه)

(6) سبق تخريجه في ص 10 .

(7) البوطي ، محاضرات في الفقه المقارن ، ص : 156_157 .

روي البيهقي عن الشافعي — رحمة الله — أنه قال : هذا الحديث _ أي حديث هز بن حكيم _ لا يشتهه أهل العلم بالحديث ، ولو ثبت لقلنا به " (1) .

وقال ابن حجر (2) في ترجمة هز بن حكيم نقلاً عن يحيى بن معين : إسناده صحيح إذا كان مَنْ دونه ثقة _ أي إذا كان من يروي عنه ثقة _ وقال عنه أبو زرعة : صالح ولكنه ليس بالمشهور ، وقال أبو حاتم : هو شيخ يُكتب حديثه ولا يُحتج به ، وقال الحاكم : كان من الثقات ممن يجمع حديثه ، وإنما أسقط من الصحيح روايته عن أبيه عن جدّه ؛ لأنها شاذّة لا متابع له عليها ، قال : وهو عند الشافعي ليس بالحجة ... ، وقال ابن حبان : كان يخطئ كثيراً " (3) .

وبناء على ذلك فالحديث شاذّ مردود ؛ بل هو منكر أيضاً ؛ إذ لا يعرف متن هذا الحديث عن غير رواية هز عن أبيه عن جدّه ، وهو في ذلك خالف من هو أحفظ وأضبط منه (4) .

أمّا ما يذكره آخرون في الجواب على هذا الحديث ، من أنّه منسوخ ، وأنّه كان في صدر الإسلام ، وأنّ الذي نسخه قوله ﷺ " ليس في المال حقّ سوى الزّكاة " فليس بجواب سديد ، بل هو جواب غير صالح ؛ إذ النسخ لا يثبت إلّا بدليل كما هو معروف ، وحديث " ليس في المال حقّ سوى الزّكاة " ضعيف لا يحتجّ به (5) .

أمّا بالنسبة للحديث الثّاني ، وهو حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه يقال فيه مثل ما قد قيل عن حديث هز بن حكيم ، وخلاصة ذلك أنّ هذا الحديث تفرد بروايته عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه ، وقد ضعفه طائفة كبيرة من علماء الحديث مطلقاً ، والذين لم يضعّفوه اشترطوا للأخذ بحديثه أن يروي عن سعيد بن المسيّب ، أو سليمان بن يسار ، أو عروة ، أو غيرهم من الثّقات ، أو يروي عن أبيه ، ولكن بدون عنعنة ، بأن يقول : حدّثني أبي ، فأما إذا روى عن أبيه أو جدّه فلا حجة فيه ؛ إذ أنّه إذا روى بالعننة فإنّما هي صحيفة أو كتاب

(1) النووي ، المجموع ، ج 5 ، ص 217 .

(2) أحمد بن علي بن محمد الكناي العسقلاني ، أبو الفضل شهاب الدين بن حجر ، ولد سنة 773 هـ بالقاهرة ، أصله من عسقلان ، من أئمة العلم والتاريخ ، ولع بالأدب والشعر ثمّ أقبل على الحديث ، كان حافظ الإسلام في عصره ، توفي بالقاهرة سنة 852 هـ ، من كتبه " تقريب التهذيب " _ " لسان الميزان " (الأعلام للزركلي ، ج 1 ، ص 178 _ 179)

(3) نقلاً عن محاضرات في الفقه المقارن ، ص 157 .

(4) المرجع نفسه ، الصّفحة نفسها .

(5) المرجع نفسه ، ص : 157_158 .

عندها كان ينقل عنه ، قال ابن معين فيما يرويه عن الساجي : عمرو بن شعيب ثقة في نفسه ، وما روى عن أبيه عن جدّه لا حجة فيه وليس بمُتّصل ، وهو ضعيف من قِبَل أنّه مرسل ، وجدّ شعيب عبارة عن كتب عبد الله بن عمرو فكان يرويها عن جدّه إرسالاً ، وقال أبو عبيد الآجري : قيل لأبي داود : عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه حجة ؟ قال : لا ، ولا نصف حجة ، وروى الذهبي عن الأثرم ⁽¹⁾ : سئل أحمد عن عمرو بن شعيب فقال : ربّما احتججنا بحديثه وربّما وجس في القلب منه ⁽²⁾ .

هذا كلّه بقطع التّظنّ عن حديث تفرّد به عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه ، أمّا ما تفرّد به وكان الثّقات وعلماء الحديث والفقّه يحفظون غيره ممّا يخالفه ولا يتّفق معه ... فشذوذ الحديث عندئذٍ ؛ بل نكارتة واضحة وللأئمّة العذر كلّ العذر في أن لا يعتمدوا عليه ، سواء أجروا على القول بتضعيف عمرو بن شعيب ، أم جروا على القول بتوثيقه ، ما لم يرو عن أبيه عن جدّه ⁽³⁾ .

ولو فرضنا أنّه لا شذوذ في هذا الحديث ، ولا مقال في أحد من رواته ، ولا علة في سنده فإنّما هو حجة عندئذٍ فيما ورد فيه فقط ، لا يزداد عليه ولا تبني عليه قاعدة ، وذلك جمعاً بين الأحاديث المختلفة في هذا الموضوع ، وتوفيقاً بينه وبين ما هو معروف من هديه ﷺ في تعزير الآثمين ومعاقبة الجانحين ⁽⁴⁾ .

وهذا ما مال إليه اجتهد الخنابلة ، فذهبوا إلى أن السّرقة من الثّمر الملقّ — أي الذي لم يحرز في جريته بعد — عليه غرامة مثليّه ، وكذلك الماشية تسرق من المرعى من غير أن تكون محرزة ، عليها مثلاً قيمتها ، وذلك تمسكاً بما دلّ عليه النّص ، ولم يقيسوا على هاتين الحالتين غيرهما ؛ بل نصّوا في باب التعزير والزّكاة على عدم جواز التعزير بأخذ المال ⁽⁵⁾ .

(1) هو أبو بكر أحمد بن محمد بن هانئ ، من حفاظ الحديث ، أخذ عن الإمام أحمد ، وروى عن أبي نعيم ، وعفان ، وأبي بكر بن شيبّة وغيرهم ، له كتاب في علل الحديث ، وآخر في السنن ، وناسخ الحديث ومنسوخه ، توفي سنة 261 هـ / 875م (شذرات الذهب لابن عماد ، ج 2 ، ص 141 / تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ، ج 5 ، ص 110) .

(2) تهذيب التهذيب ، ج 8 ، ص 53 (نقلاً عن محاضرات في الفقه المقارن ، ص 161)

(3) (4) (5) البوطي ، محاضرات في الفقه المقارن ، ص : 161_162 .

الفقرة الثانية : العقوبة المالية دون أخذ المال تملياً : بعد هذا العرض الطويل لبيان حكم العقوبة بأخذ المال تملياً ، يزول الخلط الذي وقع فيه من قال بجواز ذلك ، ويبقى جواز العقوبة المالية دون أخذ مال الجاني تملياً وفي الجنايات المالية فقط ، والدليل على مشروعية هذا النوع من العقوبة مايلي :

- 1/ حديث : " أن زنباعاً أبا روح وجد غلاماً له مع جارية فجدع أنفه وجبهه ؛ فأتى النبي ﷺ فقال : من فعل هذا بك ؟ قال زنباع ؛ فدعاه النبي ﷺ فقال : ما حملك على هذا ؟ فقال : كان من أمره كذا وكذا ؛ فقال له النبي ﷺ أذهب فأنت حر " (1) .
- 2/ تحريق عمر رضي الله عنه بيت رجل من ثقيف وجد به خمرأ (2) .
- 3/ أن عمر رضي الله عنه حرق قصر سعد بن أبي وقاص بالكوفة لما احتجب فيه عن الرعية وصار يحكم في داره (3) .

وذكر ابن القيم في الطرق الحكمية أدلة أخرى منها :

- إباحته ﷺ سلب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجدته ، ومثل أمره ﷺ بكسر دنان الخمر وشق ظروفها ، ومثل أمره ﷺ لعبد الله بن عمرو بأن يحرق الثوبين المعصفرين ، ومثل أمره يوم خير بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الإنسية ، ثم استأذنه في غسلها فأذن لهم ... ، ومثل تحريق متاع الغال ... ، ومثل أمر لابس خاتم الذهب بطرحه ، فطرحه فلم يعرض له أحد... (4) .

أما أقوال الفقهاء في هذا النوع من العقوبة :

أولاً : مذهب الحنفية : العقوبة المالية إتلافاً عند الحنفية جائزة مثل التعزير بالهجوم على بيت

(1) رواه أبو داود في سننه بلفظ مغاير ، كتاب الذيات ، باب من قتل عبده أو مثله به ، ج 2 ، ص 375 ، رقم 4519 / كما رواه ابن ماجه في سننه بلفظ مغاير ، كتاب الذيات ، باب من مثله بعبده فهو حر ، ج 2 ، ص 95 / وقد حسن الشيخ الألباني رواية ابن ماجه في صحيح ابن ماجه ، ج 2 ، ص 894 ، ورواية أبو داود في صحيح أبي داود ، ج 4 ، ص 176 / وأخرجه أحمد في مسنده من طريق ابن جريج عن عمرو بن شعيب ، ج 2 ، ص 182 (وقال الألباني في إرواء الغليل : حسن ، ج 6 ، ص 168 _ 169)

(2) (3) ذكر هذه الآثار ابن فرحون في التبصرة ، ج 2 ، ص 220 ، ولم أقف على تخريجها .

(5) محمد بن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق بشير محمد عون ، ط 4 ، سنة (1426 هـ / 2005 م) مكتبة دار البيان _ دمشق ، ص : 250 .

المفسدين ، وبالإخراج من الدار وهدمها ، وكسر دنان الخمر ⁽¹⁾ .

ثانياً : **مذهب المالكية** : ذهب المالكية إلى جواز التعزير بالعقوبة المالية إتلافاً ⁽²⁾ ، ولهم في ذلك تفصيل :

- _ الفاسق الذي يأوي إليه الفساق ، وأهل الخمر يُخرج من داره ، وتباع عليه .
- _ يحرق بيت الخمار المسلم الذي يبيع الخمر ، وكذا التصراحي بعد أن يُزجر عن ذلك ولم يترجر .
- _ اللبن المغشوش لا يراق ؛ بل يتصرف به إذا كان هو الذي غشه ، مثله في الحكم المسك سواء كان قليلاً أم كثيراً .
- _ الذي يتلقى السلع ينهى عن ذلك ، وإن عاد تزع منه وتباع لأهل السوق ، والربح بينهم .
- _ وأفتى ابن القطان الأندلسي في الملاحف الرديئة النسيج بأن تحرق ، وأفتى غيره بتقطيعها ، والصدقة بها .
- _ وأفتى ابن حبيب ⁽³⁾ أن للإمام أن يأخذ من قضاياه وعماله ما وجد في أيديهم زائداً على ما ارتزقوه من بيت المال .
- _ والفاسق إذا أذى جاره ولم ينته تباع عليه داره ، وهو عقوبة في المال والبدن ، ومن مثّل بأمته عتقت عليه ، وذلك عقوبة بالمال ⁽⁴⁾ .

(1) الحصكفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج 6 ، ص : 110 / ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 6 ، ص : 110 بتصرف .

(2) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص : 163 _ 299 بتصرف .

(3) هو أبو مروان عبد الملك بن حبيب سليمان بن هارون ، وقيل ابن حبيب بن ربيع بن سليمان ، السلمي ، القرطبي ، ولد سنة 174 هـ / 790م بالبيرة ، وسكن قرطبة ، أصله من طليطلة ، من بني سالم أو من مواليهم ، كان عالماً وفقياً في عصره ، ينتمي للطبقة الأولى الذين انتهى إليهم فقه مالك والتزموا مذهبه فمن لم يره من أهل الأندلس ، روى عن صعصعة بن سلام ، والغازي بن قيس ، وزباد بن عبد الرحمن ، وفي رحلته سمع من ابن الماجشون ومطرف وإبراهيم بن المنذر وأصبع وغيرهم ، له تصانيف كثيرة منها طبقات الفقهاء والتابعين - طبقات المحدثين - الواضحة في الفقه وغيرها ، توفي بقرطبة سنة 238 هـ / 853م (السديج المذهب لابن فرحون ، ص 252-253 / ترتيب المدارك للقاضي عياض ، ج 2 / 3 / 30 / شجرة النور الزكية لمحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 74) .

(4) " هناك من اعتبر هذا دليلاً على القول بجواز العقوبة بأخذ المال عند المالكية لكن الأمر ليس كذلك ؛ إذ هذا الحكم لا يمكن تعميمه لأن ما يكتسبه الولاءة من الأموال عن طريق ولايتهم يعتبر من الجنايات التي تتعلق باكتساب المال بدون حق هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أن هذه الفتوى مستمدة من فعل عمر رضي الله عنه من مشاطرة بعض الولاءة أموالهم ، وما فعله عمر تطبيقاً لحكم شرعي معروف متفق عليه في باب الولاية والقضاء ، وهو أنه ليس لأي إنسان يشغل وظيفة دينية من قضاء أو ولاية أو فتوى أن يسخر تلك الوظيفة لاستغلال قرش واحد من المال ، وحديث الرسول ﷺ في ذلك مع العامل الذي عاد من الجهة التي

ثالثاً : مذهب الشافعية : مثل ما لا يجوز التعزير بأخذ المال عند الشافعية ، فإنه لا يجوز التعزير بإتلاف المال ، إلا أن لهم في نحو آلات اللهو والأصنام وغيرها من المنكرات تفصيل في كيفية إتلافها ⁽¹⁾ :

— أنها تكسر وترضض حتى تنتهي إلى حد لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها .
— أصحها : لا تكسر الكسر الفاحش ، ولكن تفصل بقدر لا يصلح معه الاستعمال المحرم ، أو تفصل إلى حد ينال فيه الصانع مشقة لجمع أجزائها .
— للوالي تكسير الظروف التي فيها الخمر ، أما إذا أريق الخمر فلا يجوز كسر الظروف بعدها ؛ لأن كسر الأواني يكون تبعاً للخمر ؛ ولأن كسر الأواني بعدها يكون من باب إتلاف المال ، إلا إذا كان ذلك الظرف لا يصلح لغير الخمر فيكسر .

وقال الماوردي — رحمه الله — : " وإذا جاهر رجل بإظهار الخمر ، فإن كان مسلماً أراقها عليه وأدبه ، وكذا المجاهرة بإظهار التبيذ وإن كان ذمياً أدبه على إظهارها ؛ أما المجاهرة بإظهار الملاحى المحرمة فعلى المحتسب أن يفصلها حتى يصير خشباً لتزول عن حكم الملاحى ، ويؤدب على المجاهرة بها ، ولا يكسرها إن كان خشبها يصلح لغير الملاحى " ⁽²⁾ .

رابعاً : مذهب الحنابلة : قال ابن تيمية : " التعزير بالعقوبات المالية مشروع أيضاً في مذهب أحمد في مواضع بلا نزاع عنه وفي مواضع فيها نزاع عنه " ⁽⁴⁾

وقسم ابن تيمية العقوبات المالية إلى ثلاثة أقسام : الإتلاف ، والتغيير ، والتملك ⁽⁵⁾
أ/ الإتلاف : وهو إتلاف كل المنكرات من الأعيان والصفات تبعاً لها ، مثل إتلاف مادة الأصنام بتكسيها وتحريقها ، وتحطيم آلات الملاحى عند أكثر الفقهاء ، وتكسير وتحريق أوعية الخمر ،

= كان قد أرسله إليها وقال له : هذا لكم وهذا أهدي إلي — هذا الحديث معلوم وصريح وهو أساس هذا الحكم ورأس أدلته ، فقد لاحظ عمر أن بعض عماله نالوا هذه الأموال بسبب مركز كل منهم ومكانته ، وهو سبب يقضي أن يكون المسلمون عامة هم الملاك لهذا المال ... وهكذا يتضح لك أن المالكية ، لم يختلفوا عن بقية المذاهب فيما اتفقوا عليه من حرمة التعزير على الجنايات بأخذ المال " — أهـ — (محاضرات في الفقه المقارن ، ص : 166 — 167)

(1) النووي ، روضة الطالبين ، ج 5 ، ص 17 بتصرف .

(2) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص : 328 بتصرف .

(4) ابن تيمية ، الحسبة في الإسلام ، ص : 93 .

(5) المصدر نفسه ، ص 98 وما بعدها .

وتحريق الحانوت الذي يباع فيه الخمر على المشهور في مذهب أحمد ومالك وغيرها ، عملاً بما فعله عمر من تحريق حانوت حمار ، وبما فعله علي من تحريق قرية كان يباع فيها الخمر ؛ لأن مكان البيع مثل الأوعية ، ومثل إراقة عمر اللبن المخلوط بالماء للبيع ، وبه أفتى طائفة من الفقهاء ، ومثله إتلاف المغشوشات في الصناعات كالثياب الرديئة التسج .

ب/ التّغيير : قد تقتصر العقوبة المائيّة على تغيير الشّيء ، مثل هني النبي ﷺ عن كسر العملة الجائزة بين المسلمين كالدرهم والدنانير ، إلّا إذا كان بها بأس ، فإذا كان فيها بأس كسرت . ومثل فعل النبي ﷺ في التمثال الذي كان في بيته ، والستر الذي به تماثيل إذ أمر بقطع رأس التمثال فصار كهينة الشجرة ، وبقطع الستّر فصار وسادتين يوطآن .

ج/ التّمليك : مثل ما روى أبو داود وغيره من أهل السنن عن النبي ﷺ فيمن سرق من التمر المعلق قبل أن يؤويه الجرين ، أن عليه جلدات نكال ، وغرمه مرّتين ، وفيمن سرق من الماشية قبل أن تؤوي إلى المراح أن عليه جلدات نكال ، وغرمه مرّتين وكذلك قضاء عمر بن الخطّاب رضي الله عنه في الصّالة المكتومة : أن يضعف غرمها على كاتمها ، وقال بهذا طائفة من العلماء مثل أحمد وغيره . وأضعف عمر وغيره في ناقة أعرابي أخذها ممالك جياح ، أضعف الغرم على سيدهم ودرأ عنهم القطع . وأضعف عثمان بن عفّان رضي الله عنه في المسلم إذا قتل الذّمي عمداً ⁽⁵⁾ أضعف عليه الدّيّة ؛ فتجب عليه الدّيّة كاملة ؛ إذ أن دّيّة الذّمي نصف دّيّة المسلم ، وأخذ به أحمد بن حنبل .

إلّا أن هذا القسم من أقسام العقوبة المائيّة الذي ذكره ابن تيمية ، ليس معناه أن الحنابلة يميزون التعزير بأخذ المال _ أي التّمليك _ وقد سبق الكلام عن هذا ؛ بل خلط وقع فيه ابن تيمية - رحمه الله - رغم جلاله علمه ، واتباعه تلميذه ابن القيم في كتابه الطّرق الحكيمية أثناء الكلام عن العقوبة المائيّة ، وذلك لأنّ تغريم الذي سرق من التمر المعلق قبل أن يؤويه إلى الجرين مأخوذ من حديث بهز بن حكيم وقد سبق الكلام عنه ، وتغريم من سرق الماشية قبل أن تؤوي إلى المراح مأخوذ من الحديث الذي رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه وسبق الكلام عنه أيضاً ، وكلا الحديثين حجة عند الحنابلة فيما ورد فيهما فقط لا يزداد عليه ، ولا تبني عليه قاعدة ، وهذا ما توصّل إليه اجتهاد الحنابلة .

أمّا بالنسبة لتضعيف الغرم على السيّد ، فذلك حتّى تكون العقوبة من جنس العمل ؛ فالسيّد لم يطعم غلماناً وتسبب في تجويعهما ، وقد يكون ذلك نتيجة بخله ، وقد يكون نتيجة احتقاره لهما

فقوت عمر عليه السلام عليه فرصة الانتفاع بهذا المال المغروم ، ثم أن هذا الغرم أخذه صاحب الناقة فهو من باب تسوية الحقوق وضمنان المغصوبات ، فلا ينبغي أن تقاس العقوبات المالية على هذا .

أما بالنسبة لدية الذمي فهي نصف دية المسلم ، لكن لما كان القاتل متعمداً أضعف عليه الدية فأصبحت كاملة وذلك لحكمة رآها عثمان عليه السلام ، ولمصلحة اقتضت ذلك ، وقد تكون لإرضاء أولياء القتيل ، ثم أن الدية فيها معنى التعويض من التلف فتكون خارجة عن محل النزاع .

الترجيح : العقوبة بأخذ المال إنما تعني نقل ملكية المال الذي وقعت العقوبة به من يد إلى أخرى ، وسواء كانت هذه اليد الأخرى يد الدولة ، أو يد فرد معين من الناس ، فلا بد من أن تكون حيازة تلك اليد لهذا المال بسبب من أسباب التملك الشرعي الصحيح التي تم توضيحها في أول البحث ، ولا ينبغي أن يتوهم إمكان قياس هذه المسألة على ضمان المتلفات ، أو المغصوبات ، أو على الكفارات ، لأنّ العوض من التلف ليس عقوبة له ، وإنما هو تسوية حقوقية ، فلا ينبغي أن تقاس العقوبة المالية عليها ⁽¹⁾ .

إذا تقرّر هذا فإنّ العقوبة المالية : أولاً يجب أن تكون في الجنايات التي تتعلق بالمال حتى تكون العقوبة من جنس العمل (الجريمة) ، ثم أن ما كان من هذه العقوبة على سبيل الإتلاف والتغيير فهو جائز ومشروع للأدلة السابقة الذكر وأقوال العلماء في ذلك ، أما ما كان على سبيل الأخذ والتملك فهو غير جائز شرعاً للأدلة الشرعية التي تحرّم تملك المال بغير أسباب التملك المشروعة المذكورة في بداية الكلام عن هذا الموضوع ، ما عدا إذا أخذ المال من الجاني مدة حتى يترجر ويتوب ثم يعاد إليه ماله بحسب ما فهمه بعض الفقهاء من كلام زفر ⁽²⁾ من الحنفية ، أما ما استدلل به ابن تيمية على جواز التملك ، منها ما هو حوادث عين لا يقاس عليها ، ومنها ما هو خارج عن محل النزاع ؛ لأنّه يدخل ضمن ضمان المتلفات والمغصوبات والعوض وتسوية الحقوق .

(1) البوطي ، محاضرات في الفقه المقارن ، ص : 166 .

(2) هو أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس العبدي ، من تميم ، وأصله من أصبهان ، ولد سنة 110 هـ / 728 م ، فقيه كبير من أصحاب الإمام أبي حنيفة ، أقام بالبصرة وولي القضاء ، وتوفي بها سنة 158 هـ / 775 م ، جمع بين العلم والعبادة ، وكان من أصحاب الحديث ، لكن غلب عليه الرأي ، كان يقول : " نحن نأخذ بالرأي مادام لا يوجد أثر ، فإذا جاء الأثر تركنا الرأي " (طبقات الفقهاء للشرّازي ، ص 135 / شذرات الذهب لابن عماد لابن عماد ، ج 1 ، ص 243 / وفيات الأعيان لابن خلكان ، ج 2 - 7 ، ص 31)

وهكذا أُنهي القول بأنّ الغرامة الماليّة كعقوبة على الجاني في جناية لا علاقة لها بالمال ، ولا علاقة لها بأيّ معنى من معاني التعويض ، أو الضّمان ، أو تسوية الحقوق فهي غير جائزة شرعاً ، ومن قال بجوازها فإنّه فتح الباب على مصراعيه أمام الولاة الظّلمة لأكل أموال الناس بالباطل ، ومن الطّبيعي عندما تكون الجنايات مورداً معيّناً بالنسبة للدولة أن تتطلّع إلى مزيد من الجنايات المربحة لها خاصّةً عندما تقع في أزمات ماليّة مختلفة ، وفي ذلك من الإضرار بالمتّهم ما لا يخفى على أحد ، وإن كان قد تهاون الكثير من الباحثين المعاصرين اليوم في هذا قصد إيجاد مخرجاً لما هو معمول به اليوم في هذا الشّأن لدى الحكومات .

المبحث الثاني

اجتماع التعزير مع العقوبات المقدرة وكيفية تطبيقه

تمهيد :

في هذا المبحث سأتناول بالمبحث إمكانية اجتماع العقوبة التعزيرية مع غيرها من العقوبات المقدرة كالحّد والقصاص والكفّارة ؛ إذ الأصل في العقوبة التعزيرية أن تكون في الجرائم التي لم تحدّد لها عقوبة معيّنة من قبل الشارع ، لكن رغم ذلك نجد العقوبة التعزيرية في بعض الحالات تضاف إلى العقوبة المقدرة ، وذلك من باب المصلحة العامة إذا لم يكتف الإمام بالعقوبة المقدرة ، ثمّ أتناول بعد ذلك مدى تفويض العقوبة التعزيرية إلى رأي الإمام، وهل هذه العقوبة واجبة عليه بحيث لا يجوز التخلي عنها بأيّ وجه من الوجوه ، أم هي حقّ له إن شاء أقامها وإن شاء تركها بحسب المصلحة ، وما هو حكم الشرع إذا أدّت العقوبة التعزيرية إلى الإتلاف ؟ هل يعتبر ذلك خطأ من الإمام أو القاضي فيستوجب الضّمان والتّعويض ؟ وأخيراً ما هي الأسباب المؤدّية إلى سقوط العقوبة التعزيرية ، كلّ هذه المسائل سوف يأتي بيّانها في المطالب الأربعة الآتية إن شاء الله تعالى .

المطلب الأول

اجتماع التعزير مع الحّد والقصاص والكفّارة

أصل التعزير أن يكون في الجرائم التي لم تحدّد لها عقوبة معيّنة من قبل الشارع ، لكن رغم ذلك نجد العقوبة التعزيرية تضاف أحياناً إلى العقوبة المقدرة ، وذلك من باب المصلحة العامة إذا لم يكتف الإمام بالعقوبة المقدرة ، وهذا كلّ يظهر من خلال استعراض أقوال الفقهاء الشّاملة على الشّواهد ، والدّالة على جواز اجتماع التعزير مع الحّد والقصاص والكفّارة .

المرج الأول

اجتماع التعزير مع الحّد والقصاص

إنّ عبارة الفقهاء تكاد تتفق في جواز اجتماع التعزير مع غيره من العقوبات المقدرة - الحّد والقصاص - وهذا ما سيّضح من خلال عبارات الفقهاء الآتية الشّاملة على الشّواهد والدّالة على ذلك .

الفقرة الأولى : مذهب الحنفية والمالكية

أولاً : مذهب الأحناف : لا يرى الأحناف التّغريب للزّاني غير المحصن حدّاً ؛ بل يقصرون حدّه

على الجلد مائة ، كما هو ثابت في الكتاب العزيز ، ولكنهم مع ذلك يجيزون أن يضاف التغريب إلى حدّ غير المحسن ، فيغرب الجاني بعد أن يضرب مائة جلدة ، ويقولون أنّ ذلك جائز على سبيل التعزير إن رُئيت فيه مصلحة⁽¹⁾ .

جاء في الهداية : لا يجمع في البكر بين الجلد والتقي إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة ، فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك تعزيراً وسياسة ؛ لأنه قد يفيد في بعض الأحيان فيكون الرأي فيه إلى الإمام⁽²⁾ .

فالأحناف إذن لا يجيزون الجمع بين الحدّ (الجلد مائة) والتغريب ، وذلك في حقّ غير المحسن إلا إذا رأى الإمام حسب اجتهاده أنّ في الجمع مصلحة ، ومدة التغريب غير محدّدة بما أنّها تعزير خاضع لاجتهاد الإمام أيضاً .

كما يرى الأحناف جواز الجمع بينهما في تجويزهم تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها . حيث جاء في البحر " المنقول عن الشافعي وأحمد أنّه يسنّ تعليق يده في عنقه ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به ، وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه ولم يثبت عنه عليه الصلاة والسلام في كلّ من قطعه ليكون سنة " ⁽³⁾ فتعلق يد السارق في عنقه ليست سنة يقتدى بها في كلّ قطع ؛ بل بحسب ما يراه الحاكم باجتهاده أنّ فيه مصلحة .

ثانياً : مذهب المالكية : يجوز اجتماع التعزير مع الحدّ والقصاص عند المالكية ، ويظهر ذلك فيما يلي :

– تغليظ عقوبة السكران إذا تسبّب بسكره في تخويف الناس وأذيتهم ، وروعهم بسيف أو حجارة وإن لم يضرب أحداً⁽⁴⁾ .

– ويظهر جواز الجمع عندهم أيضاً فيما ذكره العلامة ابن فرحون في الاستدلال

(1) علاء الدّين أبي الحسين علي بن خليل الطّرابلسي ، معين الحكّام فيما يتردّد بين الخصمين من الأحكام ، ط 2 (1393هـ/1973م) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ص : 189 .

(2) الهداية ج 5 ، ص : 241 _ 241 بهامش شرح فتح القدير .

(3) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كتر الدّقائيق ، ج 5 ، ص : 66 / ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص : 212.

(4) الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ، ص : 318 بتصرّف .

على مشروعية التعزير بالقول في حديث تبكيت شارب الخمر ، حيث قال : "أما التعزير بالقول فدلّله... حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ أتى برجل قد شرب فقال : اضربوه . قال أبو هريرة رضي الله عنه : فمنا الضارب بيده ، والضارب بنعله ، والضارب بثوبه" وفي رواية " ... ثم قال رسول الله ﷺ بكتّوه ، فأقبلوا عليه يقولون : ما اتّقيت الله ، ما خشيت الله ، وما استحييت من رسول الله ﷺ (1) ... " (2)

– أيضاً يستدلّ عند المالكية على جواز الجمع بقولهم في الجراح المتعمّد يقتص منه ويؤدّب ، قال ابن فرحون : " وما يجب فيه القصاص والأدب وهو الجراح عمداً يقتصّ منه ويؤدّب " (3) ويعلمون ذلك بأنّ القصاص يقابل الجريمة وهو حقّ للمجنى عليه ، ولكن التعزير للتأديب والتّهذيب ، وهو من حقّ الجماعة ، إلا أنّ هذا التعليل لا يصحّ إذا كانت الجناية هي القتل العمد ؛ لأنّ جزاؤها الإعدام قصاصاً ، ومع الإعدام لا يكون هناك محلّ للتعزير بقصد التأديب ، ولكن يمكن التعزير إذا أمتنع القصاص لسبب ما ، حتّى لا يظلّ الجاني بدون عقاب يردعه .

الفقرة الثانية: مذهب الشافعية والحنابلة

أولاً: مذهب الشافعية : يجوز عند الشافعية أيضاً الجمع بين التعزير والحد ، وذلك مثل تعليق يد السارق بعد قطعها في عنقه ساعة من نهار زيادة في نكاله (4) ، والزيادة على الأربعين سوطاً في حدّ الشارب تعتبر تعزيراً عندهم ؛ لأنّ حدّ الشرب عنده أربعين (5) . قال الماوردي في صفة حدّ شارب الخمر : " والحدّ أن يجلد أربعين بالأيدي وأطراف الثياب ، ويكّت بالقول الممض والكلام الرادع للخبر المأثور فيه ، وقيل بل يحدّ بالسوط اعتباراً بسائر الحدود " (6) . كما قال العزّ بن عبد السلام (7) باجتماع التعزير مع الحدّ فيمن زنى بأمه في الكعبة صائماً رمضان

(1) سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود ، سنن أبي داود ، ط (1414 هـ / 1994 م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان ، كتاب الحدود ، باب الحدّ في الخمر ، رقم : 4477_4478 ، ص : 364 .

(2) ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 293_294 .

(3) المرجع نفسه ، ج 2 ، ص : 295 .

(4) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص : 283 .

(5) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

(6) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص : 298 .

(7) هو أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي ، الملقب بسلطان العلماء ، فقيه شافعي

معتكفاً فإنه يلزمه الحد والعق والبدنة ، ويعزّر لقطع رحمه وانتهاك حرمة الكعبة ⁽¹⁾ .

ثانياً : مذهب الحنابلة : يجوز عند الحنابلة أيضاً الجمع بين التعزير والحد ، وذلك يظهر فمايلي :

- يجوز عندهم تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها ، ويستندون في ذلك إلى ما روى فضالة بن عبيد ، أن النبي ﷺ أتى بسارق فقطعت يده ، ثم أمر بها فعُلقت في عنقه ، كما فعل ذلك عليّ ﷺ أيضاً ، وأنّ فيه ردعاً وزجراً للجاني زيادة على الحد المقدّر ، وهو قطع اليد ⁽²⁾ .

- ويظهر جواز ذلك عندهم أيضاً في تجويزهم تبكيث شارب الخمر بعد جلده الحدّ على قول في ذلك عندهم .

جاء في الأحكام السلطانية : " وفي قدر الحدّ روايتان : إحداهما ثمانون ، والثانية أربعون بالسّوط كسائر الحدود ، وقيل بالأيدي وأطراف الثياب ، ويبكّت بالقول الممض ، والكلام الرّادع " ⁽³⁾ . كما يظهر تجويزهم ذلك في قولهم بجلد شارب الخمر في نهار رمضان عشرين جلده مع الحدّ .

جاء في كشاف القناع " يعزّر بعشرين سوطاً بشرب مسكر في نهار رمضان بفطره ، بما روى أحمد بإسناده (أنّ عليّاً ﷺ أتى بالتجاشي قد شرب خمراً في رمضان ، فجلده ثمانين سوطاً وعشرين لفطره في رمضان) وإثما جمع بينهما لجنايته من وجهين " ⁽⁴⁾ .

بلغ درجة الاجتهاد ، ولد ونشأ في دمشق سنة 577 هـ ، وتوفي سنة 660 هـ ، من مؤلفاته " قواعد الأحكام " _ " الفوائد " " قواعد الشريعة وغيرها " (الأعلام للزركلي ، ج 1 ، ص 21)

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج 8 ، ص : 21 .

(2) ابن قدامة ، المغني والشرح الكبير ، ج 10 ، ص : 263 .

(3) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ، ص : 281 .

(4) البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص : 123_122 .

الفرع الثاني اجتماع التعزير مع الكفارة

لقد جرت عبارة الفقهاء على أن الأصل في التعزير أنه عقوبة لمعصية لا حدّ فيها ولا كفارة، إلا أن التعزير قد يجتمع مع الكفارة إذا اقتضت المصلحة ذلك ، وقد قرّر هذا الكثير من الفقهاء ، فقليل من المعاصي ما يكون فيه الكفارة والأدب ، كالجماع في الإحرام ، وفي نهار رمضان ، ووطء المظاهر منها قبل الكفارة ، إذا كان الفعل متعمداً في جميعها ، كما قيل بالتعزير مع الكفارة في معاصٍ أخرى ، وعبارة الفقهاء الآتية لأكبر دليل على ذلك .

أولاً: عند المالكية : من المعاصي ما يكون فيه الكفارة والأدب عند المالكية ، كالجماع في الإحرام وفي نهار رمضان ، ووطء المظاهر منها قبل الكفارة الواجبة عليه إذا كان الفعل متعمداً في جميعها . قال العلامة ابن فرحون رحمة الله : " وما فيه الكفارة والأدب مع الإثم كالجماع في الإحرام وفي رمضان ووطء المظاهر منها قبل الكفارة متعمداً في الجميع " ⁽¹⁾

ثانياً: عند الشافعية : يجوز عندهم أيضاً اجتماع التعزير مع الكفارة ، وذلك في حالة مظاهره الزوج من زوجته ، وكذلك في الحلف باليمين الغموس ، وفي حالة جماع الرجل لزوجته في نهار رمضان ، وفي حالة قتل أحد الوالدين لولده ، وقتل السيد لعبده .

جاء في الحاشية : " وقد يجتمع مع الكفارة كما في الظهار واليمين الغموس ، وإفساد الصائم يوماً من رمضان بجماع حليلته " ⁽²⁾ .

ثالثاً: عند الحنابلة : يجتمع عندهم التعزير مع الكفارة أيضاً في القتل شبه العمد ، وكذا في الظهار ، والإفطار في رمضان بسبب الجماع ، وكذا الوطء في الإحرام ، لكن هذا على قول في المذهب ؛ لأن ذكر في الإنصاف أن القول بعدم الجواز هو الصحيح في المذهب .

(1) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص : 295 .

(2) إبراهيم البيجوري ، حاشيته ، ط (1343هـ / 19م) مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر ج 2 ، ص : 234 / وانظر

حاشية البجرمي ، ج 4 ، ص : 236 .

جاء في الإنصاف : " إن كانت المعصية فيها كفارة كالظَّهَار ، وقتل شبه العمد ، ونحوه كالفطر في رمضان بالجماع ، فهذا لا تعزير فيه مع كفارة على الصَّحيح في المذهب ، وقيل يعزَّر أيضاً " (1) .

(1) علاء الدّين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، تحقيق محمّد حامد الفقي ، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف ، ط 1 (1377هـ/1957م) دار إحياء التّراث العربي ، بيروت_ لبنان ، ج 10 ، ص : 239 .

المطلب الثاني

مدى تفويض عقوبة التعزير لرأي الإمام

إن عقوبة التعزير عقوبة مفوضة إلى رأي الإمام وهذا باتفاق العلماء رحمهم الله تعالى ، فالإمام هو الذي يختار العقوبة المناسبة لكل حالة تعرض عليه ، لكنه يراعي في كل حالة ظروف الجاني ، والجريمة ، والجنى عليه ، والزمان والمكان ، ذلك أن العقوبة التعزيرية تخضع لكل هذه الظروف ، وتختلف باختلافها .

فمشروعية تفويض العقوبة التعزيرية ، تخول للإمام أن يطبق ما شاء من أنواع العقوبات حسب اجتهاده بما يرى فيه الكفاية في الزجر والردع للجاني ، بشرط عدم تحكيم الهوى ، وعدم المخالفة لنص من الكتاب أو السنة أو الإجماع ؛ لأن الاجتهاد الذي يصطدم بشيء من ذلك لا عبرة به ، وكذا عدم مجاوزته للتنوع الذي يرى فيه الكفاية لزجر الجاني وردعه ؛ لأن العقوبة إذا فاقت قدر الجناية تعتبر تحكيماً للهوى .

قال العلامة القرافي رحمه الله : " متى قلنا الإمام مخير في التعزير فمعناه أن ما تعين سببه ومصلحته وجب عليه فعله ويأثم بتركه ، فهو أبداً ينتقل من واجب إلى واجب لا أن _ يحكم في التعازير بهواه وإرادته كيف خطر له ، وله أن يعرض عما شاء ويقبل منها ما شاء ، هذا فسوق وخلاف الإجماع _ " (1) .

والراجح عند الجمهور عدا المالكية أن يكون من حيث النوع فقط ، بمعنى أن القاضي له الحق في أن يختار نوع العقوبة التي يراها مناسبة للجريمة ، لكن بعد اختياره لها فهو مقيد ، وهذا في حالتين :

الحالة الأولى : عقوبة الجلد : فهي محدودة لمقدار أعلى لا يتجاوزه الحاكم وهو تسعة وثلاثون جلدة ، أو خمسة وسبعون ، أو تسعة وسبعون على الخلاف السابق ، إلا أن له التقصان عن المقدار الأعلى بما يرى فيه الكفاية للزجر والردع .

(1) القرافي ، الفروق ، ج 4 ، ص : 182 .

الحالة الثانية : عقوبة الحبس أو النفي : فهي محدودة بعدم بلوغها سنة ، أو عدم مجاوزتها للسنة ولو بيوم واحد ، وذلك عند الشافعية فقط ، وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء حيث ذهبوا إلى عدم التحديد ، وأن ذلك راجع إلى اجتهاد الإمام في المقدار الذي يرى فيه الكفاية لزرع الجاني .

أما عند المالكية فالراجح أن التفويض كما يشمل نوع العقوبة فإنه يشمل قدرها ، فللقاضي أن يختار العقوبة المناسبة للمجرم قدراً ونوعاً ، فله مثلاً أن يصل في الضرب إلى الغاية التي يراها كافية ، وله أن يزيد عن الحول إذا عزّر بالتفني .

وهناك من قال أيضاً بأنه للإمام أن يحبس من تكررت منه الجرائم ولم يترجر عنها بالحدود حتى يموت ، وكذا القتل سياسة للمبتدع الداعي إلى بدعته ، وهذا كله للمحافظة على أمن الدولة وسلامتها وإخلاء البلاد من الفساد .

هذا ويمكن الآن عرض آراء الفقهاء في التفويض في مجال العقوبات التعزيرية نوعاً ومقدراً :

الفرع الأول **مذهب الحنفية والمالكية**

الفقرة الأولى : مذهب الحنفية : التعزير عند الحنفية عقوبة مفوضة إلى رأي الحاكم ، وهذا التفويض من أهم أوجه الخلاف بين الحد والتعزير⁽¹⁾ ، إلا في حالة واحدة وهي عقوبة الجلد فتكون مقيدة بعدم المجاوزة فيها تسعة وثلاثين جلدة على الراجح عندهم ، وله حق التقصان عن هذا المقدار بحسب اجتهاده .

جاء في شرح فتح القدير : " ليس في التعزير شيء مقدّر بل مفوض إلى رأي الإمام - أي في أنواعه - فإنه يكون في الضرب وبغيره ، أما إن اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة ، فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين " - أهـ - ⁽²⁾ .

قال ابن عابدين : " له الزيادة من نوع على آخر بأن يضم إلى الضرب الحبس ، وذلك يختلف

(1) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 103 .

(2) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص : 212 .

باختلاف الجناية والجاني" (1) .

وجاء في تبين الحقائق : " وليس فيه - أي في التعزير - شيء مقدّر ، وإنما هو مفوّض إلى رأي الإمام على ما تقتضي جنائتهم ، فإنّ العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية ؛ فينبغي أن تبلغ غاية التعزير في الكبيرة كما إذا أصاب من الأجنبية كلّ محرّم سوى الجماع ، أو جمع السّارق المتاع في الدّار ولم يخرج ، وكذا ينظر في أحوالهم فإنّ من الناس من يترجر باليسير ، ومنهم من لا يترجر إلّا بالكثير" (2) .

فالتفويض إذاً ليس على إطلاقه فالإمام يختار النوع من التعازير الذي يراه مناسباً ، أمّا إذا اقتضى رأيه الضّرب في خصوص واقعة فإنّه يكون مقيداً ، فلا يزيد في عدد الجلدات عن تسعة وثلاثون أو خمسة وسبعون ، والقاضي على هذا الرأي يحكم بالقدر الذي يراه كافياً لتحقيق الغرض من العقوبة في كلّ حالة تعرض عليه في نطاق الحد الأعلى والأدنى .

والحد الأدنى عند القدوري (3) لا يقلّ عن ثلاث جلدات ، لكن الراجح عند الحنفية عدم تقدير الحد الأدنى فالقاضي يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه ، فلو رأى أنّه إنّما يترجر بأقلّ من تسعة وثلاثين صار أكثره أقلّ الواجب ، وتبقى فائدة تقدير الأكثر بما لو رأى أنّه لا يترجر إلّا بأكثر منها فيقتصر عليها ويبدل ذلك الأكثر بنوع آخر وهو الحبس مثلاً (4) .

والتّعزير على أربع مراتب (5) :

- تعزير أشرف الأشراف : وهم العلوية ، ويكون بالإعلام بأن يقول له القاضي بلغني أنّك تفعل كذا وكذا فيترجر به .

(1) شرح ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 106 .

(2) الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 3 ، ص : 208 .

(3) هو أحمد بن محمد بن أحمد ، أبو الحسين القدوري ، كان فقيهاً حنفياً ، انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق ، من مؤلفاته "المختصر" توفي سنة 428 هـ (انظر ترجمته في : شذرات الذهب ، ج 2 ، ص 223)

(4) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 104 بتصرّف .

(5) المصدر ، السابق ، الجزء نفسه ، ص : 104 / ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص : 213 / الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص : 64 .

- تعزير الأشراف : وهم الأمراء والدّهّاقين ⁽¹⁾ ، ويكون بالإعلام والجرّ إلى باب القاضي ، والخصومة في ذلك ، لكن ما لم يفعل جناية تسقط بها مروءته ، وإلا لا يكتفي بتعزيره بالإعلام .

- تعزير الأوساط : وهم السّوقة ، ويكون بالجرّ والحبس .

- تعزير الأخساء : ويكون بالإعلام والجرّ إلى باب القاضي ، والحبس والضّرب . وقال صاحب البحر الرائق أنّ هذا التّقسيم مخالف للقول بتفويض التعزير ؛ لأنّ هذا ما فهمه حيث قال : وظاهره أنّه ليس مفوضاً إلى رأي القاضي ، وأنّه ليس له التعزير بغير المناسب لمستحقّه ، وظاهر القول بالتفويض أنّ له ذلك ⁽²⁾ وإذا قيل بالتفويض فليس لهذا التّقسيم فائدة .

وقد ردّ على ذلك : أنّ هذا التّقسيم من قبيل التّظّر في أحوال النّاس التي يختلف باختلافها - أي أنّ أحوال النّاس على أربع مراتب - فلا يكون التّقسيم المذكور مخالفاً للقول بتفويض التعزير ؛ لأنّ التفويض لا ينافي التّظّر في أحوال النّاس ⁽³⁾ .

(الفقرة الثّانية : مذهب المالكية : عند المالكية التعزير عقوبة غير مقدّرة ، فهي مفوضة إلى القاضي أو الإمام حسب اجتهاده نوعاً ومقدراً . فهم موافقون للجمهور في تفويض العقوبات التعزيرية للإمام حسب اجتهاده في النوع والمقدار ، إلا في حالة عقوبة الجلد من جهة المقدار فهي غير محدودة عندهم ؛ بل بحسب ما يرى الإمام فيه الكفاية للزّجر والردّع ، حتّى ولو زاد مقدار ما رآه عن الحدّ ، والقول نفسه في عقوبة الحبس أو النفي . وبما أنّ عقوبة التعزير غير مقدّرة فهي تختلف من حيث المقادير والأجناس والصفّات باختلاف الجرائم من حيث كبرها وصغرها ، وبحسب حال المجرم في نفسه ، وبحسب حال القائل والمقول فيه والقول ⁽⁴⁾ .

قال الخرشي ⁽⁵⁾ : " التعازير يرجع فيها إلى اجتهاد الإمام باعتبار القائل والمقول له والمقول ...

(1) الدّهّاقين : جمع دهقان : معرّب يطلق على رئيس القرية وعلى التاجر وعلى من له مال وعقار (المصباح المنير ، كتاب الدّال ، ج 1 ، ص : 201)

(2) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 5 ، ص : 44 .

(3) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 105_107 .

(4) ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 294 / القرافي ، الفروق ، ج 4 ، ص : 178 .

(5) هو محمد بن عبد الله أبو عبد الله الخرشي المالكي نسبة إلى قرية يقال لها أبو خراش بمصر ، كان فقيهاً فاضلاً ، أوّل من تولى مشيخة الأزهر ، من تصانيفه " الشرح الكبير على متن خليل " و " الشرح الصّغير " ، توفي سنة 1101 هـ (انظر ترجمته مفصّلة في الأعلام للزركلي ، ج 6 ، ص 240 / شجرة النور الزكية ، ص 377)

وإذا أدى اجتهاد الإمام إلى أن يعزّر بما يزيد على الحدّ ، أو يأتي على هلاك النفس ، فإنّه يفعل ولا ضمان عليه ؛ حيث لم يقصد الهلاك ابتداءً بل ظنّ السلامة⁽¹⁾ .

وقال الأستاذ أبو بكر الطرطوشي⁽²⁾ في أخبار الخلفاء المتقدمين أنّهم كانوا يعاملون الرجل على قدره وقدر جنايته ، منهم من يضرب ، ومنهم من يحبس ، ومنهم من يقام واقفاً على قدميه في المحفل ، ومنهم من تترع عمامته ، ومنهم من يحلّ إزاره⁽³⁾ .

قال القرافي : " التعزير يختلف باختلاف الفاعل والمفعول معه والجناية ، فلا بدّ في التعزير من اعتبار مقدار الجناية والجاني والمجني عليه ، كما أنّه يختلف باختلاف الأعصار والأمصار ، فربّ تعزير في بلاد يكون إكراماً في بلد آخر ، مثل كشف الرأس عند الأندلس ليس هواناً وبالعراق ومصر هوان⁽⁴⁾ .

وعند المالكية أيضاً ينبغي أن يقتصر على القدر الذي يظنّ إنزجار الجاني به ، ولا يزيد عليه ، وفي الحديث " وأنّ الإمام ليخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"⁽⁵⁾ وإن كان هذا الكلام جاء في الحدود فهو متناول لغيرها من الزّواجر⁽⁶⁾ .

(1) الخرشي على مختصر خليل ، ج 8 ، ص : 110 .

(2) هو أبو بكر محمد بن الوليد بن محمد بن خلف بن سليمان بن أيوب القرشي الفهري الطرطوشي ، يعرف في وقته بابن أبي رندقة ، ولد بطرطوش سنة 451 ، وبها درس علم الفرائض والحساب ، ثم انتقل إلى إشبيلية فأخذ عن ابن حزم الأدب ، وفي سرقسطة تفقّه على يد أبي الوليد الباجي ، كما رحل إلى المشرق ، كان زاهداً ورعاً ، عالماً بالفقه ومسائل الخلاف والأصول والفرائض والأدب ، أخذ عنه العلم أبو الطاهر إسماعيل ، وابن العربي ، والقاضي عياض وغيرهم ، توفي سنة 520 هـ — بالأسكندرية ، من مؤلفاته : سراج الملوك — الحوادث والبدع — بر الوالدين ، وغيرها (انظر ترجمته في : سير أعلام النبلاء ، ج 19 ، 490 / الديباج المذهب لابن فرحون ، ص 276 / شذرات الذهب لابن عماد ، ج 4 ، ص 62)

(3) نقلاً عن تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص : 296 ، بتصرّف .

(4) الفروق للقرافي ، ج 4 ، ص : 182_183 .

(5) رواه الترمذي في سننه ، كتاب الحدود ، رقم 1424

(6) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص : 301 .

الفصل الثاني مذهب الشافعية والحنابلة

الفقرة الأولى: مذهب الشافعية : عند الشافعية أيضاً التعزير غير مقدّر شرعاً ، وأنه مفوّض لرأي الإمام واجتهاده من حيث الجنس والقدر ، لاختلافه باختلاف الناس ومراتبهم ، وباختلاف المعاصي ، إلا في حالتين يتقيّد الإمام فيهما بحد أدنى : وهما الجلد والتفني وقد سبق الكلام على ذلك ، ويتعيّن على الإمام أن يفعل بكلّ معزّر ما يليق به وبجنايته من عقوبات التعزير ، وعليه كذلك أن يراعي في الترتيب والتدرّج ما يراعي في دفع الصائل ، فلا يرقى لمرتبة إذا كان يرى أنّ ما دونها كاف للزّجر .

جاء في مغني المحتاج " يجتهد الإمام في جنسه وقدره ؛ لأنّه غير مقدّر شرعاً فوكل إلى رأيه ، فيجتهد في سلوك الأصلح لاختلاف ذلك باختلاف مراتب الناس وباختلاف المعاصي ، وعلى الإمام مراعاة الترتيب والتدرّج اللائق بالحال في القدر والتنوع كما يراعيه في دفع الصائل ، فلا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها كافياً مؤثراً " (1) .

وقال العلامة الماوردي _ رحمة الله _ " التعزير تأديب على ذنوب لم تشرّع فيها الحدود ، ويختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله ... فيكون تعزير من جلّ قدره بالإعراض عنه ، وتعزير من دونه بالتّعنيف له ، وتعزير من دونه بزواجر الكلام ، وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سبّ ، ثمّ يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس الذي يحبسون فيه على حسب ذنوبهم وحسب هفواتهم ... ، ثمّ يعدل بمن دون ذلك إلى التقبي والإبعاد إذا تعدّت ذنوبه إلى اجتذاب غيره إليها واستضراره بها ... ، ثمّ يعدل بمن دون ذلك إلى الضرب ، ويترّلون فيه على حسب الهفوة في مقدار الضرب ، وبحسب الرتبة في الامتهان والصيانة " _ أهـ _ (2) .

الفقرة الثانية : مذهب الحنابلة : عند الحنابلة أيضاً التعزير عقوبة غير مقدّرة ، ويختلف مقدارها وصفاتها بحسب كبر الذنوب وصغرها ، وبحسب حال المذنب ، وبحسب حال الذنب في قلّته وكثرتة ، وهو مفوّض إلى الوالي يفرض منه في كلّ حالة ما يراه كافياً لتحقيق الزّجر

(1) الشريبي ، مغني المحتاج ، ج 4 ، ص : 192 .

(2) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص : 310 .

والتنكيل ، والتأديب المقصود من التعزير ، وليس لأقلّ التعزير حدّ ؛ بل يكون بكلّ ما فيه إيلاّم الإنسان من قول وفعل وترك ؛ إلّا أنّ هناك حالة واحدة لا يتناولها التفويض من جهة المقدار وهي عقوبة الجلد ، فهي محدودة على الرّاجح عندهم بعشر جلدات للمقدار الأعلى ، وللحاكم حقّ النّقصان عن هذا المقدار بحسب اجتهاده ، ويستثنى من ذلك :

- واطى أمة زوجته في حالة إحلالها له ، فيجلد مائة جلدة تعزيراً له .
- كذا في الشّريك الواطى للأمة المشتركة بينه وبين الآخر ، فيجلد مائة إلا سوطاً .
- وكذا فيمن شرب مسكراً في رمضان ، فيجلد عشرين جلدة بعد جلدة الحدّ ، لما روي في الأثر من جلد عليّ ﷺ للتّجاشي عندما شرب خمراً في نهار رمضان عشرين جلدة تعزيراً له على إفطاره في رمضان بعد أن جلده الحدّ .

جاء في الرّوض التّدي : " من وطء أمة زوجته لكونها أحلّتها له جلد مائة ، ولا يرجم ، ولا يغربّ ، أو أمة مشتركة فمائة إلا سوطاً ، أو شرب مسكراً في نهار رمضان فبعشرين مع الحدّ ، ولا يزداد تعزير في غير ذلك على عشر جلدات ، ويكون بالحبس والتّوبيخ والعزل من الولاية ، وهو موكلول إلى اجتهاد الإمام أو الحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشّخص " (1) .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية (2) رحمه الله تعالى : " فهؤلاء - أي مرتكبو المعاصي الموجبة للتعزير - يعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتأديباً ، بقدر ما يراه الوالي على حسب كثرة ذلك الذّنّب في النّاس وقتلته ، فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلاً ، وعلى حسب حال المذنب ، فإذا كان من المذمّنين على الفجور زيد في عقوبته بخلاف المقلّ في ذلك . وعلى حسب كبر الذّنّب وصغره ، فيعاقب من يتعرّض لنساء النّاس وأولادهم مالا يعاقبه من لم يتعرّض إلاّ لمراة واحدة ، أو صبيّ واحد " أهـ (3) .

(1) الرّوض التّدي شرح كافى المبتدي للبلباني ، ص : 471 ، بتصرّف (تراجع المعلومات)

(2) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني ثمّ الدمشقي الحنبلي ، شيخ الإسلام ، محدّث حافظ ، مفسّر فقيه مجتهد مشارك في أنواع من العلوم ، حبس بقلعة القاهرة والأسكندرية وبقلعة دمشق مرّتين ، من مؤلّفاته (اقتضاء الصراط المستقيم في الردّ على أهل الجحيم - تعارض العقل والنقل - رفع الملام عن الأئمّة الأعلام - القواعد النورانية الفقهية ، وغيرها ، توفي بقلعة دمشق سنة 728 هـ ودفن بالصوفية) انظر ترجمته في الدرر الكامنة لابن حجر ، ج 1 ، ص 144 - 147 / الذيل على طبقات الخنابلة لابن الحاجب ، ج 4 ، ص 387 - 408 (المقصد الأرشد لابن مفلح ، ج 1 ، ص 132 -

المطلب الثالث

حكم إقامة العقوبة التعزيرية والضمان في التعزير

في هذا المطلب أتناول مدى إلزامية إقامة العقوبة التعزيرية وتنفيذها ، فهل يجب على الإمام إقامة العقوبة التعزيرية ؟ أم أن العقوبة حقّ له إن شاء أقامها وإن شاء تركها ؟ ومن جهة أخرى إذا أدت هذه العقوبة إلى الإتلاف هل يعتبر ذلك خطأ من الإمام يستوجب الضمان والتعويض ؟ الجواب عن هاتين المسألتين يتمّ من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

حكم إقامة العقوبات التعزيرية

اختلف الفقهاء في حكم إقامة العقوبات التعزيرية ، هل هي واجبة على الإمام ؟ أم هي حقّ له إن شاء أقامها وإن شاء تركها ؟ إذ هناك من جعلها حقّ للإمام مطلقاً إن شاء عزّر وإن شاء ترك ، وهناك من فصل فجعل ما كان منها حقّ لله تعالى غير واجبة على الإمام ، وما كان منها من حقوق العباد وجب على الإمام إقامتها بشرط طلب المجنى عليه ، وهناك من جعل عقوبة التعزير واجبة على الإمام عند المصلحة ، باستثناء بعض الحالات المنصوص عليها فإنها تجب على الإمام دون شرط المصلحة ، وكذا ما تعلّق بحقّ العبد يكون واجباً قياساً على الحدود .

الفقرة الأولى : آراء المذاهب الفقهية

أولاً : مذهب الشافعية : هناك رأيان للشافعية :

الأول : أن العقوبات التعزيرية غير واجبة على الإمام إقامتها ؛ بل هي حقّ له إن شاء أقامها وإن شاء تركها ، وذلك إذا كانت لحقّ الله تعالى ، أمّا حقوق العباد فهي واجبة عليه إقامتها عند طلب المجنى عليه فقط .

الثاني : ذهب بعض الشافعية إلى أن العقوبات التعزيرية حقّ للإمام مطلقاً وهو المعتمد ، إن شاء عزّر وإن شاء ترك في كلا الحقيقتين .

جاء في مغني المحتاج : " للإمام ترك التعزير لحقّ الله تعالى ، لإعراضه ﷺ عن جماعة استحقّوه

كالغال⁽¹⁾ من الغنيمة ، ولاوي شدقه في حكمه⁽²⁾ للزبير ، ولا يجوز تركه إن كان لآدمي عند طلبه كالقصاص كما جرى عليه الحاوي الصغير ومختصره خلافاً لما رجّحه - بعض أصحابنا⁽³⁾ من أن له ذلك " ⁽⁴⁾ .

جاء في المذهب : " وإن رأي السلطان ترك التعزير جاز تركه إذا لم يتعلّق بحق آدمي " ⁽⁵⁾ .

ثانياً : مذهب الجمهور : ذهب الجمهور (المالكيّة والحنفيّة والحنابلة) إلى أن العقوبات التعزيرية واجبة على الإمام إقامتها لكن إذا رأى في إقامتها مصلحة ، وهناك من استثنى حالات خاصّة منصوص عليها ، فأوجب على الإمام إقامة التعزير على مرتكبها مطلقاً دون نظر إلى المصلحة .

جاء في شرح فتح القدير : " التعزير فيما شرّع فيه التعزير إذا رآه واجب ، وهو قول مالك وأحمد وعند الشافعي ليس بواجب ، ثم قال : " ولنا ما كان منصوصاً عليه من التعزير ، كما في وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال الأمر فيه ، وما لم يكن منصوصاً عليه إذا رأى الإمام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة ، أو علم أنّه لا يترجر إلّا به وجب ؛ لأنّه زاجر مشروع لحقّ الله تعالى وجب كالحقّ . وما علم أنّه يترجر بدونه لا يجب و هو مجمل الحديث⁽⁶⁾ الذي ذكر

(1) عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما ، قال : كان رسول الله ﷺ إذا أصاب غنيمة أمر بلالاً فنادى في الناس فيجيئون بغنائهم فيخمسّه و يقسمه ، فجاء رجال يوماً بعد النداء بزمام من شعر ، فقال : يا رسول الله هذا كان فيما أصبناه من الغنيمة ، فقال : أسمع بلالاً ينادي ثلاثاً ؟ قال : نعم ، قال : فما منعك أن تجيء به ، فاعتذر إليه - فقال : كلاً . " أنت تجيء به يوم القيامة فلن أقبله منك " وفي لفظ " كن أنت تجيء به ... "

(2) عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما أن رجلاً خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ في شراج الحرّة الذي يسقون به النخل فقال رسول الله ﷺ للزبير : " اسق أرضك الماء ثم أرسل الماء إلى جارك ؛ فغضب الأنصاري فقال : يا رسول الله أن كان ابن عمّتك ؟ فتلوّن وجه رسول الله ﷺ فقال : يا زبير اسق أرضك الماء ثم احبس الماء حتّى يرجع إلى الجدر ، فقال الزبير : فو الله إنني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك " فلا وربك لا يؤمنون حتّى يحكموك فيما شجر بينهما " متفق عليه ، سبق تخريجه في ص :

(3) ابن المقرئ

(4) الشريبي ، مغني المحتاج ، ج 4 ، ص : 193 .

(5) الشيرازي ، المذهب ، ج 2 ، ص : 288 .

(6) عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : " آتي عالجت امرأة من أقصى المدينة فأصبت منها ما دون أن أمسّها فأنا هذا فأقم عليّ ما شئت ، فقال عمر رضي الله عنه لقد ستر الله عليك لو سترت على نفسك ، فلم يردّ النبي ﷺ شيئاً فأنطلق الرجل فأتبعه النبي ﷺ - رجلاً فدعاه فتلا عليه - " أقم الصلاة طرقي النهار وزلفاً من الليل " إلى آخر الآية ، فقال رجل من القوم : أله خاصّة أم للناس عامّة ؟ فقال ﷺ للناس كافّة " أهـ -

لِلنَّبِيِّ ﷺ مَا أَصَابَ مِنَ الْمَرْأَةِ فَإِنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ لِلنَّبِيِّ ﷺ إِلَّا وَهُوَ مَتَزَجِرٌ " _ أَهـ _ (1)

قال القرافي رحمه الله تعالى : " إنَّ الحدود واجبة التَّفُؤُذ والإقامة على الأئمة ، واختلفوا في التعزير فقال مالك وأبو حنيفة إن كان لحقَّ الله تعالى وجب كالحدود ، إلَّا أن يغلب على ظنَّ الإمام أنَّ غير الضَّرب مصلحة في الملامة والكلام ، وقال الشَّافعي هو غير واجب على ... الخ _ أَهـ _ (2)

وجاء في مواهب الجليل بعد ذكر قول القرافي : " ويجوز العفو عن التعزير والشفاعة إذا كان الحقُّ للآدمي ، فإن تجرَّد عن حقِّ الآدمي ، وانفرد به حقُّ السلطنة كان لوليِّ الأمر مراعاة حكم الأصلح في العفو والتَّعزير " _ أَهـ _ (3)

وجاء في المغني : " التَّعزير فيما شرَّع فيه التَّعزير واجب إذا - رآه الإمام وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشَّافعي ليس بواجب ، ثمَّ قال _ ولنا أنَّ ما كان من التَّعزير منصوباً عليه كوطء جارية امرأته ، أو جارية مشتركة فيجب امتثال الأمر فيه ، وما لم يكن منصوباً عليه إذا رأى الإمام المصلحة فيه ، أو علم أنَّه لا يترجر إلَّا به وجب ؛ لأنَّه زاجر مشروع لحقَّ الله تعالى فوجب كالحَدِّ " _ أَهـ _ (4)

(الفقرة الثَّانية : التَّرجيح : الَّذي اختاره هو رأي الجمهور لموافقته لروح الشَّريعة الإسلاميَّة ؛ ولأنَّ ما ذهب إليه الشَّافعيَّة يفتح الباب على مصراعيه أمام حكام الجور وغيرهم لتحكيم هوى أنفسهم ، بالإضافة إلى عدم قوَّة أدلَّتهم في ذلك .

بخلاف الجمهور الَّذين قيَّدوا وجوب إقامة العقوبة التَّعزيريَّة فيما لم ينصَّ عليه بالمصلحة الَّتِي هي مقصد من مقاصد الشَّارع ؛ لأنَّ في كثير من الأحيان يأتي الجاني المعاصي وهو نادم على ما فعل ، وآثار التَّوبة ظاهرة على وجهه ؛ فمن المصلحة أن يترك الإمام معاقبته لأنَّ الغرض من

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص : 214 .

(2) الفروق للقرافي ، ج 4 ، ص : 179 .

(3) الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ، ص : 320 .

(4) ابن قدامة ، المغني و الشَّرح الكبير ، ج 10 ، ص : 343_344 .

التعزير قد حصل وهو الانزجار ، مثل ما فعل النبي ﷺ مع الرجل الذي جاءه مخبراً عن نفسه أنه أصاب من امرأة أجنبية ما دون الجماع ، وهو الدليل الذي استدلل به الشافعية على ما ذهبوا إليه ، فهذا الدليل ضدهم وليس معهم .

أما ما استدلل به الشافعية أيضاً من ترك النبي ﷺ للتعزير في جماعة استحقوه ؛ فبدل تركه هذا على أن التعزير حق للإمام إن شاء أقامه وإن شاء تركه ، فيجواب عنه : بأن تركه ﷺ للأنصاري وعدم تعزيره إياه على ما بدر منه في قضية الزبير ، إنما كان لأن التعزير فيها لحق العبد وهو حقه ﷺ ؛ فيجوز له تركه بخلاف حق الله تعالى (1) .

أما القول بأن النبي ﷺ أعرض عن الغال من الغنيمة ولم يعزّره ، أن الاستدلال ليس في محله وذلك : لأن النبي ﷺ في رفضه قبول إرجاع ما غلّه الغال ، وقوله له : " كن أنت تجيء به يوم القيامة " قد عزّره أسوأ تعزير عقاباً له على فعله ، وزجراً له ولغيره (2) .

الفصل الثاني الضمان في التعزير

إن العقوبة التعزيرية جعلت للتأديب والزجر لا للإتلاف إلا إذا استفحل خطر المجرم وحكم عليه بالقتل ؛ ومن هنا إذا أدّت هذه العقوبة إلى الإتلاف فهل يعتبر ذلك خطأ من الإمام يستوجب الضمان والتعويض ؟

لقد اختلف الفقهاء في التلف بسبب التعزير ، هل يضمنه الإمام أم لا ؟ فمنهم من جعل الهالك بسبب التعزير دمه هدر مثله مثل الهالك بسبب الحد لأن الإمام يطبق الشريعة ، ومنهم من فرق بين الحد والتعزير بحيث لم يوجب الضمان في الحد باستثناء كون الحدود امرأة حامل ، وأوجه في التعزير لأن التعزير عنده مشروط بسلامة العاقبة ، والخلاف في هذه المسألة جارٍ بين الشافعية والجمهور .

(1) القرافي ، الفروق ، ج 4 ، ص : 179 .

(2) ابن سنان ، الجانب التعزيري في جريمة الزنى ، ص : 132 .

الفقرة الأولى : مذهب الشافعية : فرّق الشافعية في الضّمان بين الحدّ والتّعزير ، فلا يجب الضّمان عندهم على الإمام في الأوّل إلّا في حالة كون الحدود امرأة حامل ، ويجب في الثاني وذلك أنّ التعزير للتأديب لا للإتلاف ، فإذا أدّى إلى الإتلاف كان ذلك خطأ من الإمام فيجب عليه الضّمان ، فالتّعزير عندهم مشروط بسلامة العقابة .

جاء في المهذّب : " وإن عزّر الإمام رجلاً فمات وجب ضمانه ، لما روى عمرو بن سعيد عن عليّ عليه السلام أنّه قال " ما من رجل أقمت عليه حداً فمات فأجد في نفسي أنّه لا دية له إلّا شارب الخمر فإنّه لو مات ودّيته ؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وآله لم يسّنه " (1) ولا يجوز أن يكون المراد به إذا مات من الحدّ ، فإنّ النبي صلى الله عليه وآله حدّ في الخمر ، فثبت أنّه أراد من الزيادة على الأربعين ؛ ولأنّه ضرب جعل إلى اجتهداه ، فإذا أدّى إلى التلف ضمن كضرب الزوج زوجته " (2) .

وجاء فيه أيضاً : " وإن أقيم الحدّ في الحال التي لا يجوز فيها إقامته فهلك منه لم يضمن ؛ لأنّ الحقّ قتله ... فإن كانت حاملاً فتلف منه الجنين وجب الضّمان ؛ لأنّه مضمون فلا يسقط ضمانه بجناية غيره ، وإن تلف الحدود فقد قال إذا أقيم الحدّ في شدة حرّ أو برد فهلك لا ضمان عليه " (3) .

أمّا بالنسبة لغير الإمام كأن يكون المعزّر زوجاً مثلاً ، فإنّه يضمن كذلك ، وإلّا يعزّر ، جاء في الأمّ : "... وهكذا إن خاف الرجل نشوز امرأته فضرّ بها فماتت أو فقأ عينها خطأ ضمنّت عاقلته نفسها وعينها ، فإن قيل فمن أين ؟ قلت له أن يعزّر ... " (4) .

الفقرة الثانية : مذهب الجمهور : من حدّه الإمام أو عزّره فهلك ، فدمه هدر عند الحنفية ومالك وأحمد لأنّ الإمام يطبّق الشريعة ، ولا فرق عندهم بين الحدّ والتّعزير ، فإذا عزّر الإمام رجلاً فمات فلا ضمان ، وذلك أنّ التعزير عقوبة شرّعت للزجر والردّع ، فلا ضمان على الإمام إذا أدّى تطبيق العقوبة التعزيرية إلى تلف الجاني فمثله مثل الحدّ ، ذلك أنّ الإمام مأمور بتطبيق

(1) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب الضّرب بالجريد والتّعال ، بلفظ " ما كنت لأقيم حداً على واحد فيموت فأجد في نفسي إلّا صاحب الخمر فإنّه لو مات ودّيته و ذلك أنّ رسول الله صلى الله عليه و سلّم يسّنه " ج 6 ، ص : 14 .

(2) المهذّب ، ج 2 ، ص : 289 / محمد ابن إدريس الشافعي ، الأمّ ، دار المعرفة ، بيروت _ لبنان ، ط 2 (1393هـ / 1973م) ج 6 ، ص : 87 .

(3) المشيرازي ، المهذّب ، ج 2 ، ص : 271 / محمد بن إدريس الشافعي ، الأمّ ، ط 3 ، سنة (1393 هـ / 1973 م) دار المعرفة ، بيروت _ لبنان ، ج 6 ، ص : 87 .

(4) الشافعي ، الأمّ ، ج 6 ، ص : 88 .

العقوبة سواء كانت حداً أو تعزيراً ، وفعل هذا المأمور لا يتقيد بشرط السلامة .

جاء في المغني : " ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة ، أنه لا يضمن من تلف بها وذلك لأنه فعلها بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به ؛ ولأنه نائب عن الله تعالى ، ... وإن زاد على الحد فتلف ، وجب الضمان بغير خلاف نعلمه لأنه تلف بعدوانه " (1) .

وجاء فيه أيضاً : " وإذا مات من التعزير لم يجب ضمانه ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ... ولنا أنها عقوبة مشروعة للردع والزجر ، فلم يضمن من تلف بها كالحّد ، وأما قول عليّ في دية من قتله حدّ الخمر ، فقد خالفه غيره من الصحابة ، فلم يوجبوا شيئاً به ... فكيف يحتجّ به مع ترك الجميع له ؟... " (2) .

وجاء في المبسوط : " أربعة شهدوا على رجل بشيء يجب فيه التعزير ، فعزّره الإمام فمات من ذلك فلا شيء على الإمام ولا في بيت المال عندنا ، وهو مذهب عمر وعلي رضي الله عنهما " (3) .

قال ابن عابدين : " من حده الإمام أو عزّره فدمه هدر عندنا ومالك وأحمد خلافاً للشافعي ؛ لأن الإمام مأمور بالحد والتعزير ، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة " (4) .

وجاء في الكافي : " وإن مات من التعزير لم يجب ضمانه ؛ لأنه مات من عقوبة مشروعة للردع والزجر ، فلم يضمن ما تلف بها كالحّد ، وإن تجاوز التعزير المشروع ، ضمن كما لو تجاوز الحدّ في الحدّ " (5) .

أمّا إذا كان المعزّر غير الإمام : كالزّوج ، والمعلّم ، والأب ، والجدّ ، والوصيّ وغيرهم ، فيرى كلّ من أحمد ومالك أنّه لا ضمان على هؤلاء جميعاً بشرط أن يكون الضّرب معتاداً ، أمّا إذا

(1) ابن قدامة ، المغني و الشّرح الكبير ، ج 10 ، ص : 330 .

(2) المصدر نفسه ، ص : 344 .

(3) شمس الدّين السّرخسي ، المبسوط ، ط 1 (1414هـ/1993م) دار الكتب العلميّة ، بيروت_لبنان ، ج 9 ، ص : 64 .

(4) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 131 .

(5) موقّق الدّين ابن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، ط (دت ن) دار الفكر ، تحقيق صدقي محمد جميل ،

ج 4 ، ص:139

كان غير معتاد فعلى الجميع الضّمان وذلك بإجماع الفقهاء ، مع العلم أنّ أبا حنيفة والشّافعي يقولان بالضّمان في التّأديب ، ولو كان الضّرب غير معتاد .

ورد في المبسوط : " وكما نقول في الزّوج إذا عزّر زوجته فماتت كان عليه ضمان الدّية ، ولكنّا نقول : الإمام محقّ فيما أقام وهو مستوف حقاً لله تعالى ، فيصير كأن من له الحقّ أمانة بخلاف الزّوج إذا عزّر زوجته ؛ لأنّه يستوفي ذلك لمنفعة نفسه ⁽¹⁾ .

وجاء في حاشية ابن عابدين : " الضّمان في ضرب التّأديب لا في ضرب التّعليم ؛ لأنّه واجب ما لم يكن ضرباً غير معتاد ، فإنّه موجباً للضّمان مطلقاً " ⁽²⁾ .

وجاء في المغني : " وليس على الزّوج ضمان الزّوجة ، إذا تلفت من التّأديب المشروع في التّشوز ، ولا على المعلّم إذا أدب صبيّة الأدب المشروع ، وبه قال مالك ... وإن ضربه ضرباً شديداً مثله لا يكون أدباً للصبيّ ضمن ، لأنّه قد تعدّى في الضّرب " ⁽³⁾ .

(1) شمس الدّين السرخسي ، المبسوط ، ط 1 ، سنة (1414 هـ / 1993 م) دار الكتب العلميّة ، بيروت _ لبنان ، ج 9 ، ص 64 .

(2) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 131 .

(3) ابن قدامة ، المغني والشرح الكبير ، ج 10 ، ص 344 .

المطلب الرابع

أسباب سقوط العقوبة التعزيرية

إنَّ الله عزَّ وجلَّ جعل الجزاء رادعاً ومثالاً أمام من تحدَّته نفسه بالجريمة ، وزجر أولي الأمر عن التهاون في تنفيذ العقوبة المشروعة ، لكنَّه عزَّ وجلَّ كما شرَّع العقوبة شرَّع في المقابل أسباب تسقط هذه العقوبة ، وموانع تحدُّ من كثرة تنفيذها ؛ إذن فكما اقتضت حكمة الله سبحانه وتعالى شرع العقوبات ، فقد اقتضت رحمته شرع الموانع والمسقطات لهذه العقوبات ؛ لأنَّه سبحانه وتعالى أرحم بعباده من الأمِّ بولدها ⁽¹⁾ .

ولقد كان رسول الله ﷺ يرى المسلم يقام عليه الحدُّ ، وتنفَّذ فيه العقوبة فيتألم لذلك أشدَّ الألم حتَّى تظهر أماراته على وجهه ويدركها أصحابه ، ففي الحديث عن عبد الله بن مسعود أنَّ رسول الله ﷺ أتى بسارق قد سرق ، فقال " إذهبوا بصاحبكم فاقطعوه ، وكأُتْمَا أُسِفَّ ⁽²⁾ وجهه النَّبي ﷺ رماداً ثمَّ أشار بيده يخفيه ، فقال بعض القوم كأنَّ هذا شقَّ عليه؟ فقال : لا ينبغي أن تكونوا أعوان الشَّيطان أو إبليس فإنَّه لا ينبغي لوليٍّ أمر أن يؤتَى بحدٍّ إلا أقامه والله عفو يحبَّ العفو ثم قرأ ﴿ وَتُغْفِرُوا وَلِئَمْ تَعْمَرُوا ﴾ النور / 22 ، وفي رواية " كيف لا يشقَّ عليَّ وأنتم أعوان الشَّيطان على أخيكم " ⁽³⁾ .

هذا والعقوبة في الشريعة الإسلامية تسقط بأسباب مختلفة ، ولكن ليس في هذه الأسباب ما يعتبر سبباً عاماً مسقطاً لكلِّ عقوبة ، وإنَّما تتفاوت الأسباب في أثرها على العقوبات ، فبعضها يسقط معظم العقوبات ، وبعضها مسقط لأقلِّها ، وبعضها خاصٌّ بعقوبات دون أخرى ، وفي التعزير تسقط العقوبة بما يلي : موت الجاني _ العفو _ الشفاعة _ التوبة _ التقادم _ الصلح _ الإرث _ التداخل _ الجنون .

(1) روى البخاري في صحيحه عن طريق عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، قال : " قدم على النَّبي ﷺ سبي ، فإذا امرأة من السَّبي تحلب ثديها تسقي إذا وجدت صبياً في السَّبي أخذته فألصقته بطنها وأرضعته ، فقال لنا النَّبي ﷺ : أترون هذه طارحة ولدها في النار؟ قلنا : لا ، وهي تقدر على أن لا تطرحه ، فقال : الله أرحم بعباده من هذه بولدها " ج 5 ، ص : 223 .

(2) كناية عن تغيُّر وجهه صلى الله عليه وسلم .

(3) كثر العمال ، عن أبي نعيم عن ابن عمر ، ج 5 ، ص 306 .

الفرع الأول أسباب سقوط العقوبة التعزيرية بموت الجاني والعفو والشفاعة والتوبة

سأتناول في هذا المطلب مجموعة من الأسباب المسقطّة للعقوبة التعزيرية شرعاً ، وتمثّل في :
موت الجاني ، والعفو ، والشفاعة ، والتوبة ، وهذه الأسباب مهما كان أثرها في إسقاط العقوبة ،
إلاّ أنّها ليست عامّة مسقطّة لجميع العقوبات ، لهذا سنجد آثارها في الإسقاط تتفاوت من عقوبة
لأخرى ، هذا فضلاً عن كون التوبة لا أثر لها في إسقاط العقوبات التي يكون فيها الحقّ للآدمي .

الفقرة الأولى : سقوط العقوبة التعزيرية بموت الجاني : موت الجاني سبب من الأسباب المسقطّة
للعقوبة التعزيرية ، ولكنّ الموت لا يسقط كلّ العقوبات التعزيرية ؛ بل في الأمر تفصيل :

فإذا كانت العقوبة من العقوبات البدنية ، أو المقيدة للحرية ، أو كانت غير ذلك مما ينصبّ
تنفيذه على ذات الجاني ، أو يتعلّق بشخصه كالهجر والتوبيخ ؛ فإنّ أمثال هذه العقوبات يسقطها
موت الجاني بداهة ؛ لأنّ الموت يذهب بالشخص الذي يجري فيه التنفيذ ، وأما إذا لم تكن العقوبة
متعلّقة بشخص الجاني بل انصبّت على ماله كعقوبة الغرامة _ عند من يقول بجوازها _ والمصادرة
مثلاً ، فإنّ موت الجاني بعد الحكم عليه لا يسقط هذه العقوبات لإمكان التنفيذ بها على ماله ؛ إذ
هذه العقوبات تصير ديناً في الدّمة ، وتتعلّق تبعاً بالتركة ⁽¹⁾ .

انتقال حقّ التعزير إلى الورثة : الكلام في هذا الموضوع يجيبنا عن تساؤل مضمونة ، هل ينتقل
حقّ المطالبة بالتعزير إلى الورثة عند موت من كان له هذا الحقّ ؟ أم يسقط حقّه بموته ؟

ومعلوم أنّ المراد بالتعزير هنا هو ما كان الحقّ فيه للآدمي ؛ إذ يتصور موته قبل استيفاء حقّه
ممن آذاه ، وفي مايلي عرض لأقوال الفقهاء في هذا الشأن :

أولاً : مذهب الحنفية : عند الحنفية لا يورث التعزير لأنّهم حدّدوا ما يورث بما يمكن انتقاله مثل
الأعيان ، وقالوا ما لم يكن عيناً فلا يورث كالخيار والتعزير ونحو ذلك ، وأما

(1) عبد العزيز عامر ، التعزير في الشريعة الإسلامية ، ص: 510 / التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص : 770 .

القصاص فأجابوا عن انتقال الحقّ فيه إلى الورثة بأنّه ثبت للوارث ابتداءً ؛ لأنّه شرّع للتّشفيّ (1) .

ثانياً : مذهب المالكية : جاء في تهذيب الفروق : " لا خلاف في انتقال الأموال إلى الأقارب ومن الخلاف بين فقهاء الأمصار _ انتقال _ الحقوق ، وذلك أنّه وإن روي عن رسول الله ﷺ أنّه قال : " من مات عن حقّ فلورثته " (2) إلا أنّ الحقوق لما لم تكن كلّها بمعنى واحد ، بل منها ما يتعلّق بالمال : كخيار الشّفعة ، وخيار الشّروط في البياعات ، وخيار الرّد في البيع ... ، ومنها ما يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه : كحدّ القذف ، والقصاص ... ، ومنها ما يتعلّق بنفس المورث وعقله وشهوته : كالولايات ، والمناصب ، والأمانة ، والوكالة ، واللّعان والعود ، واختيار إحدى الأختين ونحو ذلك ، لم يبقوا لفظ الحديث المذكور على عمومه ، بل خصّوه بما ينتقل منها للوارث ، وضابطه أنّ كلّ ما كان متعلّقاً بالمال ، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه . وأمّا ما لا ينتقل إلى الوارث منها فلا يشمل لفظ الحديث ، وضابطه أنّه كلّ ما كان متعلّقاً بنفس المورث " (3) .

فالظاهر من هذا التّقسيم أنّ التعزير يدخل في القسم الثّاني ؛ لأنّ فيه دفع الضرر عن الوارث ، وتخفيف ألمه : كحدّ القذف ، والقصاص ، فصحّ أنّ الحقّ في التعزير ينتقل إلى الورثة بعد موت مورّثهم _ عند المالكية _ .

ثالثاً : مذهب الشافعية : يصرّح الشّافعية بأنّ حقوق الآدميّين تنتقل بعد موت مستحقّها إلى مورّثه ؛ حيث يكون له أن يقوم بالمطالبة بها دونه ، فلو وجب له حدّ القذف ، أو تعزير على غيره فمات قبل استيفائه كان لوارثه القيام به واستيفاءه (4) .

رابعاً : مذهب الحنابلة : الظاهر من مذهب الحنابلة أنّ حقّ الآدمي في التعزير إذا طالب به ثمّ

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ج 4 ، ص : 212 _ 218 / شرح الهداية ، ج 4 ، ص : 212 _ 218 بهامش فتح القدير .
(2) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه بلفظ " من ترك مالا فللورثة و من ترك كلاً فإلينا " صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ص : 61 .

(3) محمد علي حسين المكي المالكي ، تهذيب الفروق والقواعد السنيّة في الأسرار الفقهية ، ج 3 ، ص : 284 بهامش الفروق .

(4) يحيى بن شرف النووي ، روضة الطّالبيين ، ط (دت ن) المكتب الإسلامي للطباعة والنشر _ بيروت ، ج 8 ، ص 325 .

مات أنّه ينتقل إلى وارثه ، فيقوم بما كان لمورثه القيام به ، وقد ذكر ابن رجب ⁽¹⁾ في القواعد الحقوق التي تنتقل إلى الوارث بموت مورثه ، وعدّها منها صوراً ، ولم يذكر التعزير منها ، إلّا أنّه قال : " وما كان واجباً له في حياته إن كان قد طالب به ، أو هو في يده ثبت لهم إرثه " ⁽²⁾ .

والصّواب جواز قيام الورثة مقام وارثهم في المطالبة بما وجب له من التعزير على غيره ؛ لأنّ هذا من حقوق الآدميين التي لا سبيل إلى إسقاطها إلّا بتنازل مستحقّها .

الفقرة الثّانية : سقوط العقوبة التعزيرية بالعفو والشفاعة والتّوبة

أولاً : سقوط عقوبة التعزير بالعفو والشفاعة : العفو في الشريعة الإسلامية يعتبر سبباً من الأسباب التي تسقط العقوبة ، وهو ليس سبباً عاماً يشمل جميع الجرائم ؛ بل هو قاصر على بعضها دون البعض الآخر .

وبما أنّ التعزير ينقسم من حيث طبيعة الحقّ فيه إلى قسمين : **الأوّل** ما كان الحقّ فيه لله ⁽¹⁾ ويلحق به ما اشترك فيه الحقّان وحقّ الله غالب ، **والثّاني** ما كان الحقّ فيه للآدمي ⁽²⁾ ويلحق به ما اشترك فيه الحقّان وحقّ الآدمي غالب ؛ فإنّ لهذا التقسيم أثره في مشروعية العفو في التعزير ، وفي تحديد نطاقه ، وفيمايلي بيان ذلك :

(1) أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب زين الدّين السلامي ، البغدادي ، ثمّ الدمشقي ، ولد ببغداد سنة 736 هـ / 1335م ، ونشأ وتوفي بدمشق سنة 795 هـ / 1393م ، من علماء الخنابلة ، حافظ للحديث ، سمع بدمشق من محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن الحباب ، وإبراهيم بن داود العطار وغيرهما ، من كتبه : شرح جامع الترمذي — جامع العلوم والحكم — فضائل الشّام — الاستخراج لأحكام الخراج ، وغيرها (شذرات الذهب لابن عماد ، ج 6 ، ص 339 / الدّرر الكامنة في أعيان المائة الثّامنة لابن حجر ، ج 2 ، ص 321)

(2) أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب ، القواعد ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ط (د ت ن) القاعدة الرّبعة و الأربعون بعد المائة ، ص : 316 .

(3) المراد بحقّ العبد هو : ما تعلّق به مصلحة خاصّة (التلويح على التّوضيح ، ج 2 ، ص : 151) وهذه المصلحة عود على شخص الفرد وحده و لا تتعدّاه إلى غيره (الجانب التعزيري في جريمة الزّنى ، ص : 47)

(4) المراد بحقّ الله تعالى هو : ما تعلّق به النّفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره و شمول نفعه (التلويح على التّوضيح ، ج 2 ، ص : 151) فكلّ معصية أو جريمة يرجع أثر ضررها على المجتمع يكون التعزير فيها بحقّ الله تعالى (الجانب التعزيري في جريمة الزّنى ، ص : 45)

1/ **مشروعية العفو في التعزير** : اختلف الفقهاء في حق الإمام في العفو والشفاعة في التعزير تبعاً لاختلافهم في مسألة مدى تفويض العقوبة التعزيرية التي سبق بيانها .

فمن قال إن عقوبة التعزير واجبة على الإمام لم يجوز العفو والشفاعة فيها إلا إذا غلب على ظن الإمام أن المصلحة في ترك التعزير ، ومن جعل عقوبة التعزير من حق الإمام قال بالعفو والشفاعة في التعزير ، واستدل بمجموعة من الأدلة وهي :

1/ قوله ﷺ في الأنصار " فأقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم " (1)

2/ قوله ﷺ " أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود " (2)

كما استدلو بأن رسول الله ﷺ ترك تعزير أناس استحقوه ومن ذلك مايلي :

1/ عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رجلاً أصاب من امرأة قبله فأتي رسول الله ﷺ فذكر له فأنزلت

﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفَيْ النُّهَارِ وَزَكَاةً مِنَ اللَّيْلِ إِنَّهُنَّ أَمَنَاتٌ يُزَكِّيَنَّ السَّيِّئَاتِ وَتُزَكَّرَ لِلزَّكَّارِينَ﴾

هود/114 ، (3)

ومثله " أن رجلاً قال يا رسول الله إني أصبت حداً (4) فأقم في كتاب الله ، قال : " هل حضرت

الصلاة معنا " قال : نعم ، قال : " قد غفر لك " (5)

2/ عفوهُ ﷺ عمن اعترض على حكمه للزبير (6)

(1) رواه البخاري من طريق أنس بن مالك ... " وفيه أن رسول الله ﷺ صعد المنبر _ ولم يصعده بعد ذلك اليوم _ فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : أوصيكم بالأنصار فإنهم كرشى وعيتي وقد قضوا الذي عليهم وبقي الذي لهم فأقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم " باب فضل الأنصار ، ج 5 ص : 34 .

(2) صحيح سنن أبي داود ، ج 1 ، ص 2 ، رقم : 4375 / البيهقي ، السنن الكبرى ، باب السارق توهب له السرقة ، ج 8 ، ص 267 .

(3) رواه البخاري في تفسير سورة هود / ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب التوبة ، صحيح مسلم بشرح النووي ج 17 ، ص : 79 .

(4) للعلماء في تأويل المراد بالحد هنا أقوال أحسنهما أن المراد به معصية من المعاصي الموجبة للتعزير وهي هنا من الصغائر للإجماع على أن المعاصي الموجبة للحدود لا تسقط حدودها بالصلاة _ انظر شرح النووي لصحيح مسلم ، ج 17 ، ص : 81 .

(5) رواه البخاري ، باب إذا أقر بالحد ولم يبين ؛ هل للإمام أن يستر عليه ؟ / ورواه مسلم في صحيحه كتاب التوبة ، شرح النووي ، ج 17 ، ص : 81 .

(6) متفق عليه من حديث عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ في شراج الحرّة التي يسقون بها النخل ، فقال الأنصاري : سرح الماء يمر بي ؛ فأبى عليه فاختصما عند النبي ﷺ ؛ فقال رسول الله ﷺ للزبير أسق يا زبير ثم

3/ عفوهُ ﷺ عن رجل قال له في قسمة الغنائم ما أريد بهذه القسمة وجه الله " (1) .

4/ وعفوهُ ﷺ عمن قال : "... إن ناساً ليقولون إنك تنهى عن الشر وتستخلي به " (2)

فلهذه الأدلة وغيرها قال الشافعية ومن تابعهم إن التعزير غير واجب على الإمام ، فتجوز الشفاعة والعفو فيه .

جاء في المذهب : " وإن رأى السلطان ترك التعزير جاز تركه إذا لم يتعلق به حق آدمي ، لما روي أن النبي ﷺ قال أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود " (3) .

قال الماوردي " يجوز في التعزير العفو عنه وتسوغ الشفاعة فيه ، فإن تفرّد التعزير بحق السلطة وحكم التقويم ، ولم يعلق به حق لآدمي جاز لولي الأمر أن يراعي الأصلح في العفو عن المذنب أو التعزير ، وجاز أن يشفع فيه من سأل العفو عن الذنب ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال " اشفعوا إليّ ويقضي الله على لسان نبيّه ما يشاء " (4) (5) .

ويوافق ابن فرحون الماوردي في القول ، حيث قال " ويجوز العفو عن التعزير والشفاعة فيه إذا كان لحق الله ، فإن تجرّد عن حقّ الآدمي وانفرد به حقّ السلطنة كان لولي الأمر مراعاة حكم الأصلح بالعفو أو التعزير وله التشفيع فيه ، روي عن النبي ﷺ أنه قال ، اشفعوا إليّ ويقضي الله على لسان نبيّه ما يشاء " (6) .

2/ نطاق العفو : قال بعض الفقهاء إن العفو لا يجوز إن تعلّق التعزير بحق الله كما في تارك

أرسل الماء إلى جارك فغضب الأنصاري فقال : إن كان ابن عمّك ؟ فتلوّن وجه رسول الله ﷺ ، ثم قال : اسق يا زبير ثم احبس الماء حتّى يرجع إلى الجدر " صحيح البخاري ، (فتح الباري ، ج 4 ، ص : 35)

(1) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب المغازي ، باب غزوة الطائف (فتح الباري ، ج 8 ، ص 55 ، رقم : 4336)

(2) أخرجه أحمد مسند هز بن حكيم عن أبيه عن جدّه ، ج 5 ، ص : 2 ، وسنده صحيح ، انظر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل لناصر الدين الألباني ، ط 2 (1405هـ / 1985م) المكتب الإسلامي ، ج 8 ، ص : 56 .

(3) الحديث سبق تخريجه في ص 98 / الشيرازي ، المذهب ، ج 2 ، ص : 285 .

(4) أخرجه البخاري في صحيحه بلفظ " اشفعوا تؤجروا " باب من انتظر حتّى ... ، ج 2 ، ص 118 .

(5) الماوردي ، الأحكام السلطانيّة ، ص : 312 .

(6) ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص : 303 .

الصَّلَاة، وقال الأصطخري⁽¹⁾ في رسالته : " ومن طعن على أحد من الصَّحابة وجب على السلطان تأديبه ، وليس له أن يعفو عنه "⁽²⁾ .

وقال البعض : إنَّ ما كان من التعزير منصوباً عليه ، كوطء جارية إمرأته ، أو جارية مشتركة يجب امتثال الأمر فيه ، وهذا يدلّ على أنَّ العفو عند هؤلاء لا يجوز في هذه الجريمة ؛ لأنَّ فيها حدّ امتنع تطبيقه ، فالتعزير هنا لا مناص منه ⁽³⁾ .

وقال البعض : إنَّ العفو يجوز لمن كانت منه الفتنة والزَّلة ، وفي أهل السَّتر والعفاف ، أو من طمع بوقوعه عند الإمام ، والعفو عنه من العقوبة أن تكون له توبة ، وأما إذا كان الجاني مصرّاً على الفساد ، مشتهراً في الباطل ، فلا يجوز عند هؤلاء للإمام أن يترك عقوبته ؛ بل يجب أخذه بما لِيُزجر عن ارتكاب الجريمة ، ويرتدع غيره بما يفعل به ⁽⁴⁾ .

من هنا نستنتج أنَّ العفو قاصرٌ على طائفة معيّنة من المجرمين دون غيرهم ، وعن بعض الجرائم دون البعض .

أقول : إنَّ ضابط العفو في عقوبة التعزير هي المصلحة ، فمتى رأى وليّ الأمر أنَّ في العفو مصلحة كان من حقّه أن يعفو ، ومتى رأى أنَّ في إقامة التعزير مصلحة وجب عليه ذلك ، والحالات التي تقتضي العفو بسبب المصلحة كثيرة ، بشرط أن لا يخضع الحاكم إلى هواه .

ثانياً : سقوط العقوبة التعزيرية بالتوبة : قال القرطبي ⁽⁵⁾ " واتفقت الأمة على أنَّ التوبة ⁽⁶⁾ فرض

(1) هو أبو سعد الحسن بن أحمد بن زيد الأصطخري الشافعي ، الإمام القدوة ، العلامة فقيه العراق ، ورفيق بن سريج ، قال أبو إسحاق المروزي : لما دخلت بغداد لم يكن بها من يستحقّ أن يدرس عليه إلا ابن سريج وأبو سعيد الأصطخري ، مات في جهادى الآخرة سنة 328 هـ وله نيف وثمانون سنة (سير أعلام النبلاء للذهبي ، ج 15 ، ص 250 _ 252)

(2) أبو يعلى ، الأحكام السلطانية ، ص : 295 .

(3) ابن قدامة ، المغني و الشرح الكبير ، ج 10 ، ص : 344 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص : 124 .

(4) المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 216 / الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ، ص 320 / الخرشى ، ج 8 ، ص 91 .

(5) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج ، الأنصاري ، الخزرجي ، الأندلسي ، القرطبي ، المالكي ، من كبار المفسرين ، صالح ، متعبّد ، ورع ، رحل إلى الشرق ، واستقرّ بمدينة ابن خضيب شمال أسبوط بمصر ، وتوفّي بها سنة 671 هـ / 1273 م ، من كتبه : الجامع لأحكام القرآن ، قمع الحرص بالزهد والقناعة ، الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى ، وغيرها (الدِّياج المذهب لابن فرحون ، ص 406 / شجرة التور الزكية ، لمحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 197 / طبقات المفسرين ، للأذنه وبه ، ص 246 / معجم المفسرين لعادل نويهض ، ج 2 ، ص 479)

عين على المؤمنين لقوله تعالى ﴿ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ ﴾ النور / 31 ، وتصحّ من ذنب مع الإقامة على غيره من غير نوعه - خلافاً للمعتزلة في قولهم لا يكون تائباً من أقام على ذنب - ولا فرق بين معصية ومعصية ، وهذا مذهب أهل السنة ⁽¹⁾ .

ولاشكّ أنّ شرع التوبة للمذنبين ، ووعد الله بقبولها نعمة عظيمة تستحقّ الشكر ، ولذلك امتنّ الله على عباده بقبوله لتوبتهم في كثير من الآيات ومنها قوله تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُو عَنِ السَّيِّئَاتِ ﴾ الشورى / 25 و قوله تعالى : ﴿ تَغْفِرِ الذَّنْبَ وَقَابِلِ التَّوْبَ ﴾ غافر / 3 و قوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَسُوا فَأُولَئِكَ أَتُوبُ عَلَيْهِمْ وَأَنَا التَّوَّابُ الرَّحِيمُ ﴾ البقرة / 160 .

أمّا عن أثر التوبة في سقوط العقوبة التعزيرية ، فلا خلاف أنّ ما كان من التعزير لحقّ الآدمي فلا أثر للتوبة فيه شأنه شأن القصاص وسائر حقوق الآدميين لا تسقطها التوبة ، وأمّا التعزير الذي لحقّ الله تعالى ، فقلت الحنفية : لا تسقط كالحقوق التي لحقّ الله ، لا تسقط بالتوبة ⁽²⁾ وهذا أخذ الحنابلة في أحد الوجهين عندهم ، فقد نصّوا على أنّ في تعزير شاهد الزور بعد توبته وجهين ⁽³⁾ .

وعند المالكية ذكر القرافي ، أنّ من الفروق بين الحدّ والتعزير أنّ الأخير يسقط بالتوبة بخلاف الحقّ ، فقال " أنّ التعزير يسقط بالتوبة ما علمت في ذلك خلافاً " ⁽⁴⁾ ولم يفرّق القرافي بين توبة مستحقّ التعزير قبل القدرة عليه أو بعدها ؛ بل ذكر سقوطه بالتوبة مطلقاً ، بينما أفهم كلام غيره من المالكية أنّ هذا مخصوص بما قبل القدرة . ففي منح الجليل جاء : " وإن جاء فاعل معصية

(6) التوبة هي ترك الذنب لقبحه ، والتندم على فعله ، والعزم على عدم العود ، وردّ المظلمة إن كانت ، أو طلب البراءة من صاحبها . أهـ (فتح الباري ، ج 11 ، ص : 103)

(1) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 12 ، ص : 238 .

(2) ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم ، الأشباه و التظائر ، تحقيق محمد مطيع الحافظ ، دار الفكر - دمشق ط 1 (1403 هـ / 1983 م) ص : 218 .

(3) البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص : 446 / أبو الحسن المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ط 1 ، سنة (1377 هـ / 1957 م) دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ج 10 ، ص : 300 ،

(4) القرافي ، الفروق ، ج 4 ، ص : 177 وما بعدها .

الله تعالى تائباً سقط تعزيره كما تقدم في قوله ، وأدب المفطر عامداً إلا أن يجيء تائباً " (1) .

الترجيح : والذي يظهر لي والله أعلم قبول توبة مستحق التعزير ، وسقوط العقوبة عنه إذا صحت منه التوبة ، وظهر منه الندم والعزم على عدم العودة لما تاب منه ، والذي يؤيد هذا مايلي :

- 1/ قول الرسول ﷺ : " أقبلوا ذوي الهيئات زلاتهم إلا في الحدود " (2)
- 2/ أنه ثبت من فعل الرسول ﷺ أنه ترك تعزير أناس استحقوا التعزير واتخذ العلماء ذلك دليلاً على جواز ترك التعزير ؛ فإذا جاز هذا جاز قبول توبة من جاء تائباً من باب أولى .
- 3/ الرّاجح من أقوال الفقهاء أنّ الحدود تسقط بالتوبة _ إذ لا مجال لتفصيل هذه المسألة هنا _ فسقوط التعزير بالتوبة من باب أولى .

4/ التعزير شرع للزجر ، لهذا هناك من يكفي في التعزير بالتوبيخ والاستدعاء ، وهناك من لا يترجر إلا بالضرب والحبس ، والتوبة ترفع صاحبها إلى منزلة أعلى من منزلة الانزجار ؛ لأنها ثمرة الندم على ما سبق ، والعزم على البعد عنه مستقبلاً .

الفرع الثاني

سقوط العقوبة التعزيرية بالتقادم والصلح والتدخل والجنون الطارئ

في هذا الفرع سأتناول مجموعة أخرى من الأسباب المؤثرة في سقوط العقوبة التعزيرية ، وتمثل في : التقادم ، والصلح ، والتدخل ، والجنون الطارئ ، وهذه الأسباب كلّها تحتاج إلى تفصيل للخلاف الواقع بين الفقهاء مثلها مثل الأسباب السابقة ، وذلك بناء على كون العقوبات منها ما تتعلق بحق الله تعالى ، ومنها ما تتعلق بحق الآدمي ، ومنها ما تغلب عليها المصلحة العامة ، وسيوضح ذلك فيمايلي :

(1) منح الجليل ، ج 4 ، ص : 554 / الحرشي ، ج 8 ، ص 110 .

(2) سبق تخريجه في ص 89 .

الفقرة الأولى: سقوط العقوبة التعزيرية بالتقادم والصالح

أولاً: سقوط العقوبة التعزيرية بالتقادم : معنى التقادم هنا مضي فترة من الوقت بعد ارتكاب الجريمة ، أو بعد الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ على المحكوم عليه ، يترتب عليها أن يمنع الحكم بالعقوبة أو تنفيذها ⁽¹⁾ .

قال بعض الفقهاء بعدم سقوط التعزير بالتقادم ، سواء منه ما يجب حقاً لله تعالى ، أو ما يجب حقاً للإنسان .

ولكن هذا القول فضلاً عن أنه لا دليل عليه ، فإنه يخالف مسلك الشارع الإسلامي في العفو على ما سبق بيانه ، فقد تمّ تقدير أن وليّ الأمر بإمكانه أن يعفو عن الجريمة وعن العقوبة في التعزير إذا رأى في ذلك مصلحة ، مادام أن الأمر في نطاق التعزير الواجب لله تعالى ، وهذا القول يقتضي جواز سقوط الجريمة والعقوبة بالتقادم في التعزير إذا دعت لذلك مصلحة ، دون مساس بالحقوق الشخصية للأفراد (2) ومما يؤيد هذا الرأي (3) :

1/ أن جمهور الفقهاء مع اختلافهم في أثر التقادم على الجريمة وعلى العقوبة في الحدود ، فإنهم متفقون على أن التقادم في التعزير يجوز أن يسقط الجريمة ، وأن يسقط العقوبة إذا رأى وليّ الأمر أن في ذلك مصلحة .

2/ أن وليّ الأمر إذا كان يملك العفو عن الجريمة عقب ارتكابها ، وعقب الحكم بها إذا تطلّبت ذلك مصلحة يراها ، فإنّ له من باب أولى أن يقرّر سقوط أثر الجريمة بتقادم العهد عليها ، وله كذلك أن يقرّر سقوط العقوبة بعد مدّة من الوقت يقدرها دون أن تنفذ .

3/ أن المصلحة التي تدعو إلى العفو عن الجريمة أو عن العقوبة قد يكون حافزاً على التقاضي عن الجريمة ، أو على ترك تنفيذ العقوبة عند التقادم ، إذ قد تستنفد العقوبة أغراضها بتقادم العهد على ارتكاب الجريمة ، أو على صدور الحكم بالعقوبة ، فيكون العقاب لا داعي له ولا حاجة إليه.

(1) عبد العزيز عامر ، التعزير في الشريعة الإسلامية ، ص : 521

(2) (3) المرجع نفسه ، ص : 527 ، بتصرّف .

— وخرج رسول الله ﷺ في أناس من أصحابه ليصلح بين بني عمرو بن عوف (1) كما أصلح ﷺ بين أصحابه وأصحاب عبد الله بن أبيّ (2) وصالح مشركي قريش في صلح الحديبية المشهور (3) والأمثلة على ذلك كثيرة .

وأجمعت الأمة على جواز الصلح وفضله ، وحثّ الشارع عليه معلوم مشهور لا يكاد يخفى حتّى على العامة ، وهو أفضل من القضاء ؛ لأنّ فيه تطيباً وإرضاءً للتّفوس ، وتسامحاً بين المتصالحين وهذا ما ليس في القضاء ، ولذلك كان السلف يوصون القضاة بعرض الصلح على الخصوم ، وفي كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري " ردّوا الخصوم حتّى يصطلحوا فإنّ فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن " (4) .

أمّا بالنسبة لسقوط العقوبة التعزيرية بالصلح ، فقد سبق الكلام على أنّ التعزير منه ما هو حقّ الله ، ومنه ما هو حقّ العبد ، وأنّ للآدمي العفو عن حقّه في التعزير ، وإسقاط العقوبة التي وجبت له على خصمه ، والبحث هنا عن جواز المصالحة على إسقاط التعزير ، وجواز أخذ صاحب الحقّ عوضاً لقاء إسقاطه للعقوبة التعزيرية عن مستحقّها .

ومعلوم من الشرع أنّ من آذى غيره في مال أو عرض أو بدن ، فإنّه يثبت للمظلوم حقّاً قبل الظالم حتّى لا تبرأ ذمّته إلّا بإرضائه وإعطائه حقّه ، أو استحلّاله منه ، ففي الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ قال : " من كانت عنده مظلمة لأخيه فليتحلّله منها فإنّه ليس ثمّ دينار ولا درهم من قبل أن يأخذ لأخيه من حسناته ، فإن لم يكن له حسنات أخذ من سيّئات أخيه فطرح عليه ... " (5) . ففي قوله ﷺ : " فإنّه ليس ثمّ دينار ولا درهم ... " إرشاد إلى الخروج من المظالم ، وإرضاء أصحاب الحقوق ببذل الدرهم والدينار ، حتّى لا تبقى تلك الحقوق إلى الدار الآخرة حيث لا درهم ولا دينار ، وهو دليل على صحّة الصلح عن التعزير ومشروعيتها .

(1) رواه البخاري ، كتاب الصلح ، باب الصلح بين التّاس (فتح الباري ، ج 5 ، ص : 297)

(2) رواه البخاري ، كتاب الصلح ، باب الصلح بين التّاس (فتح الباري ، ج 5 ، ص : 297)

(3) رواه البخاري ، كتاب الصلح ، باب الصلح بين المشركين (فتح الباري ، ج 5 ، ص : 304)

(4) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 1 ، ص : 108 .

(5) أخرجه البخاري في صحيحه بلفظ مغاير ، كتاب المظالم ، باب من كانت له مظلمة عند أخيه ... ، ج 3 ، ص : 99 .

ودليل آخر ذكره صاحب كتاب " أسباب سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي " ⁽¹⁾ يدلّ على صحّة الصّحّح عن التعزير المستحقّ للآدمي ، وهو أنّ الصّحّح فيه تحقيق لمصلحة الطرفين المتصالحين، فللباذل مصلحة بسقوط العقوبة عنه ، وللآخر مصلحة بالانتفاع بالعوض ، وإذا تحقّق هذا في شيء من حقوق الآدميين دون أن يصادم مقتضى أوامر الشرع حكم بصحّته ، كما قرّر ذلك علماء الأصول ، ولهذا جاء في الموافقات : "... والثالث ما اشترك فيه الحقّان وحقّ العبد هو الغلب ، وأصله معقولية المعنى فإذا طابق مقتضى الأمر والتّهي فلا إشكال في الصّحّة لحصول مصلحة العقد بذلك عاجلاً أو آجلاً حسبما يتّهيّأ له ... " ⁽²⁾ .

والحاصل من هذا أنّ الصّحّح يسقط العقوبة التعزيرية التي لحقّ الآدمي . ففي بدائع الصّنائع جاء : ويجوز الصّحّح عن التعزير لأنّه حقّ العبد ⁽³⁾ .

أقول والراجح جواز الصّحّح عن التعزير الذي لحقّ الآدمي ، وجواز أخذ العوض عنه للأدلة السابقة ، وكذلك بما أنّ العقوبة التعزيرية بالمال إذا كان فيه معنى العوض جائزة شرعاً كما تقدّم؛ فإنّ العقوبة إذا كانت بالمال جاز التنازل عنها بعوض مالي ؛ لأنّ البذل في الصّحّح بمثابة الوفاء بالمال المحكوم عليه به تعزيراً .

(الفقرة الثّانية : سقوط العقوبة التعزيرية بالتّداخل والجنون الطّارئ)

أولاً : سقوط العقوبة التعزيرية بالتّداخل : من الأسباب التي تسقط العقوبة التعزيرية اجتماعها مع غيرها من العقوبات ، بحيث يجب على الشّخص أكثر من عقوبة ممّا يؤدّي إلى سقوط بعض العقوبات .

سبق القول بأنّ التعزير منه ما هو حقّ الله تعالى ، ومنه ما هو حقّ للآدميين ، فما كان من حقّ الله تعالى ، وتكرّر موجه من شخص واحد أجراً فيه عقوبة واحد ، سواء اتّحد النّوع أم اختلف ، وعلى هذا دلّت عبارة أكثر الفقهاء ، فقد ذكر الحنفية أنّ من الفروق بين التعزير

(1) الدّكتور عطية عبد الله الغامدي ، سلسلة بحوث الدّراسات الإسلاميّة (24) المملكة العربيّة السّعوديّة ، ط (1415هـ/1994م) ص : 198 .

(2) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللّخمي الغرناطي الشّهير بالشّاطبي ، الموافقات ، تعليق أ/ محمد حسين مخلوف ، دار الفكر ، بيروت _ لبنان ، ط (د ت ن) ج 2 ، ص : 223 .

(3) الكسائي ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص : 65 بتصرّف .

الذي لحق الله ، والذي لحق الآدمي أن الأول يجري فيه التداخل ، ومثلوا لذلك بمن أفطر في رمضان متعمداً غير مرة وثبت ذلك عليه ، فيكفي فيه تعزير واحد لها جميعاً⁽¹⁾ .

وقال الحنابلة : " لو توجب عليه تعزيرات على معاصٍ شتى ، فإن تمخضت لله تعالى واتحد نوعها كأن قبل أجنبية مراراً ، أو اختلف نوعها بأن قبل أجنبية ولمس أخرى قصداً تداخلت وكفاه تعزيراً واحداً⁽²⁾ ، وهذا هو الصواب إن شاء الله .

واختلف في التعزير الذي لحق الأفراد ، فالحنفية لا يقولون بالتداخل في هذا النوع ، فعندهم إن من شتم غيره في أوقات مختلفة فإن للقاضي أن يعزّره على كل منها ولا يكفي بتعزير واحد⁽³⁾ ، فهم يراعون هنا جانب المماثلة بين الفعل والجزاء ، كما يراعون حماية حق الفرد في التعزير ؛ حيث لا سلطان لأحد على إسقاط حقه دونه .

وفي المقابل نجد **الحنابلة** وهم يرون بأن التداخل يجري في التعزير الذي لحق العبد ، فلو سب غيره مرّات ولو اختلف نوعها أو تعدّد المستحقّ للتعزير كسب أهل البلد فعندهم يكفي في كلّ هذا عقوبة واحدة ؛ لأنّ القصد من التعزير التأديب والردع وهذا يكفي فيه مرة واحدة ، ولا يتطلّب تعدّد التعزيرات بتعدّد الأفعال ؛ فلا محلّ للتفرقة بين ما هو من حقّ الله وما هو من حقّ العبد في التعزير⁽⁴⁾ . وما ذهب إليه الحنابلة أولى بالاتباع ؛ لأنّ المراد من التعزير الرّجر والتأديب ولذلك هو موكول للإمام ، بحيث يعزّر كلّ إنسان بما يراه مناسباً لرجره وتأديبه .

ثانياً : سقوط العقوبة التعزيرية بالجنون الطارئ : المراد من هذه المسألة حكم من وجب عليه التعزير فطراً عليه الجنون بعد وجوب العقوبة ، وأثر هذا الجنون الطارئ على سقوط العقوبة ، ويفترض لتحقيق هذه الصورة أن يكون المجرم عاقلاً وقت ارتكاب جريمته ؛ لأنّ الجنون مانع من موانع المسؤولية الجنائية والمجنون مرفوع عنه القلم . قال علي بن أبي طالب لعمر ابن الخطاب رضي الله عنهما حين أتى بمجنونة وهي حبلى فأراد أن يرحمها " أما علمت أنّ القلم رفع عن

(1) محمد عابدين الأنصاري الخزرجي ، طوابع الأنوار شرح الدر المختار (مخطوط رقم 987 بمكتبة الرافعي بالأزهر) نقلاً عن عبد الله عطية الغامدي ، أسباب سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي ، ط (1415 هـ / 1994 م) سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى ، المملكة العربية السعودية ، ص : 562 .

(2) البهوتي ، كشف القناع ، ج : 6 ، ص : 123 .

(3) الكسائي ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص : 65 .

(4) البهوتي ، كشف القناع ، ج 6 ، ص : 123 .

المجنون حتّى يفيق ، وعن الصبي حتّى يدرك ، وعن النائم حتّى يستيقظ " (1) فلمّا ذكره على ذلك قال: صدقت ، فحلّى عنها .

فالأشبه بالصواب أنّ التعزير إن كان لحقّ الله ، وجنّ من عليه التعزير بعد ثبوت سببه أن يسقط لما سبق ، لكن إن كان التعزير لحقّ الآدمي فهل يستوفى من المجنون حقّ الآدمي أم لا ؟

القاعدة في باب العقوبات أنّه يحتاط في حفظ حقّ الآدمي من السقوط أكثر ممّا يحتاط في حقوق الله ؛ نظراً لحاجة الآدمي إلى حقّة من جهة ، ومن جهة ثانية أنّ حقّ الله مبنيّ على المسامحة، ثم ورود الشرع بإعمال الشبهة في درء الحدود التي لحقّ الله أكثر من غيرها (2) .

أقول إذا كان التعزير لحقّ الله والمعلوم أنّ هذا الحقّ مبنيّ على المسامحة ، فإنّه بالإمكان سقوط هذا النوع من التعزير عن المجنون لاسيما وأنّ تعزير المجنون بأيّ نوع من العقوبة البدنيّة أو المعنويّة غير ذي نفع ؛ لأنّ التعزير تأديب والمجنون فاقد للعقل الذي يكون به الانزجار وإدراك الفائدة من التأديب ، إلّا إذا كان المجنون يتمتّع بنسبة من الإدراك يجعل للعقوبة فائدة وثمرّة فإنّه يعاقب ؛ لأنّ الجنون درجات .

أمّا إذا كان التعزير لحقّ الآدمي فإنّه لا يسقط ؛ لأنّ حقوق الأفراد مبنيّة على المشاحاة ، خاصّة إذا كانت العقوبة ماليّة في الإطار الذي تمّ بيانه سابقاً أثناء الكلام عن العقوبة الماليّة ، هذا وتعزير المجنون هو من باب المصلحة العامّة ، وقد تمّ بيان هذا أيضاً عند الكلام عن شروط التعزير إذ لا يشترط العقل في التعزير .

(1) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب لا يرمم المجنون و المجنونة ، ج 6 ، ص : 21 .

(2) عطية الغامدي ، أسباب سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي ، ص : 574 .

المبحث الثالث

لمحة عامة عن جريمة السرقة الموجبة للحدّ

تمهيد :

يتعلق هذا المبحث بإعطاء لمحة عامة عن جريمة السرقة الموجبة للحدّ ، ومن الضروري تقديم تمهيداً مناسباً لهذا المبحث يبرّر ضرورة التطرّق للموضوع ، وضرورة جعله في آخر هذا الفصل ، فقد يتبادر إلى ذهن أيّ قارئ أن لا ضرورة لتناول هذه المسألة طالما أنّ موضوع الدراسة والبحث هو الجانب التعزيري للسرقة ، وليس السرقة التامة الشروط والأركان .

فأقول بما أنّ السارق لا يعزّر إلاّ إذا اختلّ ركن أو شرط من شروط جريمة السرقة ، أو كانت هناك شبهة دائرة للحدّ ؛ والشبهة قد تتعلق بطرق الإثبات ، كما تتعلق بقصد الجاني وإدراكه وكذا بالإباحة ، فإنّه من الضروري ابتداءً أن أبيّن أركان وشروط جريمة السرقة الموجبة للحدّ ، وكذا طرق إثبات هذه الجريمة ولو باختصار شديد طالما هناك ثمة شبهة تتعلق بذلك فيدرأ الحدّ عن السارق .

أمّا عن ضرورة جعل هذا المبحث آخر مباحث هذا الفصل ؛ فباعتباره البوابة التي تمكّننا من العبور إلى صميم موضوع بحث هذه الأطروحة ، والمتمثّل طبعاً في الجانب التعزيري لجريمة السرقة ، وبناءً عليه ستتمّ دراسة هذا المبحث من خلال أربعة مطالب ، أولها جعل لتعريف الحدّ وبيان حكمة مشروعيتّه وافتراقه مع التعزير ، وثانيها جعل لتعريف السرقة وبيان حدّها وحكمة مشروعيتّه ، أمّا ثالثها فالأركان جريمة السرقة التامة ، ورابعها لطرق إثبات جريمة السرقة .

المطلب الأوّل

الحدّ : تعريفه ، حكمة مشروعيتّه ، والفرق بينه وبين التعزير

شرّع الله عزّ وجلّ الحدود لزجر النّاس وردعهم عن اقتراف الجرائم ، وصيانة المجتمع من الفساد وتطهير المذنبين من الذّنوب ، فأحكم سبحانه وتعالى وجوه الزّجر الرّادعة عن هذه الجنايات غاية الإحكام ، وشرّعها على أكمل الوجوه المتضمّنة لمصلحة الرّدع والزّجر دون تعدّد أو ظلم ؛ فما هو إذاً مفهوم الحدّ في اللّغة والشرع ، وما هي حكمة مشروعيتّه ؟ وهل هناك فوارق تميّزه عن التعزير ؟

المرج الأول تعريف الحد وحكمة مشروعيته

الفقرة الأولى: تعريف الحد لغة وشرعاً

أولاً: تعريف الحد لغة : هو الفصل والمنع بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر ، أو لئلا يتعدى أحدهما على الآخر ، وجمعه حدود .

يقال حددته عن أمره إذا منعه فهو محدود ، ومنه الحدود المقدرة في الشرع ؛ لأنها تمنع من الإقدام . وحدود الله تعالى الأشياء التي بين تحريمها وتحليلها ، فكأن حدود الشرع فصلت بين الحلال والحرام ، قال الله تعالى ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُهَا ﴾ البقرة / 187⁽¹⁾ .

جاء في المبسوط : " إملاء الحد في اللغة هو المنع ، وسمي البواب حداً لمنعه الناس من الدخول ، وسمي اللفظ الجامع المانع حداً ؛ لأنه يجمع معاني الشيء ويمنع دخول غيره فيه ؛ فسميت العقوبات حدوداً لكونها مانعة من ارتكاب أسبابها " . اهـ⁽²⁾

ثانياً : تعريف الحد شرعاً : عرّف الأحناف الحد بقولهم : " عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى " ⁽²⁾ ومعنى العقوبة المقدرة أنها محدودة ومعينة من طرف الشارع ، فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، وهذا اللفظ قيد في التعريف يخرج به التعزير ؛ لأنه عقوبة غير مقدرة ، ومعنى أنها حق لله تعالى أي أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة ، وهذا أيضاً قيد في التعريف يخرج به القصاص فإنه وإن كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقاً للعبد ، بحيث يجري فيه العفو والصّلاح .

سمي هذا النوع من العقوبة حداً ؛ لأنه يمنع صاحبه إذا لم يكن متلفاً وغيره بالمشاهدة ، ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه إذا لم يكن متلفاً ؛ لأنه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، ج 4 ، ص 140_ 141_ 142 / الفيومي ، المصباح المنير ، ج 1 ، ص 124 _ 125 . بتصرف .

(2) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 36 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 33 / السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 36 / حاشية بن عابدين ، ج 6 ، ص 3 / المهّم الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ، الفتاوى الهندية ، ط 4 (دت ن) دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ج 2 ، ص 146 / ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 5 ، ص 212 / الميداني عبد الغني ، اللّباب في شرح الكتاب ، تحقيق محمد محي الدّين عبد الحميد ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط (دت ن) ج 3 ، ص 181 .

تلك الجناية فيمنعه ذلك من المباشرة ⁽¹⁾ .

وهذا تكون أقسام الحدود عند الأحناف خمسة ، وهي : حد السرقة ، وحد الزنا ، وحد السكر ، وحد البغي ، وحد القذف ⁽²⁾ . غير أن بعض هذه الحدود : كحد الزنا ، وشرب الخمر حق خالص لله تعالى ، وبعضها الآخر مثل حد القذف فيه حق لله وحق للعبد ، أي أنه يشترك فيه الحق الشخصي ، والحق العام ⁽³⁾ .

أمّا تعريف الحد في اصطلاح الجمهور غير الحنفية فهو : " عقوبة مقدّرة شرعاً ، سواء أكانت حقاً لله أم للعبد " ⁽⁴⁾ . وهذا كلّ عقوبة مقدّرة ، سواء جعلت لرعاية حق الله تعالى ، أم لرعاية حق الأفراد تسمّى حداً في اصطلاح الجمهور ، وهذا تقسم الحدود عندهم إلى سبعة أنواع ⁽⁵⁾ وهي : حد الزنا ، والقذف ، والشرب ، والسرقة ، والبغي ، والرّدة ، والقتل .

نلاحظ من خلال هذه التعاريف أنّ الحد هو اصطلاح لعقوبة الجرائم الخطرة ، والتي تقرّها جميع الأديان وتجرمها جميع القوانين الوضعية ، إلّا أنّ القوانين الوضعية لم تجعل لها عقوبات ناجعة وصارمة مثل ما هو الحال في الشريعة الإسلامية ؛ حيث تجد جريمة من هذه الجرائم الخطرة تعدّ جنحة في بعض الأحيان في نظر القانون الوضعي ، أو تجعل لها عقوبة تخضع في كثير من الأحيان للسلطة التقديرية للقاضي ، أو العفو الشامل وما إلى ذلك .

(الفقرة الثّانية : حكمه مشروعيه الحد : إنّ الحكمة من مشروعية الحدود هو زجر الناس وردعهم عن اقتراف جرائم الحدود ، وصيانة المجتمع من الفساد ، والتطهّر من الذّنوب .

قال ابن تيمية : " من رحمة الله سبحانه وتعالى أن شرّع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض : في النفوس ، والأبدان ، والأعراض ، والأموال ، والقتل ، والجراح ، والقذف ، والسرقة فأحكم سبحانه وتعالى وجوه الزجر الرادعة عن هذه الجنايات غاية

(1) (2) الكسائي ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 33 .

(3) أبو زهرة محمد ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، ط (د ت ن) دار الفكر العربي ، ج الجريمة ، ص 64 .

(4) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 5 ، ص 212 / بن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم ، منار السبيل ، ط 3 (1410هـ/1989م) المكتب الإسلامي ، بيروت ، ج 2 ، ص 360 / أحمد فتحي بهنسي ، شرح وتعليق على رسالة الشيخ محمود شلتوت في المسؤولية الجنائية ، ط 1 (1407هـ/1987م) مؤسسة الخليج العربي ، القاهرة ، ص 32 / أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة ، ص 55 .

(5) أبو البركات أحمد الدردير ، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي ، ج 4 ، ص 298 .

الإحكام ، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر مع عدم المجاوزة بما يستحقه الجاني من الردع ، فلم يشرع في الكذب قطع اللسان ولا القتل ، ولا في الزنا الخصاء ، ولا في السرقة إعدام النفس ، وإنما شرع لهم في ذلك ما هو موجب أسمائه وصفاته من حكمته ورحمته ، ولطفه وإحسانه ، وعدله ، لتزول النوائب ، وتنقطع الأطماع عن التظالم والعدوان ، ويقتنع كل إنسان بما أتاه ماله وخالفه فلا يطمع في استلاب غيره حقه" (1) .

بالإضافة إلى ذلك ، فإنه يترتب على قلة الجرائم أو تركها وتجنبها نتيجة تطبيق الحدود أن يسود الأمن وتطمئن النفوس ، فتتصرف إلى العمل المثمر والإنتاج الذي ينشر الرخاء في ربوع الأمة ، فتتسع الأرزاق وتكثر البركة ، ويتيسر للناس أن يبتغوا من فضل الله الواسع ﴿ وَاللَّهُ وَفُورٌ

الْفَضْلِ الْعَظِيمِ ﴾ البقرة / 105

وهذه الفوائد يمكن تسميتها بالفوائد الدنيوية ، وهي تدرك بالعيان والمشاهدة ، فإذا ما قارنا بين البلاد التي ينتشر فيها الأمن والبلاد التي يشيع فيها الدعر والفرع والاضطراب ، نجد الأولى يكثر رخاؤها وتأثيرها النعمة من فوقها ومن تحت أرجلها ، ونجد الثانية يقل خيرها وتذهب بركتها وتضيق أرزاق أهلها ، كما تكثر فيها الأزمات والقلقل (2) ، ومصادق هذا من كتاب الله الكريم:

— قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ اسْتَفْهَمُوا حِكْمَ الْفَرِيخَةِ لِلنَّاسِ إِذَا حُفِرَ فِيهَا ﴾ الجن / 16

— وقوله أيضاً : ﴿ وَلَوْ أَنَّهُ أَفْقَدَ الْفُلَ الْفُرَى ، لَمَسُوا نَارًا لَمْسُوا نَارًا فَفَتَنَّا الَّذِينَ فِيهَا لَنَصْلِبَنَّهُمْ فِيهَا غُرَجًا ﴾ النمل / 16

الأعراف / 96

— وقوله أيضاً : ﴿ وَلَوْ أَنَّهُمْ إِذَا نَزَّلُوا السُّورَةَ وَالْأَنْجِيلَ وَمَا أُنزِلَ إِلَيْهِمْ مِنْ رَبِّهِمْ لَأَكَلُوا مِنْ فَوْقِهِمْ

وَمِنْ تَحْتِهِمْ أَزْوَاجٌ ﴾ المائدة / 66 .

كما يتضح هذا من السنة النبوية : فعن أبي هريرة رضي الله عنه : " حدّ يعمل به في الأرض خير لأهل

(1) ابن تيمية تقي الدين أحمد ، القياس في الشّرع الإسلامي ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، ط5 (1402 هـ / 1982م) دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، ص 140 / السياسة الشرعية ، ص 81 _ 82 .

(2) أثر تطبيق الحدود في المجتمع ، من البحوث المقدّمة بمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1396هـ ، أشرفت على طباعته ونشره إدارة الثقافة والنشر بالجامعة سنة 1404هـ / 1984م ، ص 161 بتصرف

الأرض من أن يمطروا أربعين صباحاً" (1) .

وبالإضافة إلى الفوائد الدنيوية هناك فوائد أخروية ، أولها رضوان الله ومتوبته ؛ لأن تطبيق الحدود طاعة وعبادة ، كما أنّها خير مثوبة للحاكم والمحكوم أو للرّاعي والرعيّة ، فالرّاعي : بإقامة حدود الله يندرج في عموم أرقى وأوّل الأصناف السبعة الذين يظّلهم الله بظّله يوم لا ظلّ إلّا ضلّه (2) .

ولو نظرت في القوانين الوضعيّة ومنها قانون العقوبات الجزائري محلّ الدّراسة والنقد ، لم ولن تجد أثراً لشيء اسمه رضوان الله تعالى أو متوبته ومغفرته أو طاعته نظراً لتجريد العقوبة الوضعيّة عن الصبغة الأخلاقية ، وفضّها تماماً عن المثالية الدّينية ، وهذا ما يسمى في العصر الحديث بعلمنة القانون الجنائي (3) ، وبهذا أصبحت العقوبة ذات أثر دنيوي محض الأمر الذي فقدتها قدسيّتها وبالتالي فعاليتها ؛ بل إذا وجدت عنواناً ينافس هذا فهو لا يخرج عن إطار الكلام عن الشّعور بالإثم ، والتكفير عن الذّنب وما إلى ذلك .

الفرق الثاني

الفرق بين عقوبتي الحدّ والتعزير

التّعزير يوافق الحدّ من جهة أنّه تأديب استصلاح وزجر ، ويخالفه من أوجه كثيرة ، ذكر الإمام القرافي (4) المالكي أنّها عشرة وجوه (5) ، وجاء بيان هذه الوجوه وتوضيحها في كتاب تهذيب الفروق (6) ، وهناك فروق أخرى ذكرها العلماء في كتبهم سأذكرها عقب ذلك مباشرة .

(1) رواه التّسائي في سننه ، كتاب السرقة ، باب التّرجيب في إقامة الحدود (سنن التّسائي بشرح السيوطي ط (دت ن) دار الكتاب العربي بيروت ، ج 8 ، ص 76)

(2) المرجع السابق ، ص 163 .

(3) عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) ، ط 5 ، سنة 2004م ، ديوان المطبوعات الجامعيّة ، بن عكنون - الجزائر ج 1 ، ص 242 .

(4) هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمان شهاب الدّين الصّنهاجي ، من علماء المالكية ، وهو مصري المولد والنّشأة ، له مصنّفات جليلة في الفقه والأصول منها : أنوار البروق في أنواء الفروق ، الدّخيرة في الفقه ، شرح الفصول في أصول الفقه ، وغيرها ، توفي سنة 684 هـ / 285م بمصر (الديباج المذهب لابن فرحون ، ص 128 / شجرة التّور الزكيّة لحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 188 / الفتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي ، ج 2 ، ص 89)

(5) القرافي ، الفروق ، ج 4 ، ص : 177 وما بعدها .

(6) محمّد علي بن حسين ، تهذيب الفروق (القواعد السّنيّة في الأسرار الفقهيّة ، مطبوع بهامش كتاب الفروق ، ص 177 وما بعدها .

أولاً: أن الحدّ مقدّر شرعاً ، والتّعزير غير مقدّر شرعاً بل اتفقوا على عدم تحديد أقلّه ، واختلفوا في تحديد أكثره . فعند المالكية غير محدود بل بحسب الجناية والجاني والمجنى عليه ، وعند الحنفية لا يجاوز به أقلّ الحدود وهو أربعون حدّ العبد بل ينقص منه سوط . وللشافعية قولان : الأوّل يوافق فيه أبا حنيفة ، والثاني لا يبلغ عشرين . وعند الحنابلة لا يتجاوز التعزير عشر جلدات إلا إذا كان سببه الوطء .

ثانياً: أن الحدود واجبة التّفوذ والإقامة على الأئمة واختلفوا في التعزير، فقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى إن كان لحق الله تعالى وجب كالحُدود ، وإن كان لحق آدمي لم يجب . وقال الشافعي هو غير واجب على الإمام إن شاء أقامه وإن شاء تركه .

ثالثاً: الحدود وإن كانت جارية وفق قاعدة (اختلاف العقوبات باختلاف الجنايات) من جهة أن الشارع جعل حدّ الزّنا مائة ، وحدّ القذف ثمانين ، وحدّ السرقة القطع ، وحدّ الحرابة القتل ، إلا أنّها جرت على خلاف الأصل المذكور من جهة أن الشارع سوى في الحدّ بين سرقة دينار وسرقة ألف دينار ، كما أنّه سوى في الحدّ بين شارب قطرة من الخمر وشارب جرّة ، كما سوى بين الجرح اللطيف السّاري للنفس والعظيم في القصاص مع تفاوتهما ، وسوى بين قتل الرّجل العالم الصّالح التّقي الشّجاع البطل مع الوضع . أمّا التعزير فهو على وفق الأصل المذكور أبداً ، فيختلف دائماً باختلاف الجنايات .

رابعاً: إنّ الحدود المقدّرة لم توجد في الشرع إلا في معصية عملاً بالاستقراء ، بخلاف التعزير فإنّه تأديب يتبع المفسد ، وقد لا يصحبها العصيان في كثير من الصّور ، كتأديب الصّبيان والبهائم والمجانين استصلاحاً لهم مع عدم المعصية .

خامساً: الحدود لا تسقط بحال بخلاف التعزير فإنّه يسقط وإن قلنا بوجوبه ... وذلك إذا كان الجاني من الصّبيان قد جنى جناية صغيرة ، والعقوبة الصّالحة لها لا تؤثر فيه ، والعظيمة التي تؤثر فيه لا تصلح لهذه الجناية سقط تأديبه مطلقاً ، أمّا العظيمة فلعدم موجهها ، وأمّا الحقيرة فلعدم تأثيرها .

سادساً: إنّ التعزير يسقط بالتّوبة إذا كان حقاً لله تعالى ، أمّا الحدود فلا تسقط بالتّوبة على

الصَّحِيح ، إلاَّ الحُرابة والكفر فَإِنَّهُمَا يَسْقُطُ حَدَاهُمَا بِالتَّوْبَةِ إِجْمَاعاً : لقوله تعالى : ﴿إِلَّا الَّذِينَ﴾
 تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْرَرُوا عَلَىٰ حَلِّهِمْ ﴿المائدة/ 33﴾ ، ولقوله تعالى : ﴿كُلُّ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَّا مَن تَابَ وَآمَنَ﴾
 مَلَمَسَ ... ﴿الأنفال/ 38﴾

سابعاً : أنَّ التَّخْيِيرَ يدخل في التَّعَاذِيرِ مطلقاً - أي تخيير العقوبة يكون بحسب اجتهاد الحاكم - ولا يدخل في الحدود إلاَّ في الحُرابة ، وذلك على خلاف بين العلماء .

ثامناً : التَّعْزِيرُ يختلف باختلاف الفاعل والمفعول معه والجنائية ، والحدود لا تختلف باختلاف فاعلها .

أقول إذن التَّعْزِيرُ يختلف باختلاف المفعول معه ، وباختلاف مقدار الجنائية ؛ فعقوبة الجاني على أحد العلماء والصَّالِحِينَ مثلاً أشدَّ من عقوبته فيما لو جنى على أحد السَّوْقَةِ مِنَ النَّاسِ ، وكذا الجنائية بتقبيل امرأة أجنبية فقط تكون عقوبتها غير عقوبة الجنائية بمباشرة امرأة أجنبية بكلِّ شيء سوى الجماع ، بخلاف الحدود فلا يجري فيها هذا .

تاسعاً : الحدود لا تختلف باختلاف الأعصار والأمصار ، فربَّ تعزير في عصرٍ يكون إكراماً في عصر آخر ، وربَّ تعزير في بلاد يكون إكراماً في بلد آخر ، ككشف الرَّأْس عند الأندلس ليس هواناً وبالعراق ومصر هوان .

أقول ومثاله المهجر في عهد النبي ﷺ و عهد الخلفاء الرَّاشِدِينَ ، فحينها كان عقوبة تعزيرية ذات فائدة ، أمَّا في عصرنا هذا فلا فائدة منها ؛ لأنَّها غير ممكنة التَّنْفِيز خاصة بعد ضعف الوازع الدِّينِي عند النَّاسِ .

جائزاً : التَّعْزِيرُ يتنَوَّعُ إلى حقِّ الله تعالى الصَّرف كالجناية على الصَّحابة أو الكَتَّابِ العَزِيزِ ونحو ذلك...، وإلى حقِّ العبد الصَّرف كشتيم زيد ونحوه ، والحدود لا يتنَوَّعُ منها حدٌّ ؛ بل الكلُّ حقُّ الله تعالى إلاَّ القذف على خلاف فيه .

وهناك فروق أخرى بين الحدِّ والتَّعْزِيرِ لم يذكرها القرافي ، بل ذكرت في كتب فقهية أخرى ومنها مايلي :

- إثبات الحدود والقصاص عند جمهور الفقهاء يجب أن يكون بالبيّنة أو الاعتراف لشروط خاصة، فلا يؤخذ فيها مثلاً بأقوال الجنى عليه بصفته شاهداً ، ولا بالشهادة السماعية ولا باليمين، ولا بشهادة النساء ، بخلاف الحال في إثبات جرائم التعزير⁽¹⁾ .

- عند الشافعي التآلف بسبب الحد هدر أما التآلف بسبب التعزير فمضمون ، وقد استدلّ على ذلك بفعل عمر إذ أَرهَب امرأة فأَحْصَت بطنها فأَلْقَت جَنِيناً مَيْتاً ، فشاوَر عليّاً في الأمر ، وحمل دية الجنين ، أما من يتحمل الدية ؛ فقليل أنّها تكون على عاقلة وليّ الأمر ، وقيل أنّها تكون في بيت المال⁽²⁾ وهذا خلاف الجمهور.

- التعزير يجوز فيه العفو ، بخلاف الحدود فلا يجوز فيها .

- لا تجوز الشفاعة في الحد ولا يجوز للإمام تركه ، وأنّه قد يسقط بالتقادم بخلاف التعزير⁽³⁾ .

- الحد يدرأ بالشبهات ، والتعزير يجب معها⁽⁴⁾ .

_ إن التعزير شرع للزجر الخض وليس فيه معنى تكفير الذنب ، بخلاف الحدود فإنّ معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير للذنب .

- أن الحد مختص بالإمام _ إلّا في سيّد يقيم الحد على عبده ، أو جاريته ففيه خلاف بين العلماء _ أمّا التعزير يفعله الزوج ، والمولى ، وكلّ من رأى أحداً يباشر المعصية⁽⁵⁾ .

- في الحدود بحبس المشهود عليه حتّى يسأل عن الشهود ، بخلاف التعزير فلا يجري فيه ذلك⁽⁶⁾ .

(1) الشيخ النظام ، الفتاوى الهندية ، ج 2 ، ص : 167 .

(2) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، مرجع سابق ، ص : 313 .

(3) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص : 103 .

(4) المصدر نفسه ، ج 6 ، ص : 103 .

(5) المصدر نفسه ، ج 6 ، ص : 103 .

(6) المصدر نفسه ، ج 6 ، ص : 103 .

المطلب الثاني

تعريف السرقة وبيان حدّها وحكمة مشروعيتها

في هذا المطلب نتعرّف على معنى السرقة في الاصطلاح الشرعي ، بعد أن نتعرّف على معناها اللغوي طبعاً ؛ حيث جرت العادة على تسييق المعنى اللغوي عن الاصطلاحي ، ثمّ بعد ذلك أرى من الضروري تعريف السرقة في قانون العقوبات الجزائري ، وتوضيح الفرق بين التعريفين الشرعي والقانوني ، طالما أنّي سأطرق للدراسة التطبيقية لقانون العقوبات الجزائري في الفصول الآتية ، كما أبين في هذا المطلب حدّ جريمة السرقة وكذا الحكمة من مشروعيتها ، وبالتالي لابدّ من ثلاثة فروع لمعالجة هذا المطلب : فالأوّل لتعريف السرقة لغة وشرعاً وقانوناً وكذا الفرق بين التعريفين الشرعي والقانوني ، والثاني لبيان حدّ السرقة ، والثالث لحكمة مشروعية حدّ القطع وصلاحيته لكلّ زمان ومكان .

الفروع الأول

تعريف السرقة لغة وشرعاً وقانوناً

الفقرة الأولى : السرقة لغة : سرق يسرق من باب ضرب ، والمصدر سَرَقَ ، والاسم السَّرِقُ ، ويسمّى المسروق سرقةً تسميةً بالمصدر ، وسرق السَّمْعَ مجازاً ، واسترقه إذا سمعه مستخفياً⁽¹⁾ .

وجاء في ترتيب القاموس المحيط : سرق منه الشيء يسرق سرقاً ، وأسترقه جاء مستتراً إلى حرزٍ فأخذ ما لا لغيره ، والاسم السرقة بالفتح⁽²⁾ .

وجاء في المبسوط تعريفاً لغوياً للسرقة أكثر دلالة وهي أخذ مال الغير على وجه الخفية ؛ سمي به لأنّه يسارق عين حافظه ويطلب غرته ليأخذه ، أو يسارق عين أعوانه على الحفظ بأن يسامره ليلاً ؛ لأنّ الغوث بالليل قلّ ما يلحقه⁽³⁾ .

(1) الفيومي ، المصباح المنير ، ج 1 ، ص 274 _ 275 .

(2) أحمد الزاوي ، ترتيب القاموس المحيط ، ج 2 ، ص 555 .

(3) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 132 .

الفقرة الثانية : السرقة شرعاً :

عرّفها الحنفية : " بأنّها أخذ البالغ العاقل نصاب القطع خفية ، ثمّ لا يتسارع إليه الفساد من المال المتموّل للغير ، من حرز بلا شبهة " (1) .

وعرّفها المالكية : " بأنّها أخذ مكلف نصاباً فأكثر من مال محترم لغيره ، بلا شبهة قويت خفية ، بإخراجه من حرز غير مأذون فيه " (2) .

وعرّفها الشافعية : " بأنّها سرقة البالغ العاقل المختار الملتزم بحكم الإسلام نصاباً من المال الذي يقصد إلى سرقة من حرز مثله لا شبهة له فيه " (3) .

وعرّفها الحنابلة : " بأنّها أخذ مال الغير من مالكة أو نائبه على وجه الاختفاء " (4) .

وجاء في التعريفات بأنّها : " أخذ المكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ ، بلا شبهة " (5) .

نلاحظ أن هذه التعريفات بعضها مجمل ، وبعضها مفصّل ، فمن عمد إلى التفصيل أراد وضع الشروط التي يلزم توافرها في السرقة الموجبة للحد عنده ، ومن عمد إلى الإجمال ترك تحديد الشروط إلى الفقه .

الفقرة الثالثة : تعريف السرقة في قانون العقوبات الجزائري : عرّفت المادة 350 من قانون

العقوبات الجزائري السرقة بالنص التالي : " كلّ من اختلس شيئاً غير مملوك له يعدّ سارقاً " (6) ، وقد بيّنت هذه المادة ، والمواد التي تليها (350 إلى 360) أحكام وظروف وجزاءات هذه الجريمة .

الفرق بين التعريف الشرعي والقانوني للسرقة :

— ففي قانون العقوبات الجزائري كلّ من اختلس شيئاً غير مملوك له يعدّ سارقاً .

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 216 / الشيخ النظام ، الفتاوى الهندية ، ج 2 ، ص 170 .
(2) أحمد الدردير ، الشرح الصغير ، مؤسسة العصر ، ط (د ن) المنشورات الإسلامية ، وزارة الشؤون الدينية _ الجزائر ج 2 ، ص 130 .

(3) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 277 .

(4) إبراهيم بن محمد بن سالم ابن ضويان ، منار السبيل ، ط 7 ، سنة (1409 هـ / 1989 م) المكتب الإسلامي ، بيروت ، ج 2 ، ص 384 .

(5) علي بن محمد الجرجاني ، التعريفات ، ط 3 (1413 هـ / 1992 م) دار الكتاب العربي _ بيروت ، لبنان _ ص 156 .

(6) قانون العقوبات الجزائري ، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط 3 ، سبتمبر 2001م ، رقم الإيداع القانوني 1009 - 2001 ، 6 - 010 - 41 - 9961 - ISBN ، ص 101 .

– وفي الشرع أخذ المكلف نصاب القطع خفية من حرز مثله بلا شبهة .

نلاحظ أنّ التعريف القانوني للسرقة استعمل كلمة اختلاس للتعبير عن السرقة ؛ فالسرقة والاختلاس شيء واحد في تعبير القانون ، بينما التعريف الشرعي للسرقة فرق تماماً بين السرقة كجريمة والاختلاس ؛ فالتعريف كان مانعاً من دخول الاختلاس بقيد كون الأخذ خفية ، ومن هنا كان التعريف الشرعي للاختلاس : هو أخذ مال الغير دون استخفاء – أي بعلم الجنى عليه – وبدون رضاه ، وبغير مغالبة ⁽¹⁾ .

فكان الفرق بين السرقة والاختلاس شرعاً : ⁽²⁾ .

1/ الركن المادي في السرقة " الأخذ على سبيل الاستخفاء " وفي الاختلاس الأخذ بدون استخفاء.

2/ يشترط في السرقة أن تكون من حرز ، ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

3/ يشترط في السرقة أن يبلغ المسروق نصاباً معيناً ، ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

في حين نجد أنّ الاختلاس في القانون الوضعي هو كلّ فعل يقوم به الجاني ، ويؤدي إلى اغتيال وأخذ أو استيلاء على مال الغير ، أو أيّ شيء منقول مملوك للغير بدون علم أو رضا صاحب ، أو حائز هذا الشيء ⁽³⁾ .

وبناءً على هذا يعتبر الفعل سرقة في القانون إذا كان أخذ الشيء بدون رضا مالكه سواء :
– أكان الأخذ خفية .

– أو كان الأخذ مغالبة وإكراهاً و تهديداً .

– أو كان الأخذ بدون استخفاء وبغير مغالبة .

في حين نجد في الشريعة الإسلامية أنّ صورة من هذه الصور هي فقط التي ينطبق عليها اسم السرقة ، وهي الصورة الأولى ، أمّا الصورة الثانية فتسمى حراة ، والثالثة تسمى اختلاسا . وإذا أردنا أن نعطي جميع تلك الصور اسم السرقة :

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 516 .

(2) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(3) محمد صبحي نجم ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، ط 6 ، سنة 2005 م ، ديوان المطبوعات الجامعية _ الجزائر ، ص 116 .

— **فالأولى** : سرقة صغرى وعقوبتها القطع .

— **والثانية** : سرقة كبرى وعقوبتها القتل أو الصلب أو قطع الأيدي والأرجل من خلاف أو التقي

— **والثالثة** : فقدت شرط الخفية وعقوبتها تعزيرية بحسب اجتهاد الإمام .

أما في القانون الوضعي فجميع الصور سرقات ، إلا أن أحدها يصنف جنائية ، والأخرى جنحة ، والأخرى مخالفة ، والعقوبة تتفاوت شدة وخفة بحسب هذه الأوصاف ولا مجال للخوض فيها ⁽¹⁾ .

وبعد معرفة هذه الفروق نجد أن الاختلاس بهذه الصورة في الشريعة هو نوع من أنواع السرقات في القانون الوضعي ؛ إذ الاختلاس في القانون أعم منه في الشريعة الإسلامية ؛ فكل اختلاس في الشريعة هو سرقة في القانون ، وكل سرقة في القانون قد تكون في الشريعة اختلاسا ، وقد تكون سرقة صغرى ، وقد تكون سرقة كبرى .

وكل سرقة بشروطها وأركانها في الشريعة الإسلامية هي سرقة في القانون الوضعي ، وليست كل سرقة في القانون الوضعي هي سرقة في الشريعة الإسلامية ، فقد تكون اختلاسا ، وقد تكون حراية وهكذا .

والشريعة الإسلامية حين فرقت بين السرقة الصغرى — جريمة السرقة — والسرقة الكبرى — الحراية — والاختلاس وما في معناه — السرقة عند فقدان شرط الخفية — أرادت أن تفرق بينها من حيث الجزاء ، وحتى تكون العقوبة من جنس العمل ، وهذا من عدل الشارع الحكيم ، وجميعها جرائم مستقلة بذاتها ، لها أركانها وشروطها ، وذلك أن الشريعة لم تركز على أخذ المال المملوك للغير فقط ، بل ركزت أيضاً على طريق الحصول على مال الغير ، حتى تظهر درجة الإجرام ، ونسبة الاعتداء .

أما القانون الوضعي فلم يلتفت إلى طريقة الحصول على مال الغير؛ بل ركز أساساً على أخذ مال الغير بدون رضا المالك ، وجعل كل الصور السابقة سرقة ، لكنه بعد ذلك اضطر إلى تصنيف تلك الصور إلى جرائم وجنح ومخالفات ، حتى تتم التفرقة بينها في العقاب ، فالجرائم

(1) لقد نصّت المواد (350 إلى 369) من قانون العقوبات الجزائري على عقوبة السرقة بجميع أنواعها الجنح ، والجنايات .

عقوبتها أشد من الجنح ، والجنح أشد من المخالفات .

والسرقة في الشريعة الإسلامية بشروطها وأركانها ، والتي تعتبر جريمة مستقلة بذاتها ، وشدد الشارع الحكيم في عقوبتها المتمثلة في القطع والصّمان ؛ نظراً لخطورتها على الفرد والجماعة اعتبرت في القانون الوضعي من الجنح ، وجعلت لها عقوبة أخف من السرقة المعتبرة من الجرائم .

وبناءً على هذا كله ، كانت الفروق واضحة بين تعريف السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، وإن دلّ هذا على شيء فإنما يدلّ على دقة فقه الشريعة ، وميزته الخاصة ، وشموله للجوانب المتعددة : المادية ، والنفسية ، والاجتماعية .

الفرع الثاني مشروعية حد السرقة وحكمة مشروعيته

إنّ عصمة المال وحفظه يعتبر من الكليات الخمس التي تقرّها جميع الشرائع والأديان فضلاً عن شريعة محمد ﷺ ، وهذه الكليات هي ضرورات الحياة التي لا يمكن للإنسان العيش بفوقها ؛ فالمال هو وسيلة التبادل والحصول على مطالب الحياة من مسكن وملبس ومأكل ومشرب ﴿ الْمَالُ وَالْبُتُورُ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾ الكهف / 46

لهذا نجد أنّ الشريعة الإسلامية قد عصمت أموال الناس ، وشددت في تشريع العقوبة لها ، وجعل الرسول ﷺ الموت دفاعاً عن المال شهادة : " من قتل دون ماله فهو شهيد" ⁽¹⁾ وفي المقابل لن تجد ثمة تشريع وضعي قد تساهل في هذا الأمر ، أو أباح أموال الناس مهما كانت جنسية هذا التشريع ، وفي مقدّماتها قانون العقوبات الجزائري الذي عصم أموال المواطنين ، وشرّع عقوبات صارمة لكل من تمتدّ يده معتدية على ملك الغير .

هذا ومحافضة الشريعة الغراء على أموال الناس تكمن بالدرجة الأولى في الأحكام التي شرّعتها لذلك ، والعقوبات التي حدّدها لجرائم الاعتداء على المال ، والشّيء الجميل الذي يلفت الانتباه في العقوبات الشرعية ، أنّ الله عزّ وجلّ لم يأمر بقطع اليد المعتدية على المال ، إلّا بعد أن

(1) رواه البخاري عن ابن عمر ، كتاب المظالم ، باب من قاتل دون ماله (فتح الباري ، ج 5 ، ص 123)

يُبين لصاحبها عصمة الأموال وحرمة قربها ، وهذا الأمر ينطبق على جميع العقوبات في الجرائم الأخرى، فلا عقوبة إلا بعد التربية والبيان والتحذير، حتى لا يكون العقاب لون من ألوان الظلم.

جاء في ظلال القرآن ما يوطّد هذا المعنى ويزيده وزناً : " إنّ المجتمع المسلم يوفّر لأهل دار الإسلام — على اختلاف عقائدهم — ما يدفع خاطر السرقة عن كلّ نفس سوية ... إنّّه يوفّر لهم ضمانات العيش والكفاية ، وضمانات التربية والتقويم ، وضمانات العدالة في التوزيع ، وفي الوقت ذاته يجعل كلّ ملكية فردية فيه تنبت من حلال ، ويجعل الملكية الفردية وظيفة اجتماعية تنفع المجتمع ولا تؤذيه ... ، فمن حقّه إذن أن يشدّد في عقوبة السرقة والاعتداء على الملكية الفردية ... هكذا ينبغي أن تفهم حدود الإسلام في ظلّ نظام متكامل الذي يتّخذ أسباب الوقاية قبل أن يتّخذ أسباب العقوبة" (1) .

الفقرة الأولى: مشروعية حد السرقة

ثبتت عقوبة السّارق في القرآن الكريم ، والسّنة النبويّة الشّريفة ، وإجماع الأمة .

والله: أما القرآن : فقوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقِ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ المائدة / 38 وقرأ ابن مسعود ﴿ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ (2) ، ومحلّ الشاهد في هذه الآية قوله تعالى " فاقطعوا " والقطع معناه الإبادة والإزالة ، ولا يجب إلاّ بجمع أوصاف تعتبر في السّارق وفي الشّيء المسروق ، وفي الموضع المسروق منه ، وفي صفته (3) ، وستتضح هذه الشروط إن شاء الله تعالى في بابها .

ويقال : بدأ الله بالسّارق في هذه الآية قبل السّارقة ، وفي الزّنى بالزّانية قبل الزّاني ، والحكمة في ذلك أنّ حبّ المال على الرّجال أغلب ، وشهوة الاستمتاع على النساء أغلب...، ثمّ جعل الله حدّ السرقة قطع اليد لتناول المال ، ولم يجعل حدّ الزّنى قطع الذكر مع موقعة الفاحشة به لثلاثة معان : أحدها — أنّ للسّارق مثل يده التي قطعت ، فإنّ أنزجر بها اعتاض بالثّانية ، وليس للزّاني مثل ذكره إذا قطع فلم يعتض بغيره لو أنزجر بقطعه ، الثّاني أنّ الحدّ زجر للمحدود

(1) سيّد قطب ، في ظلال القرآن ، ط 15 (1408هـ/1988م) دار الشّروق ، القاهرة ، ص 882 _ 883 .

(2) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 6 ، ص 167 .

(3) المصدر نفسه ، الصّفحة نفسها .

وغيره، وقطع اليد في السرقة ظاهر ، وقطع الذكر في الزنى باطن ، والثالث : أن قطع الذكر فيه إبطال للتسل ، وليس في قطع اليد إبطاله ، والله أعلم .أهـ (1) .

ثانياً : وأما السنة : فقد ثبت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : قال النبي ﷺ : " تُقطع اليد في ربع دينار فصاعداً " (2) وفي رواية " لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً " (3) .
— كما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ قال : " لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده و يسرق الحبل فتقطع يده " متفق عليه (4) .

— وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : " أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد السارق في مجنّ ثمنه ثلاثة دراهم " متفق عليه (5) .

— وعن عائشة رضي الله عنها أن قريشاً أتهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت ، فقالوا من يكلم رسول الله ﷺ ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله ﷺ ؛ فكلّم رسول الله ﷺ فقال : أتشفع في حد من حدود الله ؟ ثم قام فخطب فقال " يا أيها الناس إنما ضلّ من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " (6) متفق عليه .

هذا وقد أجمعت الأمة على وجوب قطع يد السارق ، وباشرت إقامة هذا الحد في عهد رسول الله ﷺ وعهد الخلفاء الراشدين والعهود التالية في البلاد الإسلامية .

(1) المصدر السابق ، ص 167 .

(2) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " وفي كم تقطع (فتح الباري ، ج 12 ، ض 96)

(3) رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب حد السرقة ونصاها (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ، ص 182)

(4) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب لعن السارق إذا لم يسمّ ج 8 ، ص 15 / ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب حد السرقة ونصاها (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ، ص 185)

(5) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " وفي كم تقطع ، ج 8 ، ص 16_17 / ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب حد السرقة ونصاها (صحيح مسلم بشرح النووي)

(6) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان ، ج 8 ، ص 16 / ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب التهي عن الشفاعة في الحدود (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ، ص 186)

الفقرة الثانية : الحكمة من تشريع عقوبة السرقة ومدى صلاحيتها

لا شك أن تشريع عقوبة السرقة اقتضته ضرورة حفظ أموال الناس ، كما اقتضته ضرورة حفظ المجتمع من أن يختل توازنه أو يخرم عوده ، فما من مجتمع سرت فيه هذه الآفة إلا وسقط عليها سقيما ؛ والحكمة من تشريع عقوبة السرقة (القطع) تظهر من خلال التحليل الذي سيأتي بعد حين ، وتظهر معه بالضرورة مدى صلاحيتها .

أولاً : الحكمة من تشريع عقوبة القطع

إن السارق قبل أن يسرق تجده يتصف بصفة الجشع والطمع ، حيث يستصغر دائماً ما يكتسبه عن طريق الحلال ولا يكتفي بثمره عمله ، فيدفعه ذلك إلى التفكير في تنمية كسبه عن طريق الحرام حتى يزيد من قدرته على الإنفاق ، أو الظهور ، أو الراحة من عناء الكد والعمل ، أو الاطمئنان على مستقبله .

فالذافع الرئيسي إلى السرقة هو دافع نفسي بالدرجة الأولى ، لهذا حاربت الشريعة الإسلامية هذا الدافع في نفس الإنسان بتقرير عقوبة القطع ؛ إذ أن اليد والرجل هما أداة العمل والسعي والكسب ، فإذا قطع أحدهما نقص الكسب وقلَّ الثراء ، وضعفت القدرة على الإنفاق ، وبالتالي اشتدَّ الخوف على المستقبل ، وبهذا تكون العقوبة من جنس العمل ؛ فيعاقب السارق بحرمانه مما استعجل الحصول عليه قبل أوانه ، أو مما ليس من حقه ، وبهذا نجد السارق بعد إقامة الحد عليه يحمل عوامل نفسية مضادة للعوامل النفسية التي كان يحملها عند السرقة ، فإذا تغلبت العوامل النفسية الحديثة لدى المجرم بعد العقوبة الصارفة عن ارتكاب الجريمة على العوامل الداعية لارتكاب الجريمة ، لن تجد هذا المعاقب في صف المجرمين مرة أخرى ⁽¹⁾ .

تلكم هو سرّ نجاح التشريع الجنائي الإسلامي في مكافحة السرقة ، وهذا السرّ يشمل مكافحة جميع الجرائم ؛ إذ العقوبات في الشريعة الإسلامية وضعت على أساس طبيعة الإنسان ، ومن طبيعة الإنسان أن يخشى ويرجو ، فلا يأتي عملاً إلاّ بقدر ما يرجو من منافع ، ولا يبتعد عن عمل إلاّ بقدر ما يخشى من مضاره ، وهذه الطبيعة ملازمة له في جميع الأفعال مباحة كانت

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص 653 ، بتصرف .

أو محظورة ، لهذا فكلمّا اشتدّت العقوبة على الجريمة ابتعد الناس عنها ، ولاسيّما إذا كانت العقوبة واجبة التنفيذ ⁽¹⁾ .

وقد ذكر الإمام ابن القيم الحكمة من قطع السّارق قائلاً : " وأما معاقبة السّارق بقطع يده وترك معاقبة الزّاني بقطع فرجه ففي غاية الحكمة والمصلحة ، وليس في حكمة الله ومصلحة خلقه وعنايته ورحمته بهم أن يتلف على كلّ جانٍ كلّ عضو عصا به ، فيشرّع قلع عين من نظر إلى الحَرَم ، وقطع أذن من استمع إليه ولسان من تكلم به ... ، ولا خفاء بما في هذا من الإسراف والتّجاوز في العقوبة وقلب مراتبها ؛ وأسماء الرّبّ الحسنى وصفاته العليا وأفعاله الحميدة تأبي ذلك ، وليس مقصود الشّارع مجرّد الأمن من المعادة ... وإثما المقصود الزّجر والتّكال ، والعقوبة على الجريمة ... ثمّ إنّ في حدّ السرقة معنى آخر ، وهو أنّ السرقة إنّما تقع من فاعلها سرّاً كما يقتضيه اسمها ، ولهذا يقولون (فلان ينظر إلى فلان مسارقة) إذا كان ينظر إليه نظراً خفياً لا يريد أن يفطن له ، والعازم على السرقة مخفّ كاتم خائف أن يشعر بمكانه فيؤخذ به ، ثمّ هو مستعدّ للهرب والخلّاص بنفسه إذا أخذ الشّيء ؛ واليدان للإنسان كالجناحين للطّائر في إعانته على الطّيران ... فعوقب السّارق بقطع اليد قصّاً لجناحه ، وتسهيلاً لأخذه إن عاود السرقة ، فإذا فعل به هذا في أوّل مرّة بقي مقصور أحد الجناحين ضعيفاً في العدو... " ⁽²⁾ .

فالسّارق بعد العقوبة ، وفي أغلب الأحيان نجده يحمل في نفسه عوامل نفسية مرغبة لسرقة جديدة ، يجب عليه أن يتقن أدائها بفعل التدريب الذي تلقّاه من رفقاء السّوء في السّجن ، حتّى لا يقع مرّة أخرى في قبضة الشرطة .

فإذا راودته نفسه بسبب العوامل الدّاعية لارتكاب الجريمة الحادثة لديه بعد العقوبة ، وبعد التّلقين الذي تلقّاه في السّجن ، والموازي لروح الحقّ الذي نمت عنده في هذه الفترة ، لن تجده في صفّ الصّالحين أبداً ، إلّا إذا أنعم الله عليه بالهداية والتّوبة على يد رجل صالح يدعو إلى الخير والصّلاح ابتغاء مرضاة الله .

وهذا سرّ من أسرار فشل قانون العقاب الوضعي في مكافحة السرقة مهما كانت جنسية هذا القانون ؛ لأنّه ابتعد في تشريعه عن مسايرة طبيعة الإنسان (الخشية والرّجاء) التي لا يعلمها بحقّ

(1) أثر تطبيق الحدود في المجتمع ، ص 311 ، بتصرّف .

(2) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 2 ، ص 125 _ 126 .

إلا خالقها وباريها ، الذي جعل لها العقوبة المناسبة والتأجعة .

ثانياً : صلاحية عقوبة القطع لكل زمان ومكان

لقد قيل الكثير للإنقاص من قيمة عقوبة القطع ، خاصة في الوقت الحاضر من طرف كل مَنْ يدعو إلى المدنية والتحضّر ، كما سيّضح فيما بعد عند تنفيذ بعض الشبهات التي أثّرت حول هذه العقوبة ، إلا أنّ هذه العقوبة رغم كونها معطّلة التطبيق في أغلب البلدان الإسلامية اليوم ، فإنّها ستضلّ صالحة لاستئصال جريمة السرقة في كل زمان ومكان .

إنّ عقوبة القطع صالحة لكل زمان ومكان ، ولعلّ السرّ في ذلك يكمن في أمرين اثنين ، الأول عام تميّز به الشريعة الإسلامية ككلّ ، والثاني خاصّ يميّز به التشريع الجنائي الخاصّ بجريمة السرقة .

1/ الأمر العام : إنّ صلاحية عقوبة القطع لكلّ زمان ومكان مستمدة بالدرجة الأولى من صلاحية الشريعة الإسلامية لكلّ زمان ومكان ، وهذه الصّلاحية راجعة إلى المميّزات الجوهرية لهذه الشريعة ⁽¹⁾ ، وتتمثّل في مايلي :

الكمال : تمتاز الشريعة الإسلامية بالكمال ؛ لأنّها استكملت كلّ ما تحتاجه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادئ في الحاضر القريب والمستقبل البعيد .

السموّ : تمتاز الشريعة الإسلامية بالسموّ ؛ لأنّ قواعدها ومبادئها أسمى دائماً من مستوى الجماعة ، فهي تحتوي من المبادئ والقواعد ما يحفظ لها هذا المستوى السامي مهما ارتفع مستوى الجماعة — فتطوّر الجماعة عبر العصور لا يؤثّر البتّة في مستوى القوانين الشرعية —

الدوام : تمتاز الشريعة الإسلامية بالدوام — أي بالثبات والاستقرار — فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرّت الأعوام ، وطالت الأزمان ، وهي مع ذلك تظلّ حافظة لصلاحيتها في كلّ زمان ومكان .

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص 24 — 25 بتصرّف .

هذه هي المميّزات الجوهرية للشريعة الإسلامية ، وهي على تعدّدها وتباينها ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعاً بحيث يعتبر كلّ منها أثراً من آثاره ، وهذا الأصل هو أنّ الشريعة الإسلامية من عند الله عزّ وجلّ ، فهو الذي يعلم ما كان وما هو كائن وما سيكون وما لم يكن لو كان كيف يكون .

2/ **الأمر الخاصّ** : إنّ صلاحية عقوبة القطع لكلّ زمان ومكان مستمدّة مما يمتاز به التشريع الجنائي الإسلامي الخاصّ بجريمة السرقة ، وإن كانت هذه المميّزات تتعدّى لتشمل جرائم أخرى .

أ/ **الوقاية قبل العلاج** : وهذه الوقاية تتمثّل في أسباب كثيرة ومتنوّعة :

— **تقرير حقّ كلّ فرد في المجتمع المسلم في ضروريّات الحياة من مأكّل ، ومشرب ، وملبس ، ومسكن .**

— **تقرير حقّ كلّ فرد على الجماعة ، وعلى الدولة النّاتبة على الجماعة في العمل إذا كان قادراً عليه ، وإعداده للعمل (التّعليم ، التّكوين ، وتوفير أداة العمل)**

— **تقرير حقّ كلّ عاجز أو غير قادر على العمل في ضروريّات الحياة عن طريق :**

— **التّفقّة التي تفرض له شرعاً على القادرين في أسرته ومحلّته .**

— **من بيت مال المسلمين : الزّكاة ...**

— **ما تفرضه الدولة من مال الواجدين بحسب ما يحقّق الكفاية للمحرّومين _ الضّرائب _**

— **تربية ضامّان النّاس ، وتهذيب أخلاقهم** : وذلك بجعل تفكيرهم يتّجه إلى العمل والكسب عن طريقه ، لا إلى السرقة والكسب عن طريقها .

— **تعليم النّاس ، والبيان لهم بحرمة السرقة _ التّرهيب _ وعصمة أموال النّاس حتّى لا يقدم أحد على هذه الجريمة بحجّة الجهل بالحكم الشرعي ، وسوف يأتي الكلام إن شاء الله تعالى عن شبهة الجهل فيما سيأتي من فصول .**

ب/ **العدل الشّامل** : من مميّزات التشريع الجنائي الإسلامي الخاصّ بجريمة السرقة العدل الشّامل :

— **فلا يفرّق فيه بين أحد من المجرمين ، سواء كان المجرم حاكماً أو محكوماً ، سواء كان قوياً أو**

ضعيفاً ، قال عليه الصّلاة والسّلام " وأيّم الله لو أنّ فاطمة بنت محمّد سرقت لقطعت يدها " (1) .

— لا تقبل فيه الشّفاعاة كما لا يسقط بعد بلوغه إلى الإمام ، قال عليه الصّلاة والسّلام " تعافوا الحدود فيما بينكم فإنّه إذا بلغني ذلك فلا عفو " (2) ، كما قال عليه الصّلاة والسّلام أيضاً : " حدّ يعمل به في الأرض خير لأهل الأرض من أن يمحطوا أربعين صباحاً " (3) ، وهذه الميزة تشمل جميع الحدود ماعدا القصاص .

— من العدالة في عقوبة القطع أنّها جاءت مناسبة للجريمة ، فالعقاب فيها من جنس العمل ، فكانت أقدر على استئصال ما تحدّثه جريمة السرقة من ضرر ، وقد سبق توضيح هذه المسألة .

ج/ **المفاسد أولى من جلب المصالح** : إنّ عقوبة القطع مبنية على قاعدة درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح ، وذلك كغيرها من الحدود الأخرى ، فإصلاح المجموع إذا ترتّب عليه إلحاق الضرر بفرد منه أو قلة من الأفراد وجب غضّ النظر عن ذلك الضرر ، فالسارق يعتبر شاذّاً عن الجماعة لا قهّمه مصلحتها فكان أجدر بالألّا يرحم ؛ لأنّه ليس أهلاً للرحمة ، بل إنزال العقاب به رحمة .

د/ **أثر العقوبة بعد العقاب** : الأثر الذي تحدّثه العقوبة بعد العقاب من زجر وردع وإصلاح ؛ بحيث تقوم النفس المنحرفة وترجعها إلى جادة الصّواب ؛ إلى الاسترزاق بالطّرق الحلال نتيجة قتل واستئصال بؤادر الفساد — العوامل التّفسيّة الدّاعية لارتكاب الجرم — وزرع بؤادر الصّلاح — العوامل التّفسيّة الصّارفة عن ارتكاب الجرم — فتكون العقوبة درساً قاسياً للمجرم المعاقب ، ولكلّ مجرم لم يقع في يد العقاب بعد ، ولكلّ من تسوّّل له نفسه الأمّارة بالسّوء الاعتداء على أموال النّاس المعصومة ، فإذا كان في القصاص حياة للنّاس ؛ ففي القطع عصمة لأموالهم .

فلا أظنّ أنّه ثمة عقوبة من وضع البشر تميّزت بمثل هذه المميّزات عبر تاريخ البشريّة ؛ بحيث إلى يومنا هذا عجز رجال القانون في الدّول المتطوّرة فضلاً عن غيرها عن القضاء أو التّقليل من حدّة هذه الجريمة ، بل أصبح المجرمون يشكّلون عصابات خطيرة ، تظمّنهم مؤسّسات إجرامية

(1) سبق تخريجه 114 .

(2) أخرجه النسائي في سننه ، كتاب التّرجيب في إقامة الحدود ، ج 4 ، ص 335 / رواه ابن عبد البر في الاستذكار ، باب ما جاء في الرجم ، ج 7 ، ص 467 .

(3) أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب الحدود ، باب إقامة الحدود ، ج 2 ، ص 51 ، رقم : 2538 / وأخرجه التّسائي في سننه ، كتاب قطع السّارق ، باب التّرجيب في إقامة الحدّ موقوفاً عن أبي هريرة (سنن النسائي بشرح السيوطي ، ج 8 ، ص 75)

منظمة تهدد استقرار أمن الدولة ، وتفرض عليها ما تريد مثل عصابات المافيا وغيرها ، وهذا كله راجع إلى طبيعة العقوبة الوضعيّة ، ومميّزات النقص التي تميّز بها ؛ فهي إذا كانت صالحة التطبيق في وقت ما ، زال صلاحها في الأوقات الأخرى ، وفي الحقيقة لم تكن صالحة في أيّ وقت من الأوقات ، فعقوبة الحبس التي جعلتها القوانين الوضعيّة عقوبة للسرقة بدلاً من أن تربي السارق وتجعل منه عضواً صالحاً ليندمج في الجماعة مرة أخرى ، تجده يخرج من السجن وهو أكثر مهارة في فنّ السرقة مما سبق — إذ هذه الجريمة تعتبر فنّ عند أهلها — نتيجة احتكاك السارق بمن هم أكثر حرفة ومهارة وافتخاراً بهذه الحرفة ، ناهيك عن التكاليف الباهضة التي تشغل كاهل الدولة لتسيير إدارة السجون ، والسجون تسمّى بمراكز إعادة التربية ، والتربية كما نعلم يجب أن تكون قبل ارتكاب الجرم للجريمة ، أمّا بعد ارتكابه لها فهو غير محتاج إلى تربية ؛ بل إلى عقاب إذ الوقاية قبل العلاج ، فمن المستحيل أن نأخذ مريضاً قد تمكّن منه المرض ، ثمّ نلقنه دروساً في الوقاية من المرض الذي يعاني منه ؛ بل نسرع به إلى المصحّة حتّى نعالجه أحسن علاج ، ولعلّ علاج السارق يكمن في بتر العضو المريض ، وهو تلك اليد التي امتدّت إلى أملاك الغير بغير حقّ .

هذا وقد قارن الأستاذ عبد القادر عودة بين عقوبة الحبس في القانون الوضعي ، وعقوبة القطع في القانون الشرعي ، وسأوجز هذه المقارنة لأهمّيّتها في الفقرة الآتية : " وتجعل القوانين الحبس عقوبة للسرقة وهي عقوبة قد أخفقت في محاربة الجريمة على العموم ، والسرقة على الخصوص ، والعلّة في هذا الإخفاق أنّ عقوبة الحبس لا تخلق في نفس السارق العوامل التفسّية التي تصرفه عن جريمة السرقة ؛ لأنّ عقوبة الحبس لا تحول بين السارق وبين العمل والكسب إلّا مدّة الحبس ... فإذا خرج من محبسه استطاع أن يعمل وأن يكسب ، وكان لديه أوسع الفرص ... واستطاع أن يخدع الناس ، وأن يظهر أمامهم بمظهر الشريف فيأمنوا جانبه ، ويتعاونوا معه .

أمّا عقوبة القطع فتحول بين السارق وبين العمل ، أو تنقص من قدرته على العمل والكسب نقصاً كبيراً ... ، ولن يستطع أن يخدع الناس ، أو يحملهم على الثقة به ، والتعاون معه ... فالخاتمة التي لا يخطئها الحساب أن جانب الخسارة مقطوع به إذا كانت العقوبة القطع ، وجانب الربح مرجّح إذا كانت العقوبة الحبس " (1) .

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص 653 _ 654

لمطب الثالث

أركان جريمة السرقة الموجبة للحد

إن حد السرقة لا يقام إلا عند توفر أركان السرقة المعتبرة شرعاً ، وهذه الأركان ظاهرة من خلال التعريف الشرعي السابق للسرقة ، وتتمثل في :

- 1/ الأخذ خفية .
- 2/ كون المسروق أو المأخوذ مالا .
- 3/ كون المال المسروق مملوكاً للغير .
- 4/ توفر القصد الجنائي لدى الجاني .

وبهذا نجد أن الشارع الحكيم مثلما شدد في عقوبة السرقة فقد شدد أيضاً في تطبيقها ؛ فليس كل من سرق تطبق عليه عقوبة القطع ، وتفصيل هذه الأركان سيكون من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول

ركن الأخذ خفية

في هذا الفرع إن شاء الله سأتناول الركن الأول من أركان السرقة الموجبة للحد وهو ركن الأخذ خفية ، ومعنى الأخذ خفية هو أن يؤخذ الشيء دون علم المجنى عليه ودون رضاه ، كمن يسرق أمتعة شخص من داره في غيبته أو أثناء نومه ، أو من يسرق حاصلات من جرن في غيبة صاحبها أو أثناء نومه ؛ فإن كان الأخذ في حضور المجنى عليه ودون مغالبة فالفعل اختلاس لا سرقة ، وإن كان الأخذ دون علم المجنى عليه ولكن برضاه فالفعل لا يعتبر جريمة . إذن فالأخذ خفية لا يتحقق إلا وفق شروط ، كما أنه قد يكون مباشراً وقد يكون بالتسبب كما سيتضح بعد حين .

(الفقرة الأولى) : شروط الأخذ خفية : يجب في الأخذ أن يكون تاماً في السرقة الموجبة للحد ، فلا يكفي لتكوين الجريمة أن تصل يد الجاني للشيء المسروق ؛ بل لابد أن يكون الأخذ بحيث تتوفر فيه ثلاثة شروط :

1/ أن يخرج السَّارِق الشيء المسروق من حوزة المعدّ لحفظه .

2/ أن يخرج السَّارِق الشيء المسروق من حيازة المجني عليه .

3/ أن يدخل الشيء المسروق في حيازة السَّارِق .

فإذا لم تتوفر هذه الشروط اعتبر الأخذ غير تامّ ولا قطع على السَّارِق ، فمن تسوّر داراً ليسرق منها فضبط قبل أن يصل إلى شيء ممّا في الدّار ، أو ضبط وهو يجمع المتاع ، ومن دخل زريبة ليسرق منها دابةً ففكّ قيدها ، أو أعتلى ظهرها ثم ضبط قبل أن يخرج بها ، ومن دخل جرنّاً ليسرق منه قمحاً في غرارة مثلاً فضبط وهو يملأ الغرارة ، أو ضبط بعد ملئها وهو يحاول أن يحملها ، أو ضبط بعد أن حملها وقبل أن يخرج بها من الجرن ، فكلّ هؤلاء لا يعتبر أحدهم آخذاً خفية ؛ لأنّ ما أتاه من الأفعال لم يخرج الشيء المراد سرقته من حوزة — أي المحلّ المعدّ لحفظه — ومادام المال لم يخرج من حوزة فهو لم يخرج من حيازة المجني عليه ، ولم يدخل في حيازة الجاني ⁽¹⁾ .

واشترائط الأخذ التّام لوجوب القطع في السرقة هو محلّ اتفاق بين جميع الفقهاء الأربعة ، ولكن أصحاب المذهب الظّاهري يوجبون القطع في الشروع كلّما وضع السَّارِق يده على الشيء المسروق ، ولو لم يخرج به من حوزة ؛ فمن أخذ وهو يجمع المتاع من منزل المجني عليه وقبل أن يحمله ويخرج به ، أو أخذ وهو يحمله وقبل أن يخرج به قطع مادام قد بدأ فعل السرقة ؛ لأنّ ما وقع منه يجعله سارقاً ، وهذا ناتج عن عدم اشتراطهم الحوزة في السرقة ؛ فالأخذ يكون تاماً عندهم بمجرد تناول الشيء المسروق وتوفّر القصد الجنائي ، حتّى ولو لم يخرج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه ، ولم يدخل في حيازة الجاني حيازة فعلية ونهائية ⁽²⁾ ، هذا رغم أنّهم يفرّقون بين السرقة والاختلاس ، ويرون القطع في السرقة دون الاختلاس .

هذا وإخراج الشيء المسروق من حوزة يتبعه دائماً إخراج هذا الشيء من حيازة المجني عليه، وإخراج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه لا يتوقّف دائماً على خروج السَّارِق به من الحوزة،

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 246 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 277 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 134 / النووي ، روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 328 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 441 وما بعدها / حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 142 / الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 65 / شرح الزّرّقاني ، ج 8 ، ص 98 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 519 .

(2) ابن حزم ، المحلّى بالآثار ، ج 12 ، ص 300_311 .

كما أنّ إخراج الشيء المسروق من حرزه ، ومن حيازة المجني عليه لا يستتبعه حتماً دخوله في حيازة الجاني عند بعض المذاهب كما سيظهر فيما بعد .

(الفقرة الثانية : أنواع الأخذ خفية : الأخذ خفية على نوعين : إما أن يكون أخذاً مباشراً ، وإما أن يكون أخذاً بالتسبب ⁽¹⁾ .

(أولاً : الأخذ المباشر : فهو أن يتولّى السّارق أخذ المتاع ، وإخراجه من الحرز بنفسه ، أو أن يؤدّي فعله مباشرة إلى إخراجه : كأن يدخل الحرز فيحمل المسروق أو يلقي به إلى خارج الحرز ، أو أن يدخل يده في الحرز فيأخذ المسروق أو يلتقطه بمحجن ، أو أن يطر جيباً فيسقط منه المال ، أو ينقب حوزاً فيه طعام أو حب فينشال منه إلى الخارج ، إلّا أنّ بعض الفقهاء يجعل لهذه القاعدة استثناءات سوف يأتي بيانها ، وإذا حمل السّارق المسروق إلى خارج الحرز ، أو ألقى بالمسروق إلى خارج الحرز ، أو أدّى فعله المباشر إلى إخراج المسروق من الحرز ، فإنّ شروط الأخذ خفية تكون تامة ويقطع السّارق بسرقة .

أمّا إذا ضبط السّارق قبل أن يخرج المسروق من الحرز ، أو قبل أن يؤدّي فعله إلى إخراجه فلا قطع عليه ، إلّا في رأي أهل الظّاهر وحدهم لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول الجاني للشيء المسروق ، بناء على عدم اعتبارهم للحرز وقد تمّ بيان هذا .

وأمّا إذا ضبط السّارق بعد إلقاء المتاع المسروق خارج الحرز ، وقبل أن يخرج من الحرز لأخذه ففيه خلاف بين الفقهاء سيتمّ بيانه في باب ، كما سيتمّ بيان مسألة استهلاك الشيء داخل الحرز ومسائل أخرى .

وإذا بطل الحرز قبل إخراج المسروقات منه فلا تتمّ شروط الأخذ خفية ؛ لأنّ شروط الإخراج من الحرز يتقدّم ، وتكون السرقة سرقة مال غير محرز ، ولا قطع فيها وإنّما فيها التعزير كما سيبيّن فيما بعد ، أمّا إذا بطل الحرز بعد إخراج المسروق فإنّ ذلك لا يؤثر على السرقة التي تمّت بتمام شروط الأخذ خفية . وسيتمّ الكلام على ما يبطل الحرز عند الكلام عن الحرز إن شاء الله تعالى .

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 523 _ 542 .

– **التعاون على الإخراج** : الأصل أنه لا يقطع في السرقة إلا الشخص الذي يخرج المسروق من الحرز، سواء حمله إلى خارج الحرز ، أو رماه إلى الخارج ، ولكن الكثير من الفقهاء جروا على قطع كل من تعاونوا على إخراج المسروق ، وإن كان بعضهم لم يحمل بالذات شيئاً ؛ لأن الحمل والإخراج يعتبر حاصلًا منهم معنى لا مادة ⁽¹⁾ .

وفي اصطلاح هؤلاء الفقهاء ، أن المعين على إخراج المسروق هو من يعين السارق على إخراج الشيء المسروق من الحرز ، سواء كانت الإعانة مادية أو معنوية ، وهم يلحقون المعين على السرقة بمن يباشر السرقة ويعطونه حكمه ؛ لأن السارق وحده غالباً وإنما يتعاون مع غيره ، فلو جعل القطع على المباشر وحده لانفتح باب السرقة وانسد باب القطع ⁽²⁾ .

والفقهاء الذين يلحقون المعين بالمباشر متفقون على أن القطع على من يعين فقط في إخراج الشيء المسروق من الحرز ؛ لأنه يعتبر مخرجاً له ، فإن كان العون في غير ذلك كالاشتراك في ثقب ، أو كسر الباب ، أو فتحه بمفتاح مصطنع ، أو مساعدة على تسلق الحائط للدخول في الحرز ، أو مساعدة في حمل المسروقات بعد إخراجها من الحرز لم يقطع المعين على كل ذلك ⁽³⁾ ، ففهم من هذا أن الإعانة في السرقة فيها القطع وفيها التعزير ، وسوف يأتي بيان هذا إن شاء الله تعالى .

ثانياً : الأخذ بالتسبب : معناه أن لا يباشر السارق إخراج المسروقات من الحرز بنفسه ، وإنما يؤدي فعله بطريق غير مباشر في إخراج المسروقات ، مثل أن يضع المسروق على ظهر دابة ويسوقها فتخرج به من الحرز ، أو يلقي بالمسروق في ماء جارٍ إلى خارج المنزل فيخرجه التيار ، أو يرميه في ماء راكد ثم يفتح مجرى الماء ، أو يعرض المسروق لريح هابّة فيطير المسروق إلى الخارج ، أو يربطه على طائر ويطيره فيخرج المسروق ، أو يأمر صغيراً أو معتوها بإخراج المسروق فيخرجه ، أو أن يستتبع سخل شاة أو فصيل ناقة أو غيرها ، مثل أن يشتري الأمّ والسخل على ملك الغير في حرز ، فيأتي بالأم إلى مكان السخل ويريه أمّه حتّى يتبعها ، وكذلك العكس نحو أن يأتي في مكان أمّه وهي في حرز مالكها حتّى يستتبع الأمّ سخلها بأن يبعثه عليها حتّى تتبعه ،

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 531 _ 532 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 66 .

(3) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 532 .

أو إشارة لشاة في الحرز بالعلف حتّى خرجت إليه فأخذها ⁽¹⁾ .

والأخذ بالتسبّب كالأخذ المباشر عقوبته القطع بشرط أن تتمّ شروط الأخذ ، فيخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه ويدخل في حيازة الجاني ، ويراعى فيه ما رعى في الأخذ المباشر ؛ لهذا يعتبر أبو حنيفة في حالة استتباع السّخل الفصيل أنّ الأخذ غير تامّ ؛ لأنّ الجاني لم يهتك الحرز هتكاً متكاملاً ، ويخالفه أبو يوسف في هذا ويرى كما يرى فقهاء المذاهب الأخرى بأنّ الأخذ تامّ ⁽²⁾ .

— **التّسليم ينفي ركن الأخذ خفية** : نستنتج من كلّ ما سبق أنّ التّسليم يمنع من أن يكون الأخذ قد تمّ خفية ؛ لأنّ الأخذ خفية يستلزم أخذ الشّيء من يد المجنى عليه ، أو من يمثّله دون علمه ودون رضاه معاً ، والتّسليم يجعل المجنى عليه عالماً بأخذ الشّيء ، سواء توفّر الرّضا أو انعدم ، ويستوي في الشّريعة الإسلامية أن يكون المجنى عليه راضياً بالتّسليم أو مكرهاً عليه ؛ لأنّ الفعل في الحالتين ليس سرقة ، ويستوي أن يكون التّسليم ناشئاً عن خطأ أو عن غشّ ، أو قصد به مجرّد تمكين الجاني من الإطّلاع على الشّيء المسروق وفحصه ، أو منحه سلطة عليه كحالة الطّباخ مثلاً تُسلم إليه أدوات المطبخ لاستعمالها .

والتّسليم يمنع توفّر ركن الأخذ خفية ، سواء نقل التّسليم الحيازة كاملة — التصرّف في الشّيء تصرّفًا تامًّا — أو ناقصة — التصرّف في الشّيء تصرّفًا مؤقتًا ، كالرهن ... ⁽³⁾ .

الفرع الثّاني

كون المسروق مالاً

نصل في هذا الفرع إلى الرّكن الثّاني لجريمة السرقة الموجبة للحدّ والمتمثّل في " محلّ السرقة " وهو الشّيء المسروق الذي يقع عليه فعل السرقة ، ومن خلال التعريف الشرعي السابق للسرقة

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 256 / البهوتي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 134 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 458 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 279 / مواهب الجليل ج 6 ، ص 308 (نقلاً عن عبد القادر عودة ، ج 2 ، ص 537)
(2) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 70 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 256 / البهوتي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 134 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 279 / شرح الزّرقي ، ج 8 ، ص 97 (نقلاً عن عبد القادر عودة ، ج 2 ، ص 537)
(3) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 538 — 539 .

تُهدى إلى أنّ محلّ السرقة في الشريعة الإسلامية هو " المال المأخوذ " لكن ما هي الأوصاف والشروط التي يجب أن تتوفر في المال الذي يصلح محلاً للسرقة ، ويستوجب أخذه عقوبة القطع ؟

إنّ شروط المال المسروق المستوجب للقطع في الشريعة الإسلامية حصرها العلماء بعد استقراءهم للنصوص الشرعية في أربعة شروط ، وتتمثل في : كون المسروق مالاً متقوماً منقولاً ومحزراً وقد بلغ نصاباً ، وكل شرط منها يحتاج إلى شرح وتفصيل :

الفقرة الأولى : كون المسروق مالاً متقوماً منقولاً :

أولاً : كون المأخوذ مالاً متقوماً : يجب أن يكون الشيء المسروق مالاً ، ولا محلّ للسرقة في الوقت الحاضر إلاّ للمال ، أمّا قبل إبطال الرّق فكان العبيد والإماء في الشريعة الإسلامية محلاً للسرقة باعتبارهم مالاً من وجه يمكن التصرف فيه ككلّ مال ، وإن كانوا من وجه آخر آدميين ، أمّا بعد إبطال الرّق فلا يمكن أن يكون الإنسان محلاً للسرقة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، أمّا مالك والظاهرية فيرون أنّ الطفل غير المميّز محلّ للسرقة ولو كان حراً ، وعلى من يأخذه عقوبة القطع كسارق المال ، ومع أنّ هؤلاء يعترفون بأنّ السرقة لا تقع إلاّ على المال فإنهم يستثنون الطفل غير المميّز ، ويجعلون خطفه في حكم سرقة المال⁽¹⁾ .

ومن جهة كون المال المأخوذ متقوماً ، فإنّ التعبير بالمال المتقوم وارد عند الأحناف ، أمّا الأئمة الثلاثة فيعبّرون عن هذا المعنى بعبارة المال المحترم ، وأهل الظاهر يعبّرون عنه بقولهم : " مال له قيمة " و " مال لا قيمة له " ⁽²⁾ ، وكلّ هذه العبارات تؤدّي معنى واحداً . وقيمة المال يجب أن تكون مطلقة لا نسبية ؛ فالخمر والخنزير لا قيمة لهما عند المسلم ، ولكن لهما قيمة عند غير المسلم ، ومن ثمّ كانت قيمتهما نسبية لا مطلقة ، وهذا النقص في القيمة هو الذي منع من القطع ؛ لأنّه شبهة ووجه الشبهة عدم المالّة أو عدم التّقوم ، والحدود تدرأ بالشبهات ، ويستوي أن يكون صاحب المال مسلماً أو غير مسلم وأن يكون السارق مسلماً أو غير مسلم ؛ لأنّ العبرة

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 67 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 460 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 240 — 241 / شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 94 (عبد القادر عودة ، ج 2 ، ص 542) ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 324 .

(2) ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 321 / النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 332 / الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 70 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 129 .

ليست بالمالك أو السارق ، وإنما العبرة بتقوّم المال ، أو عدم تقوّمه ⁽¹⁾ .

إذن فجميع الفقهاء يتفقون على أن يكون المال المسروق ذا قيمة ، وإن اختلفت عبارتهم في ذلك ، إلا أن دليل المالّة والتقوّم يختلفان من مذهب لآخر ؛ فيختلف أبو حنيفة مع المذاهب الأخرى في اعتبار التفاهة مانعة من القطع ؛ لأنّ القاعدة العامّة عندهم أن كلّ ما يمكن تملكه وبيعه وأخذ العوض عنه يجب في سرقة القطع ⁽²⁾ ، وإن كانوا قد اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة ، وسيتمّ فيمايلي بيان حدود هذا الاختلاف بعد بيان المبدأ الذي اعتمده الأحناف في اعتبار المال المتقوّم .

1/ مذهب الأحناف : القاعدة عند أبي حنيفة أن يكون المال متقوّمًا بصفة مطلقة وغير تامّة ، ويعتبر الشّيء تافهًا عند أبي حنيفة إذا كان لما لا يتموّله الناس كالميتة ، أو كان لما لا يظنّ به الناس لعدم عزّته وقلة خطره عند هم كالتبن والخطب ، أو كان لما يتسارع إليه الفساد ولا يحتمل الادّخار من سنة إلى سنة ، وحجّة أبي حنيفة في كون ما لا يتموّله الناس تافهًا وحقيراً حديث عائشة رضي الله عنها " لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله في الشّيء التّافه " ⁽³⁾ ⁽⁴⁾ .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة في المال تدراً الحدّ عن سارقه ، وتوجب التعزير بدلاً من القطع ، ويترتب على رأيه هذا أن لا قطع في التبن ، والحشيش ، والقصب ، والخطب ، وأشباهها ؛ لأنّ الناس لا يتموّلون هذه الأشياء عادة ، ولا يضنّون بها لعدم عزّتها ، وقلة خطرها ، ويعدّون الظنّ بها من باب الخساسة فهذا مصدر تفاهتها ، كذلك لا قطع عند أبي حنيفة في سرقة التراب ، والطين ، والحصى ، واللبن ، والفخار ، وما شابهها لتفاهتها ⁽⁵⁾ .

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 69 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 442 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 278 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 131 / شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 97 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 544)

(2) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية الاجتهاد ونهاية المقتصد ، ط (1409هـ/1989م) دار شريفة _ الجزائر ، ج 2 ، ص 367 .

(3) رواه البيهقي في سننه ، كتاب السرقة ، باب ما يجب فيه القطع ، رقم 16943

(4) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 67 .

(5) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 67 _ 68 / ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 226 .

ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشيء التافه من الشيء غير التافه ، على أنه يسلم بأن الشيء التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة ، كالقصب يصنع منه الشباب ، فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجباً في سرقة.

وكل ما لا يحتمل الادخار ، ويتسارع إليه الفساد ، ولا يبقى من سنة إلى سنة لا قطع فيه عند أبي حنيفة ، فلا قطع في سرقة الطعام الرطب ، والبقول ، والفواكه الرطبة ، واللحم ، والخبز ، والرياحين ، وما أشبه (1) .

ويطبق أبو حنيفة مبدأ الادخار تطبيقاً واسعاً ، فيرى أن سرقة الثمار المعلقة في أشجارها ، أو نخيلها لا قطع فيها ولو كانت محرزة بحائط ؛ لأن الثمر مادام في شجره يتسارع إليه الفساد ، أما إذا قطع الثمر ، ووضع في الجرن بعد أن استحكم جفافه ، ثم سرق بعد ذلك ففيه القطع ؛ لأنه صار قابلاً للادخار ولا يتسارع إليه الفساد ، أما إن لم يكن استحكم جفافه فلا قطع فيه ؛ لأنه مما يتسارع إليه الفساد ، ولا يقبل الادخار بحالته الراهنه ، ويستدل أبو حنيفة في تأييد رأيه بقول الرسول ﷺ " لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرن ، فإذا أواه ، فبلغ ثمن الجرن ، ففيه القطع " (2) .

وألحق أبو حنيفة المحصولات الزراعية كالقمح ، والشعير ، والذرة بالثمر المعلق إذ لا قطع فيها حتى يؤويه الجرن ويستحكم جفافها (3) ؛ لأن ما لا يحتمل الادخار يقل خطره عند الناس فيعتبر تافهاً فلا قطع فيه ، ولا قطع عند أبي حنيفة في سرقة المصحف ، وكتب الأحاديث ، واللغة ، والشعر ؛ لأنها تدخر للقراءة لا للتمول ، ويقصد منها الوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 68 / ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 232 .

(2) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما لا قطع فيه ، ج 2 ، ص 342 ، رقم : 4388 / ورواه ابن ماجه في سننه ، كتاب الحدود ، باب لا قطع في ثمر ولا كثر ، ج 2 ، ص 68 ، رقم : 2593 ، والكثير هو جهاز النخل : وهو اللب من وسط الغسيل (سنن ابن ماجه ، ج 2 ، ص 67 _ بالهامش _) ورواه الترمذي في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر ، ج 3 ، ص 132 ، رقم : 1454 / ورواه النسائي في سننه ، كتاب قطع السارق ، باب ما لا قطع فيه (النسائي بشرح السيوطي ، ج 8 ، ص 87) / ورواه الإمام أحمد في مسنده ، مسند سهل بن سعد الساعدي ، حديث رافع بن خديج ، رقم : 15377 ، ج 4 ، ص 501 / ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الحدود ، باب في الرجل يسرق الثمر والطعام ، ج 6 ، ص 526 / ورواه الدارمي في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما لا يقطع فيه من الثمار ، ج 2 ، ص 120 _ 121 ، رقم : 2301 _ 2302 _ 2303 / وقال الألباني في الإرواء : صحيح .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 / ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 227 _ 228 .

أما أبو يوسف من فقهاء الأحناف فيرى القطع في كل مال محرز تبلغ قيمته نصاباً ، إلا التراب والسرّجين ، وفي رواية أخرى عنه إلا في الماء والتراب والطّين والحصى والمعازف ؛ لأنّ القاعدة عنده في تقويم المال هو كل ما جاز بيعه وشراؤه ، ووجب على غاصبه ضمانه (4) .

وبناءً على هذا يرى أبو يوسف القطع في سرقة الكتب كلّما بلغت نصاباً ، لأنّ الناس يدخرونها ويعدونها من نفائس الأموال ، أمّا دفاتر الحساب ، والدفاتر البيضاء فلا خلاف في المذهب على أنّ فيها القطع إذا بلغت نصاباً ؛ لأنّ المقصود فيها هو الورق الأبيض (4) .

أما بالنسبة لمبدأ الادّخار فيرى أبو يوسف القطع فيما لا يحتمل الادّخار ويتسارع إليه الفساد ؛ لأنّ السرقة وقعت على مال متقوم من حرز ، وأنّ هذا المال يجوز بيعه وشراؤه ، ويجب ضمان قيمته على غاصبه ومثله (2) .

وبناءً على مبدأ التفاهة عند أبي حنيفة لا قطع في السمك طرياً كان أو مملحاً ؛ لأنّ الطّري يتسارع إليه الفساد ، والمالح مال تافه مباح الأصل ، ولا يقطع في اللبن لأنّه يتسارع إليه الفساد ، ويقطع في الخل لأنّه قابل للادّخار ، كما يقطع في الذهب والفضّة والجواهر واللآلئ والحبوب الجافّة كلّها ، وفي الطّيب والصّوف والكتّان وما أشبه ، وكذا الحديد والتحاس والرصاص وما أشبه ، سواء كانت آنية ، أو مادّة خاماً (3) .

2/ المالكية : القاعدة عند مالك القطع في كل مال أيّاً كان ، ولو كان محقراً في نظر الناس كالماء والخطب ونحو ذلك ثمّا أصله مباح للناس ؛ لأنّه متمول يجوز تملكه ، ويجوز بيعه ، وأخذ العوض عنه ، ويستوي بعد ذلك أن يكون مباحاً ، أو غير مباح مادام الجنى عليه قد حازّه في حوزة الخاصّ ، كما يستوي أن يكون معرضاً للفساد ، أو غير معرض (3) .

ويرى مالك القطع في سرقة الجوارح إذا بلغت قيمة أحدها النّصاب ، ولو كان بلوغها النّصاب بسبب تعليمها الصّيد ؛ لأنّ تعليم الصّيد منفعة شرعيّة ، فإذا لم تكن معلّمة فالقطع إذا بلغت قيمة لحم الطّير وريشه النّصاب ، وإذا بلغت قيمة جلد السّبع النّصاب قطع سارقه ولا قطع

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 227 .

(2) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 68 .

(3) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 69 / ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 227 .

(4) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 69 - 70 .

(5) شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 95 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 549)

على سارق لحمه للقول بكراهته أو بحرمته ⁽¹⁾ . كما يرى مالك القطع في جلد الميتة سواء كانت الميتة مما يؤكل أو لا يؤكل ولكن بعد الدبغ ، ويشترط أن يزيد الدبغ في قيمة الجلد نصاباً وإلا فلا قطع ⁽²⁾ .

أما الطيور المحببة كالبلبل والبغاء وأشباههما فلا يرى مالك القطع فيها ، إلا إذا كان لحمها وريشها يساوي نصاباً ، أما إذا بلغت النصاب لإجابتها فقط فلا قطع ؛ لأن الإجابة ليست منفعة شرعية ⁽³⁾ .

ولا قطع عند مالك في مال غير محترم كالخمر ولحم الخنزير ، ولو سرقها ذمي مهما بلغت قيمتها ، وكأدوات الملاهي فلا قطع فيها إلا إذا بلغت قيمتها نصاباً بعد كسرها ⁽⁴⁾ ، ولا قطع في سرقة الكلب معلماً أو غير معلّم مهما بلغت قيمته حرمة ثمنه ، ولا قطع في الثمر المعلق عند مالك ولا في الزرع قبل حصاده ، أما بعد جذاذ الثمر ، وحصاد الزرع ، ووضعه في الجرين ، وتكديسه أكوماً ففيه القطع ، أما إذا كانت الثمار في البستان وعليه حائط ، وله غلق فسرق منها وهي لا تزال معلقة في شجرها ففيها القطع على رأي ، ولا قطع فيهما على رأي آخر ، وحجة القائلون بالقطع أن الثمار أصبحت في حرز ، فمثل هذا ما لو كانت السرقة من شجرة مثمرة في داخل الدار ؛ لأن هذه الأخيرة فيها القطع بلا خلاف لأنها محرزة ⁽⁵⁾ .

وإذا سرق السارق ما لا قطع فيه وكان متصلاً بما فيه قطع اعتبرت قيمة ما فيه القطع ، مثل سرقة الخمر في إناء من الذهب ؛ فالخمر لا قطع فيها ولكن إناء الذهب فيه القطع إذا بلغت قيمته بدون الخمر نصاباً ⁽⁶⁾ . ويجب القطع عند مالك في سرقة المصحف ؛ لأنه مال مملوك ويجوز بيعه ⁽⁷⁾ .

3/ الشافعية : أما الشافعي فمذهبه لا يكاد يختلف عن مذهب مالك ؛ إذ يرى القطع في كل مال ولو كان محقراً : كالخطب والحشيش والتراب ومباح الأصل : كالصيد والطيور والماء ، أو معروضاً للتلف : كالطعام والثمار والفاكهة ، ويرى القطع في المصحف وكتب التفسير والحديث والفقه والشعر الذي يحل الانتفاع به ، وما لا يحل الانتفاع به لا قطع فيه ، إلا أن يبلغ الجلد

(1) (2) (3) (4) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 95 _ 96 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 549)

(5) (6) المصدر نفسه ، ج 9 ، ص 97 _ 105 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 550)

(7) المدونة الكبرى ، ج 6 ، ص 2865 (ط ، 1)

والقرطاس نصاباً ، ويجب القطع بسرقة قرون الحيوان ⁽¹⁾ ، ولا يجب القطع عنده بسرقة ما ليس بمال : كالكلب والخنزير والخمر والسرجين ، سواء سرقة من مسلم أو من ذمي ؛ لأنّ القطع جعل لصيانة الأموال ، وهذه الأشياء ليست بمال ؛ فإن سرق إناء يساوي نصاباً فيه خمر ففيه وجهان : أحدهما أنّه لا يقطع لأنّ ما فيه يجب إراقته ولا يجوز إقراره فيه ، والثاني أنّه يقطع لأنّ سقوط القطع فيما فيه لا يوجب سقوط القطع فيه ⁽²⁾ .

وإن سرق صنماً أو بربطاً أو مزماراً ، فإن كان إذا فصل لم يصلح لغير معصية لم يقطع ؛ لأنّه لا قيمة لما فيه من التآليف ، وإن كان إذا فصل يصلح لمنفعة مباحة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنّه يقطع ؛ لأنّه مال يقوم على متلفه . والثاني أنّه لا يقطع ؛ لأنّه آلة معصية فلم يقطع بسرقة كالخمر . والثالث إن أخرجه مفصلاً قطع لزوال المعصية ، وإن أخرجه غير مفصّل لم يقطع لبقاء المعصية ، وإن سرق أواني الذهب والفضة قطع ؛ لأنها تتخذ للزينة لا للمعصية ⁽³⁾ . ولا يقطع الشافعي في جلد الميتة غير المدبوغ ، سواء سرقة مسلم أو ذميّ لأنّه ليس بمال ⁽⁴⁾ ، ولا يقطع الشافعي في الثمر المعلق حتّى يؤويه الجرين فإذا أواه الجرين ففيه القطع ⁽⁵⁾ .

4/ الحنابلة : والقاعدة في مذهب الإمام أحمد أنّ القطع واجب في كلّ مال ، بغضّ النظر عمّا إذا كان تافهاً أو مباح الأصل أو معروضاً للتلف ، لعموم قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة / 38 ، ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة مايلى (6) :

__ الماء : فسرقه الماء لا قطع فيه لأنّه مما لا يتموّل عادة _ أي لا يباع ولا يشتري في العادة _
 __ الكلاء والملاح : وفيهما خلاف ؛ فبعض فقهاء المذهب يرون القطع فيهما لأنّهما ممّا يتموّل عادة مثل التين والشعير ، والبعض لا يرى القطع فيهما لأنّهما ممّا ورد في الشرع باشتراك الناس فيه فأشبهه الماء

(1) النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 336 .

(2) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 280 / النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 332 .

(3) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 281 .

(4) النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 332 .

(5) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 278 .

(6) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 242 _ 243 _ 245 _ 260 _ 278 _ 279 .

__ الثَّلَج : ويرى البعض القطع فيه لأنه يتموّل عادة ، ويرى البعض أن لا قطع فيه لأنه ماء جامد فيأخذ حكم الماء .

__ التُّراب : إذا كان مما تقلّ الرّغبات فيه كالذي يعدّ للتّطين والبناء فلا قطع فيه لأنه لا يتموّل ، وإن كان مما له قيمة كثيرة كالطين الأرضي الذي يعدّ للدّواء ، أو المعدّ للغسل به ، أو الصّبغ احتمال وجهين : أحدهما لا قطع فيه لأنه من جنس ما لا يتموّل أشبه بالماء . والثاني فيه القطع ؛ لأنه يتموّل عادة ، ويحمل إلى البلدان للتجارة فيه فأشبهه العود الهندي ، وما عمل من التُّراب كاللبن والفخار ففيه القطع لأنه يتموّل عادة .

__ السّرجين : لا قطع فيه لأنه إن كان نجساً فلا قيمة له ، وإن كان طاهراً فلا يتموّل عادة ولا تكثر الرّغبات فيه .

__ المصحف : الظاهر من كلام أحمد أنّ فيه القطع ؛ لأنه سئل عمّن سرق كتاباً فيه علم لينظر فيه ، فقال : كلّ ما بلغت قيمته ثلاثة داهم فيها القطع لعموم الآية في كلّ سارق ، ولأنه متقوم بتبلغ قيمته نصاباً مثله مثل كتب الفقه والحديث وسائر العوم الشرعية ، فإن كان المصحف محليّ بحلية تبلغ نصاباً ففيه القطع ؛ لأنه سرق نصاباً من الحليّ كما لو سرقه منفرداً .

__ الثمر والكثر : فلا قطع في الثمار المعلقة ، ولا في سرقة الكثر — وهو جمار التخل — لقول الرسول ﷺ " لا قطع في ثمر ولا في كثر " ⁽¹⁾ ، وإذا أحيط البستان بسور فلا قطع فيما سرق منه ، لكن إذا كانت التخلّة أو الشجرة في دار محرّزة فسرق من ثمارها نصاباً ففيه القطع ؛ لأنها سرقة من حرز .

__ سرقة المحرّم وأدوات اللّهُو : لا قطع في سرقة محرّم كالخمر والخنزير والميتة ونحوهما ، سواء كان المسروق منه مسلماً أو ذمياً ، وأمّا آلات اللّهُو كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع فيه ، وإن بلغت قيمته مفضلاً نصاباً ؛ لأنها آلة للمعصية بالإجماع فلا يقطع في سرقته كالخمر ، ولأنّ له حقاً في أخذها لكسرها ، فكان ذلك شبهة مانعة من القطع ، فإن كانت عليه حلية تبلغ نصاباً فلا قطع فيه على رأي ، وفيه القطع على رأي آخر .

__ وإن سرق صلياً من ذهب أو فضّة يبلغ نصاباً بعد كسره لا قطع فيه على رأي ، وفيه القطع على رأي آخر ، وإن لم تبلغ التّصاب بعد كسرها فلا خلاف في المذهب على عدم القطع .
__ وإن سرق آنية من الذهب أو الفضة قيمتها نصاباً بعد الكسر ففيها القطع ، وإذا اتّصل ما لا

(1) سبق تخريجه في ص 128 .

قطع فيه بما فيه القطع ففي المذهب رأيان : الأول لا قطع فيها ولو بلغ نصاباً وحده ؛ لأنه تابع لما لا قطع فيه . والثاني فيه القطع إذا بلغ نصاباً وحده .

5/ **مذهب الظاهرية** : والقاعدة عند أهل الظاهر وجوب القطع في سرقة المال أياً كان ، سواء كان تافهاً أو مباح الأصل أو معرضاً للتلف ، وكذا القطع في سرقة كل ثمر ، وكل كثر معلقاً كان في شجره أو محرزاً أو في جرين أو في غير جرين ، كما يرى أهل الظاهر القطع في كل طعام كان مما يفسد أو لا يفسد ، وفي الزرع إذا أخذ من فدائه أو هو بأندره ⁽¹⁾ .

كما يرى أهل الظاهر القطع في سرقة الطير كلما كان مملوكاً للمجنى عليه ، وفي سرقة الصيد كلما تملكه المجنى عليه ⁽²⁾ ، ويرون القطع على من سرق مصحفاً أو كتاباً من كتب العلوم ⁽³⁾ ، وكذا القطع على من سرق صلياً من فضة أو ذهب ، ومن سرق دراهم فيها صور وأصنام إذا بلغت قيمتها نصاباً بعد الكسر ، وكذا سرقة الإناء من الفضة أو الذهب ⁽⁴⁾ .

أما سرقة الخمر والخزير فلا قطع فيه عندهم ، أما الميتة ففيها القطع لبقاء جلدتها على ملك صاحبها يدبغه وينتفع به ⁽⁵⁾ ، ويفهم من هذا أن أهل الظاهر يرون وجوب القطع في سرقة ما لا قطع فيه إذا كان متصلاً بما فيه القطع .

ثانياً : كون المأخوذ مالاً منقولاً : يجب أن تقع السرقة على مال منقول ؛ لأن السرقة تقتضي نقل الشيء وإخراجه من حرزه ونقله من حيازة المجنى عليه إلى حيازة الجاني ، وهذا لا يمكن إلا في المنقولات فهي بطبيعتها التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر ⁽⁶⁾ .

ويعتبر المال المسروق منقولاً كلما كان قابلاً للنقل ؛ فليس من الضروري أن يكون منقولاً بطبيعته ؛ بل يكفي أن يصير منقولاً بفعل الجاني أو بفعل غيره ، فمن استلّ أخشاباً من سقف منزل ، أو هدم حائطاً وأخذ من أنقاضه فهو سارق لمنقول ، ولو أن المنزل يعتبر عقاراً ؛ لأن سلّ الأخشاب وهدم الحائط يجعل الأخشاب والأنقاض منقولة ، والأرض عقار بطبيعتها

(1) ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 318 .

(2) المصدر نفسه ، ج 12 ، ص 320 .

(3) المصدر نفسه ، ج 12 ، ص 326 .

(4) المصدر نفسه ، ج 12 ، ص 326 .

(5) المصدر نفسه ، ج 12 ، ص 321 .

(6) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 544 .

فمن أخذ منها تراباً أو حجراً ، أو أخذ من جوفها فحماً أو معادن ، أو ما أشبه يعتبر سارقاً لمنقول (1) .

ويشترط أن يكون المنقول مادياً كالتقود والأخشاب ، ويستوي أن يكون المنقول صلباً كالحديد ، أو سائلاً كالماء ، أو غازياً كغاز الاستصباح ، أمّا الأموال المعنوية فلا يمكن أن تكون محلاً للسّرقه ؛ لأنها حقوق مجرّدة وليست قابلة بطبيعتها للتّقل من مكان لآخر ، سواء كانت حقوقاً شخصيّة أو عينيّة ، ولا شكّ أنّ الأوراق المثبتة لهذه الحقوق المعنويّة في ذاتها منقولة ، ومن ثمّ يمكن سرقتها ، وتقع السّرقه في هذه الحالة على الأوراق لا على ما تضمنه من حقوق (2) .

وليس في الشّربعة ما يمنع من أن تكون القوى الطّبيعيّة والأشياء المباحة أصلاً محلاً للسّرقه ، كالضّوء والحرارة والبرودة والماء والهواء ، والعبرة في ذلك كلّه وأشباهه بإمكان احتياز الشّيء والتسلّط عليه ، فكلّ من استطاع أن يحتاز شيئاً من هذه الأشياء وأمثالها ، والتسلّط عليها يجعلها منقولة يعاقب على سرّقه كما يعاقب على سرقة أيّ منقول آخر ، وعلى هذا فليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكهرباء محلاً للسّرقه ؛ لأنّ احتيازها والتسلّط عليها ونقلها من مكان إلى آخر في حيّز الإمكان (3) .

الفقرة الثّانية : أن يكون المأخوذ محرّراً وقد بلغ نصاباً :

أولاً : أن يبلغ المال المسروق نصاباً : الأصل في شرط التّصاب أحاديث الرّسول ﷺ ، سأذكر بعضها :

— فقد روي ابن عمر عن النّبي ﷺ أنّه قطع في مجنّ ثمنه ثلاثة دراهم أو قيمته ثلاثة دراهم على راوية (4) .

— وعن عائشة رضي الله عنها أنّ النّبي ﷺ قال " تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً " (5)

— وفي رواية عن النّبي ﷺ قال : " لا تقطع يد السّارق إلّا في ربع دينار فصاعداً " (6) .

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 68 _ 69 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 139 / شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 102 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 543)

(2) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 544 .

(3) المرجع نفسه ، الجزء نفسه ، الصّفحة نفسها .

(4) سبق تخريجه في ص 114 .

(5) سبق تخريجه في ص 114 .

(6) سبق تخريجه في ص 114 .

— وفي رواية قال " تقطع يد السَّارِق في ربع دينار " (1) .

— وفي رواية قال ﷺ : " لا تقطع يد السَّارِق فيما دون ثمن الجن " قيل لعائشة ما ثمن الجن " قالت ربع دينار " (2) .

هذا ولقد اختلف العلماء في اشتراط التَّصَاب لوجوب القطع ؛ فذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراطه مستدلين بالأحاديث السابقة الذكر وغيرها ، وذهب الحسن البصري وداود الظَّاهري والخوارج إلى أنَّه لا يشترط التَّصَاب بل يقطع في القليل والكثير لإطلاق الآية الكريمة ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة / 38 ولم يخصَّوا الآية ، ولما أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال ﷺ " لعن الله السَّارِق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده " (3) .

وأجيب بأنَّ الآية الكريمة مطلقة في جنس المسروق وقدره والحديث بيان لها ، وبأنَّ المراد من حديث البيضة غير القطع بسرقتها ؛ بل الإخبار بتحقيق شأن السَّارِق وخسارة ما ربحه من السرقة ، وهو أنَّه إذا تعاطى هذه الأشياء الخفيفة وصار ذلك خلقاً له جرأه على سرقة ما هو أكثر من ذلك ممَّا يبلغ قدره ما يقطع به ، فليحذر هذا القليل قبل أن تملكه العادة فيتعاطى سرقة ما هو أكثر من ذلك ، ونظيره حديث " من بنى لله مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة " (4) ومن المعلوم أنَّ مفحص القطاة لا يصحَّ تسبيله ، لعدم الانتفاع به فما قصد ﷺ إلاَّ المبالغة في الترهيب " (5) .

وإذا كان جمهور الفقهاء قد اشتراطوا التَّصَاب في القطع ، إلاَّ أنَّهم اختلفوا في تحديد مقدار هذا التَّصَاب اختلافاً كثيراً ، بلغت الأقوال فيه عشرون قولاً ، إلاَّ أنَّ الاختلاف المشهور من

(1) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب قوله تعالى " والسَّارِق والسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا " وفي كم تقطع (فتح الباري ، ج 12 ، ص 96 .

(2) رواه التَّسائي ، كتاب قطع السَّارِق ، باب القدر الَّذِي إذا سرقه السَّارِق قطعت يده (سنن التَّسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، دار الكتاب العربي — بيروت ، ط (د ت ن) ، مج 4 ، ج 8 ، ص 81) .

(3) الحديث متفق عليه وقد سبق تخريجه 114 .

(4) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الصَّلَاة ، باب في ثواب من بنى لله مسجداً ، ج 1 ، ص 344 / رواه البيهقي في سننه ، باب فضل بناء المساجد ، ج 2 ، ص 437 / ومفحص قطاة : عشها ، والقطاة نوع من الحمام كاليمام (ابن أبي شيبة ، 344/1)

(5) محمد بن علي ابن محمد الشَّوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيِّد الأخبار ، ط (د ت ن) دار الحديث — القاهرة ، ج 7 ، ص 126 — 127 / ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ، ص 437 / محمد ابن اسماعيل الصَّنعاني ، سبل السَّلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلَّة الأحكام ، ط (1409 هـ / 1988 م) دار الفكر ، بيروت — لبنان ، ج 4 ، ص 32 — 33 .

ذلك الذي يستند إلى أدلة ثابتة وهو رأيان ⁽¹⁾ :

الرأي الأول : ذهب الجمهور من السلف والخلف ومنهم الخلفاء الأربعة ، وفقهاء الحجاز مالك والشافعي وعليه الإمام أحمد ، حيث أوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب ، واستدلوا على ذلك بمايلي :

— عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال ﷺ : " لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً " ⁽²⁾

— عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ " قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم " ⁽³⁾ .

وفي رواية " ثمنه ثلاثة دراهم " ⁽⁴⁾ .

— رواية الإمام أحمد " اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك ، وكان ربع دينار يومئذ ثلاثة دراهم ، والدينار اثني عشر درهماً " ⁽⁵⁾ .

— ما رواه النسائي " لا تقطع يدي السارق فيما دون ثمن المجن ، قيل لعائشة : ما ثمن المجن قالت ربع دينار " ⁽⁶⁾ .

ورواية " ربع دينار " موافقة لرواية " ثلاثة دراهم " التي هي ثمن المجن ؛ لأن ثمن المجن كان ربع دينار ، ورواية أحمد يثبت بأن ربع الدينار يومئذ كان ثلاثة دراهم ، قال الشافعي : وربع الدينار موافق لرواية ثلاثة دراهم ، وذلك أن الصّرف على عهد رسول الله ﷺ إثني عشر درهماً بدينار ، وكان ذلك بعده ، وهو الظاهر من رواية ابن المنذر .

الرأي الثاني : فقهاء العراق (الأحناف) يرون أن التصاب الذي يجب فيه القطع هو عشرة داهم وتساي دينار ، ولا يجب القطع في أقل منه ، وأدلة هؤلاء تتمثل فيمايلي :

— عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ " لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن ، قال : " وكان ثمن المجن على عهد النبي ﷺ عشرة دراهم " ⁽⁷⁾ .

(1) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 125 / الصنعاني ، سبل السلام ، ج 4 ، ص 33 / ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 438 .

(2) الحديث متفق عليه ، وقد سبق تخريجه .

(3) سبق تخريجه في ص 114

(4) سبق تخريجه في ص 114

(5) أبو عبد الله الشيباني أحمد بن حنبل ، مسنده ، دار إحياء التراث العربي — بيروت ، ط 3 (1410هـ / 1994م) ، ج 7 ، ص 118 ، رقم 23994 .

(6) سبق تخريجه في ص 136

(7) أصله في صحيح البخاري ، كتاب الحدود ، ج 12 ، ص 97 ، رقم 6794 / وصحيح مسلم ، كتاب الحدود ، رقم 1685 / والنسائي ، كتاب قطع السارق ، رقم 4947

— عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال " لا يقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم " ⁽¹⁾ . وأحاديث أخرى لا يتسع المقام لذكرها .

وقال أصحاب هذا الرأي : وهذه الروايات في تقدير ثمن المجن أرجح من الروايات الأولى وإن كانت أكثر وأصح ، ولكن هذه أحوط والحدود تدفع بالشبهات ؛ فهذه الروايات كأنها شبهة في العمل بما دونها ⁽²⁾ .

وهناك أقوال أخرى متعددة ، الكثير منها اجتهادات ونظرات لا أدلة عليها ذكرها صاحب نيل الأوطار وقال : هي أقوال لا يصلح جعلها مذاهب مستقلة ⁽³⁾ .

- 1/ ما نقله القاضي عياض عن النخعي أنه لا يجب القطع إلا في أربعة دنائير أو أربعين درهماً .
- 2/ ما حكاه ابن المنذر عن الحسن البصري أنه يقطع في درهمين .
- 3/ ما نقله ابن المنذر عن أبي هريرة وأبي سعيد رضي الله عنهما أنه يقطع في أربعة دراهم .
- 4/ ثلث دينار رواه ابن المنذر عن الباقر .
- 5/ خمسة دراهم لما أخرجه ابن المنذر عن عمر أنه قال لا تقطع الخمس إلا في الخمس ، وهو مروي عن ابن شبرمة وابن أبي ليلى والحسن وسليمان بن يسار .
- 6/ دينار أو ما بلغ قيمته ، رواه ابن المنذر عن النخعي وحكاه ابن حزم عن طائفة .
- 7/ درهم فصاعداً لا دونه ، وهو مروي عن البتي وربيعة .

ويرى ابن حزم من فقهاء المذهب الظاهري أن نصاب السرقة الذي تقطع فيه اليد هو ربع دينار إذا كان المسروق ذهباً ؛ فإذا كان المسروق مائماً سوى الذهب فالتقطع إنما يجب في سرقة ما يساوي ثمن مجنّ أو ترس قلّ ذلك أو كثر دون تحديد ، ولم يحاول ابن حزم أن يبين قيمة المجنّ أو الترس لما روي عن عائشة رضي الله عنها من أن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول ﷺ في أدنى من ثمن المجنّ أو الترس كلّ واحد منهما يومئذٍ ذو ثمن ، وأن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول ﷺ في الشيء التافه . أما إذا كانت قيمة المسروق أقلّ من ثمن المجنّ أو الترس فلا قطع فيه أصلاً ؛ لأنّ ذلك هو التافه ⁽⁴⁾ .

(1) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الحدود ، باب من قال : لا تقطع في أقل من عشرة دراهم ، ج 6 ، ص 466 .

(2) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 125 .

(3) المصدر نفسه ، ج 7 ، ص 128 .

(4) ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 346 _ 347 .

وقد ناقش أصحاب الرّأي الأوّل الرّأي الثّاني بمايلي :

— أمّا ما يحتجّ به الحنفية وغيرهم من رواية جاءت " قطع في مجنّ قيمته عشرة درهم " فهي رواية ضعيفة لا يعمل بها لو انفردت ، فكيف وهي مخالفة لصريح الأحاديث الصّحيحة الصّريحة في التّقدير بربع دينار ، مع أنّه يمكن حملها على أنّه كانت قيمته عشرة دراهم اتّفاقاً ، لا أنّه شرط ذلك في قطع السّارق ، وليس في لفظها ما يدلّ على تقدير النّصاب بذلك ⁽¹⁾ .

— ويجاب أيضاً بأنّ ما روي عن عمرو بن شعيب في إسنادها محمّد بن إسحاق وقد عنعن ولا يحتجّ بمثله إذا جاء بالحديث معنعناً ، فلا يصلح لمعارضة ما في الصّحّاحين عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما ⁽²⁾ .

عدم صحّة الاستدلال بروايات العشرة دراهم وجعلها شبهة والحدود تدرأ بالشّبّهات ، خاصّة وقد ثبت عن جماعة الصّحابة أنّهم قطعوا في ربع دينار وفي ثلاثة دراهم ⁽³⁾ .

وبناءً على ما ذكر يتبيّن للجميع رجاحة قول الجمهور بأنّ نصاب القطع ثلاثة دراهم من الفضة ، وربع دينار من الذهب .

هذا وقد اختلف الجمهور فيما يقوم به النّصاب إذا كان المسروق من غير الذهب والفضّة :

— يرى الإمام مالك أنّه إذا كان المسروق من غير الذهب أو الفضة قوم بالدّراهم _ الفضة _ لا بالذهب ، إذا كان الصّرف مختلفاً ، فعند مالك أنّ كلّ واحد من الذهب والفضّة معتبر في نفسه لا يقوم بالآخر ، روى عنه بعض البغداديين أنّه ينظر في تقديم العروض إلى الغالب في نقود أهل البلد ، فإن كان الغالب دراهم قومت بالدّراهم ، وإن كان الغالب الدنانير قومت بالدنانير ، والمشهور هو الرّأي الأوّل ⁽⁴⁾ .

— يرى الإمام الشافعي أنّ الأصل في الأشياء هو الذهب ؛ فالربع دينار أصل للدّراهم ، ومن ثمّ فلا يقطع عنده إلّا فيما يساوي ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار ، وإذا كانت السرقة من غير

(1) النووي ، شرح صحيح مسلم ، ج 12 ، ص 183 .

(2) (3) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 126 .

(4) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 125 / ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 437 _ 438 .

الذهب قومت بالذهب⁽¹⁾ .

— وفي مذهب الإمام أحمد روايتان : الأولى أن التقويم يكون بثلاثة دراهم ، والثاني : إذا سرق السارق من غير الذهب والفضة ما قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع ؛ فإذا اختلفت قيمة الربع دينار مع الثلاثة دارهم قطع إذا بلغ المسروق أقل القيمتين⁽²⁾ .

— قال أبو حنيفة : إذا سرق عشرة دراهم ولو كانت تبراً ثماً يروج بين الناس في معاملاتهم تقطع يده ؛ لأن المهم هو الرواج في التعامل بين الناس ، ودليله إطلاق حديث القطع في عشرة دراهم ، وردّ عليه بأن المطلق مقيد بالعرف والعادة .

وقال صاحبان⁽³⁾ والكرخي⁽⁴⁾ : ينبغي أن تكون الدراهم مضروبة ؛ لأن اسم الدراهم في الحديث يطلق على المضروبة عرفاً ، وهو ظاهر الرواية وهو الأصح وهو قول الجمهور ، فلو سرق تبراً — أي فضة غير مضروبة صكاً — أو نقرة (هي القطعة المذابة من الذهب والفضة — السبيكة — قيمتها أقل من عشرة دراهم مضروبة) لا يقطع ، فإذا ساوت قيمتها عشرة دراهم مصكوكة فأكثر يقطع سارقها⁽⁵⁾ وقت اعتبار قيمة المسروق .

— قال جمهور الحنفية يجب أن تكون قيمة المسروق عشرة دراهم من وقت السرقة إلى وقت القطع ، فإن نقص المسروق فيما أن يكون نقصان العين أو نقصان السعر ؛ فإذا نقص السعر بسبب نقصان العين بأن دخله عيب أو ذهب بعضه فيقام الحد ؛ لأن نقصان العين هو هلاك بعض المسروق ، وهلاك جميع المسروق لا يسقط الحد ، فهلاك بعضه لا يسقطه من باب أولى . أما إذا نقص السعر بأن صار يساوي ثمانية دراهم مثلاً بعد أن كان يساوي عشرة دراهم فهناك روايتان :

(1) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 294 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 440 .

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 238 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 131 .

(3) أبو يوسف ومحمد ابن الحسن وسوف تأتي ترجمتهما لاحقاً .

(4) هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلّال بن دهم ، الكرخي البغدادي الحنفي الفقيه ، الإمام الزاهد ، مفق العراق ، وشيخ الحنفية ، من مصنفاته " رسالة في الأصول " و " المختصر " و " شرح الجامع الكبير " و " شرح الجامع الصغير " توفي سنة 340هـ (انظر ترجمته في طبقات الفقهاء للشيرازي ، ص 142 / سير أعلام النبلاء ، ج 15 ، ص 426 / لسان الميزان لابن حجر ، ج 4 ، ص 98 / شذرات الذهب لابن عماد ، ج 2 ، ص 358)

(5) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 140 — 141 / الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 78 / السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 139 / ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 222 .

الأول : ظاهر الرواية أنه لا يقطع ؛ لأن نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة .

الثانية : وروي عن محمد بن الحسن أنه تعتبر قيمة العين وقت الإخراج من الحرز ، ولا يعتبر نقصان السعر بعد أخذ المسروق قياساً على نقصان العين ⁽¹⁾ .

ثانياً : أن يكون المال المسروق محرراً :

— **الحرز لغة :** هو الموضع الذي يحرز فيه الشيء ، وأحرزت المتاع جعلته في الحرز (2) .
— **الحرز شرعاً :** " هو ما نصب عادةً لحفظ أموال الناس ، كالدار والحانوت والخيمة والشخص " ويلاحظ أن المذاهب الأربعة متفقة على أن تحديد الحرز مرجعه إلى العرف والعادة ⁽³⁾ .

يشترط جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى أن يكون المال محرراً لوجوب القطع في سرقة ، ولا يخالفهم في ذلك إلا الظاهريون وطائفة من أهل الحديث ؛ حيث يرون القطع على السارق إذا سرق نصاباً ولو من غير حرز ، وأن اشتراط الحرز باطل بيقين لا شك فيه ، وشرع لما لم يأذن الله تعالى به ⁽⁴⁾ .

والأصل في اشتراط الحرز عند من يشترطه مايلي :

— وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سئل رسول الله ﷺ عن الثمر المعلق فقال " من أصاب منه بفيه من ذي حاجة غير متخذ خفية فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثلية والعقوبة ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن الجن فعليه القطع " (5) .

— وفي رواية قال سمعت رجلاً من مزينة يسأل رسول الله ﷺ عن الجزية التي توجد في مراتعها قال " فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما أخذ من عطفه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 79 .

(2) الفيومي ، المصباح المنير ، ج 1 ، كتاب الحاء ، ص 129 .

(3) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 439 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 247 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 278 / مختصر المزني ، الجزء الأخير من كتاب الأم للشافعي ، ص 263 / ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 238 / أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي ، القوانين الفقهية ، ط (د ت ن) دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ص 308 .

(4) ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 310 .

(5) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما لا قطع فيه ، ج 2 ، ص 343 ، رقم : 4390 / وأخرجه النسائي في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما لا قطع فيه ، ج 8 ، ص 87 .

الجنّ " قال يا رسول الله فالثّمار وما أخذ منها في أكمامها قال : " من أخذ نعمة ولم يتّخذ خفية فليس عليه شيء ، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال وما أخذ من أجرانه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن الجنّ " (1) .

ويرى جمهور الفقهاء أنّ رسول الله ﷺ منع القطع في الثّمر المعلق وحريسة الجبل حتّى إذا أواها المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجنّ ، وأنّه عليه الصّلاة السّلام جعل القطع بإيواء المراح والجرين ، والمراح حرز الإبل والبقر والغنم والجرين حرز الثّمر ؛ فدلّ ذلك على أنّ الحرز شرط في القطع ، وبالإضافة إلى هذا فإنّ السرقة تكون على سبيل الاستخفاء والأخذ من غير حرز لا يحتاج إلى استخفاء فلا يتحقّق ركن السرقة (الأخذ خفية) ، كما أنّ القطع وجب لصيانة الأموال على أربابها قطعاً لأطماع السّراق عن أموال النّاس ، والأطماع إنّما تميل إلى ماله خطر في القلوب ، وغير الحرز لا خطر له في القلوب عادةً فلا تميل الأطماع إليه ، ولا حاجة إلى صيانتها بالقطع (2) .

والحرز نوعان : حرز بالمكان ، وحرز بغيره :

1/ **حرز بالمكان** : (حرز بنفسه) وهو عند مالك ، أمّا عند أبي حنيفة فحرز المكان هو كلّ بقعة معدّة للإحراز ممنوعة الدّخول فيها إلّا بإذن : كاللدور ، والخوانيت ، والخيم ، والفساطيط وزرائب المواشي والأغنام ، ويشترط أبو حنيفة في الحرز بالمكان أن يكون مكاناً مبنياً ، سواء كان بابه مغلقاً أم مفتوحاً ، وسواء كان له باب أم لا ؛ لأنّ البناء يقصد به الإحراز كيفما كان (3) .

ولا يشترط مالك أن تكون المرباط والزرائب والجرون والمراح مبنية أو مسورة ؛ بل تعتبر حرزاً بمجرد إعداد المكان لحفظ المال ، أو الاعتياد على حفظ المال فيه دون حاجة لإحاطة المكان فيه ببناء ، أو سور ، أو ما أشبه (4) .

أمّا عند الشافعي وأحمد فالحرز بالمكان هو كلّ مكان مغلق معدّ لحفظ المال داخل العمران : كالبيوت ، والدكاكين ، والحظائر (5) .

(1) رواه أحمد في مسنده ، مسند عبد الله بن عمرو ، ج 2 ، ص 180 ، رقم : 6683 .

(2) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 73 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 246 _ 247 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 277 _ 278 / شرح الزّرقي ، ج 8 ، ص

(3) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 73 / ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 240 وما بعدها .

(4) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 439 .

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 247 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 136 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 278

فَيَتَبَيَّنُ مِنْ هَذَا أَنَّ حُرْزَ الْمَكَانِ عِنْدَ أَحْمَدَ وَالشَّافِعِيَّ يَشْتَرُطُ فِيهِ :

أ/ أَنْ يَكُونَ فِي الْعِمْرَانِ ، فَلَا قِطْعَ إِذَا كَانَ بَعِيداً عَنِ الْعِمْرَانِ .

ب/ أَنْ يَكُونَ مَغْلَقاً ؛ فَإِذَا كَانَ بَابُهُ مَفْتُوحاً أَوْ لَيْسَ لَهُ بَابٌ ، أَوْ كَانَ بِحَائِطِهِ نَقَبٌ ، أَوْ تَهْدَمُ جُزْءٌ مِنْهُ فَهُوَ لَيْسَ حُرْزاً .

ج/ لَا يَشْتَرُطُ أَنْ يَكُونَ الْمَكَانُ مَبْنِياً بِالْحِجَارَةِ أَوْ اللَّبْنِ .

وَبِنَاءٍ عَلَى هَذَا يَرَى الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ أَنَّ الدَّوْرَ الْمُنْفَرِدَةَ عَنِ الْعِمْرَانِ ، وَالدَّوْرَ الَّتِي فِي الْبَسَاتِينِ وَالطَّرِيقِ وَالصَّحْرَاءِ لَا تَعْتَبَرُ حُرْزاً بِنَفْسِهَا وَلَوْ كَانَتْ حَصِينَةً ، وَإِنَّمَا تَعْتَبَرُ حُرْزاً بِالْحَافِظِ إِذَا كَانَ فِيهَا أَهْلُهَا أَوْ حَافِظٌ مُلَاحِظٌ ، سِوَاءَ كَانَتْ مَغْلَقَةً أَوْ مَفْتُوحَةً ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهَا حَافِظٌ فَلَيْسَتْ حُرْزاً ، وَلَوْ كَانَتْ مَغْلَقَةً فَإِنْ كَانَ بِهَا حَافِظٌ نَائِمٌ وَهِيَ مَغْلَقَةٌ فَهِيَ حُرْزٌ بِالْحَافِظِ ، فَإِنْ كَانَتْ مَفْتُوحَةً فَلَيْسَتْ حُرْزاً⁽¹⁾ .

وَأَمَّا بِنَاءٌ عَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ ، فَإِنَّ السَّارِقَ مِنَ الدَّوْرِ الْمُنْفَرِدَةِ عَنِ الْعِمْرَانِ ، وَالدَّوْرِ الَّتِي فِي الْبَسَاتِينِ وَالطَّرِيقِ وَالصَّحْرَاءِ يَقْطَعُ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ أَوْ الْبَيْتَ حُرْزاً بِنَفْسِهِ أَيْ كَانَتْ مَكَانَهُ ، وَلَا حَاجَةَ لِلْحَافِظِ .

وَيَتَرْتَّبُ عَلَى اشْتِرَاطِ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ فِي الْحُرْزِ بِنَفْسِهِ أَنْ يَكُونَ مَعْدّاً لِحِفْظِ الْمَالِ دُونَ حَائِطٍ فِي الْعَادَةِ ، أَتَاهُمَا يَعْتَبِرَانِ الْخِيَامَ وَالْمُضَارِبَ وَمَا أَشْبَهَ إِحْرَازَ بِالْحَافِظِ لَا بِنَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ بِأَنْ تَحْرُزَ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ بِالْحَافِظِ ، وَعَلَى هَذَا إِنْ نَصَبْتَ الْخِيْمَةَ وَكَانَ فِيهَا حَافِظٌ نَائِمٌ فَهِيَ مُحْرَزَةٌ بِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا نَائِمٌ وَكَانَ فِي خَارِجِهَا مِنْ يَلَاظُهَا فَهِيَ مُحْرَزَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا وَلَا عِنْدَهَا حَافِظٌ فَسُرْقٌ مِنْهَا شَيْءٌ فَقَدْ سُرِقَ مِنْ غَيْرِ حُرْزٍ ، وَهَذَا هُوَ الْحُكْمُ سِوَاءَ ضُرِبَتِ الْخِيْمَةُ بَيْنَ الْمَسَاكِينِ ، أَوْ فِي مَكَانٍ بَعِيدٍ عَنِ الْعِمْرَانِ⁽²⁾ .

أَمَّا عِنْدَ مَالِكٍ وَأَبُو حَنِيفَةَ فَيَعْتَبِرَانِ الْخِيَامَ إِحْرَازاً بِنَفْسِهَا ، فَإِذَا خَرِبَتِ الْخِيْمَةَ فَسُرْقٌ مِنْهَا شَيْءٌ فَفِيهِ الْقِطْعُ سِوَاءَ كَانَ هُنَاكَ حَارِسٌ أَمْ لَمْ يَكُنْ⁽³⁾ وَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ أَحْفَظُ

(1) الرَّمْلِيُّ ، نَهَايَةُ الْحَتَّاجِ ، ج 7 ، ص 450 / ابْنُ قِدَامَةَ ، الْمَغْنِي ، ج 10 ، ص 247 - 248 / الْبَهْوِيُّ ، كَشَافُ الْقِنَاعِ ، ج 6 ، ص 136 - 137 / الشَّيْرَازِيُّ ، الْمَهْدَبُ ، ج 2 ، ص 278 .

(2) الْبَهْوِيُّ ، كَشَافُ الْقِنَاعِ ، ج 6 ، ص 136 / ابْنُ قِدَامَةَ ، الْمَغْنِي ، ج 10 ، ص 248 / الشَّيْرَازِيُّ ، الْمَهْدَبُ ، ج 2 ، ص 278 / النَّوَوِيُّ ، رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ ، ج 7 ، ص 341 / الرَّمْلِيُّ ، نَهَايَةُ الْمُنْهَاجِ ، ج 7 ، ص 450 - 451 .

(3) الْكَاسَانِيُّ ، بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ ، ج 7 ، ص 74 / شَرْحُ الزُّرْقَانِيِّ ، ج 8 ، ص 99 (نَقْلًا عَنِ التَّشْرِيعِ الْجَنَائِيِّ الْإِسْلَامِيِّ ، ج 2 ، ص 560 .

— بماذا يحتلّ حرز المكان ؟ : يرى مالك أن حرز المكان لا يختلّ إلا بالإذن للسارق بدخول الحرز وهو رأي أبي حنيفة ⁽²⁾ . أما الشافعي وأحمد فيريان أن الإذن بالدخول والتّقب وفتح الباب كلّ منهما يخلّ بحرّز المكان ويجعله غير حرز ما لم يكن حافظ فإنّه يكون حرزاً بالحافظ ⁽³⁾ .

ويظهر من هذا أن بطلان الحرز بالإذن بدخوله هو محلّ اتفاق بين جميع القائلين بالحرز ، سواء كان الإذن صريحاً ، أم ضمناً .

2/ حرز بالحافظ : أو حرز بغيره :

— هو عند أبي حنيفة كلّ مكان غير معدّ للإحراز يُدخل إليه بلا إذن ولا يُمنع منه كالمساجد والطّرق ، وحكمه حكم الصّحراء إن لم يكن هناك حافظ — أي أنّه لا يعتبر حرزاً — فإن كان هناك حافظ فهو حرز ، ولهذا سمي حرزاً بغيره ؛ حيث تتوقّف صيرورته حرزاً على وجود غيره وهو الحافظ ⁽⁴⁾ .

— الجمهور (مالك والشافعي وأحمد) : يرون أن الحرز بالحافظ هو كلّ مكان محرز بالحافظ ، سواء كان معدّاً لإحراز المال كاليوت ، أو غير معدّ لحفظ المال كالمساجد والطّرق والصّحراء ⁽⁵⁾ .

ومقارنة بين التعريفين يتبيّن لنا أن :

— ما يعتبر حرزاً بنفسه عند أبي حنيفة لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزاً ، ولو وجد فلا عبرة لوجوده بل هو والعدم سواء ؛ لأنّ كلّ واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حاله بدون صاحبه ، فإذا سرق شخص من حرز بالمكان قطع ، سواء كان ثمة حافظ أم لا ، وسواء

(2) ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 241 / شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 101 _ 104 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، 2 ، ص 563)

(3) ابن قدامي ، المغني ، ج 10 ، ص 243 _ 247 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 136 _ 137 _ 134 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 278 / النووي ، روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 339 / الرملي ، نهابة المحتاج ، ج 7 ، ص 450 / شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 305 _ 306 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 558)

(4) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 73 .

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 247 / الشيرازي ، المهذب ج 2 ، ص 278 / النووي ، روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 336 / شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 101 _ 103 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 557)

كان الحرز له باب مغلق أم لا باب له ، وإذا سرق من حرز بغيره قطع إذا كان الحافظ قريباً منه بحيث يراه ، سواء كان الحافظ نائماً أم مستيقظاً ؛ لأنه يقصد الحفظ في الحالين ، ويرتب أبو حنيفة على اعتبار كل حرز بنفسه نتيجة هامة ، وهي أن الحرز بالمكان إذا اختل — وهو لا يختل عنده إلا بالإذن بالدخول — فلا يمكن اعتباره حرزاً بالحافظ ولو كان في الحرز حافظ فعلاً⁽¹⁾ .

— أما الأئمة الثلاثة فلا يرون اعتبار كل حرز بنفسه ، ويجوز عندهم أن يكون الحرز في وقت واحد حرزاً بالمكان وفيه حافظ ، فإذا اختل الحرز بالمكان كان حرزاً بالحافظ ، ومثل ذلك أن يؤذن لشخص بدخول بيت فيسرق أمتعة عليها حافظ فيقطع ؛ لأن مكان السرقة وإن لم يكن حرزاً بنفسه فهو حرز بالحافظ⁽²⁾ .

وما يراه الجمهور هو الأقرب للصواب ؛ لأنه أصون لأموال الناس وأحفظ ، وإن كان ما ذهب إليه الأحناف أصون ليد السارق ، وأدراً للحد .

ومتى يعتبر المكان محرزاً بالحافظ ، فيه خلاف بين الفقهاء وتفصيل لا مجال لبسطه هنا ، يمكن الرجوع إليه في كتب الفقه ، إلا أنه يمكن القول بأن مالك وأبو حنيفة على أن المكان يعتبر محرزاً بالحافظ كلما كان الشيء واقعاً تحت بصر الحافظ سواء كان نائماً أو مستيقظاً ، وعند الشافعي يكون محرزاً بالحافظ كلما كان الحافظ ممن يبالي به لقوته ، أو لاستغاثته بغيره بحيث إذا استغاث أسمع ، ويعتبر الإمام أحمد المكان محرزاً كلما وجد فيه حافظاً أيّاً كان ، صغيراً أو كبيراً ، ضعيفاً أو قوياً ، ولا يشترط في الحافظ إلا عدم التفريط⁽³⁾ .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 73 / انظر ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 341 / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 557 .

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 247 / النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 336 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 278 / شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 102 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 2 ، ص 558)

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 73 / شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 102 نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي (/ الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 448 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 278 — 279 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 136 — 137 .

الفصل الثالث كون المال المأخوذ مملوكاً للغير

يشترط لتحقيق جريمة السرقة شرعاً أن يكون المال المسروق مملوكاً لغير السارق ، وهو الركن الثالث لجريمة السرقة ، فإن كان المال مملوكاً للمجنى عليه لا يعدّ الفعل سرقة بأيّ وجه من الوجوه .

وقد ورد التصريح بهذا الشرط في أغلب عبارات الفقهاء أثناء تعريفهم لجريمة السرقة كقولهم "... أخذ المكلف... من مال محترم لغيره..." وكذا "أخذ مال الغير من نائبه..." وكذا "أخذ بلا شبهة..." والمقصود هنا انتفاء شبهة الملك التي سيأتي بيانها في بابها .

والعبرة بملكية السارق للمسروق هو وقت السرقة ؛ فإن كان يملكه قبل السرقة ثم خرج من ملكه قبيل السرقة ، فهو مسئول عن السرقة وعليه القطع ، وإن لم يكن يملكه ولكن دخل في ملكه وقت السرقة فلا مسئولية عليه ، كأن ورثه أثناء السرقة ⁽¹⁾ .

— متى تثبت المسؤولية الجنائية ؟ : هناك من يشترط لانعدام المسؤولية الجنائية أن يثبت التملك للسارق قبل الإخراج من الحرز ، وهناك من اشترط أن يثبت التملك قبل المطالبة بالمسروق :

أولاً: المالكية : يشترط المالكية لانعدام المسؤولية الجنائية أن يثبت التملك للسارق قبل الإخراج من الحرز ؛ فإن ملكه بعد إخراج من الحرز فلا يعفيه ذلك من المسؤولية الجنائية ؛ لأن الشيء وقت إخراج من الحرز كان على ملك غيره ، ومن ثمّ يقطع بسرقة عند مالك مطلقاً ⁽²⁾ .

ثانياً : الجمهور : أمّا الشافعي وأحمد وغيرهم فيفرقون بين ما إذا كان التملك قبل تبليغ السرقة والمطالبة بالمسروق أو بعد ذلك ، فإن كان التملك قبل التبليغ فلا قطع ويعزّر الجاني ؛ لأنّ مطالبة الجاني عليه بالمسروق شرط عندهم للقطع ، فإذا تملك الجاني المسروق قبل المطالبة لم

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 588 .

(2) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 97 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 588 _ 589)

تصحّ المطالبة بعد ذلك ، فلا يكون الحكم بالقطع ممكناً عملاً ، أمّا إذا كان التملك بعد المطالبة بالمسروق فلا يمنع التملك من الحكم بالقطع ⁽¹⁾ .

والفرق بين هؤلاء الفقهاء ومالك أنّ مالكاً لا يشترط للقطع مخاصمة المجنى عليه ، أو مطالبته بالمسروق فيكفي أن يبلغ بالسرقة — أي شخص المجنى عليه أو غيره — وليس من الضروري أن يطالب المجنى عليه بردّ المسروق ؛ فالقطع واجب على السارق سواء بلغ المجنى عليه أو لم يبلغ ، طالب بالمسروق أو لم يطالب ، أمّا هؤلاء الفقهاء فيشترطون للقطع أن يطالب المجنى عليه بالمسروق .

تأثراً : الحنفية : ويرى أبو حنيفة أنّ تملك المسروق قبل القضاء يسقط القطع عن السارق ؛ فإذا تملكه بعد القضاء وقبل الإمضاء يرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع السارق ، لأنّ الإمضاء من تمام القضاء ، فما يصلح مانعاً للحدّ قبل القضاء يصلح مانعاً بعده .

ويرى أبو يوسف أنّ تملك المسروق بعد القضاء لا يمنع من القطع ، فإنّ سارق رداء صفوان أتى به إلى رسول الله ﷺ فأمر أن يقطع ، فقال صفوان يا رسول الله أتني لم أرد هذا وهو عليه صدقة فقال الرسول ﷺ : " فهل قبل أن تأتيني به " فدلّ على أنّ التملك بعد القضاء لا يسقط القطع ⁽²⁾ .

هذا ولا يكفي لتكوين جريمة السرقة أن يكون الشيء المأخوذ غير مملوك لآخذه ؛ بل يشترط أن يكون مملوكاً لغير السارق ؛ فإن لم يكن مملوكاً لأحد كالأموال المباحة ، أو المتروكة فإنّ أخذه لا يعتبر سرقة ولو كان خفية ، ولا يعتبر الشخص سارقاً للمال ولو لم يملكه إذا كان له حقّ الانتفاع به ؛ فالمستأجر الذي يأخذ الشيء المؤجر له ، والمستعير الذي يأخذ الشيء المعار ، والمرهن الذي يأخذ الشيء المرهون ، كلّ هؤلاء لا يعتبر أحدهم سارقاً ولو أخذ الشيء خفية عن المالك مادام أنّه قد أخذه لاستيفاء حقّه المقرر على الشيء ، على أنّ مالك يرى قطع صاحب المنفعة إذا أخذ الشيء خفية عن مالكه قبل القبض ⁽³⁾ و سيأتي بيان هذه المسألة .

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 272 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 282 / النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 330

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 88 / ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 256 .

ويجب أيضاً أن يكون الشيء المأخوذ محلاً للملك حتى يكون محلاً للسَّرقَة ، فإن لم يكن محلاً للملك فلا يعتبر محلاً للسَّرقَة وبناءً على هذا لا يعدّ الإنسان بعد إبطال الرّق محلاً للسَّرقَة ؛ لأنّه لم يعد محلاً للملك ، ومن ثمّ فلا يعتبر سرقة أخذ الأطفال خفية ، ولا أخذ الرجال والنساء بصفة عامة أياً كان جنسهم أو لوهم أو دينهم ، وقبل إبطال الرّق كان العبيد والإماء محلاً للسَّرقَة في الشريعة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه كأي مال آخر ، أمّا بعد إبطال الرّق فلا يعتبر الإنسان مطلقاً محلاً للسَّرقَة عند جمهور فقهاء المسلمين ، وعند أبي حنيفة والشافعي ، وعلى الرأي الرَّاجح في مذهب أحمد .

أمّا مالك فيخالف في هذا الاتجاه ، ويعتبرها سرقة يقطع فيها أخذ طفل خفية ذكراً كان أو أنثى يمكن خداعة ، أو أخذ مجنوناً صغيراً كان أو كبيراً من حرز مثله ، كأن كان مع أهله أو مع كبير حافظ ؛ فإن كان الطفل كبيراً أو واعياً ، أو لم يكن في حرز مثله فلا قطع ، ويرى الظاهريون كما يرى مالك القطع في سرقة الحرّ الصغير ، وهو يوافق الرأي المرجوح في مذهب أحمد ⁽²⁾ .

هذا ويكفي لوجود السَّرقَة أن يكون الشيء مملوكاً للغير ولو كان المالك مجهولاً ، كسرقة مال شخص غير معروف ، أو كان المالك غير معيّن ، كسرقة المال الموقوف على الفقراء ، أو التعليم هذا ما يراه مالك ⁽³⁾ ، وعند الشافعي وأحمد أنّ أخذ مال المجهول خفية سرقة ، ولكن لا يقطع عندهما فيها ؛ لأنهما يشترطان للقطع مطالبة المجني عليه بالمسروق ، وإذا كان مجهولاً فلا مطالبة ، ولا قطع ⁽⁴⁾ وسوف يأتي بيان هذه المسألة أيضاً .

فلا يقطع السَّارق إذا كان له شبهة الملك في الشيء المسروق ، ويندرج تحت هذا الموضوع مسائل سوف يأتي بيّانها في بابها مثل : سرقة الوالد من ولده ، وسرقة المال المشترك ، والمال العام ومال المدين... الخ وذلك في الفصل الأخير .

(1) شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 96 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 590)

(2) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 67 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 460 — 461 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 240 / شرح الزّرقاني ج 8 ، ص 94 — 103 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 590) / الخرشي ، ج 8 ، ص 94 / النووي ، روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 349 — 350 / ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 323 .

(3) الخرشي ، ج 8 ، ص 96 / شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 96 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 591)

(4) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 282 / النووي ، روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 355 / البهوتي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 144 — 146 / المغني ، ج 10 .

ويلحق بركن ملكية المال المسروق للغير أن يكون هذا المال معصوماً ؛ فإذا لم يكن معصوماً كان مباحاً ولا يعتبر أخذه سرقة كمال الحربي غير المستأمن ، ومال الباغي فإنه غير معصوم ، وهذه مسائل ستوضح أيضاً في بابها .

الفرع الرابع الركن المعنوي لجريمة السرقة

السرقة جريمة من الجرائم العمدية ، يشترط لقيامها ابتداءً توافر القصد الجنائي وهو الركن الرابع من أركانها ؛ فلا يعتبر الأخذ خفية سرقة إلا إذا توافر هذا الركن ، وهذا الأخير لا يتحقق إلا بتوافر عناصره التي حددها العلماء بناءً على استقراءهم للشريعة الإسلامية ، وقد نقلها صاحب كتاب التشريع الجنائي الإسلامي⁽¹⁾ الذي كانت انطلاقتي من خلال رؤيته لهذه النقطة ، وحاولت صياغتها بشكل أوضح .

مخاض القصد الجنائي شرحاً : تتمثل فيمايلي :

1/ **العلم بتحريم الفعل** : يجب أن يكون الجاني حين أخذه للشيء المسروق ، عالم بأن فعله المتمثل في أخذ المال المملوك للغير خفية حرام بالتصوص الشرعية والقطعية .

2/ **العلم بملكية الغير** : يجب أن يعلم الجاني بأن الشيء المأخوذ مملوك لغيره ، فإذا اعتقد خلاف ذلك — أي كون المال مباح أو متروك — فلا عقاب عليه لانعدام القصد الجنائي .

3/ **العلم بعدم رضا وعلم الجاني** : يجب أن يعلم الجاني بأن أخذه للشيء المملوك للغير كان دون علم هذا الغير ، ودون رضاه ؛ فمن أخذ شيئاً مملوكاً لغيره ، وهو يعتقد موافقة هذا الغير على أخذه لا عقاب عليه .

4/ **توافر نية التملك** : يجب أن يأخذ الجاني الشيء المملوك للغير بقصد تملكه لنفسه ، فإن أخذه ليطلع عليه ، أو ليستعمله ويرده ، أو أخذه على سبيل الدعاية فلا عقاب عليه ، وكذا من أخذ شيئاً لغيره وأعدمه في مكانه لا يعد سارقاً وإنما هو متلف ، وكذا لو استهلك الشيء في

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 608 .

محلّه كطعام أكله ، أو شراب شربه ، أو طيب تطيّب به ، ماعدا الظّاهريّون يرون الإلّاف والاستهلاك في الحرز سرقة لعدم اعتبارهم الحرز ، وجعلهم السرقة تامّة بمجرد وضع يد المتّهم على الشّيء المسروق وضعاً مادياً ، وقد سبق الكلام عن هذا فيما سبق ، وسيفصل أكثر فيما بعد .

إذن فمن يأخذ شيئاً مملوكاً له لا عقاب عليه ؛ لأنّه لا يمكن أن يقال إنّ أخذ الشّيء بقصد تملكه ؛ إذ هو ملكه ، وينبني على هذا عدم اعتبار المؤجّر الذي يأخذ العين المؤجّرة سارقاً ، ولا المعير إذا أخذ العين التي أعارها ، ولا المودع إذا أخذ العين التي أودعها ، كما لا يعد سارقاً من يتصرّف في الشّيء تصرّف الوكيل ولو لم يوكّل في هذا التصرف ؛ لأنّه لم يأخذه بقصد تملكه كالشريك الذي يبيع العين المشتركة بغير أن يقصد الاستئثار بنصيب شريكه ، والدائن الذي يأخذ شيئاً لدينه لا يقصد تملكه ، وإنّما يقصد حبسه تحت يده حتّى يسدّد له دينه لا يعتبر سارقاً ؛ لأنّه لم يقصد تملك الشّيء ، بخلاف إذا أخذه بقصد تملكه ، وتسديداً لدينه ⁽¹⁾ .

ولم يتوفّر القصد الجنائي أيضاً لدى الآخذ للشّيء المتنازع على ملكيته فلا يعدّ سارقاً ؛ لأنّه يثبت بالبيّنة أنّه المالك الحقيقي للشّيء المأخوذ فلا يعدّ سارقاً ، وقد لا يثبت بالبيّنة فيجدر في جدية النزاع ، فإن كان النزاع جدياً ، أو كان قد أخذه وهو يعتقد أنّه مالك له ، فالقصد الجنائي غير متوفّر ⁽²⁾ .

وهناك بعض الحالات التي يجتمع فيها القصد الجنائي مع جميع الأركان الأخرى للسرقة التامّة ، ومع ذلك لا يعاقب الآخذ إطلاقاً ، أو يعاقب بالتعزير دون القطع ، وتسمّى هذه الحالات بحالات الإباحة ، ويمكن تلخيصها فيما يلي ⁽³⁾ :

- 1/ أخذ مال الحربي ، والباغي خفية بقصد التملك ؛ لأنّ ما لهما مباح الأخذ كما سيأتي بيانه .
- 2/ استعمال الحقوق ، وأداء الواجبات التي تبيح إتيان الفعل أو توجبه مثل : حقّ الدّفاع الشرعي ، حيث يبيح للإنسان أن يستولي على مال غيره بقدر ما يدافع به عن نفسه ، وصورة ذلك أن يأخذ شيئاً ليدفع به جريمة قتل عن نفسه ، فأدّى ذلك إلى تحطيم الشّيء المدافع به

(1) المرجع السابق ، ج 2 ، ص 608 _ 609 بتصرّف .

(2) المرجع السابق ، ج 2 ، ص 609 بتصرّف .

(3) المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

فلا عقوبة عليه .

3/ لا قطع على غير المكلف إذا أخذ خفية شيئاً مملوكاً للغير بقصد تملكه : كالحربي ، والباغي إذا أخذ مال المسلم ، أو الذمي ؛ لأنه لا مسؤولية جنائية على أحدهما .

4/ لا قطع على ناقص الأهلية — المجنون والمعتوه والصغير غير المميز — إذا أخذ خفية مالاً لغيره بقصد تملكه لحديث الرسول ﷺ " رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ " (2) ، ولأن حالة الجنون ، والصغر ، والعته من الأسباب التي ترفع العقوبة الجنائية عن الفاعل .

5/ لا عقوبة على المكره سواء كان الإكراه مادياً أو معنوياً ، ولا على المضطر لقوله تعالى ﴿ فَسِرْ ﴾ (أُضْطَرَّ فَخَرَّ بَاغٍ وَاللَّاحِقَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) البقرة/ 173 فمن سرق ليردّ جوعاً ، أو عطشاً مهلكاً لا عقاب عليه ، ويعاقب السارق غير المضطر في عام المجاعة بعقوبة تعزيرية ، وكلّ هذه المسائل سوف تفصل في بابها .

(2) سبق تخرجه في ص 99 .

المطلب الرابع طرق إثبات جريمة السرقة

تثبت جريمة السرقة شرعاً بمجموعة من الأدلة وتتمثل في : البينة والإقرار واليمين ، وكل دليل من هذه الأدلة لا بد له من شروط ومواصفات يجب توفرها فيه حتى يصلح دليلاً على ذلك ، فليس كل إنسان شهد يُقبل شهادته ، وكذا الإقرار رغم قوّته فهو حجة قاصرة على نفس المقرّ ، لا تتعداه إلى غيره على رأي الجمهور ، واليمين المدروسة تختلف الفقهاء في كونها قادرة على إثبات الجريمة ؛ إذ هناك من اشترط أن تكون مصحوبة بشهادة أو إقرار .

فكل هذه الطرق والأدلة سوف توضّح وتناقش في هذا المطلب إن شاء الله تعالى ، وتتمّة لذلك سأطرق لأثر القرينة في إثبات جريمة السرقة ، وماذا عن طرق الإثبات العلمية ؟ خاصة في هذا العصر حيث بلغ العلم ذروته ، وإن كان البحث في هذا المجال يطول إلا أنّي سأخوض فيه بقدر الحاجة ، حتى لا يطغى ما هو ثانوي على ما هو أساسي في هذا البحث .

الفصل الأول البينة وأثرها في إثبات جريمة السرقة

تثبت جريمة السرقة بمجموعة من الأدلة والطرق كما سبق وأن بيّنت ، وعلى رأس هذه الأدلة نجد البينة أو شهادة الشهود ، والبينة لابد لها من شروط ومواصفات يجب توفرها حتى تكتسب قوّتها وصلاحياتها لإثبات جريمة السرقة شرعاً ، وبإدنى ذي بدئ لابد من توضيح معنى البينة والشهادة ودليل مشروعيتها .

الفقرة الأولى : تعريف البينة والشهادة وأصل مشروعيتها :

أولاً : البينة لغةً وشرعاً : أمّا لغةً فهي الدلالة الواضحة عقلية كانت أو حسية ، ومنه سميت شهادة الشاهدين ⁽¹⁾ .

أمّا شرعاً فاستعمالها واسع ، إلا أنّه اشتهر استعماله للتعبير عن الشهود ، والأصل فيه حديث

(1) محمد عبد الرّؤوف المناوي ، التعريف ، تحقيق محمد رضوان الدّاية ، ط(د ت ن) ، دار الفكر المعاصر ، بيروت _ دمشق ج1، ص 154 .

الرَّسُول ﷺ : " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " (1) . ثم بين ﷺ أن المراد بالبينة هم الشهود في حديث آخر ، حيث تخاصم إليه ﷺ رجلان* في أرض ، فقال لمن يدعي الأرض التي تحت يد صاحبه : " شاهدك أو يمينه " (2) .

يرى جمهور الفقهاء أن البينة مرادفة للشهود ، وعبارات الفقهاء تشير إلى ذلك ؛ فقد جاء في فتح المعين " والبينة شهود سَمَوْا بها لأنَّ بهم يتبين الحقّ ... " (3) .
 _ وجاء في فتح الوهاب " والبينة شهود سَمَوْا بها لأنَّ بهم يتبين الحقّ " (4) .
 _ وجاء في الإقناع " والبيّنات جمع بيّنة وهم الشهود وسَمَوْا بذلك لأنَّ بهم يتبين الحقّ " (5) .
 _ وجاء في مغني المحتاج " البيّنات جمع بيّنة وهم الشهود " (6) .

ثانياً : الشهادة لغة وشرعاً : أمّا لغة فمن شَهِدْتُ الشَّيْءَ أَطَّلَعْتُ عَلَيْهِ وَعَايَنْتَهُ فَأَنَا شَاهِدٌ ، والجمع أَشْهَادٌ وشُهُودٌ ، والشَّهادة الإخبار بما قد شوهد (7) . وجاء في مختار الصحاح " خبر قاطع ، تقول شهد على كذا من باب سلم ، والمشاهدة المعاينة ، وشهد بالكسر شهوداً أي حضره فهو شاهد ، وقوم شهود أي حضور (8) .

وأما الشَّهادة في الشَّرْع فهي إخبار عن عَيَان بلفظ الشَّهادة في مجلس القاضي بحقٍّ للغير على آخر ؛ فالإخباريات ثلاثة : إمّا بحقٍّ للغير على آخر ، وهو الشَّهادة ، أو بحقٍّ للمخبر على آخر ، وهو الدَّعوى ، أو بالعكس ، وهو الإقرار . والشَّهود : هو رؤية الحقِّ بالحقِّ (9) . أو هي

* رجلان : الحضرمي من حضر موت والكندي وهو الأشعث بن قيس الكندي (الإرواء ، ج 8 ، ص 261 _ 257)
 (1) رواه البيهقي في السنن الكبرى ، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه ، ج 8 ، ص 123 (قال الألباني في إرواء الغليل : الصحيح ، ج 6 ، ص 357 ، رقم : 1938)
 (2) أخرجه البخاري في صحيحه (فتح الباري ، ج 8 ، ص 269) / وأخرجه مسلم في صحيحه ، ج 1 ، ص 86 (قال الألباني في الإرواء صحيح وهو متفق عليه من حديث الأشعث بن قيس الكندي ، ج 8 ، ص 261 _ 276 ، رقم : 2662)
 (3) زين الدّين بن عبد العزيز المليباري ، فتح المعين ، ط (د ت ن) دار الفكر _ بيروت ، ج 4 ، ص 247 .
 (4) أبو يحيى زكريا بن محمد أحمد الأنصاري ، فتح الوهاب بشرح منهج الطّالِب ، ط 1 (1418هـ / 1998م) دار الكتب العلميّة _ بيروت ، ج 2 ، ص 397 .
 (5) محمد الشّريبي الخطيب ، الإقناع ، ت : مكتب البحوث والدراسات لدار الفكر ، ط (1415هـ / 1995م) ج 2 ، ص 627
 (6) الشّريبي ، مغني المحتاج ، ط (دار الفكر) ، ج 2 ، ص 397 .
 (7) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 324 .
 (8) محمد بن أبي بكر الرّازي ، مختار الصّحاح ، ت : محمود خاطر ، ط (1415هـ / 1995م) مكتبة لبنان ناشرون _ بيروت ، ج 1 ص 147 .
 (9) الجرجاني ، التّعريفات ، ص 170 .

" إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد " (1) .

فائدة : " جرى على السنة الأمة سلفها وخلفها في أداء الشهادة (أشهد) ، مقتصرين عليه دون غيره من الألفاظ الدالة على تحقيق الشيء : أعلم وأيقن ، وهو موافق لألفاظ الكتاب والسنة أيضاً ؛ فكان كالإجماع على تعيين هذه اللفظة دون غيرها ... ولعل السر فيه أن (الشهادة) إسم من (المشاهدة) ، وهي الاطلاع على الشيء عياناً ؛ فاشتراط في الأداء ما ينبي عن (المشاهدة) وأقرب شيء يدل على ذلك ، ما اشتق من اللفظ وهو (أشهد) بلفظ المضارع ، ولا يجوز (شهدت) ؛ لأن الماضي موضوع للإخبار عما وقع ... فلو قال (شهدت) احتمل الإخبار عن الماضي ؛ فيكون غير مخبر به في الحال ... والمضارع موضوع للإخبار في الحال ؛ فإذا قال أشهد فقد أخبر في الحال ، وعليه قوله تعالى ﴿ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ ﴾ المنافقون / 1 ، أي نحن الآن (شاهدون) بذلك " (2) .

ثالثاً : أصل مشروعية الشهادة : والأصل في الشهادة الكتاب والسنة :

فأما الكتاب قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَشْهَرُوا تُهْبِتُونَ مِنْ رَجَالِكُمْ فَأَيُّ تَكْرُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ

وَأَمْرَانَا مِنْ رَحْمَتِي مِنَ التَّهَرُّاءِ ﴾ البقرة / 281

— وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَشْهَرُوا فَوَيْ حَمْدِي مِنْكُمْ ﴾ الطلاق / 2 .

وأما السنة فما روى وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ ، فقال الحضرمي : يا رسول الله هذا غلبي على أرض لي فقال الكندي : هي أرضي وفي يدي ، فليس له فيها حق ، فقال النبي ﷺ للحضرمي : " ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فك يمينه " (3) .

وهناك أدلة أخرى من الكتاب والسنة لكني سأكتفي بما ذكرت اتقاء للإطالة .

(1) الشيخ سليمان الجمل ، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب للشيخ زكريا الأنصاري ، ط (د ت ن) دار الفكر للطباعة والنشر ج 5 ، ص 377 / بدائع الصنائع ، ج 6 ، ص 276 .

(2) الفيومي ، المصباح المنير ، ج 2 ، ص 324 .

(3) سبق تخرجه في الصفحة السابقة .

ولاشك أنّ الشهادة تفيد الظنّ دون القطع ؛ لأنّ من المحتمل أن يكون الشهود كاذبين في شهادتهم ، وهذا الظنّ هو القاسم المشترك بينها ، وبين القرائن ﴿وَلَا يَأْتِ الشُّهَرَاءُ إِلَّا مَا وَجَّعُوا﴾ البقرة / 282 ، وكذا ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا الشُّهَادَةَ وَمَنْ يَلْتَمَسْهَا فَإِنَّهُ لَمُرَجَّسٌ﴾ البقرة / 383 ، وافترقت الشهادة وتميّزت عنها بأنّ الشارع أمرنا بالشهادة ، وجعل فيها قوّة اليقين الشرعي ، ولم يجعل في القرائن هذه القوّة ، واشترط لذلك عدداً معيّناً للشهود بحسب الأمر المشهود به ، وكذلك اشترط في الشهود صفات معيّنة لا بدّ من توفرها فيهم ، وإلاّ لم تكن الشهادة بيّنة ⁽¹⁾ .

الفقرة الثانية : الشّروط العامّة للشّهادة

الأول : البلوغ : يشترط في الشّاهد أن يكون بالغاً ، فإذا لم يكن كذلك فلا تقبل شهادته ، ولو كان في حالة يمكنه من أن يعي الشّهادة ويؤدّيها ، ولو كان حاله حال أهل العدالة ، والدليل على ذلك :

— قوله تعالى ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا الشُّهَرَاءَ فَسَيَمُوتُوا وَهُمْ لَا يَأْتِ الشُّهَرَاءَ إِلَّا مَا وَجَّعُوا﴾ البقرة / 281 ؛ فالصّبي ليس من الرّجال ، وليس ممّن تقبل شهادته .

— وأيضاً قوله ﷺ " رفع القلم عن ثلاثة : عن الصّبي حتّى يبلغ ، وعن النّائم حتّى يستيقظ ، وعن المجنون حتّى يفيق " ⁽²⁾ .

— ولأنّ الصّبي لا يؤتمن على حفظ أمواله فمن باب أولى أن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره ، وإذا كانت شهادة الصّبي لا تقبل في الأموال فلأن لا تقبل في الجرائم أولى ، خاصّة وفيها عقوبة متلفة للنفس أو للعضو ⁽³⁾ .

ثانياً : العقل : يشترط في الشّاهد أن يكون عاقلاً ، والعاقل من عرف الواجب عقلاً ، الصّوري وغيره ، والممكن والممتنع ، وما يضرّه وما ينفعه غالباً ، فلا تقبل شهادة مجنون ،

(1) الدكتور العربي شحط عبد القادر ، الإثبات في المواد الجزائية ، ط (د ت ن) دار الهدى ، عين مليلة _ الجزائر ، ص 215 .

(2) سبق تخريجه في ص 99 .

(3) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 169 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 324 / ابن حزم ، المحلى ، ج 8 ، ص 513 _ 514 _ 515 /

ولا معتوه ، ولكن تقبل الشهادة ممن يجنّ أحياناً لكن في حالة إفاقته إذا كان يفيق إفاقة يعقل معها الشهادة ، ولا تقبل شهادة المجنون لحديث الرسول ﷺ " رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق " (1) . كما أنّ شهادة المجنون لا تقبل لنفس المعنى المانع من قبول شهادة الصبي (2) .

ثالثاً : الحفظ : ويشترط في الشاهد أن يكون قادراً على حفظ الشهادة ، وفهم ما وقع بصره عليه ، مأموناً على ما يقول ؛ فإن كان مغفلاً لم تقبل شهادته ، ويلحق بالغفلة كثرة الغلط والتسيان ، ولكن تقبل الشهادة ممن يقبل منه الغلط ، لأنّه قلّ من لا يغلط ، والعلة في عدم قبول شهادة المغفّل أنّه لا يؤمّن على ما يقول ، ولا تمنع عدالته من أن يغتفل ، فقد يشهد على الرجل مثلاً ولا يعرفه ، أو يختلط عليه اسمه ، كما أنّه يخشى عليه أن يلقن فيأخذ بما ألقى إليه (3) .

رابعاً : الكلام : يشترط في الشاهد أن يكون قادراً على الكلام ؛ فإن كان أخرساً فقد اختلف في قبول شهادته (4) :

- ففي مذهب الإمام مالك يقبلون شهادة الأخرس إذا عرفت إشارته .
- وفي مذهب الإمام أحمد لا يقبلون شهادة الأخرس إذا كان يستطيع الكتابة فأدّى الشهادة بخطّه .
- وفي مذهب الإمام أبي حنيفة لا تقبل شهادة الأخرس ، سواء بالإشارة أو الكتابة
- وفي مذهب الإمام الشافعي خلاف على قبول شهادة الأخرس ، فمنهم من قال تقبل ، ومنهم من قال لا تقبل .

خامساً : الروية : يشترط في الشاهد أن يرى ما يشهد به ، فإن كان الشاهد أعمى فقد اختلف في قبول شهادته :

- فعند الأحناف لا تقبل شهادة الأعمى ؛ لأنّ أداء الشهادة يحتاج إلى أن يشير الشاهد إلى المشهود له والمشهود عليه ، كما أنّ الأعمى لا يميّز إلاّ بالتغمة وفي تمييزه شبهة .

(1) سبق تخريجه في ص 99 .

(2) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 324 / ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 4 ، ص 169 / ابن حزم ، المحلى ، ج 8 ، ص 527 .

(3) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 324 .

(4) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 335 / ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 7 ، ص 77 .

— **أما المالكية** فيقبلون شهادة الأعمى في الأقوال ، حتى ولو كان قد تحمّل الشهادة بعد العمى بشرط أن يكون فطناً لا تشبه عليه الأصوات .

— **أما الشافعيون** فيجيزون شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة كالتسبب والموت ؛ لأن طريقة العلم به السماع ، فالأعمى كالبصير في السماع ، لكنهم لا يجيزون شهادته في الأفعال .

— **أما الحنابلة** فيجيزون شهادة الأعمى كلما تيقن الصوت — أي في الأقوال مطلقاً — أما في الأفعال فتقبل شهادته إذا تحمّلها قبل العمى ، وعرف المشهود عليه باسمه ونسبه .

— **أما الظاهريون** فيقبلون شهادة الأعمى مطلقاً في الأقوال والأفعال ، وفيما تحمّله قبل العمى ، وفيما تحمّله بعده ، ويردّون على من يقولون إن الأصوات تشبهه بأن الصور أيضاً تشبهه⁽¹⁾ .

سارساً : العدالة : يشترط في الشاهد أن يكون عدلاً ، ولا خلاف بين الفقهاء في اشتراط العدالة في سائر الشهادات لقوله تعالى ﴿ **وَالشَّهِادَةُ خَيْرٌ مِّنْكَ مِثْلُكَ** ﴾ الطلاق / 2 ، وقوله ﴿ **إِنَّمَا هَآؤُنَا** ﴾ فاسرئ بنبا فيسنوا ﴾ فأمر ربك بقبول شهادة العدل وبالتوقف في نأ الفاسق ، والشهادة نأ .

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : " لا تجوز شهادة حائن ولا خائنة ولا ذي غمز على أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع⁽²⁾ لأهل البيت⁽³⁾ ، وفي رواية أخرى " لا تجوز شهادة حائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمز⁽⁴⁾ على أخيه " ⁽⁵⁾ .

سابعاً : الإسلام : يشترط في الشاهد أن يكون مسلماً ، فلا تقبل شهادة غير المسلم ، سواء كانت الشهادة على مسلم أو غير مسلم ، وهذا هو الأصل الذي يسلم به جميع الفقهاء ، وهو

(1) ابن الهمام ، البحر الرائق وحاشية منحة الخالق ، ج 7 ، ص 77 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 335 — 336 / ابن حزم ، المحلى ، ج 8 ، ص 532 .

(2) القانع هو الأجير التابع ، مثل الأجير الخاص ، قاله أبو داود (أبو داود سليمان الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود ، ط 1414 هـ / 1994م) ، دار الفكر ، بيروت — لبنان ، ج 2 ، ص 170) وجاء في المصباح المنير ، ج 2 ، ص 517 : القانع هو السائل ، والمقصود به هنا التابع الذي ينفق عليه أهل البيت .

(3) رواه أبو داود في سننه بلفظ مغاير ، كتاب الأقضية ، باب من تردّ شهادته ، ج 2 ، ص 170 ، رقم : 3600 .

(4) الغمز : الحقد وزناً ومعنى (المصباح المنير ، ج 2 ، ص 453) وقال أبو داود : الغمز : الحقد والشحناء (سنن أبي داود ، ج 2 ، ص 170) .

(5) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الأقضية ، باب من تردّ شهادته ، ج 2 ، ص 171 .

مأخوذ من قوله تعالى ﴿وَأَشْهِرُوا نُجُوسَ رَبِّكُمْ﴾ البقرة/ 282 ، وقوله تعالى ﴿وَأَشْهِرُوا فَوَاحِشَ﴾
عَدْلٍ مُنْكَرٍ ﴿الطلاق/ 2 .

ولكن هذا الأصل المتفق عليه له استثناءات مختلف فيها لا مجال لبسطها هنا ، كشهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ، وشهادة غير المسلمين على المسلمين في الوصية حال السفر ، وشهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة⁽¹⁾ .

تامناً : **انتفاء موانع الشهادة** : وتمثل هذه الموانع في القرابة والعداوة والتهمة وفيها تفصيل بين المذاهب لا يمكن التطرق إليه لعدم ضرورة ذلك .

(الفقرة الثانية : الشروط الخاصة بالشهادة في جريمة السرقة : وهناك شروط خاصة بالشهادة في جريمة السرقة ، يتم تلخيصها فيما يلي :

أولاً : عدد الشهود : اتفق العلماء على أن السرقة تثبت بشهادة رجلين عدلين⁽²⁾ ؛ فلا تثبت بشهادة الواحد ، ووقع الخلاف في هل تثبت بشهادة النساء منفردات ، أو مع الرجل ؟ وهو الخلاف الساري على بقية الحدود عدا الزنا — لأنه يثبت بأربعة شهود — والخلاف في هذه المسألة بين الجمهور (المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة) وأهل الظاهر⁽³⁾ .

ذكر ابن فرحون من المالكية أن القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما ، وذلك في التكاح والرجعة والطلاق والخلع والعق والإسلام والردة والولاء والنسب والكتابة والتدبير والبلوغ والعدة والجرح والتعديل والشرب والقتل ... ونحو ذلك ؛ فهذه الأحكام لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين حرين عدلين ؛ لما ورد في الآية السابقة الذكر 282 من سورة البقرة⁽⁴⁾ .

(1) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص 171 — 176 / ابن الهمام ، البحر الرائق ، ج 7 ، ص 93 — 95 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 331 / ابن حزم ، المحلى ، ج 8 ، ص 491 — 497 — 472 — 473 — 474 .
(2) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ، ص 444 .
(3) المصدر نفسه ، ج 2 ، ص 453 .
(4) تبصرة الحكام ، ط (1423 هـ / 2003 م) دار عالم الكتب (الرياض) ، ج 1 ، ص 227 .

جاء في المدونة الكبرى أنّ السارق لا يقطع بشهادة الرجل الواحد والمرأتين⁽¹⁾ ، فمن باب أولى عدم القطع بشهادة النساء منفردات .

كما يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أنّ الأشياء التي يشترط فيها رجلين عدلين هي الحدود والقصاص ما عدا الزنا ؛ وأما أقلّ من ذكرين فليس بحجة ، وكذا النساء منفردات أو مع الذكور فليس بيّنة ؛ بل شهادتهنّ شبهة والحدّ يدرأ بالشبهة ، ولكنها تؤخذ على أنّها قرينة حال .

فالذي عليه الجمهور أنّه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لا مع رجل ولا منفردات ، بينما ذهب أهل الظاهر إلى أنّه تقبل إذا كان معهنّ رجل ، وكان النساء أكثر من واحدة عملاً بظاهر الآية (282 من سورة البقرة)⁽²⁾ .

ثانياً : عدم التقادم : يشترط أبو حنيفة عدم التقادم لقبول الشهادة ، ولقطع السارق بها ، والأصل عنده أنّ التقادم يُبطل الشهادة على الحدود الخالصة ، في حين أنّ بطلان الشهادة بالتقادم بالنسبة للحدّ لا يمنع من ثبوت المال المسروق للمجنى عليه بنفس الشهادة ، كما لا يمنع من تعزيز الجاني بهذه الشهادة ، وتضمينه قيمة المسروق ؛ لأنّ التقادم يمنع من قبول الشهادة على الحدود الخالصة لشبهة الضعينة والشبهة تدرأ الحدّ ؛ ولكنها لا تمنع وجوب المال . أمّا الأئمة الثلاثة فلا يعرفون التقادم ، ولا يسلمون به ، فتقبل الشهادة عندهم تقادمت أو لم تقادم مادام القاضي مقتنعاً بصحتها ، وروي عن أحمد أنّه يقبل التقادم في الحدود⁽³⁾ .

ثالثاً : قيام الخصومة : يشترط أبو حنيفة لقبول الشهادة على السرقة الموجبة للحدّ ، قيام الخصومة ثمّ له يد صحيحة على الشيء المسروق ؛ لأنّ من شرط السرقة أن يكون الشيء المسروق مملوكاً لغير السارق ، فلا تظهر السرقة إلاّ بالخصومة ، فإذا لم توجد الخصومة لم تقبل الشهادة ، إلاّ أنّ عدم قبول الشهادة لا يمنع من القبض على المتهم وحبسه بناءً على تبليغ

(1) المدونة الكبرى ، ج 5 ، ص 2235 _ 2236 .

(2) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 453 / الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 81 / الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 4 ، ص 208 / ابن قدامة ، المغني ، ط 5 (1426هـ/ 2005م) دار عالم الكتب ، ج 14 ، ص 126 _ 127 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 333 / النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 357 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 5 ، ص 3321 / ابن حزم ، المحلى ، ج 8 ، ص 484 _ 489 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 81 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 187 / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 612 .

الشَّهود بالسَّرقة ؛ إذ التَّبليغ اتِّهام ، فإذا حضر المجنى عليه أو غيره مَن له حقَّ الخصومة ، وادَّعى ملكية المسروق قبلت الشَّهادة ⁽¹⁾ .

والمقصود من قبول الشَّهادة هو ، عدم سماع الشَّهود قضاء والأخذ بها كدليل ، فلا يمنع حضور الشَّهود قبل المخاصمة من سماع أقوالهم ، وتدوينها كإبلاغ وحبس المتَّهم بموجبها ؛ وإنَّما الممنوع هو الحكم بها ⁽²⁾ .

1/ **المالكية** : يشترط مالك قيام المخاصمة لقبول الشَّهادة على السَّرقة ، فإذا حضر الشَّهود وبلغوا بالسَّرقة ، سُمِّعت شهادتهم وأقيمت الدَّعوى على المتَّهم ، ولو لم يحضر المجنى عليه ، ولو كان المتاع لغائب أو مجهول ، ويقطع السَّارق بشهادة الشَّاهدين ؛ لأنَّ الحدَّ متعلِّق بحقِّ الله تعالى ، وقد ارتكب المتَّهم الجريمة ، فوجبت في حقِّه العقوبة ⁽³⁾ .

2/ **الشافعية** : يرى الشَّافعي قبول الشَّهادة على السَّرقة ولو لم تكن هناك مخاصمة ، وذلك تغليباً لحقِّ الله تعالى ، إلَّا أنَّ السَّارق لا يُقطع بهذه الشَّهادة حتَّى يطالب المالك بالشَّيء المسروق أو وكيله ؛ إذن فلا قطع عنده إلَّا بعد المخاصمة ؛ لأنَّ عدم المخاصمة تفيد وجود مُسقط للقطع ، فانتظار المخاصمة هو انتظار ظهور مُسقط ؛ فإذا خاصم تبين أن لا مُسقط ، فرأي الشَّافعي لا يختلف من التَّاحية العمليَّة عن رأي أبي حنيفة ؛ لهذا لا يقطع السَّارق إذا ثبتت السَّرقة بالبيِّنة والمسروق منه غائب ؛ بل ينتظر حتَّى يحضر فيدعى ؛ لأنَّه يجوز أن يكون عند الغائب شبهة تسقط الحدَّ ⁽⁴⁾ .

3/ **الحنابلة** : وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع مذهب أبي حنيفة وهو الرَّاجح .
والثَّاني يتفق مع مذهب مالك وهو المرجوح ⁽⁵⁾ .

(1) الكاساني ، بدائع الصَّنائع ، ج 7 ، ص 81 .

(2) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 252 .

(3) شرح الزَّرْقاني ، ج 8 ، ص 106 / المدوَّنة الكبرى ، ج 16 ، ص 66 (كلا المصدرين نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 613 .

(4) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 282 / النووي ، روضة الطَّالِبين ، ج 7 ، ص 358 _ 357 / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 613 .

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 294 / البهوتي ، كشَّاف القناع ، ج 6 ، ص 146 .

هذا والمخاصمة مقيّدة بالسّرقة الموجبة للقطع ؛ فإن كانت السّرقة ممّا يعزّر فيه ، فلا تشترط الخصومة بظهور السّرقة ، والتشدد في السّرقة الموجبة للقطع راجع إلى الأصل المشهور " ادروا الحدود بالشبهات " ⁽¹⁾ ؛ فمن اشترط حضور المجنى عليه ، اتخذ من عدم حضوره شبهة أن يكون المال غير مسروق ، أو أن للمتّهم حقاً فيه ، أو أنه سرق من غير حرز ، أو أن المتّهم أذن له في دخول الحرز ، وغير ذلك من الشبهات التي تدرأ القطع ⁽²⁾ .

وإذا كانت الخصومة شرطاً لقبول الشّهادة على السّرقة الموجبة للقطع عند بعض الفقهاء فلا بدّ من بيان من يملك الخصومة ؛ فالأصل عند أبي حنيفة أن كلّ يد صحيحة على الشّيء المسروق تملك حقّ الخصومة ، وتكون اليد صحيحة كلّما كانت يد ملك ، أو أمانة ، أو ضمان ، لكن زفر لا يعتبر الخصومة في حقّ القطع إلاّ من المالك فقط ، وهو مذهب الشّافعي ؛ حيث يشترط محاصمة المالك ، أو وكيله ، ولا يجيز محاصمة واضع اليد ، كالمقرن والمستأجر . والرأي الثاني عند أحمد يشترط محاصمة المالك دون غيره ⁽³⁾ .

وبناءً على هذا فإنّ السّارق عند أبي حنيفة لا يملك الخصومة إذا سُرّق الشّيء منه ؛ لأنّ يده ليست صحيحة على الشّيء المسروق ؛ فكأنّما أخذ الشّيء من الطريق ، وليس للمالك ولاية الخصومة في هذه الحالة ؛ لأنّ الآخذ لم يخرج المال من حيازته ، ولكن له حقّ استرداد الشّيء المسروق ، ولا قطع على السّارق في هذه الحالة .

أمّا مالك فيرى قطع السّارق من السّارق ؛ لأنّهُ سرق مالاً للغير من حرز لا شبهة له فيه ⁽⁴⁾ وأحمد يرى عدم قطع السّارق من السّارق ، والسارق من الغاصب ، ولا يجعل حقّ استرداد المسروق إلاّ للمالك ⁽⁵⁾ .

وفي مذهب الشّافعي رأيان في قطع السّارق من السّارق : أحدهما ك رأي مالك والثاني ك رأي أحمد ⁽⁶⁾ .

(1) سوف يأتي تخرجه والكلام عنه لاحقاً .

(2) عبد القادر عودة ، التّشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 614 .

(3) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 80 _ 81 / البهوتي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 146 / النووي ، روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 358 .

(4) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 86 (نقلاً عن عبد القادر عودة ، ج 2 ، ص 615)

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 254 _ 255 / البهوتي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 143 .

(6) الشيرازي ، المهذّب ، ج 2 ، ص 282

الفصل الثاني الإقرار وأثره في إثبات جريمة السرقة

اشتهر القول بأن الإقرار سيّد الأدلّة ، إلّا أنّ مشكلة الدليل المباشر في الإثبات الجنائي ، تشير كثيراً من التساؤلات حول تطبيق هذا الدليل في الدعوى ؛ لأنّ الشك يحيط دائماً بأن يقرّ المتهم بدليل يثبت إدانته ، فما يضع الحاكم في موقف التساؤل حول الظروف المحيطة بالمتهم ، والتي أدّت إلى إقراره وتقدير صحّته ، الأمر الذي يثير الشك بأن الإقرار سيّد الأدلّة في مثل تلك الظروف ، أم أنّه يشترط تطابق الحقيقة بما يجعل الإقرار كغيره من وسائل الإثبات الأخرى التي تركت لتقدير الحاكم ، والذي عليه أن يقف موقفاً موضعياً مستندلاً بقرائن الأحوال حول صحّة الإقرار ، من خلال استظهار ظروف الإكراه التي أحاطت بالمتهم ، والتأكد من صحّة أقواله ، وعرضه على طبيب مختصّ قبل إدانته ؛ على هذا الأساس كان لابد من التحدّث عن هذه الوسيلة بكلّ وضوح⁽¹⁾ ابتداءً بالتعريف ، وانتهاءً بالشروط وما يلحق بها .

الفقرة الأولى : تعريف الإقرار وأصل مشروعيتها

أولاً: تعريف الإقرار لغة : هو الإذعان للحقّ ، وهو من قرّ الشّيء قرّاً ، والاسم القرار ، وهو مأخوذ من قرّ الشّيء إذا ثبت⁽²⁾ . ويقال قرّ الكلام والحديث في أذنه يقرّه قرّاً " فرغه وصبّه فيها... والقرّ ترديدك الكلام في أذن الأبكم حتّى يفهمه ... والأمر قرّ ، ويقال أقررت الكلام لفلان إقراراً أي بيّنته حتّى عرفه⁽³⁾ وفي حديث استراق السمع " ... تلك الكلمة من الحقّ يخطفها الجنيّ فيقرّها في أذن وليّه ... " ⁽⁴⁾ .

ثانياً : تعريف الإقرار شرعاً : عُرّف الإقرار شرعاً بتعاريف متنوّعة كلّها تؤدّي معنى واحداً إلّا أنّ تعريف الحنابلة كان أكثر تفصيلاً من غيره ، حيث بيّنوا فيه شروط المقرّ ووسائل الإقرار المختلفة: من عبارة وإشارة وكتابة فكان تعريفهم كمايلي : " إظهار مكلف مختار ما عليه بلفظ ، أو كتابة ،

(1) وسام أحمد السمروط ، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، دراسة فقهية مقارنة ، ط 1 (2007 م) منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت _ لبنان ، ص 53 .

(2) الفيومي ، المصباح المنير ، مادة قرر ، ج 2 ، ص 496 / أحمد الزاوي ، ترتيب القاموس المحيط ، ج 3 ، ص 588 .

(3) ابن منظور ، لسان العرب ، الطبعة الأولى (د ت ن) مادة قرّ ، ج 5 ، ص 84 .

(4) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الطّب ، باب الكهانة (فتح الباري ، ج 10 ، ص 216)

أو إشارة أخرس ، أو على موكل ، أو مموله ، أو موروثه بما يمكن صدقه" (1) .

ثالثاً : دليل مشروعية الإقرار : الأصل في الإقرار القرآن والسنة والإجماع :

أما القرآن : — قوله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۚ وَأَلْقُوا مَا أَنْتُمْ مُقِرُّونَ بِهِ حَقًّا وَلَا نَكْرَهْتُمْ إِلَّا حَقًّا ۚ وَتُكْفِرُ بِكُمْ أَنْفُسُكُمُ الْمُنَافِقِينَ ۚ هَٰؤُلَاءِ مَثَلٌ لِّلَّذِينَ كَفَرُوا ۚ إِنَّهُمْ وَفِيَ الْكُفْرِ ۚ وَهُمْ لَا يُعْلَمُونَ ۚ﴾ (2) .

— وقوله ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا هٰؤُلَاءِ ۖ هُمْ لَا يُفْقَهُونَ ۖ هَٰؤُلَاءِ مَثَلٌ لِّلَّذِينَ كَفَرُوا ۚ إِنَّهُمْ وَفِيَ الْكُفْرِ ۚ وَهُمْ لَا يُعْلَمُونَ ۚ﴾ (3) .

— وقوله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۚ وَأَلْقُوا مَا أَنْتُمْ مُقِرُّونَ بِهِ حَقًّا وَلَا نَكْرَهْتُمْ إِلَّا حَقًّا ۚ وَتُكْفِرُ بِكُمْ أَنْفُسُكُمُ الْمُنَافِقِينَ ۚ هَٰؤُلَاءِ مَثَلٌ لِّلَّذِينَ كَفَرُوا ۚ إِنَّهُمْ وَفِيَ الْكُفْرِ ۚ وَهُمْ لَا يُعْلَمُونَ ۚ﴾ (4) .

أما السنة : فما روي أن ماعزاً أقرّ بالزنا ؛ فوجّهه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية (5) .

أما الإجماع : فإنّ الأمة أجمعت على صحّة الإقرار ؛ لأنّه إخبار على وجه ينفي التهمة والريّة عن المقرّ ، ولأنّ العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضرّ بها ، ولهذا كان الإقرار أكد من الشهادة (6) .

والإقرار رغم قوّته فهو حجة قاصرة على نفس المقرّ لا تتعداه إلى غيره ، كما يرى جمهور الفقهاء — فإذا اعترف أحد بأنّ آخر شاركه في الجريمة فإنّ الحدّ لا يقام إلّا على المقرّ إذا

(1) المرادوي ، الإنصاف ، ج 12 ، ص 125 / إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق ، المبدع ، ط (1400هـ) المكتب الإسلامي ، ج 1 ، ص 294 / إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق ، التكت والفوائد السنية ، ط (1404هـ) مكتبة المعارف — الرياض ، ج 2 ، ص 359 .

(2) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 5 ، ص 410 .

(3) المصدر نفسه ، ج 19 ، ص 102 .

(4) قصّة ماعز رواها البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه ، كتاب الحدود ، باب لا يجرم المجنون والمجنونة (فتح الباري ، ج 12 ، ص 120 ، وقال الحافظ ابن حجر في الفتح : أخرجه أبو داود ، وصحّحه الحاكم وحسنه ، ولترمذي نحوه من حديث أبي هريرة ، وصحّحه الحاكم أيضاً ، ج 12 ، ص 127) وصحّحه الشيخ الألباني في إرواء الغليل ، ج 8 ، ص 28 .

(5) المغني ، ج 7 ، ص 262 (ط : 5)

شريكة قد أنكر _ وعلى هذا جرت سنة رسول الله ﷺ ، فقد روى أبو داود عن سهل بن معد "أن رجلاً جاء الرسول ﷺ فأقرّ عنده أنه زنى بامرأة سمّاها له ؛ فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك ؛ فأنكرت أن تكون زنت ؛ فجلده الحدّ وتركها" (1) .

ولكن الإقرار يمكن أن يتعدى إلى غير المقرّ عند من يرون الإثبات بقرائن الأحوال ، إذا أمكن اعتبار إقرار المقرّ قرينة على غير المقرّ (2) .

(الفقرة الثانية : شروط الإقرار المثبت للجناية)

أولاً : أن يكون مبيّناً مفصلاً قاطعاً في ارتكاب الجاني الجناية ، أمّا الاعتراف المجمل الذي يمكن أن يفسّر على أكثر من وجه فلا تثبت به الجناية (3) .

والأصل في الاستفصال والتبيين هو سنة الرسول ﷺ ، فقد جاءه ماعز يعترف بالزنى ويكرّر اعترافه ؛ فسأل ﷺ هل به جنون ، أو هو شارب خمر ، وأمر من يشم رائحته ، وجعل يستفسر عن الزنى ؛ فقال له " لعلك قبلت أو غمزت " وفي رواية " هل صاحبها ؟ قال : نعم ، قال : فهل باشرتها ؟ قال : نعم ، قال : هل جامعها ؟ قال : نعم " (4) .

ومن هنا وقع الخلاف بين الفقهاء في اشتراط تكرار الإقرار من المقرّ ، وسأقتصر على ذكر الخلاف الوارد في السرقة فقط :

— ذهب **الحنفية** إلى أنّه يكفي الإقرار مرّة واحدة لثبوتها ، وخالف أبو يوسف ؛ فقال لا يكفي في ثبوت السرقة الإقرار مرّة واحدة ؛ بل لابدّ من تكرار الإقرار مرّتين (5) .

(1) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 158 / ابن قدامة ، المغني ، ج 12 ، ص 356 / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 304 / والحديث رواه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب إذا أقرّ الرجل بالزنا ولم تقرّ المرأة ، ج 2 ، ص 361 ، رقم : 4466 .

(2) (3) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 304 .

(4) الصنعاني ، سبل السلام ، ج 4 ، ص 7 _ 8 / والحديث سبق تخريجه في الصفحة السابقة .

(5) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 182 / الحصكفي ، الدر المختار ، ج 6 ، ص 144 ، وذكر صاحب الدر المختار أن أبا يوسف رجّع عن قوله باشتراط تكرار الإقرار في السرقة .

— **أما الحنابلة** فقالوا يشترط في السرقة تكرار الإقرار مرتين ، وقال المرداوي⁽¹⁾ " وعليه الأصحاب ، وهو من مفردات المذهب " (2) .

— **وذهب المالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ والظاهرية⁽⁶⁾ إلى عدم اشتراط التكرار في السرقة وغيرها .**

ومن قال بالتكرار استدلل بأدلة من السنة في مقدمتها ما روى عن القاسم بن عبد الرحمن أن علياً رضي الله عنه " أتاه رجل فقال : إني سرت ؛ فطرده ثم عاد مرة أخرى ، فقال : إني سرت فأمر به أن يقطع " وفي لفظ " لا يقطع السارق حتى يشهد على نفسه مرتين " (7) .

والراجح عدم اشتراط التكرار ، لورود أحاديث تبين أن الرسول ﷺ قد حكم بالحد دون ذكر لتكرار الإقرار ، مثل قصة الغامدية ، والعسيف (8) .

ثانياً : أن يكون الإقرار صحيحاً : لكي يكون الإقرار صحيحاً يجب أن يصدر من عاقل مختار ، فما حكم إقرار زائل العقل ، وإقرار المكره ؟

1/ : إقرار زائل العقل : إذا أقر مجرمة من فقد عقله لأي سبب ، كشرب دواء ، أو شرب مسكر ، أو نوم ، أو إغماء ، أو جنون ؛ فإن إقراره لا يعتبر إقراراً صحيحاً ، ولا يؤخذ به ، ولكن لو أعاد المقر إقراره بعد زوال حالة الإغماء ، أو التوم ، وبعد زوال أثر السكر ، أو أثر الدواء ، وبعد زوال الجنون ؛ فإنه يؤخذ بإقراره الجديد ؛ لأنه صدر صحيحاً⁽⁹⁾ .

(1) هو علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ، ثم الدمشقي ، من علماء الحنابلة ، ولد سنة 817هـ / 1414م بمردا قرب نابلس ، وانتقل عند كبره إلى دمشق فتنقه بها على يد الشيخ بن فارس البعلبي ، وتوفي بها سنة 885هـ / 1480م ، له مصنفات منها : الإنصاف في معرفة الرائج من الخلاف ، وتحرير المنقول في أصول الفقه ، وغيرها (شذرات الذهب لابن عماد ، ج 4 - 7 ، ص 340 / الضوء اللامع للسخاوي ، ج 5 ، ص 225 / الفتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي ، ج 3 ، ص 53)

(2) المرداوي ، الإنصاف ، ج 10 ، ص 284 .

(3) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 106 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 616)

(4) النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 355 .

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 12 ، ص 464 (ط : 5)

(6) ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 329 .

(7) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الحدود ، في الرجل يقر بالسرقة كم يرد من مرة ، ج 6 ، ص 476 .

وقال الشيخ الألباني في الإرواء بأنه صحيح ، ج 8 ، ص 78 ، رقم 2425 .

(8) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب سؤال الإمام المقر : هل أحصت (فتح الباري ، ج 12 ، ص 137)

(9) ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 263 (ط : 5) / الخرشي ، ج 6 ، ص 89 .

2/ **إقرار المكره** : يشترط لوجود الإكراه توفر الشروط الآتية ، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائماً ، ولا يعتبر المقرّ مكرهاً⁽¹⁾ .

1/ أن يكون الوعيد ممّا يستتضرّ به ؛ بحيث يعدم الرضا أو يفسده كالضرب والحبس والقيّد والتجويع .

2/ أن يكون الوعيد بأمر حال يوشك أن يقع ، إن لم يستجب المكره .

3/ أن يكون المكره قادراً على تحقيق وعيده .

4/ أن يغلب على ظنّ المكره أنّه ، إذا لم يجب إلى ما دعي إليه ، تحقّق ما أوعده به ؛ فإذا توفّر الإكراه على الوجه السابق ، وأقرّ المكره على نفسه بجريمته ؛ فإنّ إقراره يكون باطلاً ، ولا يؤاخذ

به لقوله تعالى ﴿إِلَّا مَن أَثَرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ التحل / 106 . ولقول الرسول ﷺ " رفع عن أمّتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه " (2) .

والإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه باطل ، ولو قامت الدلائل على صحّته ؛ كأن يرشد السارق عن المسروقات ، فإذا استمر على إقراره بعد أن أصبح في أمن من الإكراه ، اعتبر استمراره إقراراً جديداً ، وهذا متفق عليه إلا من القائلين في مذهب مالك بصحّة إقرار المكره ، وما يؤثّر في هذا الباب :

ثالثاً : قيام الخصومة : اختلف في اشتراط الخصومة مع الإقرار :

— فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يشترطون المخاصمة مع الإقرار ، فلا يقطع المقرّ بسرقة مال من مجهول أو من غائب إلا إذا خاصمه من يملك المخاصمة ، كما هو الحال في حالة الثبوت بالبينة ، ولكن أبا يوسف لا يشترط المخاصمة في حال الإقرار ويرى القطع في السرقة من مجهول أو غائب إذا ثبتت السرقة دون حاجة للمخاصمة ، وحجّته في ذلك أنّ المقرّ لا يتّهم في الإقرار على نفسه ، ويحتج أبو حنيفة ومن على رأيه بأنّ سمرة لما أقرّ للرسول ﷺ أنّه سرق بعيراً ، أرسل الرسول ﷺ يسأل المجنى عليهم ، فقالوا : فقدنا بعيراً في ليلة كذا فقطعه .

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 308 — 309 — 310 — 311 .

(2) كثر العمال ، فصل أحكام التوبة ، ج 28 ، ص 56 (صحّحه الألباني في الإرواء ، ج 8 ، ص 214)

ويحتج لذلك أيضاً بأن الظاهر من في يده شيء فهو ملكه ، فإن أقرّ به لغيره لم يحكم بزوال ملكه حتّى يصدّقه المقرّ له ، والغائب يجوز أن يصدّقه ، ويجوز أن يكذّبه ، فاحتمال التكذيب شبهة تدرأ الحدّ عن المتهم ⁽¹⁾ .

وإذا أقرّ الجاني ورجع عن إقراره لم يقطع ؛ لأنّ العدول شبهة في صحّة الإقرار ، ولكن يمكن أن يعزّر على أساس إقراره ، وأن يحكم عليه بضمان المال المسروق ، وسوف يأتي الكلام عن هذه النقطة إن شاء الله تعالى فيما بعد .

ملاحظة : ويشترط فوق كلّ الشّروط المذكورة ، عدم تكذيب المسروق منه السّارق في إقراره بالسّرقه ؛ بأن يقول له : لم تسرق منّي ، وهذا عند الأحناف ، وإلاّ كان ذلك بمثابة شبهة يدرأ بها الحد ، وكذا عدم رجوع السّارق عن إقراره صراحة أو ضمناً ، إذا لم يكن هناك دليل على السّرقه إلاّ الإقرار ، وإلاّ كان ذلك بمثابة شبهة أيضاً يدرأ بها الحد ، ولم يأخذ بهذا الشرط الظّاهريّة وبعض الشّافعيّة ، وسوف يأتي تفصيل هاتين المسألتين في معرض الكلام عن الشّبهة .

الفرع الثّالث

اليمين المردودة وأثرها في إثبات جريمة السّرقه

تناولت في الفروع السّابقة الأدلّة المتفق عليها في إثبات جريمة السّرقه وهي : الشّهادة والإقرار ، وسوف أتناول في هذا الفرع والفرع الذي يليه أيضاً الأدلّة المختلف فيها ، وهي جواز القضاء باليمين المردودة ، والاعتماد على ما تثبته قرائن الأحوال ، والقرائن العلميّة في إثبات الجريمة ؛ فهل تثبت جريمة السّرقه باليمين المردودة ؟ وهل للقرينة أثر في ثبوتها أيضاً ؟ خاصّة بعد ظهور ما يسمّى بالقرائن العلميّة في الوقت الحاضر ؛ وسأكتفي في هذا الفرع باليمين المردودة ومدى قوّتها وتأثيرها في إثبات الحدّ عامّة ، وجريمة السّرقه خاصّة ، مبتدئة بتعريفها وذكر سندها الشرعي .

الفقرة الأولى : اليمين : تعريفها ، دليلها ، وصيغتها

أولاً : تعريف اليمين لغة : تطلق اليمين في اللّغة على الجهة ، والجارحة ، وكذا القوّة والشّدّة ،

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، 294 _ 295 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 282 / الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 82 / شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 106 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 106 .

وسمي الحلف يميناً مجازاً ؛ لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه ⁽¹⁾

ثانياً : تعريف اليمين اصطلاحاً : هي " تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق " ⁽²⁾ .
— وعرفت أيضاً " عقد قوِّي بها عزم الحالف على الفعل أو الترك " ⁽³⁾ . وسمي هذا العقد بها ؛ لأن العزيمة تنقوي بها ⁽⁴⁾ .

ثالثاً : دليل مشروعيتها : الأصل في مشروعية اليمين ، وثبوت حكمها : القرآن ، والسنة ، والإجماع ⁽⁵⁾ .

1/ **أما الكتاب :** فقوله تعالى : ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِالْغُرُوبِ إِنَّمَا نُكِرَ إِلَيْكُمْ يَوْمَ الْآخِرَةِ بِمَا كَفَرْتُمْ﴾
﴿الأنعام﴾ المائدة/ 89 .

— وقال أيضاً : ﴿وَلَا تَنْفُسُوا الْآيَةَ أَعْتَدْتُمْ بِهَا﴾ النحل/ 91 .

— وأمر نبيّه بالحلف في ثلاثة مواضع ، فقال : ﴿وَيَسْئَلُونَكَ أَحْمَقُ تَوْفَلُ لِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَمِيٌّ وَمَا أَشْتَرُ بِمُعْجِزَيْهِ﴾ يونس/ 53 .

2/ **وأما السنة :** فقول النبي ﷺ : " إني والله إن شاء الله ، لا أحلفُ على يمين ، فأرى غيرها خيراً منها ، إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها " متفق عليه ⁽⁶⁾ .
— وقوله ﷺ : " البينة على من أدعى واليمين على من أنكر " ⁽⁷⁾ .

(1) الفيومي ، المصباح المنير ، ج 2 ، ص 681 — 682 .

(2) الجرجاني ، التعريفات ، ص 332 .

(3) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 2 / الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 3 ، ص 107 .

(4) الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 3 ، ص 107 .

(5) ابن قدامة المغني ، (ط5) ج 13 ، ص 435 / الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 3 ، ص 107 .

(6) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الخمس ، باب ومن الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين ، وكذا كتاب الذبائح ، باب الدجاج ، وكذا كتاب الكفارات ، باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، وكذا كتاب التوحيد باب قوله تعالى " والله خلقكم وما تعملون " (فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج 6 ، ص 236 — ج 9 ، ص 645 — ج 11 ، ص 608 — ج 13 ، ص 527)
ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب الأيمان ، باب نذب من حلف يميناً (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ، ص 110)
(7) سبق تخريجه في 152 .

— وقوله ﷺ: " من اقتطع حقّ امرئ مسلم بيمينه حرّم الله عليه الجنة وأوجب له النار " ⁽¹⁾ ويفهم من هذا الحديث مشروعية القضاء باليمين ، وهناك أدلة أخرى كثيرة من السنة الشريفة تدلّ على ذلك لا يتسع المقام لذكرها .

3/ وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على مشروعية اليمين ، وثبتت أحكامها ⁽²⁾ .

رابعاً : صيغة اليمين : الكلّ مجمعون على أنّ اليمين التي تُسقط الدّعى ، أو تثبتها هي اليمين بالله تعالى الذي لا إله إلا هو ، وأقاويل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربة ، وهي عند مالك بالله الذي لا إله إلا هو لا يزيد عليها ، ويزيد الشافعي الذي يعلم من السرّ ما يعلم من العلانية ⁽³⁾ .

الفقرة الثانية : شروط اعتبار اليمين وحكم النكول

أولاً : شروط اعتبار اليمين : من شروط اعتبار اليمين : كون الحالف مكلف — أي بالغاً عاقلاً — وكذا مختاراً — أي غير مكره — ولا يصلح من غير مكلف كالصبي والمجنون والتائم ، لقوله ﷺ : " رفع القلم عن ثلاث ... " ⁽⁴⁾ ، ولأنّه قول يتعلّق به وجوب حقّ ، فلم يصحّ من غير مكلف كالإقرار ، كما لا تنعقد يمين مكره لحديث " رفع عن أمّي ... وما استكروها عليه " ⁽⁵⁾ وما روي أنّ رسول الله ﷺ قال : " ليس على مقهور يمين " ⁽⁶⁾ ، ولأنّه قول حُمِلَ عليه بغير حقّ ، فلم يصحّ ككلمة الكفر ، هذا ما ذهب إليه أحمد ، وبه قال مالك والشافعي ⁽⁷⁾ إذاً فإن كان الحالف صبيّاً أو مكرهاً ؛ فإنّ يمينه تظلّ مجرد قرينة ولا يعتبر بيّنة ⁽⁸⁾ .

(1) رواه مالك في الموطأ ، باب ما جاء في الحلف على المنبر ، ج 2 ، ص 727 .

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج 13 ، ص 435 (ط 5) / الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 3 ، ص 107 .

(3) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 455 / ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ط (1423هـ / 2003م) دار عالم الكتب —

الرياض ، ج 1 ص 157 / ابن قدامة ، المغني ، ج 14 ، ص 222 (ط 5) / الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 3 ، ص 109 .

(4) سبق تخريجه في ص 99 .

(5) سبق تخريجه في ص 165 .

(6) أخرجه الدارقطني ، كتاب التّدور ، ج 4 ، ص 171 .

(7) ابن قدامة ، المغني ، ج 13 ، ص 436 (ط 5) / ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص 142 (ط 1423هـ)

(8) العربي شحط ، الإثبات في المواد الجزائية ، ط (د ن) دار الهدى ، عين مليلة — الجزائر ، ص 238 .

وقال أبو حنيفة تنعقد يمين المكره لأنها يمين مكلف ، فانعقدت كيمين المختار ، حتى أنه رتب الكفارة على الحالف المكره إذا حنث ، واستدل بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : " ثلاث جدهن جد وهزلن جد ، النكاح والطلاق واليمين ⁽¹⁾ " ⁽²⁾ .

وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، امرأة أو رجلاً ، لقول النبي ﷺ " اليمين على المدعى عليه " وكذلك أنه ثبت أن اختصم رجل إلى النبي ﷺ كان بينه وبين رجل من اليهود أرض فجحده ، فقدمه إلى النبي ﷺ ، فقال الرسول ﷺ للرجل : " هل لك بيّنة ؟ " فقال : لا . فقال لليهودي " احلف " فقال الرجل : إذا يحلف ، فيذهب بمالي ؛ فأنزل الله عز وجل : ﴿ إِنِ الْكَافِرِينَ يَتَّبِعُونَ آلَ الْيَتِيمِ وَالْيَتِيمَ وَالْطَّالِفَ ﴾ . عمران/77 إلى آخر الآية ⁽³⁾ .

واليمين يجب أن تكون على البث والقطع ؛ إذ الأصل فيها لتوكيد المحلوف عليه ⁽⁴⁾ ، ولكن الشارع الحكيم أجاز الإقدام عليها عند الظن المؤكد المبني على القرائن ، خاصة القرينة الدالة عرفاً على الحق كنعكول ⁽⁵⁾ المدعى عليه ، والدليل على جواز الحلف على غلبة الظن " أن سيدنا عمر رضي الله عنه حلف في حضرة النبي ﷺ أن ابن صياد — ذلك الرجل الفتان الذي ظهر في زمن النبي ﷺ — هو الدجال ، ولم ينكر عليه النبي ﷺ ⁽⁶⁾ " ⁽⁷⁾ .

واليمين كالإقرار والشهادة يفيد الظن ؛ لأن الوازع الديني لدى الإنسان يردعه عن الحلف بالله تعالى كاذباً ، لكن الظن الذي يثيره اليمين أضعف مما يثيره الإقرار والشهادة ؛ بل إنه أحياناً لا يفيد سوى ظن واهٍ ، كما لو كان الحالف فاجراً ، فإنه لا يتورع عن حلف الأيمان المغلظة لجلب المنفعة إلى نفسه أو دفع مضرة عنها ، وهذا يعني أن اليمين قرينة ضعيفة في ذاتها ، لولا أن

(1) الزيلعي ، نصب الراية ، ج 6 ، ص 41 .

(2) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 6 / الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 3 ، ص 109 / ابن قدامة ، المغني ، ج 13 ، ص 436 (ط 5)

(3) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الخصومات ، باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ، وكذلك كتاب الشهادات ، باب سؤال الحاكم المدعى : هل لك بيّنة قبل اليمين ؟ (فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج 5 ، ص 73)

(4) ابن قدامة ، المغني ، ج 13 ، ص 435 و ج 14 ، ص 228 (ط 5)

(5) نكل عن اليمين — أي امتنع منها — (الفيومي ، المصباح المنير ، ج 2 ، ص 625)

(6) رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الفتن وأشرط الساعة ، باب ذكر ابن صياد (شرح التتوي ، ج 18 ، ص 25)

(7) العربي شحط ، الإثبات في المواد الجزائية ، ص 435 .

الشّارع اعتبرها ، وجعل فيها قوّة البيان ، وعدّها بيّنة وحجّة ⁽¹⁾ .

ثانياً : حكم النّكول : وأمّا إذا وجّهت اليمين إلى المدّعي عليه فنكل ، فإنّ نكوله يعتبر قرينة على صدق المدّعي ويقوّي جانبه ، ولكن هل بقضي على المدّعي عليه بالنّكول فقط ؟ أي هل النّكول وحده بيّنة كاملة ، أم لا بدّ معه من يمين المدّعي ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين ⁽²⁾ :

أ/ جعل مالك والشافعي — رحمهما الله تعالى — البيّنة نكول المدّعي عليه مع يمين المدّعي ، وتسمّى هذه اليمين (باليمين المردودة) ودليلهم في ذلك ، حديث ابن عمر رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وآله " ردّ اليمين على طالب الحقّ " ⁽³⁾ . أمّا النّكول وحده فليس بيّنة عندهما ، ولكنّه قرينة فقط .

ب/ وأبو حنيفة وأحمد — رحمهما الله تعالى — قضيا على المدّعي عليه بنكوله فقط ، ولم يردّا اليمين على المدّعي ، واحتجّوا بقوله صلى الله عليه وآله " البيّنة على المدّعي واليمين على من انكر " ⁽⁴⁾ ، فقد جعل جنس البيّنة على المدّعي ، كما جعل جنس اليمين على المدّعي عليه ، والنّكول وحده بيّنة عندها في الأموال فقط دون القصاص ، لأنّ في النّكول عن اليمين شبهات شتى ، فقد ينكل لجهله بالخال ، أو لتورّعه عن الحلف ، أو لترفعه عنه ، أو غير ذلك ، ولا يتعيّن بنكوله صدق المدّعي فلا يحكم له بدون دليل ⁽⁵⁾ .

(الفقرة الثالثة : هل تثبت جريمة السرقة باليمين المردودة ؟ : اتفق الفقهاء على أن اليمين المردودة يثبت بها المال المسروق ، لكنهم اختلفوا في هل يقطع بها السارق أم لا ؟ والخلاف جارٍ بين الشافعية والجمهور :

(1) العربي شحط ، الإثبات في المواد الجزائية ، ص 238 .

(2) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 457 / ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 1 ، ص 162 (ط 1423هـ)

(3) رواه الدارقطني في سننه ، كتاب الأقضية والأحكام ، ج 4 ، ص 151 .

(4) سبق تخريجه 152 .

(5) الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج 4 ، ص 306 / ابن قدامة ، المغني ، ج 12 ، ص 472 (ط 5)

أولاً: الشافعية: ذهب الإمام الشافعي رحمه الله إلى أن السرقة تثبت باليمين المردودة ، فإذا ثبتت على هذا الوجه قطع المتهم ، فإذا لم يكن شهود ولا إقرار فنسب المجنى عليه السرقة للمتهم فنكل السارق عن اليمين ؛ فحلفها المدعي قطع السارق ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار والبيّنة ، وسيلة من وسائل الإثبات ، وكلّ منهما يُقطع به ، فيُقطع باليمين المردودة .

ولكن الرأي الراجح في المذهب أن القطع لا يكون إلا بالبيّنة أو الإقرار ، وأنه لا قطع باليمين المردودة وإنما يثبت بها المال المسروق فقط ⁽¹⁾ .

ثانياً: الجمهور: ذهب جمهور الفقهاء — مالك وأبو حنيفة وأحمد — إلى عدم ثبوت السرقة باليمين المردودة ، وإنما يثبت بها المال المسروق فقط ؛ فلا قطع على السارق إذا لم يكن هناك شهود أو إقرار ⁽²⁾ .

(1) النووي ، روضة المطالين ، ج 7 ، ص 354 انظر الهامش أيضاً / محمد نجيب المطيعي ، تكملة المجموع ، ط 2 (1427هـ/2006م) دار عالم الكتب — الرياض ، ج 22 ، ص 150 — 151 .

(2) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 444 — 454 / ابن فرحون ، تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص 192 — 193 (ط 1423هـ) / الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 81 / ابن قدامة ، المغني ، ج 12 ، ص 463 (ط 1426هـ) .

الفصل الرابع القرينة وأثرها في إثبات جريمة السرقة

عرفت الشريعة الإسلامية القرائن من يوم ظهورها ، وبني الكثير من أحكام الشريعة على هذا الأساس ، لذلك يقتضى الأمر دراسة القرينة باعتبارها من أهم أدلة الإثبات ، ولا اعتبارها محلّ جدل بين فقهاء المذاهب حول مجالات تطبيقها ، ولأنّ الأخذ بالقرائن قد أصبح ضرورياً ، خصوصاً في هذا العصر الذي تقدّمت فيه وسائل البحث عن الجرائم ، وأصبحت القرائن معها في قوّة اليقين ، وصارت الثقة في الشهود ضعيفة ، فلا يؤخذ بأقوالهم ، إلّا بعد فحص وظهور القرائن التي تعزّزها ، وتدلّ على صدقها ⁽¹⁾ هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، على أثر التطوّر العلمي الذي واكب العصر الحالي ، والمراحل التي مرّت بها الجريمة ، والأساليب الفنيّة الجديدة والعلمية المستخدمة في التنفيذ ؛ حيث تعدّدت هذه الوسائل بالدرجة التي أصبحت البيّنة بمعناها التقليدي ، أمراً يصعب الحصول عليه بمفرده للحكم به ؛ بل قد يستحيل وجوده ؛ حيث يحرص المجرم دائماً على ارتكاب جريمته في الخفاء ⁽²⁾ .

فيجب إذن استخدام القرينة كقاعدة للسياسة الجنائية الجديدة ، الأمر الذي يتطلّب الاهتمام بهذا الدليل أيما اهتمام ، وأيّ محاولة لحصر القرينة تبدو مستحيلة ؛ لأنّها تتطوّر مع التطوّر العلمي المستمرّ . ومن هذا المنطلق ، كان لزاماً أن نتعرّف على أثر هذا الدليل في إثبات جريمة السرقة ابتداءً بتعريفها لغةً واصطلاحاً .

الفقرة الأولى : القرينة : تعريفها ، دليلها ، وأقسامها

أولاً: تعريف القرينة لغة : القرينة في اللغة فعيلة ، بمعنى المفاعلة ، مأخوذة من المقارنة ⁽³⁾ وقرينة الرجل امرأته لمقارنته إياها ⁽⁴⁾ .

(1) د/ أحمد فتحي مهنسي ، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ، ط (1403هـ / 1983م) دار الشروق ، ص 5 _ 6 .

(2) المقدم عبد الحافظ عبد الهادي ، القرائن في الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه ، أكاديمية الشرطة ، كلية الدراسات العليا 6948 (نقلاً عن القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، ص 146)

(3) الجرجاني ، التعريفات ، ص 223 .

(4) ابن منظور ، لسان العرب ، ج 13 ، ص 339 ، مادة قرن .

ثانياً : **تعريف القرينة اصطلاحاً** : هي أمر يشير على المطلوب⁽¹⁾ ، وهذا التعريف فيه بيان لحقيقتها وماهيتها بأوجز عبارة ، وهو تعريف للقرينة في ذاتها ، ويعمّ كل قرينة وليس خاصاً بالقرينة التي تعتبر في الأقضية والدعاوى ، والاختصار الشديد في هذا التعريف وإن كان هو شأن التعريفات عند القدماء ، وكان مقبولا لديهم ومفضلاً ؛ إلا أنه فيه غموضاً لا بد من إزالته⁽²⁾ .

وعرفتها مجلة الأحكام العدلية : بأنها " الأمانة البالغة حدّ اليقين "⁽³⁾ .

وكلّ هذه التعاريف وردت فيها كلمة (الأمانة) والأمانة تدلّ على الشيء ، على سبيل الظنّ فلا تشمل ما تدلّ عليه ، مع أنّ القرينة قد تكون دلالتها على سبيل الشكّ أو الوهم⁽⁴⁾ .

وعرفها الدكتور عبد العال عطوة " بأنها ما تدلّ على أمر خفيّ مصاحب لها بواسطة نصّ ، أو اجتهد ، أو فهم ، يفيضه الله تعالى على من يشاء من عباده " ⁽⁵⁾ .

وهذا التعريف حضى بالقبول من بعض الأساتذة ؛ لأنه يمتاز بكونه واضحاً وشاملاً والتعاريف الواردة في القرينة كثيرة جداً ولا يتسع المقام لذكرها ، وهي جميعها تدور حول محور واحد وهو استنتاج المجهول من المعلوم⁽⁶⁾ .

ثالثاً : **دليل مشروعية القرينة** : شرّعت القرينة بالقرآن والسنة المطهرة :

أ/ من القرآن : قوله تعالى ﴿ تَعْرِفُكُمْ بِسِمَاتِكُمْ ﴾ البقرة / 273 ، ووجه الدلالة كما قال القرطبي " فيه دليل على أنّ للسّيماء أثر في اعتبار من يظهر عليه ذلك ، حتّى إذا رأينا ميتاً في دار الإسلام وعليه زُتار⁽⁷⁾ محتون لا يدفن في مقابر المسلمين ويقدم ذلك على حكم الدّار " ⁽⁸⁾ .

(1) الجرجاني ، التعريفات ، ص 223 .

(2) العربي شحط ، الإثبات في المواد الجزائية ، ص 241 .

(3) مجلة الأحكام العدلية ، جمعية المجلة ، دار النشر كارخانة ، تجارة كتب تحقيق نجيب هواوي ، ج 1 ، ص 353 ، مادة 1740

(4) أحمد السمروط ، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، ص 148 .

(5) د/ عبد العال عطوة ، محاضرات في علم القاضي والقرائن ، ص 28 (نقلاً عن القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، ص 149)

(6) أحمد السمروط ، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، ص 149 .

(7) الزّتار : هو ما يشدّ على وسط النصارى والمجوس ، والجمع زناير ، وتزّتر النصارى : شدّ الزّتار على وسطه ، وزّترته : ألبسته الزّتار (الفيومي ، المصباح المنير ، ج 1 ، ص 256 ، كتاب الزّاي / الطّاهر أحمد الزاوي ، ترتيب القاموس المحيط ، ج 2 ، ص 482 ، حرف الزّاي)

(8) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 3 ، ص 341

وقوله تعالى ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِمِزَاجٍ﴾ يوسف / 18 ، قال القرطبي " قال علماؤنا لما أرادوا أن يجعلوا الدّم علامة صدقهم ، قرن الله هذه العلامة بعلامة تعارضها وهي سلامة القميص من التّيب ؛ إذ لا يمكن افتراس الذّئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص . أجمعوا على أن يعقوب عليه السّلام استدلّ على كذبهم بصحّة القميص ؛ فاستدلّ الفقهاء بهذه الآية على أعمال الإمارات في مسائل كثيرة من الفقه ⁽¹⁾ .

قوله تعالى ﴿وَشَهِدَ سَاهِرٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِذْ كَاذَبَ قَمِيصُهُ قُرْمًا قُبْلَ فَصَرَفَتْ وَهَرَسَ اللَّيْلِ﴾ وإله كَاذَبَ قَمِيصُهُ قُرْمًا وَهَرَسَ اللَّيْلِ فَصَرَفَتْ وَهَرَسَ اللَّيْلِ ﴿الصَّافِي﴾ يوسف / 26 _ 27 ، وجه الدّلالة : أن الشّاهد هو قدّ القميص من دبر ، وفيه دلالة على براءة يوسف ، وهذا من الأخذ بالقرائن .

قال القرطبي " وذلك أنّ القميص إذا جذب من خلف تمزّق من تلك الجهة ، وإذا جذب من قدّام تمزّق من تلك الجهة ، وهذا هو الأغلب " ⁽²⁾ .

ب/ من السنة : — أن ابني عفراء تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر ، فقال لهما رسول الله ﷺ : " هل مسحتما سيفكما ؟ " قال : لا ، فقال ﷺ " أرياني سيفكما " فلمّا نظر فيهما قال لأحدهما : " هذا قتله " فقضى له بسلبه ⁽³⁾ .

وجه الدّلالة أنّ : نظره ﷺ في السيّفين واستهلاله ⁽⁴⁾ لهما ليرى ما بلغ الدّم من سيفيهما ، ومقدار عمق دخولهما في جسم المقتول ؛ ليحكم لمن كان في ذلك أبلغ ، ولذلك سألهما هل مسحتما سيفكما ؟ لأنّهما لو مسحاهما لما تبيّن المراد من ذلك ، وإنّما قال كلاكما قتله ، وإذا

(1) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 9 ، ص 149 .

(2) المصدر نفسه ، ج 9 ، ص 171 .

(3) الحديث ورد في البخاري ومسلم برواية أنّ الغلامين ليسا ابني عفراء ؛ بل إنّ أحدهما ابنها ، وهو معاذ بن عفراء ، والآخر معاذ بن عمرو بن الجموح ، والذي قضى له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسّلب هو ابن الجموح (رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الخمس ، باب من لم يخمس الأسلاب ، ومن قتل قتيلاً فله سلبه من غير أن يخمس ، وحكم الإمام فيه _ فتح الباري ، ج 2 ، ص 246 _) ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب الجهاد ، باب استحقات القاتل سلب القتيل (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 12 ، ص 62)

(4) الاستهلال : أن يكون من الولد ما يدلّ على حياته من بكاء ، أو تحريك عضو ، أو عين (التعريفات ، ص 38)

كان أحدهما هو الذي أثخنه ليطيب نفس الآخر ⁽¹⁾ .

— ما ورد في الحديث الصحيح في قضية الأسرى من قريضة ، بما حكم فيهم سعد أن تقتل المقاتلة وتسبى الذرية ⁽²⁾ ، فكان بعضهم يدعي عدم البلوغ ، فكان الصحابة يكشفون عن مؤثرهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره ، وهذا من الحكم بالأمارات ⁽³⁾ .

— ومنها قوله ﷺ " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها ، وأذنهما صماهما " ⁽⁴⁾ وجه الدلالة أنه ﷺ جعل صماهما قرينة على الرضا ، وتجاوز الشهادة عليها بأنها رضيت ، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن ⁽⁵⁾ .

— قصة العرنين التي ثبتت في الصحيحين ⁽⁶⁾ ؛ حيث أنه ﷺ فعل بالعرنين ما فعل بناءً على شاهد الحال ، ولم يطلب بينه لما فعلوا ، ولا وقف الأمر على إقرارهم ⁽⁷⁾ .

— ومنها حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه والصحابة معه متوافرون ، برجم المرأة إذا ظهر بها حمل ولا زوج لها ، وقال بذلك مالك وأحمد بن حنبل اعتماداً على القرينة الظاهرة ⁽⁸⁾ .

— ومنها حكم عمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، وعثمان رضي الله عنهم ، ولا يعلم لهم مخالف بوجوب الحد على من وجد من فيه رائحة الخمر ، أو قاءها اعتماداً على القرينة الظاهرة وهو مذهب مالك — رحمه الله — ⁽⁹⁾ .

(1) ابن حجر ، فتح الباري ، ج 6 ، ص 248 .

(2) الحديث أخرجه علي بن أبي بكر الهيثمي في مجمع الزوائد ومنيع الفوائد ، ط (1404هـ/1984م) دار الريان للتراث ، دار الكتاب العربي — بيروت ، ج 6 ، ص 141 .

(3) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 103 .

(4) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها (فتح الباري ، ج 9 ، ص 191) ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق بالبكر بالسكوت (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 9 ، ص 202)

(5) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 103 .

(6) صحيح البخاري ، كتاب المغاربيين من أهل الكفر والردة ، باب سمر النبي صلى الله عليه وسلم أعين المغاربيين ، ج 8 ، ص 19 .

(7) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 103 .

(8) ذكر الأثر في تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 103 .

(9) ذكر الأثر في تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 103 .

رابعاً : أقسام القرينة في الشريعة الإسلامية : تنقسم القرينة في الشريعة الإسلامية إلى قرائن شرعية ، وقرائن قضائية :

أ/ القرائن الشرعية⁽¹⁾ : فهي القرائن الثابتة من الشارع ، إما بالنص عليها مباشرة ، وإما باستنباط واجتهاد الفقهاء ، فمثال الأول : كاعتبار الدّم دليلاً في قصة يوسف ، واعتبار شقّ الثوب دليلاً على المباشرة في قصة يوسف ، ومثال الثاني : قرينة حمل من لا زوج لها ولا سيد على الزّنى ، وقرينة رائحة الخمر على شرب الخمر ، وقرينة وجود المسروق تحت ثياب السّارق على السرقة .

والقرائن الشرعية إما أن تكون قرائن شرعية قاطعة لا يجوز إثبات عكسها ، أو قرائن شرعية بسيطة تقبل إثبات العكس ، ومثال الأول : قرينة العلم بأحكام الشرع في دار الإسلام ، وكذا اعتبار الدّم دليلاً في قصة يوسف ، وشقّ الثوب دليل المباشرة في القصة ذاتها ، ومثال الثاني : مثل قرينة حمل من لا زوج لها ولا سيد على الزّنى ، وقرينة الرائحة على شرب الخمر ، وقرينة وجود المسروقات مع السّارق .

ب/ القرائن القضائية : هي التي يستنبطها القاضي من ظروف الدّعوى وملابساتها ، وللقاضي الحرية الكاملة في الاستنباط ، بشرط ألا يخرج عن سنن الشريعة ، وقواعدها العامة⁽²⁾ .

ومثال ذلك : تقدم على إياس بن معاوية أربعة نسوة ، فقال : إياس أمّا إحداهنّ فحامل ، والأخرى مرضع ، والأخرى ثيب ، والأخرى بكر ، فنظروا فوجدوا الأمر كما قال ، قالوا : وكيف عرفت ؟ قال أمّا الحامل فكانت تكلمني وترفع ثوبها ؛ فعرفت أنّها حامل ، وأمّا المرضع فكانت تضرب ثديها ؛ فعلمت أنّها مرضع ، وأمّا الثيب فكانت تكلمني وعينها في عيني ؛ فعرفت أنّها ثيب ، وأمّا البكر فكانت تلّكمني وعينها في الأرض ؛ فعرفت أنّها بكر⁽³⁾ .

(1) القرائن القانونية القضائية ، ص 183 _ 191 .

(2) المرجع نفسه ، ص 183 .

(3) الطّرق الحكمية ، ص 39 .

الفقرة الثانية : مدى حجية القرينة في إثبات جريمة السرقة

أولاً : حجية القرينة في الحدود : إن جمهور الفقهاء لا يسلم باعتبار القرائن دليلاً عاماً من أدلة الإثبات في الجرائم ، إلا فيما نُصّ عليه بنص خاص كالقسامة ، ولعلّ عذرهم في ذلك : أن القرائن في أغلب الأحوال قرائن غير قاطعة ، وأنها تحمل أكثر من وجه ؛ فإذا اعتمد عليها كدليل لإثبات الجريمة ، فقد اعتمد على دليل مشكوك فيه لا يمكن التسليم مقدماً بصحته ، أمّا أقلية الفقهاء ؛ فيرون الأخذ بالقرائن في إثبات الجرائم مع الاعتدال ⁽¹⁾ .

أ/ : ذهب جمهور الفقهاء (الشافعية والحنفية وجماهير العلماء) إلى عدم اعتبار حجية القرينة في الحدود ؛ لأنها تُدرأ بالشبهات ولا في القصاص إلا في القسامة للاحتياط في أمر الدماء ، وإزهاق النفوس بالاعتماد على وجود القتل في محلة المتهمين عند من لا يشترط قرينه اللوث ، أو بالاعتماد على مجرد اللوث عند من يشترطه ، فلا حدّ عند هؤلاء بظهور الحمل في الزنى مطلقاً ، وقس على ذلك بقية الحدود .

ب/ : وفي المقابل ذهب بعض الفقهاء (مالك وأصحابه والحنابلة) حيث أكد هذا ابن فرحون المالكي ، وكذا ابن القيم الحنبلي ، في العمل بالقرائن أحياناً مع التحفظ والحذر ولو في نطاق الحدود ، وصار ذلك مذهب المالكية والحنابلة ، مثل : إثبات الزنى بالحمل ، وإثبات شرب الخمر بظهور رائحتها من فم المتهم ، وثبوت السرقة بوجود المال المسروق في حيازة المتهم ، وهو مذهب عمر ابن الخطاب أيضاً ؛ حيث أوجب إقامة الحدّ على من ظهر حملها ولم يكن لها زوج ولا سيّد .

هذا واعتبر الحنفية القرينة القطعية وحدها بينه نهائية كافية للقضاء بها ، كما لو رئي شخص مدهوشاً ملطخاً بالدم ومعه سكّين ملوثة بالدم بجوار مضرج بدمائه في مكان ؛ فيعترف أنّه هو القاتل ⁽²⁾ .

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 340 .

(2) انظر د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ط (1409هـ/1989م) دار الفكر - دمشق ، ج 6 ، ص 392 / وكذا تبصرة الحكام، ج 2 ، ص 104_107 / وكذا شرح التووي على صحيح مسلم ، ج 11 ، ص 192 / وكذا نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 106 .

فلو أخذنا بالقول الثاني القائل بحجية القرينة في إثبات الحدود ، فمن باب أولى أن تثبت بها جريمة السرقة إذا ضبط المال المسروق في حيازة السارق ، خاصة إذا دعمت هذه القرينة بالقرائن العلمية التي سيأتي الكلام عنها ؛ كالكشف عن بصمات السارق ، وتحليل الدّم الذي قد يترّف من السارق أثناء عمليّة السطو ، والاستعانة بالكلاب المدربة ، هذا طبعاً إذا لم تثبت قرينة أخرى مناقضة ومعارضة فتكون سبباً درأ الحد .

ثانياً : مدى حجية القرائن الحديثة في إثبات جريمة السرقة

إنّ الوسائل العلميّة الحديثة واستخدامها في مجال العمل الجنائي جعل العمليّة الإثباتية متطورة وقابلة للتّجديد ، ففي كثير من الوقائع مثلاً يترك الجاني آثاراً ماديّة في مكان الحادث كآثار بصمات أصابعه ، أو دماء يتبيّن منها بعد إجراء الكشف العلمي عليها أنّها تعود إلى الجاني ، "ومن هنا كان على القاضي ألا يغفل هذه الآثار إذا وجدت أو تعدّدت ، فيتولّى فحصها ويتعرّف على خصائصها ، ومدى تعلّقها بالواقعة المراد إثباتها ، وكما تكون هذه القرائن الدّاتية قرينة على تورّط المتهم ، فإنّها عند تنافرها وعدم تطابقها مع المنطق والواقع ، تكون قرينة على براءته"⁽¹⁾ بالإضافة إلى هذا يمكن الاستعانة بما يسمّى بالقرائن الإضافية ، أو الخارجيّة مثل الاستعراف بكلاب الأثر.

أ/ البصمات Les Indices : البصمة هي مجموعة الخطوط والتعرّجات التي توجد بأصبع اليد أو بأصابع القدم أو براحة اليد⁽²⁾ ؛ فهي مهما كانت تعتبر من أهم الوسائل لتحقيق الشّخصية عند الإنسان ، وذلك لعدم وجود شخصين لهما شخصيتان متماثلتان ، حتّى ولو كانا توأمين من بويضة واحدة⁽³⁾ ، ومعتادي الجريمة والمسبوقين قضائياً يعملون دائماً على إخفاء بصماتهم وعدم تركها بمكان الجريمة ، وعادة ما يضعون قفازات بأيدهم وقت ارتكاب الجريمة⁽⁴⁾ ومهما كان الحذر إلّا أنّه لا بدّ من ترك البصمات في مكان وقوع الجريمة على حين غفلة لأنّ الحذر لا ينجو من المقدّر⁽⁵⁾

(1) أحمد السمروط ، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، ص 243 .

(2) د/ أبو اليزيد علي المثبت ، البحث العلمي عن الجريمة ، ط 1976 ، مؤسسة شباب الجامعة ، ص 115 .

(3) أحمد السمروط ، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، ص 248 .

(4) بلعليات إبراهيم ، أركان الجريمة وطرق إثباتها ، ص 283 .

(5) أحمد السمروط ، القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، ص 248 .

إِنَّ المتأمل في قوله تعالى ﴿بَلَى قَاصِرِينَ عَلَى لَهْ نُتَوَجَّيْ بَنَانَهُ﴾ القيامة / 4 ، لابد أن يقف قليلاً عند تخصيصه البنان في التسوية . وبالعودة إلى أقوال المفسرين ، نجد أن جمهور المفسرين فسّروا المعنى : أي لو جعل أصابع يديه ورجليه شيئاً واحداً ، كخف البعير ، أو كحافر الحمار لا يمكنه أن يعمل شيئاً⁽¹⁾ ولا يرتفق بها بالقبض والبسط ، والأعمال اللطيفة كالكتابة والخياطة وغيرها⁽²⁾.

جاء في مناهل العرفان " وأرجوا أن نقف قليلاً عند تخصيص البنان بالتسوية في هذا المقام ، ثم تستمع بعد ذلك إلى هذا العلم الوليد ، علم تحقيق الشخصية في عصرنا الأخير ، وهو يقرر أن أدق شيء وأبدعه في بناء جسم الإنسان هو تسوية البنان ، حتى أنه لا يمكن أن نجد بناناً لأحد يشبه بنان آخر بحال من الأحوال ، وقد انتهوا من هذا القرار إلى أن حكموا البنان في كثير من القضايا والحوادث ؛ فتبارك الله أحسن الخالقين"⁽³⁾.

ب/ البقع الدّموية

إنّ المحقّق أكثر ما يبحث أثناء تحقيقه عن البقع الدّموية ، ويفحصها ويستدل منها على الجرم أو الفاعل ، ويعتمدها كقرينة أو وسيلة إثبات لمعرفة الجاني ، وأكثر ما نجد هذه البقع الدّموية في جرائم القتل والسرقة ، وكما أنّ الدّم يستخدم في إثبات التهمة على المتهم ، كذلك فإنّه يستخدم في أحيان كثيرة لحماية البريء⁽⁴⁾.

إنّ المتأمل في قوله تعالى ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾ يوسف / 18 جعل الدّم كذباً ؛ لأنّه كذب فيه ... فهو دم مكذوب فيه⁽⁵⁾ وسماه الله كذباً ؛ لأنّ الذين جاءوا بالقميص كذبوا فقالوا ليعقوب عليه السّلام : هو دم يوسف ولم يكن دمه وإلّا كان دم

(1) عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف النّعالي ، الجواهر الحسان في تفسير القرآن ، ط (د ت ن) مؤسّسة الإعلام للمطبوعات - بيروت ، ج 4 ، ص 365 .

(2) محمد بن علي بن محمد الشّوكاني ، فتح القدير بين الرّواية والدّراية في علم التّفسير ، ط (د ت ن) دار الفكر - بيروت ، ج 5 ، ص 336 .

(3) محمد عبد العظيم الزّرقاني ، مناهل العرفان ، ج 1 ، ص 20 (نقلاً عن القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، ص 271)

(4) القرينة وأثرها في إثبات الجريمة ، ص 271 / أساليب الجريمة ومؤسسات التحقيق الجنائيّة العالميّة ، إعداد قسم التّأليف والترجمة في دار الرّشيد ، ط (1411هـ/ 1991م) دار الرّشيد ، ص 232 _ 233 بتصرّف .

(5) ابن منظور ، لسان العرب ، ج 1 ، ص 708 ، مادّة كذب .

سلخة فيما قيل ⁽¹⁾ ، فلو كان أكله الذئب لخرقه وكانت علامة الكذب ظاهره فيه ، حيث أن بقع الدّم موجودة على القميص ، وهو سليم من غير تخريق ، فتبين ليعقوب عليه السّلام أن الدّم ليس دم يوسف ، وكما قال الشّعبي " كان في قميص يوسف ثلاث آيات : الدّم ، والشّق ، والقأوه على وجه أبيه فارتدّ بصيراً " ، وقال الحسن : " لما رأى القميص صحيحاً ، قال يا بني ما عهدت الذئب حليماً " ⁽²⁾ .

جاء في تفسير القرطبي " ومع هذا فإنّها قرائن يستدلّ بها في الغالب ؛ فتبنى عليها الشّهادات نبأً على ظواهر الأحوال وغالبها " ⁽³⁾ .

فالشريعة الإسلامية لا تعارض إخضاع البقع الدّموية للبحث ، والتفتيش ، والتحليل باستخدام الوسائل العلميّة الحديثة في مجال الإثبات الجنائي ، وهو أمر يتفق مع منطق العصر الحالي ، ولذلك بقول القرطبي : " وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت ؛ فما ترجّح منها قضى بجانب الترجيح " ⁽⁴⁾ .

(1) تفسير الطّبري ، ج 12 ، ص 163 .

(2) أحمد بن عليّ الرّازي الجصاص أبو بكر ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصّادق قمحاوي ، ط (1405هـ / 1985م) دار

إحياء التّراث العربي _ بيروت ، ج 4 ، ص 382 .

(3) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 8 ، ص 230 .

(4) المصدر نفسه ، ج 9 ، ص 150 .

الفصل الثاني

**جريمة السرقة غير الموجبة للحد
بسبب تخلف شرط من شروطها
وحكمها في قانون العقوبات الجزائري**

تكميل :

بعد أن تمّ بحث ما يتعلّق بالتّعزير بصفة عامّة ، وكذا بالسّرقَة التّامة الشّروط والأركان المعاقب عليها بعقوبة القطع وذلك في الفصل الأوّل ، سأنقل في هذا الفصل الثّاني إلى بحث ما يتعلّق بالسّرقَة غير الموجبة للحدّ _ أي الموجبة للتّعزير _ بسبب تخلف شرط من شروطها ، وفي الحقيقة أنّ السّرقَة المعاقب عليها بالتّعزير نوعان :

النّوع الأوّل : يدخل فيه كلّ سرقة ذات حدّ لم تتوفّر شروط الحدّ فيها ، أو درء فيها الحدّ للشبهة أو لسبب آخر.

والنّوع الثّاني : هو أخذ مال الغير دون استخفاء _ أي بعلم الجنى عليه ودون رضاه _ ويدخل تحت هذا النّوع (الاختلاس والغصب والنّهب) ولا تخرج السرقات المعاقب عليها بالتّعزير عن هذين النّوعين ، ويطلق الفقهاء عادة على هذا النّوع الأخير لفظ الاختلاس بصفة عامّة .

هذا وأثناء دراستي لهذا الموضوع ، وجدت أنّ الفقهاء قد أعنوا عناية تامّة بالسّرقَة المعاقب عليها بالحدّ ، فيبيّنون أركانها وشروطها وفصلوا أحكامها ، ولم يتركوا صغيرة ولا كبيرة إلّا وبينوا حكمها ، أمّا الجانب التّعزيري لجريمة السّرقَة فقد أغفلوه بعض الشّيء ، ولم يعتنوا به تلك العناية ، ولم يتعرّضوا إلّا للمهمّ منه وبصورة مجملة ، ولعلّ عذر الفقهاء في أخذهم بهذه الطّريقة ؛ أنّ ذلك تُرك لأولي الأمر ، خاصّة وأنّ العقوبة التّعزيرية تختلف باختلاف البلدان والحكومات .

ولكن الفقهاء حينما تكلموا عن السّرقَة الموجبة للحدّ تناول كلامهم بالضرورة السّرقَة المعاقب عليها بالتّعزير بنوعها ؛ إذ النّوع الأوّل ليس إلّا سرقة فيها الحدّ تخلف شرط من شروطها ؛ والنّوع الثّاني وهو الاختلاس لا يختلف عن السّرقَة التّامة إلّا في بعض الشّروط التي يجب توفّرها في السّرقَة دون الاختلاس⁽¹⁾ .

إلّا أنّي أثناء بحثي لم أعتمد هذا التقسيم الثّنائي للسّرقَة الموجبة للتّعزير ، والذي أعتمدته الأستاذ عبد القادر عودة في كتابه "التشريع الجنائي الإسلامي" ؛ بل كان التقسيم بحسب تخلف

(1) انظر عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 515 _ 516 بتصرّف .

شروط وأركان السرقة التامة ، فجعلت النوع الثاني _ الاختلاس _ في المبحث الذي يتعلق بتخلف ركن الخفية .

وسوف يتم توضيح هذا الفصل من خلال ثلاثة مباحث ، أولها للتعزير في السرقة عند تخلف شرط الحرز ، وثانيها للتعزير في السرقة عند تخلف ركن الخفية والملكية ، وثالثها للتعزير عند تخلف ركن المالية ، هذا طبعاً مع الدراسة النقدية لقانون العقوبات الجزائري ما أمكن ذلك ؛ لأن بعض المسائل ليس لها نظائر في القانون أو يصعب تمييزها .

أما التعزير في السرقة عند وجود شبهة دائرة للحد ، أو عند فوات محل القطع ، والتكرار في السرقة ، فسأتناوله في الفصل الثالث والأخير من البحث إن شاء الله تعالى .
ويحتوي هذا الفصل على المباحث الآتية :

المبحث الأول : التعزير عند تخلف شرط الحرز .

المطلب الأول : أثر إبطال الحرز على جريمة السرقة شرعاً وقانوناً .

المطلب الثاني : حكم الإعانة على السرقة واستهلاك المسروق داخل الحرز شرعاً وقانوناً .

المطلب الثالث : حكم النباش والطرار شرعاً وقانوناً .

المطلب الرابع : مسائل أخرى تتعلق بهذا الفصل شرعاً وقانوناً .

المبحث الثاني : التعزير عند تخلف ركن الخفية والملكية .

المطلب الأول : بيان حكم بعض حالات الأخذ مجاهرة شرعاً وقانوناً .

المطلب الثاني : أثر التسليم في جريمة السرقة شرعاً وقانوناً .

المطلب الثالث : أثر امتلاك السارق للمسروق شرعاً وقانوناً .

المطلب الرابع : مسائل أخرى تتعلق بهذا الفصل شرعاً وقانوناً .

المبحث الثالث : التعزير عند تخلف ركن المالية .

المطلب الأول : سرقة المال التافه وما لا يقبل الادّخار .

المطلب الثاني : مسائل متفرقة تتعلق بقيمة المسروق شرعاً وقانوناً .

المطلب الثالث : مسائل تتعلق بشرط التّصاب .

المطلب الرابع : حكم خطف الأطفال ، وسرقة القوى الطّبيعية شرعاً وقانوناً .

المبحث الأول

التّغْيِيرُ فِي جَرِيْمَةِ السَّرْقَةِ عِنْد تَخَلُّفِ شَرْطِ الْحِرْزِ

تكملة :

سبق وأن بيّنت في الفصل الأوّل ، أنّ المال المأخوذ يجب أن يكون محرّزاً حتّى تكون السرقة موجبة للحدّ ، فإذا تخلّف هذا الشرط⁽¹⁾ لا تستوجب السرقة القطع بل التعزير ، وهناك صور كثيرة للسرقة الموجبة للتعزير بسبب تخلّف شرط الحرز ؛ سيتمّ بيانها في هذا الفصل إن شاء الله تعالى ، وذلك مثل : حكم الإعانة على السرقة ، استهلاك المسروق داخل الحرز ، حكم النباش ، السرقة من المحلات التجارية والحمام والمسجد ، سرقة الدواب والثمار المعلقة ، سرقة الحرز نفسه ، وكذلك سرقة الخدم من مخدوميهم ، وسرقة الضيف من المضيف ، والسرقة التي تقع بين الأقارب ، هذا مع بيان وجهة نظر قانون العقوبات الجزائي في المسائل المطروحة ما أمكن ذلك ؛ لأن القانون لم يشترط الحرز في السرقة .

هذا وتتفق المذاهب الأربعة عدا مذهب الظاهرية على أنّه إذا كانت السرقة واقعة على مال غير محرّز لا قطع فيها ؛ بل فيها التعزير ، ويكفي هنا لاعتبار الأخذ تاماً أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه ويدخل في حيازة السارق ، فمثلاً إذا سرق الجاني دابة المجنى عليه أثناء سيرها في الطريق دون حارس ؛ فإنّ مجرد ركوبه للدابة يعتبر أخذاً تاماً لها ؛ لأنّه يدخلها في حيازته ويخرجها من حيازة المجنى عليه ؛ فتكون العقوبة في هذه الحالة تعزيرية⁽²⁾ .



أثر إبطال الحرز على جريمة السرقة شرعاً وقانوناً

في هذا المطلب أتناول أثر إبطال الحرز على فعل السرقة ، وآراء المذاهب الفقهية في المسائل التي تتعلّق بهذا الجانب ، خاصّة وأنّ الحرز يبطل بعدّة أسباب تتنوّع بين ثقب الحرز ، وفتح الباب ، والإذن بالدخول ، وموضوع الإذن بنفسه يطول ويتشعب إلى مسائل كثيرة متنوّعة ستعرف من خلال هذا المطلب ، وفي الوقت ذاته أتطرق للمسائل التي لها نظائر في قانون العقوبات الجزائي ؛ لأبيّن وجهة نظر المشرّع الجزائي فيها ؛ وبالتحديد المسائل التي تتعلّق

(1) الشرط هو : "ما يلزم من عدمه عدم المشروط ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم " هذا التعريف ذكره الدكتور وهبة

الزحيلي في كتابه أصول الفقه الإسلامي ، ط 1 سنة (1406هـ / 1986 م) دار الفكر _ دمشق ، ج 1 ، ص 99 .

(2) أنظر التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 520 .

بالإذن بالدخول ، أما ثقب الحرز وفتح الباب دون إذن ، فلم يبيّن القانون بأنّ لذلك أثر على فعل السرقة ، فهو لم يشترط الحرز أصلاً . وبهذا تكون دراسة هذا المطلب من خلال فرعين : الأول لأثر إبطال الحرز على فعل السرقة شرعاً ، والثاني لأثر الإذن في جريمة السرقة قانوناً .

الفرد الأول

أثر إبطال الحرز على جريمة السرقة شرعاً

إنّ إبطال الحرز قد يكون قبل إخراج المسروقات من الحرز ، وقد يكون بعد إخراج المسروقات من الحرز ؛ فإذا بطل الحرز قبل إخراج المسروقات منه لا تتم شروط الأخذ خفية ؛ لأنّ شرط الإخراج من الحرز ينعدم وتكون السرقة قد تعلّقت بمال غير محرز ، فلا قطع فيها وإنّما فيها التّغريب ، ومثل ذلك أن يؤذن للسارق بدخول الحرز ؛ لأنّ الإذن يبطل الحرز في حقّ المأذون له ، وكذلك الحارس على الشّيء المسروق في حالة ما إذا كان المال محرزاً بحارس .

أما إذا بطل الحرز بأيّ سبب من أسباب الإبطال كالثقب مثلاً ، أو فتح الباب ، أو الإذن وكان ذلك بعد إخراج المسروقات من الحرز ؛ فإنّ هذا الإبطال لا يؤثر على السرقة ؛ لأنّها تمّت بتمام شروط الأخذ خفية ⁽¹⁾ ، وبناء على هذا سأوضح مسألة إبطال الحرز بثقبه أو فتح الباب ، ثمّ مسألة إبطال الحرز بالإذن بالدخول .

الفقرة الأولى : إبطال الحرز بثقبه أو فتح الباب : لم تتفق عبارة الفقهاء على ما يبطل به الحرز وما لم يبطل به ، فهناك من يعتبر الثقب وفتح الباب من مبطلات الحرز ، وهناك من لم يعتبر ذلك ويحصر إبطال الحرز في الإذن بالدخول فقط ، فيترتب على ذلك خلاف بين الفقهاء في بعض المسائل .

فإذا ثقب شخص حرزاً ، أو فتح بابه لكنّه لم يسرق شيئاً ، ثمّ جاء آخر ودخل الحرز الّذي كان قد ثقب أو فتح بابه فسرق منه أغراضاً ، هل يعتبر فعله سرقة يستوجب القطع ؟

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة طبقاً لاختلافهم في الأصل المذكور أعلاه ، وذلك على مذهبين :

(1) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 529 .

الأول: المذهب الأول: وهو مذهب الشافعي وأحمد حيث يرى كل منهما أنه إذا ثقب شخص حُرّاً أو فتح بابه ولم يسرق شيئاً ، ثم جاء آخر ودخل الحُرّ وسرق منه متاعاً ؛ فإنَّ السَّرقة تعتبر غير تامة فلا قطع على أحدهما ؛ فالأول لم يأخذ شيئاً بل ثقب الحُرّ فقط ، فلا يعتبر فعله سرقة بل إتلافاً ، فيكون مسؤولاً عن إتلاف الحائط.

والثاني لا يعتبر سارقاً أيضاً لأنّه أخذ المتاع بعد أن ثقب الحُرّ ، فكان أخذه من غير حُرّ ، والحُرّ شرط لتحقيق ركن الأخذ خفية ، فلا تقطع يده بل يعزّر ، وما ذهب إليه الشافعي وأحمد مبنيّ على أصلهما في كون الثقب وفتح الباب محلّ بحُرّ المكان ، أمّا إذا كان هناك حافظ فإنَّ الحُرّ بالمكان بعد إبطاله تحوّل إلى حُرّ بالحافظ فيكون الفعل سرقة ويقطع السارق لأنّه سرق من حُرّ⁽¹⁾.

هذا إذا كان الثاقب للحُرّ غير السارق ، أمّا إذا كان السارق هو محدث الثقب مثل لو ثقب الحُرّ في ليلة ولم يأخذ شيئاً فعلم المالك بهتك الحُرّ أو كان الثقب ظاهراً يراه الطارقون والمارة ، ثمّ جاء الثاقب في ليلة تالية أو في الليلة نفسها وقبل إعادة الحُرّ فسرق ما كان بداخله ، فإنَّ الأخذ لا يعتبر تامّاً لأنَّ السَّرقة من غير حُرّ⁽²⁾ . وإن قرّب بين هتك الحُرّ وأخذ المال قطع لأنّها سرقة واحدة ، إذا لم يعلم المالك طبعاً بالحُرّ⁽³⁾ .

ويفهم من هذا أنّ السارق لو ثقب الحُرّ في ليلة ثمّ عاد بعد ذلك فسرق المتاع دون أن يعلم المالك بهتك الحُرّ ودون أن يراه الطارقون يقطع السارق لأنّه سرق من حُرّ.

ويلاحظ أنّ الحُرّ لا يبطل بالتسبة لمحدث الثقب إلاّ بعلم المالك أو باشتهار هتكه ، أمّا بالتسبة للغير فيبطل في الحال _ أي علم بالهتك أم لم يعلم _

ثانياً: المذهب الثاني: وهو مذهب الإمام مالك وأبي حنيفة ، فيرى كل منهما أنّ السَّرقة تامة بالتسبة للفاعل الثاني فقط؛ فالأول لم يخرج شيئاً ، لكن الثاني أخرج المسروق من الحُرّ ؛ فالثقب

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 251 _ 253 _ 254 / النووي ، روضة الطالبين ، ص 7 ، ج 346

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 258 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 441 / النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 346 .

(3) البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 135 .

وفتح الباب لا يخلان بالحرز عندهما ، فيعاقب الفاعل بالعقوبة الأصلية للسَّرقَة — أي القطع⁽¹⁾.

والذي يظهر لي و الله أعلم ، أن رأي المذهب الأول هو الرَّاجح ؛ لأنَّ الفاعل الثاني لو لم يجد الحرز قد هتك لما سرق ، وفي حالة كون محدث التَّقب هو السَّارق نلاحظ أنَّهم قيّدوا بطلانه بعلم المالك ، فإذا رأى المالك أنَّ حرز ماله قد هتك واشتهر ذلك ولم يحرك ساكناً ولم يعدل الحرز ، فهذا دليل على إهماله وعدم احتياظه في حفظ ماله ، ففي ذلك شبهة دائرة للحد.

(الفقرة الثانية : إبطال الحرز بالإذن بالدخول فيه : إذا كان العلماء القائلون بالحرز قد اختلفوا في التَّقب وفتح الباب ، هل يُبطل الحرز أم لا ؟ فإنَّهم اتفقوا على أنَّ الحرز يبطل بالإذن بدخوله ، لكن الخلاف جارٍ بينهم في الفروع والمسائل التي تندرج تحت هذا الأصل وذلك بحسب اختلاف المكان المأذون بدخوله.

أولاً : الإذن بدخول المنزل : إنَّ المتزل المأذون بدخوله قد يكون داخل العمران وقد يكون خارج العمران ، وقد سبق القول بأنَّ العلماء اتفقوا على كون الدَّار الموجودة داخل العمران حرزاً بنفسها أمَّا الدَّار الموجودة خارج العمران فلا تعتبر حرزاً بنفسها عند الشافعي وأحمد ؛ بل يجب أن يكون فيها حافظ حتَّى يعتبر حرزاً بالحافظ.

هذا كما سبقت الإشارة إلى أنَّ أبا حنيفة لا يشترط في حرز المكان وجود الحافظ ؛ إذ لا عبرة لوجوده بل هو والعدم سواء ، وحتَّى لو اختل الحرز بالمكان وكان فيه حافظ فلا يتحوّل إلى حرز بالحافظ أبداً ، بخلاف الأئمة الثلاثة فهم يجوزون أن يكون الحرز في وقت واحد بالمكان وفيه حافظ ، فإذا اختل الحرز بالمكان كان حرزاً بالحافظ مع اختلافهم في اشتراط ملاحظة الحافظ الدائمة ويقظته ، أو توسّده للشَّيء وعدم اشتراط ذلك⁽²⁾ .

أ/ إذا كان المنزل داخل العمران (حرز بنفسه) : اختلف العلماء في أثر الإذن بدخول المتزل في جريمة السَّرقَة إذا كان داخل العمران على مذاهب ، وذلك كما يلي :

1/ مذهب الأحناف : إذا كان لإنسان منزل في وسط العمران فأذن لآخر بدخول هذا

(1) شرح الزَّرقاني ، ج 8 ، ص 109 (نقلاً عن التشريع الجنائي ، ج 2 ، ص 529 / ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 4 ، ص 243 .

(2) انظر الصَّفحة رقم : 244 - 245 من البحث .

المتزل فسرق منه شيئاً لا قطع عليه عند أبي حنيفة ، حتّى ولو كان في الدّار حافظ يحفظ الشّيء المسروق ، أو كان صاحب المتزل يتوسّد المسروق ؛ لأنّ الدّار حرز بنفسها فلا تكون حرزاً بالحافظ ، وقد خرج من أن يكون حرزاً بالإذن للسّارق بدخولها ، فإذا بطل الحرز بالإذن كان الأخذ من غير حرز فامتنع قطع السّارق ⁽¹⁾ . وتكون عقوبته تعزيرية .

وإذا أذن للسّارق إذناً خاصّاً في دخول الدّار الكائنة في العمران ، وكان فيها غرف مقفلة أو خزائن مغلقة ، فسرق من هذه الغرف المقفلة أو من الخزائن ، فيرى أبو حنيفة أن لا قطع على السّارق مادام المكان المسروق منه جزءاً من الدّار المأذون في دخولها ؛ لأنّ الدّار الواحدة حرز واحد ، والإذن بدخول بعض الحرز هو إذن بالدخول في الحرز ، فإذا سرق من مكان مغلق فقد سرق من مكان مأذون له في دخوله ، وقد بطل بالإذن أن يكون حرزاً ، فالسرقة من غير حرز ولو كان هناك حافظ ⁽²⁾ .

2/ مذهب المالكية : ويرى مالك أنّ الإذن يخرج الدّار من أن تكون حرزاً بنفسها ، ومعنى هذا أنّ السّارق من الدّار المأذون بدخولها إذا كانت داخل العمران لا تقطع يده بل يعزّر ، ولكنّها تكون عند مالك حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ ؛ لأنّ السرقة في هذه الحالة تكون من حرز بالحافظ فيقطع السّارق لأنّه سرق من حرز ، ويستوي أن يكون الحافظ للشّيء المسروق نائماً أو مستيقظاً مادام الشّيء واقعاً تحت بصره ⁽³⁾ .

أما إذا كان الإذن خاصّاً في دخول الدّار الكائنة في العمران وفيها غرف وخزائن مغلقة فسرق منها فعند مالك رأيان : أحدهما يرى عدم القطع لأنّ الإذن يبطل الحرز _ أي لا فرق بين المغلق وغيره _ وهذا طبعاً ما لم يكن في الدّار حافظ أمّا إذا كان هناك حافظ فالقطع . أمّا الرّأي الثاني فيرى القطع ⁽⁴⁾ لأنّ الإذن لم يتناول المكان المغلق .

3/ مذهب الشافعية والحنابلة : ويرى الشّافعي وأحمد ما يراه مالك فالإذن يخرج الدّار من أن تكون حرزاً ، فلا يقطع السّارق ، أمّا إذا كان هناك حافظ فيقطع لأنّ السرقة من حرز بشرط ، دوام الملاحظة ، فإن نام الحافظ فلا يعتبر حافظاً للشّيء إلّا إذا توسّد الشّيء أو التفّ به أو لبسه .

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 73 / ابن الممام ، فتح القدير ، ج 4 ، ص 241 .

(2) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 74 .

(3) شرح الزّرقاني ، ج ، ص 101 _ 104 (نقلاً عن التّشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 568)

(4) شرح الزّرقاني وحاشية الشّيباني ، ج 8 ، ص 103 _ 104 (نقلاً عن التّشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 564)

أمّا إذا كان الإذن خاصّاً في دخول الدّار الكائنة في العمران ، وكان فيهما غرف معلقة ، أو خزائن مقفلة فسرق منها يقطع عند الشّافعي وأحمد ولو لم يكن هناك حافظ ؛ لأنّ الإذن لا يبطل الحرز فيما هو مغلق ، ولم يصرّح للسّارق بدخوله ، وعلى هذا فإنّ الإذن إذا أبطل بعض الحرز فإنّه لا يبطل البعض الآخر ⁽¹⁾ .

ب/ إذا كان المنزل خارج العمران : كذلك اختلف العلماء في أثر الإذن بدخول المنزل في جريمة السرقة إذا كان خارج العمران على مذاهب :

1/ عند الأحناف : إذا أذن إنسان لآخر بدخول منزله البعيد عن العمران ؛ فالحكم عند أبي حنيفة لا يختلف عن الحالة السّابقة ؛ لأنّ البيت حرز بنفسه ، ولا فرق عند أبي حنيفة بين أن يكون الدّار داخل العمران أو خارجه ، ولأنّ الحرز يبطل بالإذن عند أبي حنيفة ولو كان فيه حافظ ؛ ولأنّ وجود الحافظ في الحرز بنفسه لا اعتبار له .

ولا يختلف الحكم عند أبي حنيفة إذا أذن للسّارق إذناً خاصّاً في دخول الدّار الخارجة عن العمران ، وكان فيها غرف مقفلة أو خزائن مغلقة ؛ فسرق منها فالحكم في هذه الصّورة هو نفسه فيها إذا كانت الدّار داخل العمران ⁽²⁾ .

2/ عند المالكية : أمّا الحكم عند مالك فلا يختلف أيضاً عن الحالة السّابقة ؛ لأنّه لا يفرّق بين المنازل الدّاخلية في العمران والخارجة عنه ، فاليّ بيت حرز بنفسه في كلّ حال ، وإذا بطل الحرز بالإذن فهو حرز بالحافظ كلّما وجد الحافظ .

ولا يختلف الحكم عنده أيضاً إذا أذن للسّارق إذناً خاصّاً في دخول الدّار الخارجة عن العمران ، وكان فيها خزائن ، أو غرف مقفلة فسرق منها ⁽³⁾ .

3/ عند الشّافعية والحنابلة : أمّا عند الشّافعية والحنابلة فاليّ بيت لا يعتبر أصلاً حرزاً بنفسه لبعده عن العمران ، فالإذن بدخوله كعدم الإذن لا أثر له ، ولا يقطع في السرقة من مثل هذا البيت إلّا إذا كان ثمة حافظ على التّفصيل الذي سبق بيانه ، ولا يختلف الحكم إذا كان الإذن بدخولها

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 250 _ 251 _ 258 / الرّملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 450 / الشّيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 278 _ 280 / النووي ، روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 338 .

(2) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 73 _ 74 .

(3) شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 103 _ 104 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 564 _ 565)

إذنًا خاصاً⁽¹⁾ .

ملاحظة : إذا كان المكان المسروق منه معداً لحفظ المال ، ومما يؤذن للتّاس بدخوله إذنًا عامّاً كبيت طبيب يقابل فيه مرضاه ، أو عالم يحاضر فيه الجمهور ، فسرق السّارق من مكان محجور عن العامّة وغير مسموح بدخوله ؛ فالحكم على التّفصيل السّابق بيانه في البيوت المأذون بدخولها إذنًا خاصّاً ، إلّا أنّهم في مذهب مالك يرون رأياً واحداً دون خلاف ، وهو قطع السّارق ولو لم يكن هناك حافظاً، هذا إذا كانت السرقة في وقت الإذن ، أمّا لو كانت في وقت غير مأذون فيه بالدخول ؛ فعقوبتها القطع حتّى عند أبي حنيفة⁽²⁾ .

ثانياً : السرقة من المحلات التجارية العامة : وقع الخلاف أيضاً في حكم السرقة من المحلات التجارية العامة ، والخلاف جارٍ بين الحنفية والجمهور :

أ/ رأي أبي حنيفة : إن السرقة من المحلات التجارية العامة ، والمحلات المعدّة لحفظ المال كالمحلات التجارية ، والفنادق ، والمطاعم ، وما أشبه ذلك لا تستوجب القطع على رأي أبي حنيفة ، وذلك إذا كانت السرقة أثناء العمل في هذه المحلات ، إذ العمل يعتبر إذنًا بالدخول ، ويبقى أبو حنيفة على هذا الرّأي حتّى ولو كان على المسروقات حارس .

أمّا إذا كانت السرقة في وقت غير مأذون فيه بالدخول كأن حصلت بعد غلق المحلّ ، أو في الليل ففيها القطع⁽³⁾ .

ب/ رأي الجمهور : ويرى مالك والشافعي وأحمد في هذه الحالة القطع على السّارق ؛ إذا كانت السرقة في وقت الإذن وكان ثمة حافظ ، فإذا لم يكن حافظ فلا قطع طبعاً ، أمّا إذا حصلت في غير وقت الإذن فالقطع واجب في حقّ السّارق .

ويرى مالك والشافعي القطع فيما يسرق من أفنية المحلات التجارية وقت الإذن ، ولو لم يكن عليها حافظ خاصّ ؛ لأنّها تحفظ عادة بأعين الجيران وملاحظتهم ، فتعتبر محرزة بالحافظ⁽⁴⁾ .

(1) المغني ، ج 10 ، ص 250 _ 251 _ 258 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 338 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 450 / المهذب ، ج 2 ، ص 278 _ 280 .

(2) انظر المراجع نفسها بصفحاتها .

(3) فتح القدير ، ج 4 ، ص 242 / بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 74 .

(4) روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 340 / شرح الرّرقاني وحاشية الشّيباني ، ج 8 ، ص 103 _ 104 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 566) .

فرأي الجمهور هو رأي أبي حنيفة ماعدا التفرقة بين السرقة في حالة وجود الحافظ وعدمه ، وعند أبي حنيفة لا قطع في المسروقات من أفنية المحلات التجارية بناء على قوله السابق في عدم القطع حالة الإذن ولو كان على المسروقات حارس ، فعدم القطع بسبب السرقة من أفنية المحلات أولى والله أعلم .

والذي يظهر لي أن رأي الجمهور هو الصائب ؛ لأن السرقة وقت الإذن من المحلات التجارية وما شابهها عند عدم الحارس فيها نوع من الإهمال من طرف صاحب المحل ، وعند وجود الحارس فيه نوع من الاحتراز والحفظ ، فكان السارق عند وجود الحارس سارق من حرز .

وبالتسبة لأفنية المحلات قد جرت العادة بأن توضع الأشياء دون حراسة لوجود الطارقون والمارة ، فأكتنهما محرزة بالحافظ .

ثالثاً : السرقة من الحمام : يعتبر الفقهاء الحمام من المحلات المعدة لحفظ المال ، فهو حرز بنفسه ، والإذن بدخوله يبطل الحرز مطلقاً عند أبي حنيفة ، ويقيد بوجود الحافظ عند الشافعي وأحمد ، ويقيد بتوفر القصد الجنائي أثناء الإذن بالدخول عند مالك ، وبوجود الحافظ عند الإذن وعدم توفر القصد الجنائي ، وتفصيل المسألة يكون كالآتي:

أ/ عند الحنفية : يرى الأحناف أن السرقة من الحمام وقت الإذن بالدخول لا تستوجب القطع ؛ لأن الإذن بالدخول يبطل الحرز حتى ولو كان في الحمام حافظ ، هذا ما سيظهر من خلال عبارات فقهاء المذهب :

قال صاحب بدائع الصنائع : " الحمام والخان والحانوت كلّ واحد حرز بنفسه فإذا أذن للناس في دخوله خرج من أن يكون حرزاً فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير حرزاً بالحافظ ولهذا قالوا إذا سرق من الحمام ليلاً يقطع لأن الناس لم يؤذنوا بالدخول فيه ليلاً" (1) .

وقال صاحب المبسوط : " وكذلك الحمام فإنه حرز في نفسه حتى لو سرق منه ليلاً يقطع ، وبالتنهار هو مأذون بالدخول فيه فيمتنع وجوب القطع عليه ، سواء كان هناك حافظ أم لم يكن" (2) .

(1) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 74 .

(2) المبسوط ، ج 9 ، ص 151 .

وقال صاحب ردّ المختار " فلو سرق شيئاً من الحمام وصاحبه عنده أو المسروق تحت رأسه لا يقطع ...؛ فالحمام بني للإحراز فكان حرزاً كالبيت فلا يعتبر الحافظ" (1).

ب/ مذهب الشافعية : عند الشافعية الحمام حرز بنفسه أيضاً ، ويصير حرزاً بالحافظ إذا بطل بالإذن ؛ فمن سرق من الحمام وقت الإذن لا قطع عليه ؛ لأنه سرق من غير حرز إذ الحرز بطل بالإذن بدخوله ، لكن إذا كان ثمة حافظ فإن السارق يقطع ؛ لأنه سرق من حرز بالحافظ ، وهذا الذي يظهر من عبارة فقهاء المذهب :

قال صاحب المذهب : " وإن علق الثياب في الحمام ولم يأمر الحمامي بحفظها فسُرقت ... لا يقطع السارق ؛ لأنه سرق من غير حرز لأن الحمام مستطرق ، وإن أمر الحمامي بحفظها فسُرقت فإن كان الحمامي مراعيًا له ... يقطع السارق ؛ لأنه سرق من حرز ، وإن نام الحمامي أو تشاغل عن الثياب فسُرقت ... لم يقطع السارق ؛ لأنه سرق من غير حرز" (2).

ج/ مذهب الحنابلة : عند الحنابلة أيضاً الحمام حرز بنفسه ويبطل بالإذن بدخوله ، فلا يقطع السارق من الحمام ، أما إذا كان هناك حافظ ففيه رأيان :

__ الأول : أنه لا يقطع إلا إذا كان الحافظ قاعداً أو متوسداً الشيء فإنه يقطع
__ والثاني : أنه يقطع إذا كان فيه حافظ بشرط عدم الغفلة ، والأول هو الراجح في المذهب .

جاء في المغني : " أما إن كان صاحب الثياب قاعداً عليها أو متوسداً لها أو جالساً وهي بين يديه يحفظها قطع سارقها بكلّ حال كما قطع سارق رداء صفوان من المسجد وهو متوسد له ، وكذلك إن كان نائب صاحب الثياب إمّا الحمامي ، وإمّا غيره حافظاً لها على هذا الوجه قطع سارقها لأنها محرزة وإن لم تكن كذلك" (3).

وقال أحمد في رواية ابن منصور: " لا يقطع سارق الحمام ، إلا أن يكون على المتاع قاعد مثل ما صنع بصفوان ... لأنه مأذون للناس في دخوله فجرى مجرى سرقة الصّيف من البيت المأذون له في دخوله ، ولأنّ دخول الناس إليه يكثر ، فلا يتمكن الحافظ من حفظ ما فيه" (4).

(1) حاشية بن عابدين ، ج 6 ، ص 162 .

(2) المذهب ، ج 2 ، ص 279 .

(3) المغني ، ج 10 ، ص 250 .

(4) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

د/ **مذهب المالكية** : يرى مالك أنّ الحمّام من المحلّات المعدة لحفظ المال ، أي أنّها حرز بنفسها والحرز بنفسه يبطل بالإذن عند مالك ، لكن إذا سرق السّارق من الحمّام وقت الإذن وكان قد دخل بقصد السرقة فإنّه يقطع ووجد الحافظ أم لم يوجد، أمّا إذا لم يقصد السرقة بحيث دخل للاستحمام ثم سرق فإنّه لا يقطع ، إلّا إذا كان ثمة حافظ فإنّه يقطع ؛ لأنّه سرق من حرز بالحافظ⁽¹⁾ .

والذي يظهر لي والله أعلم أنّ ما ذهب إليه الإمام مالك هو الصّواب لأنّه راعى حالة دخول السّارق للحمّام بقصد السرقة ، خاصّة وأنّ هذه الظّاهرة قد انتشرت كثيراً في وقتنا الحاضر ، فالمصلحة تقتضي الأخذ برأيه حتّى يسدّ الباب أمام اللصوص، أمّا إذا كان هناك حافظ وهو يراقب باستمرار فالتقطع من باب أولى.

رابعاً: **السرقة من المسجد** : المسجد من المحلّات غير المعدة لحفظ المال ، ولا يعتبر حرزاً بنفسه بل هو حرز بالحافظ ؛ فالمسروقات من المسجد ليس فيها قطع إلّا إذا كان ثمة حافظ ، هذا بالنسبة للأموال والأشياء التي تودع فيه ، أمّا الأشياء المكوّنة للمسجد كالسّقف والجدران والباب وما إلى ذلك ؛ ففيه خلاف بين الفقهاء.

أ/ **مذهب الحنيفة** : يرى أبو حنيفة أنّ المسجد من المحلّات غير المعدة لحفظ المال ، فهو حرز بالحافظ ، ولا يكون حرزاً بنفسه حتّى فيما يلزم بالضرورة لأداء الغرض الذي أنشأ من أجله الحلّ ، فحصر المسجد وقنادهيله وما فيه من ثريّات كهربائيّة أو ستائر أو أبسطة أو مصاحف لا قطع فيها إذا سرقت ، أمّا إذا كان هناك حافظ فالتقطع لأنّ المسجد لم يعدّ أصلاً لحفظ المال، وإذا دخل أحد المصلّين المسجد وترك أمتعته دون ملاحظة فلا قطع في سرقتها ؛ لأنّها سرقت من غير حرز ، أمّا إذا كان يلاحظها ففي سرقتها القطع ؛ لأنّها سرقت من حرز بالحارس.

وقد احتج الأحناف على عدم القطع في سرقة أدوات المسجد ؛ بأنّها مال موقوف لا مالك له ، ولكن الرّاجح أنّ عدم القطع راجع لانعدام الحرز⁽²⁾.

(1) شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 102 _ 103 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 566)

(2) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 156 _ 157 / شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 242 / بدائع الصّناع ، ج 7 ، ص 74 .

ب/ مذهب المالكية : ويرى مالك أن المسجد في أصله ليس حوزاً بنفسه ، ولكن بناء المسجد نفسه وأدواته المعدة للاستعمال فيه كالخصر والبسط والقناديل كل ذلك يعتبر حوزاً بنفسه ، فالحافظ يعتبر وباب المسجد حوز بنفسه ، وسقف المسجد حوز بنفسه ، وقناديله محروزة بنفسها وهكذا ، فمن سرق من هذه الأشياء يقطع ؛ لأنه سرق من حوز ، ولا يشترط أن يخرج بما سرق من باب المسجد بل يكفي أن يزيل الشيء عن مكانه ؛ لأن كل شيء يعتبر حوزاً مستقلاً بنفسه أما الأموال التي توضع في المسجد بصفة مؤقتة كملابس المصلين ، وأحذيتهم ، وحصير ، أو سجادة يحضرها أحد المصلين ليصلي عليها هو أو غيره ، فسرقة هذه وأمثالها لا قطع فيها لأن المسجد لم يعد لحفظ المال أصلاً ، لكن إذا كان عليها حارس يلاحظها ففيها القطع ؛ لأن السرقة تحدث من حوز بالحافظ⁽¹⁾ .

ج/ مذهب الشافعية : عند الشافعي المسجد ليس في أصله حوزاً بنفسه ، ولكنه يعتبر حوزاً بنفسه فيما جعل لعمارتها كالبناء والسقف ، ولتحصينه كالأبواب والشبابيك ، ولزينة كالستائر والقناديل المعدة للزينة ، فمن سرق شيئاً معمولاً للعمارة ، أو التحصين ، أو الزينة فقد سرق من حوز بالمكان.

أما ما أعد لا انتفاع الناس به ، كالخصر والأبسطة والمصاحف والقناديل المعدة للإضاءة ؛ فلا قطع فيها ولو كان هناك حافظ ، ولو أن السرقة من حوز بالحافظ ؛ لأن هذه المسروقات جعلت للانتفاع العام ، وللسارق الحق في الانتفاع فكان شبهة تدرأ الحد ، وإذا لم يكن للسارق حق الانتفاع كذمي مثلاً ، أو كان المسجد خاصاً لطائفة معينة فالسارق يقطع ، وكذلك يقطع السارق بسرقة أمتعة المصلين إذا كان ثمة حافظ ؛ لأن السرقة من حوز بالحافظ (2) .

د/ مذهب الحنابلة : وفي مذهب أحمد رأيان في السرقة من المسجد أحدهما يتفق مع مذهب الشافعي ، والثاني يتفق مع مذهب أبي حنيفة ، وهذا ما يظهر من عبارات فقهاءهم :

جاء في كشف القناع : " فإن سرق باب مسجد منصوباً... أو سرق من سقفه _ أي المسجد _ وجداره أو تأزيه شيء قطع ؛ لأنه سرق من حوز مثله عادة نصاباً لا شبهة له فيه ، وما كان منفكاً من ذلك فليس بمحوز فلا قطع على سارقه _ ولا بسرقة قناديل مسجد

(1) الزرقاني ، ج 8 ، ص 102 (نقلًا عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 567) / مواهب الجليل ، ج 8 ، ص 420 .

(2) نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 446_447_448_449 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 334 / المهذب ، ج 2 ، ص 231 .

وحصرها ونحوه _ مما جعل لنفع المصلين كالفقير المجمعول لوضع نعالهم " (1) .

معنى هذا أن المسجد يعتبر حرزاً بالنسبة لما لا ينفك عنه عادة _ أي ما جعل لعمارتها _ أمّا ما ينفك عنه فما فيه منفعة للمصلين ، أو ما يأتي به المصلي للمسجد ؛ فلا يعدّ المسجد حرزاً لذلك ، وبهذا يتفق هذا الرأي مع رأي الشافعية تماماً .

وجاء في المغني : " ...ولو استحفظ رجل متاعه في المسجد فسرق ، فإن كان قد فرط في مراعاته ونظره إليه فعليه الغرم ، إذا كان التزم حفظه وإجابه إلى ما سأله ، وإن لم يجبه لكن سكت لم يلزمه غرم ؛ لأنه ما قبل الاستداع ، ولا قبض المتاع ، ولا قطع على السارق في الموضعين ؛ لأنه غير محرز وإن حفظ المتاع بنظره إليه وقربه منه فسرق ، فلا غرم عليه وعلى السارق القطع ؛ لأنه سرق من حرز " (2) .

ومعنى هذا أن المسجد لم يعدّ لحفظ المال ؛ فمن سرق منه لا قطع عليه إلا إذا كان هناك حافظ ، فالقطع على السارق لأنه سرق من حرز بالحافظ ، وبهذا الرأي يتفق الحنابلة مع الأحناف .

ملاحظة : لقد تمّ بيان آراء الفقهاء الذين يشترطون الحرز في السرقة ، أمّا الذين لا يشترطون الحرز مثل الظاهرية فإنهم يوجبون قطع من سرق من المسجد مطلقاً ، سواء كان الشيء المسروق منفكاً عن المسجد أم لم يكن كذلك (3) .

وأقول إنّ المسجد لا يمكن اعتباره حرزاً بالحافظ مطلقاً ، ولا حرزاً بنفسه مطلقاً ، فهو حرز بنفسه فيما يخصّ الأشياء المعدّة لعمارتها ، وما لم ينفك عنه عادة ؛ فمن سرق شيئاً من ذلك يقطع حتّى تحفظ أماكن العبادة وتحصن ، وإلا لصارت خراباً .

ويعدّ حرزاً بالحافظ فيما يخصّ الأشياء المنفكة عنه وغير الدّاخلية في عمارتها ؛ فمن سرق شيئاً من ذلك يقطع إذا كان ثمة حافظ ، ويعزّر إذا انعدم الحافظ لأنّ المسجد لم يكن من المحلّات المعدّة لحفظ أموال الناس ، وبهذا يتمّ التوفيق بين آراء فقهاء المذاهب الأربعة _ والله أعلم _

(1) كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 139 .

(2) المغني ، ج 10 ، ص 251 .

(3) المحلّى ، ج 12 ، ص 314 .

هذا وإذا كان الإذن بالدخول يبطل الحرز في حقّ المأذون له على الوجه الذي سبق بيانه ، فما حكم سرقة الخدم من أموال مخدوميهم ؟ وما حكم سرقة الضيوف من أموال مضيّفيهم ؟ وهل يعتبر من كان له حقّ الانتفاع بالحرز مأذوناً له بدخوله كالمستأجر والمرقن والمستعير والدائن؟

خامساً : حكم سرقة الخدم من أموال مخدوميهم : إنّه تطبيقاً لقاعدة بطلان الحرز بالإذن لا يقطع الخدم في سرقة أموال مخدوميهم ؛ فالخدم يؤذن لهم بالدخول في الحرز لخدمة سادقهم ، والإذن بالدخول يخرج الموضع المأذون في دخوله من أن يكون حرزاً .

جاء في الموطأ أنّ عبد الله بن عمر رضي الله عنهما والحضرمي "جاءا إلى عمر رضي الله عنه بعبد له فقال اقطع هذا فإنه سرق ، فقال وما سرق ، قال : مرآة لامرأتى ثمنها ستون درهماً ، فقال سيدنا عمر رضي الله عنه أرسله ليس عليه قطع خادمكم سرق متاعكم" ولم ينقل أنّه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً ، ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ⁽¹⁾ .

وشرط مالك في الخادم الذي يجب أن يدراً عنه الحد أن يكون يلي الخدمة لسيّده بنفسه ، والشافعي مرّة اشترط هذا ومرّة لم يشترطه ⁽²⁾ وسوف يأتي توضيح هذه النقطة أكثر عند الكلام عن حكم سرقة العبد من سيّده ، وهذا كلّ في حالة سرقة الخادم من مال مخدومه المحرز في المكان المأذون له بالدخول فيه ، أمّا إن سرق من مكان مغلق كان قد أحرزه المخدوم أو السيّد عن الخادم ؛ فيجري فيه الخلاف السابق في سرقة المأذون له من المكان المغلق .

سادساً : حكم سرقة الضيف من المضيف : هناك من الفقهاء من درأ الحد عن الضيف إذا سرق من مال مضيّفه مطلقاً وهناك من فصل ، وسيّضح هذا من خلال عرض لآراء فقهاء المذاهب :

أ/ الحنفيّة : لا يقطع الضيف إذا سرق من مضيّفه بحال ؛ لأنّه مأذوناً له بدخول الحرز ؛ ولأنّ المضيف بسطه في بيته وماله ، فأشبه ابنه ، فإن قال السارق كنت ضيفاً عند صاحب البيت درئ عنه القطع ؛ لأنّه لو ثبت ما ادّعاه لم يكن فعله موجباً للقطع فبمجرّد دعواه تتمكّن الشبهة كما

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 76

(2) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 441 .

لو ادّعى ملك العين لنفسه وهكذا لأنّه إذا آل الأمر إلى الخصومة والاستحلاف فلا يستحسن إقامة القطع معه ⁽¹⁾ .

ب/ الحنابلة : أمّا عند الحنابلة ففي المسألة تفصيل :

__ إذا سرق الضيف من مال مضيّفه من الموضع الذي أنزله فيه أو من موضع لم يحزره عنه لم يقطع لعدم هتكه الحرز .

__ أمّا إذا سرق الضيف من موضع محرز عنه ينظر :

__ فإن كان منعه قراه فسرق بقدره لم يقطع لأنّه أخذ الواجب له كالزوجة والقريب .

__ وإن لم يمنعه قراه فعليه القطع .

وقد روى عن أحمد أنّه لا قطع على الضيف وهو محمول على إحدى الحالتين الأوليين .

وقال صاحب المغني في حالة سرقة الضيف من الموضع المحرز عنه : " ولنا أنّه سرق مالاً محرزاً عنه ، لا شبهة له فيه فلزمه القطع كالأجنبي ، وقوله أنّه بسطه فيه ⁽²⁾ لا يصحّ ، فإنّه أحرز عنه هذا المال ، ولم يبسطه فيه ، وتبسطه في غيره لا يوجب تبسطه فيه ، كما لو تصدّق على مسكين بصدقة ، أو أهدى إلى صديقه هديّة ، فإنّه لا يسقط عنه القطع بالسرقّة ، من غير ما تصدّق به عليه ، أو أهدى إليه " ⁽³⁾ .

ج/ الشافعية : عند الشافعية أيضاً لا يقطع الضيف إذا سرق من مال المضيف ومن مال لم يحزره عنه ، لما روى أبو الزبير عن جابر قال : " أضاف رجل رجلاً فأنزله في مشربة له ، فوجد متاعاً له قد اختاناه فيه فأتى به أبا بكر رضي الله عنه ، فقال : خلّ عنه فليس يسارق وإنّما هي أمانة اختانها ؛ ولأنّه غير محرز عنه فلم يقطع فيه " ⁽⁴⁾ .

أمّا إن سرق الضيف من بيت مقفل قطع ، لما روى محمد بن حاطب أو الحارث أنّ رجلاً قدم المدينة فكان يكثر الصلاة في المسجد وهو أقطع اليد والرجل ، فقال له أبو بكر رضي الله عنه ما لي لك بليل سارق ، فلبثوا ما شاء الله ففقدوا حلياً لهم فجعل الرجل يدعو على من سرق أهل هذا البيت

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 76 / السرخسي ، المسوط ، ج 9 ، ص 141_149_150 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 254 .

(2) ردّاً على قول أبي حنيفة : لا قطع عليه بحال ؛ لأنّ المضيف بسطه في بيته وماله ، فأشبه ابنه .

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 254 .

(4) التلخيص الحبير ، ص 2097 .

الصَّالِح ، فمَرَّ رجل بصائغ فرأى عنده حلياً ، فقال : ما أشبه هذا الحليّ بحليّ آل أبي بكر ، فقال للصَّائغُ مَن اشتريته ، فقال من ضيف أبي بكر ، فأخذ فأقرَّ فجعل أبو بكر ﷺ يبكي ، فقالوا ما يبكيك من رجل سرق ، فقال أبكي لغرته بالله تعالى ، فأمر به فقطعت يده ؛ ولأنَّ البيت المغلق حرز لما فيه فقطع بالسَّرقَة منه⁽¹⁾ .

د/ المالكِيَّة : أمّا عند المالكيّة فلا قطع على الضَّيف إذا سرق من البيت الَّذي أذن له في دخوله، واختلف إذا سرق من خزانة في البيت⁽²⁾ .

أقول والرَّاجح في نظري أنَّ الضَّيف لا يقطع إذا سرق من المكان المأذون بدخوله ؛ لأنَّ الإذن يبطل الحرز ؛ وللأثر السَّابق الذَّكر ، لكنّه يعزَّر على فعله ويقطع إذا سرق من مكان مغلق؛ لأنَّه يكون بذلك قد سرق من حرز بعد هتكه ، وهو التَّفصيل الَّذي ذهب إليه الشَّافعيَّة _ والله أعلم _

سابعاً : حكم السَّارق إذا كان له حقَّ الانتفاع بالحرز : يعتبر السَّارق مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان له حقَّ الانتفاع به ، كالمستأجر والمرقن والمستعير ؛ فإذا سرق المستأجر مالاً لمؤجَّر من الدَّار المؤجَّرة ، أو سرق المرقن مالاً للرَّاهن من العين المرهونة ، أو سرق المستعير شيئاً للمعير من الدَّار المعارة ؛ فلا قطع على أحدهم لأنَّ لهم حقَّ الانتفاع بالحرز ، واستعمال هذا الحقَّ يقتضي دخول الحرز .

أمّا المالك للحرز فلا يعتبر مأذوناً له بدخوله إذا كان حقَّ الانتفاع لغيره ، ولذلك يقطع إذا سرق مالاً من حرز للمنتفع ؛ فالمؤجَّر إذا سرق مالاً للمستأجر من الدَّار المؤجَّرة ، والمدين إذا سرق مالاً للمرقن من الدَّار المرهونة يقطع كلّ منهما بسرقة ، وهذا ما يراه أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد ، ولكن أبا يوسف ومحمد يريان عدم القطع ؛ لأنَّ الحرز ملك السَّارق فهناك شبهة في إباحة الدَّخول _ الإذن _ والشَّبهة تدرأ الحدَّ⁽³⁾ .

ويقطع المعير إذا سرق مالاً للمستعير من الحرز المعار ، وبهذا قال الشَّافعي وأحمد ، ولكن أباحنيفة يرى أن لا اقطع على المعير ؛ لأنَّ المنفعة ملك له وله الرَّجوع في العارية متى شاء ؛

(1) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 280 .

(2) ابن جزي ، القوانين الفقهيّة ، ص 309 .

(3) الكاساني ، بدائع الصَّنائع ، ج 7 ، ص 75 .

فيعتبر دخوله في الحرز رجوعاً ، وتكون السرقة من غير حرز ⁽¹⁾ .

وهناك حالة لا يقطع فيها المالك للحرز ، ويعتبر فيها مأذوناً له بالدخول إذا كان مغصوباً منه، فمن غصب شخصاً داره ثم أحرز فيها مالا ؛ فجاء صاحب الدار وسرق ما فيها من مال ، فلا تعتبر السرقة من حرز ؛ لأن الغصب لم يسلب المالك حقه في ملكية الحرز ⁽²⁾ .

ويلحق بذلك ما لو كانت الدار مستأجرة ، أو مرهنة ، أو معارة ؛ فانتهت الإجارة والرهن أو العارية ورفض المنتفع رد الدار ، أو أهمل الرد مع تمكنه من ذلك ، ففي هذه الحالة يكون المنتفع في حكم العاصب ⁽³⁾ ، وسوف يتضح الكلام أكثر عن سرقة المستأجر والدائن وغيرهما في مباحث لاحقة إن شاء الله .

ثامناً : السرقات بين الأقارب : اختلف العلماء في حكم السرقة التي تقع بين الأقارب على مذاهب ، وذلك كمايلي :

أ/ : مذهب أبي حنيفة : لا قطع عند أبي حنيفة على من سرق من ذي رحم محرم ؛ لأنهم يدخل بعضهم على بعض دون إذن عادة ، فكان هناك إذناً ضمناً بالدخول ، فتكون السرقة من غير حرز ، بالإضافة إلى هذا فإن القطع في هذه الحالة يفضي إلى قطع الرحم وذلك حرام ، والقاعدة أن ما أفضى إلى الحرام فهو حرام .

أما من سرق من ذي رحم غير محرم فإنه يقطع بسرقة ؛ لأنهم لا يدخل بعضهم على بعض عادة دون إذن .

أما السرقة من محرم غير ذي رحم كالأم من الرضاعة أو الأخت من الرضاعة فمختلف فيها بين فقهاء المذهب الحنفي ، حيث يرى أبو حنيفة ومحمد القطع فيها ، بينما لا يرى أبو يوسف القطع في حال السرقة من الأم ويرى القطع فيما عدا ذلك ؛ وحجته أن الإنسان يدخل بيت أمه من الرضاعة دون إذن عادة فهناك إذن ضمني بالدخول ⁽⁴⁾ .

(1) كشاف القناع ، ج 6 ، ص 144 / المهذب ، ج 2 ، 282 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، 455_456 / مواهب الجليل ، ج 8 ، ص 416 .

(2) المغني ، ج 10 ، ص 270 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 140 / الكافي ، ج 4 ، ص 92 _ 93 .

(3) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 75 .

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 75 .

ومن سرق من زوجة أبيه ، أو زوج أمه ، أو حليلة ابنه ، أو من ابن امرأته ، أو أمها فلا قطع عليه ؛ إذا كانت السرقة من منزل من يضاف إليه السارق من أبيه أو أمه أو ابنه أو امرأته ؛ لأنه مأذون له بالدخول في منزل هؤلاء ، فلم يكن المنزل حرزاً في حقه ، وإن سرق من منزل آخر فإن كان هو وقريبه فيه لم يقطع ، وإن كان لكل واحد منهما منزل على حدة ؛ فيرى أبو حنيفة أن لا قطع ، ويرى أبو يوسف ومحمد القطع ، وحجة أبي حنيفة أن حق التزاور ثابت بين السارق وبين قريبه ، وكون المنزل لغير قريبه لا يمنع من زيارته ، وهذا يورث شبهة إباحة الدخول فيختل الحرز⁽¹⁾ .

ب/ : مذهب الشافعية والحنابلة : يرى الشافعية والحنابلة قطع السارق من أقاربه ، كالإخوة والأخوات وغيرهم ، كما أنهم يقطعون بسرقة ماله ، ويستثنى من ذلك السرقة بين الوالد والولد ، فعند الشافعي وأحمد أن الوالد لا يقطع بسرقة مال ولده وإن سفل ، وسواء في ذلك الأب والأم والابن والبنت والجد والجدّة من قبل الأب والأم ؛ وذلك للأدلة الآتية :

1/ قوله ﷺ : " أنت ومالك لأبيك " (2) .

2/ قوله ﷺ : " إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه " وفي لفظ " فكلوا من كسب أولادكم " (3) .

ولا يقطع عندهما أيضاً الابن إذا سرق مال والده وإن علا ؛ لأن التفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له ، فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال (4) . وسوف تناقش هذه المسألة الأخيرة _ السرقة بين الوالد والولد _ عند الكلام عن شبهة الاستحقاق إن شاء الله .

ج/ : مذهب المالكية : أمّا المالكية فيوجبون القطع في السرقة التي تقع بين الأقارب ويستثنون من

(1) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

(2) رواه ابن ماجه في سننه ، كتاب التجارات ، باب ما للرجل من مال ولده ، ج 1 ، ص 720 ، رقم 2291 / ورواه أحمد في مسنده ، مسند المكثرين من الصحابة ، رقم 6640 . / ورواه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، ج 2 ، ص 156 ، رقم 3530 ولفظ مغاير / قال الألباني في الإرواء أنه صحيح ، ج 8 ، ص 55 .

(3) رواه أبو داود في سننه ، كتاب التجارات ، ج 2 ، ص 156 ، رقم 3528 _ 3529 / ورواه النسائي في سننه ، كتاب البيوع ، رقم : 4449 _ 4450 / ورواه ابن ماجه في سننه ، كتاب التجارات ، باب ما للرجل من مال ولده ، ج 1 ، ص 720 ، رقم 2290 / وأخرجه الإمام أحمد في مسنده ، مسند السيدة عائشة ، رقم 25351 .

(4) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 281 _ 282 / ابن قدامة ، الكافي ، ج 4 ، ص 91 / البهوتي ، كشف القناع ، ج 6 ، ص 141 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 281

ذلك سرقة الأصول من الفروع فقط ؛ فلا قطع عند مالك على الجدة والجدة لأب أو لأم والأب و الأم إذا سرقوا من أحفادهم أو أبنائهم ، لكن إذا سرق الفروع من الأصول قطعوا بسرقتهم ؛ فلا يعني مالك من القطع للقرابة إلا الأصول لقوله ﷺ " أنت ومالك لأبيك " (1) .

د/ : الظاهرية : أما أهل الظاهر فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا يسقطون القطع للقرابة ويرون أن حديث الرسول ﷺ " أنت ومالك لأبيك " منسوخ بآيات المواريث (2) .

تاسعاً : السرقة بين الزوجين : ذهب المالكية إلى قطع أحد الزوجين إذا سرق من الآخر وكان المال محرراً عنه في مكان مغلق ، بينما يرى أبو حنيفة أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر بحال ؛ لأن كلاً من الزوجين مأذون له بدخول منزل صاحبه وهذا يوجب خللاً في الحرز (3)

أما الشافعية فلهم ثلاثة آراء : أحدهما كراي مالك والثاني كراي أبي حنيفة ، والثالث يرى أصحابه قطع الزوج إذا سرق مالا محرراً عنه من مال زوجته ، ولا يرون قطع الزوجة إذا سرق ما حزر عنها من مال الزوج لشبهة الاستحقاق وليس الزوج كذلك ، والرأي الأول هو الراجح في المذهب (4) .

أما الحنابلة فلهم رأيان في المسألة ، أحدهما كراي مالك ، وثانيهما كراي أبي حنيفة (5) .

أما الظاهريون فيرون القطع على كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه ما لم يبح له أخذه ، سواء كان محرراً عنه ، أو غير محرز ؛ لأنهم لا يعترفون بالحرز ، إلا إذا كان المأخوذ مباحاً أخذه فلا قطع ، كنفقة الزوجة من طعام وكسوة (6) .

وسأوقف هنا ؛ لأن هذه المسألة ستناقش بالتفصيل إن شاء الله عند الكلام عن شبهة الاستحقاق .

(1) الحديث سبق تخريجه في الصفحة السابقة / شرح الزرقاني، ج 8 ، ص 98 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 577

(2) المحلى ، ج 12 ، ص 335 _ 339 .

(3) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 75 / شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 100 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 577

(4) المهذب ، ج 2 ، ص 281 _ 282 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 335 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 445 .

(5) المغني ، ج 10 ، ص 282 .

(6) المحلى ، ج 12 ، ص 341 _ 342 .

الفرع الثاني

أثر الإذن في جريمة السرقة في قانون العقوبات الجزائري

إنّ قانون العقوبات الجزائري لم يشترط أن تكون السرقة من حوز ، كما سبق وأن وضّحت أثناء الكلام عن الحوز ، إلّا إذا كان مكان السرقة مأذوناً بدخوله إذناً خاصاً ، أو كان السّارق يتمتّع بحقّ من حقوق الانتفاع كالمستأجر مثلاً ؛ وتمت السرقة من حوز خارج عن محلّ الإذن وعن محلّ الحقّ المخوّل .

هذا وإنّ الإذن الذي يعطيه صاحب المنزل لمن يدخل منزله من ضيف ، أو خادم ، أو غيرهما ، وكذا الإذن الذي يتحصّل عليه من يدخل المحلات التجارية العامّة ، من فنادق ومطاعم ، والإذن بدخول الحمّام وأماكن العبادة وغيرها ، لا يدلّ على رضا المالك عن التصرف في الشيء المملوك له بصورة مطلقة ؛ لأنّ الإذن كان بقدر الحاجة المطلوبة ، والضرورة الملحة فقط ، والسّارق في مثل هذه الأحوال قد يدرج قانوناً ضمن الظروف المشدّدة ، نظراً للثقة الممنوحة من طرف المالك

والقانون تناول هذه المسائل ضمن مسألة : التسليم ينفي الاختلاس ، والتسليم هنا يتضمّن الإذن ؛ فإذا سلّم صاحب المنزل المفاتيح لشخص معيّن حتّى يتمكّن من الدّخول إلى المنزل ويستخدم أغراضه كان ذلك بمثابة إذناً منه بالدّخول وهكذا ، لهذا سيتمّ التعبير عن الإذن في بعض المسائل بالتسليم ؛ وبناء عليه سأبين حكم المسائل التي تتعلّق بهذا الفرع وما شابهها في قانون العقوبات الجزائري في الفقرتين الآتيتين ، ومنها يتبيّن هل الإذن ينفي الاختلاس دائماً ؟ :

الفقرة الأولى : السرقة التي تقع من الخدم والضيّف والمنفعين ومن المحلات التجارية قانوناً :

سأتناول في هذه الفقرة مسألة السرقة التي تقع من الخدم والضيّف والمستخدمين والصّناع ، وكذا السرقة من المحلات التجارية العامّة ودور العبادة ، وكذا حكم السّارق إذا كان له حقّ الانتفاع بالشيء ، وذلك فيمايلي :

الأول : السرقة التي تقع من الخدم والضيّف والمستخدمين والصّناع : عيّنت الفقرة السّابعة من

المادّة 353 من قانون العقوبات الجزائري ، طوائف السّارقين الذين تشدّد عليهم العقوبة لصفة خاصّة بقولها : " إذا كان الفاعل خادماً ، أو مستخدماً بأجر حتّى ولو وقعت السرقة ضدّ من لا يستخدمونه لكنّها وقعت سواء في منزل مخدومه أو المنزل الذي كان يصحبه فيه ، أو إذا كان

السَّارِقَ عاملاً أو عاملاً تحت التدريب في منزل مخدومه أو مصنعه أو مخزنه أو إذا كان يعمل عادةً في المسكن الذي ارتكبت فيه السرقة⁽¹⁾ .

والهدف من التشديد على هؤلاء الأشخاص ، أنهم يتسلمون بحكم أعمالهم منقولات وأموال مما يسهل لهم سرقتها ، إذا ما تخلّوا عن واجب الأمانة التي تتطلبها الثقة التي يضعها فيهم الغير⁽²⁾ .

والخدم بالأجرة هم الأشخاص القائمون بخدمة شخص المخدم ، أو قضاء حاجياته مقابل أجرة يحصلون عليها منه ، مثل البواب ، والطباخ ، السائق ، الخدام ، الموضع ، ومربية الأطفال ، ويجب أن يكون الخادم متفرغاً ومنتظماً لخدمة المخدم ، أما إذا كان يؤدي له خدمات متقطعة من وقت لآخر ، كالبستاني الذي يمر في الأسبوع ساعة ، أو الغسالة التي تعمل مرة كل أسبوع ، فلا تنطبق عليهم نصوص التشديد .

وقد سوى القانون بين الخدم المستخدمين ، والصناع ، والعمال تحت التدريب وهم من يشتغلون عند الغير نظير راتب أو أجرة ، ولكنهم بحكم عملهم لا يعتبرون خدماً⁽³⁾ ومن هذا القليل حكم الضيف ، أو الشخص الذي يتزل في عائلة ويستخدم ما بالمتزل من أمتعة وأدوات في منفعه ، فإنه يعدّ سارقاً إذا اختلس شيئاً منها ؛ لأنّ يده عليها يد عارضة رغم وضعها تحت تصرفه ، ولا تزال حيازتها باقية لصاحب المتزل⁽⁴⁾ .

أما إذا تنازل صاحب المتزل عن شقته لأحد الضيوف ، وسلمها له للانتفاع بها في فترة معينة ، فإنه يكون قد نقل إليه الحيازة الناقصة للأمتعة ؛ فإن اختلسها الضيف اعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة لا السرقة⁽⁵⁾ .

ثانياً : السرقة من المحلات التجارية العامة ودور العبادة : من الحالات المألوفة في التسليم لتمكين

(1) قانون العقوبات الجزائري ، ص 102 .

(2) شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص : 134 / جريمة السرقة ، ص : 134 / الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 196 .

(3) المراجع السابقة ، الصفحات نفسها .

(4) جندي عبد المالك ، الموسوعة الجنائية ط (1976 م) ، ج 4 ، ص 197 / شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 120 / جريمة السرقة ، ص 16 .

(5) جريمة السرقة ، ص 17 .

اليد العارضة ، التسليم الذي يتم في المحلات التجارية العامة ، فصاحب الفندق يسلم التزلاء منقولات شتى ، وصاحب المقهى والمطعم يسلم الرواد مثلها ؛ فاختلاس أي شيء من هذه المنقولات يعتبر جريمة سرقة وليس خيانة أمانة ؛ لأن التسليم هنا كان مجرد استعمال هذه الأشياء لفترة زمنية ثم إعادتها ثانية بعد ذلك ، وكل هذا يتم تحت رقابة وإشراف صاحبها ، أو بالقرب منه بما يحول دون القول بحصول عقد ودیعة أو عارية استعمال أو نحوهما بين الطرفين ، ولكن يختلف الأمر إذا تم تسليم المنقول لاستعماله دون أي نوع من أنواع الرقابة والإشراف من قبل المسلم ، وكانت الرابطة محكمة بعقد الأمانة ؛ فتكون خيانة وليست سرقة (1) .

أما المحلات المعدة للعبادة ، وهي كل مكان مخصص لإقامة الشعائر الدينية ، كالجامع والمسجد والزوايا والكنائس والمعابد ... ؛ فالسرقة منها تعتبر في القانون الوضعي من الظروف المشددة ، والحكمة من تشديد العقاب في هذه الحالة ؛ كون أماكن العبادة ذات حرمة دينية خاصة ، لا يصح أن تدنس أو تنتهك بارتكاب الجرائم ، ولا يشترط أن يكون الشيء المسروق من متعلقات هذا المحل ، أو يكون الجاني من القائمين على شؤونه ؛ بل يستوي أن تقع السرقة وقت إقامة الشعائر الدينية ، أو غيرها (2) .

إلا أنني لم أجد تصريحاً في قانون العقوبات الجزائري يتعلق بالسرقة من الأماكن المعدة للعبادة ، ولعله ألحق ذلك بالمحلات العامة المفتوحة للجمهور ، أو بالمكان المسكون ، وفي كلتا الحالتين تكون الظروف مشددة ، والله أعلم .

ثالثاً : حكم السارق إذا كان له حق الانتفاع بالشيء : إذا استلم شخص المنقول لاستعماله دون أي نوع من أنواع الرقابة والإشراف من قبل المسلم ، وكانت الرابطة محكمة بعقد أمانة كالوديعة ، والإيجار ، أو عارية الاستعمال بحسب الظروف ، فهنا تعتبر الواقعة خيانة أمانة ، وتبديد الشيء يعتبر خيانة للأمانة وليس سرقة ، فتسليم شقة مفروشة إلى مستأجر بمقتضى عقد إيجار ، يعتبر عقد أمانة ينتهي معه قيام أي نوع من أنواع الرقابة والإشراف من جانب المالك ، والواقعة تعتبر خيانة أمانة (3) .

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 120 .

(2) الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 262 / جريمة السرقة ، ص 124 .

(3) شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 120 .

وقد يؤجر شخص مسكناً مفروشا ويحتفظ بمفتاح حجرة ، أو مكتب يضع فيه حاجياته الخصوصيّة ويغلقه ، فإذا فتح المستأجر ذلك الحرز واغتال الأمتعة التي يحتويها ؛ فإنه يعتبر سارقاً لا خائناً للأمانة ؛ لأنّ غلق الحجرة ، أو المكتب وما يقتضيه هذا الغلق من منع فتحه من قبل المتسلم ، أو المستأجر يستفاد من ذلك أنّ صاحب الشيء حال مادياً بين يد المستأجر وبين ما فيهما من أشياء ، لم يرغب أن يأتمنه على ما بداخليهما ⁽¹⁾ .

أما بالنسبة لاختلاس الرّاهن الشيء المرهون ، فقد اعتبر قانون العقوبات الجزائري في المادة 364 في فقرتها الأخيرة في حكم جريمة السرقة " أنّ اختلاس الأشياء المنقولة المرهونة لضمان دين على صاحب هذه المنقولات ، فيعاقب الجاني وكلّ من زوجه أو فروعه أو أصوله عن الجريمة ، أو الشروع فيها بالعقوبة نفسها ، وهي الحبس من سنة إلى خمس سنوات ، والغرامة من 500 د إلى 5000 د " ⁽²⁾ .

(الفقرة الثّانية : السرقة من المكان المسكون والتي تقع بين الأقارب : أتناول في هذه الفقرة مسألتين؛ الأولى تتعلق بالسرقة من المكان المسكون أو المعدّ للسكنى، والثّانية تتعلق بالسرقة التي تقع بين الأقارب .

أولاً : السرقة من المكان المسكون أو المعدّ للسكنى : عرّفت المادة 355 من قانون العقوبات الجزائري المكان المسكون بقولها : " يعدّ متراً مسكوناً كلّ مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقلاً متى كان معدّاً للسكنى وإن لم يكن مسكوناً وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتّى ولو كانت محاطة بسيّاح خاصّ داخل السيّاح أو السور العمومي " ⁽³⁾ .

إذن فالمكان المسكون هو المكان الذي يسكنه النّاس بالفعل ، وأهمّ مظاهر هذه السّكنى تناول الطّعام والخلود للراحة والنّوم فيه ليلاً ، ولا يشترط في هذا المكان أن يكون بناءً ؛ بل يصحّ أن يكون مصنوعاً من الخشب ، أو من الخيام ، كما يصحّ أن يكون ثابتاً أو متنقلاً ، وعلى ذلك فقد يكون المكان المسكون متراً ، أو فندقاً ، أو مستشفى ، أو مدرسة ، إذا كان بها

(1) المرجع السّبق ، ص 120 _ 121 .

(2) قانون العقوبات الجزائري ، ص 105 .

(3) قانون العقوبات الجزائري ، ص 103 .

قسم داخلي، أو كان يبيت بها بعض الفرّاشين للحراسة ، أو خيام مضرّوبة ، أو أكشاك متنقّلة ، أو عربات التّوم بالسكّة الحديدية ، ولا يشترط في المكان المسكون أن يكون مخصّصاً أصلاً للسكنى ؛ بل يكفي أن تتوافر فيه مظاهر السكنى ، وأن يكون مسكوناً فعلاً ، أي يكون به أناسٌ يقيمون به، ويبيتون فيه ، وبناءً عليه لا تعتبر التّوادي ودور السيّما ، والأسواق والمقاهي ، ودور الحكومة، ودور الصّناعة ، ومحال التّجارة ، وما أشبه ذلك مكاناً مسكوناً ؛ إلّا إذا كان يبيت فيها شخص ، أو أكثر لحراستها ، كبوّاب مثلاً⁽¹⁾ .

أمّا الأماكن المعدة للسكنى ، فيدخل فيها عدا ما تقدّم المكان المخصّص للسكنى ، ولو كان أهله متغيّبين عنه ، كأماكن الاصطياف أو المساكن التي غادرها أصحابها أثناء سفرهم في الخارج، ولا يشترط في هذه الأماكن أن تكون مسكونة فعلاً وقت السرقة⁽²⁾ .

فالسارق من هذه الأماكن تشدّد عليه العقوبة ، والتشديد يشمل أيضاً ملحقاتها كما حدّدته المادّة 353 السابقة الذّكر ، وهي الحديقة ، والمخزن ، والمستودع ، وغرف الغسيل ، وحظائر الطّيور ، والإسطبل ، والمطبخ ، وغيرها ، واشترطت المادّة 353 من قانون العقوبات الجزائري أن تكون الملحقات تابعة ومتصلة بالمسكن ، وأن يضمّها مع المنزل سور واحد ، وإلّا اعتبرت منفصلة عنه ، ولا أهميّة لسبب دخول الجاني إلى المكان ؛ فيتحقّق الظّرف المشدّد ، ولو وقعت السرقة من خادم أو ضيف مقيم فيه⁽³⁾ .

والحكمة من اعتبار صفة المكان في هذه الحالة ظرفاً مشدّداً ، هو كون السرقة منها انتهاكاً لحرمة المسكن ، وفيه انعدام للطّمأنينة التي يرغب فيها أي إنسان تحت سقف بيته⁽⁴⁾ .

ويستوجب المقام هنا الإشارة إلى الملاحظات الآتية :⁽⁵⁾

1/ لا يشترط في السرقة من المكان المسكون ، أو المعدّ للسكنى ، أو ملحقاته وجود شخص في

(1) جريمة السرقة ، ص 123 / الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 258 _ 259 _ 260 . / شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 134 .

(2) جريمة السرقة ، ص 123 / شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 134 / الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 261 .

(3) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 133 _ 134 / جريمة السرقة ، ص 123 / الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 261 .

(4) جريمة السرقة ، ص 124 .

(5) المرجع السابق ، الصّفحة نفسها .

هذا المكان وقت السرقة .

2/ لا يشترط في الشيء المسروق أن يكون من الأشياء التي يحوزها أو يملكها صاحب المسكن ، فقد تكون هذه الأشياء مملوكة لشخص آخر أجنبي عنه ، كالضييف أو الخادم .

3/ يتوافر الظرف المشدد ، إذا وقعت السرقة على أشياء ملحقة بالبناء نفسه ، كالشبابيك ، أو ألواح الزجاج ، أو قضبان الحديد .

4/ لا يشترط أن تقع السرقة بطريق الدخول غير المشروع ، فيجوز أن يكون السارق قد دخل بطريق مشروع ، أو بإذن من صاحب المنزل ، ثم سرق بعد ذلك ؛ بل يصح أن يكون السارق مقيماً بالمنزل كالخادم أو الضيف ، لكن يشترط ألا يكون السارق هو صاحب المنزل ، فإذا سرق شيئاً من ضيفه فلا تعد السرقة مقترنة بالظرف المشدد ؛ لانعدام حكمة التشديد في هذه الحالة .

ثانياً : السرقة التي تقع بين الأقارب : نصت المادة 368 من قانون العقوبات الجزائري على عدم العقاب في حالة السرقات التي تقع بين الأصول والفروع ، وبين الزوجين ، ويبقى لهم الحق في التعويض .

كما نصت المادة 369 من قانون الإجراءات الجزائية على أن الإجراءات الجزائية تتخذ بناء على شكوى الشخص المتضرر ، وتتوقف عند التنازل في حالة السرقات التي تقع بين الأقارب ، والحواشي ، والأصهار حتى الدرجة الرابعة ⁽¹⁾ .

ومن المادة 368 نستنتج مايلي ⁽²⁾ :

1/ عدم العقاب : أي أن المسؤولية الجنائية لا تتحقق في مثل هذه السرقات ، سواء كانت جنائية ، أو جنحة لأن النص عام ، ولا يحدد ماهية السرقات .

2/ إذا سقط الحق الجنائي في العقاب ، فلا يسقط الحق بالتعويض المدني ، وبناء عليه إذا رفع المضرور الدعوى ، فإنه يستفيد من الحق المدني .

3/ إن النص صريح على أن الذين لا يعاقبون هم : الأصول والفروع وأحد الزوجين ، أما فيما عدا ذلك فليس مشمولاً بهذا الاستثناء .

(1) قانون العقوبات الجزائري ، ص 106 / المصدر السابق ، ص 107 .

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 236 .

أمّا إذا وقعت السرقة داخل الأسرة من غير الأشخاص الذين أشير لهم سابقاً _ أي بين الحواشي ، والأصهار للدرجة الرابعة _ فإنّ التّيابة العامّة لا تتحرّك إلّا بناء على شكوى الشخص المضرور ، كما ورد في المادّة 369 المذكورة سابقاً ، وله الحقّ في التنازل عن الدّعوى في أيّة مرحلة كانت ، والحكمة من ذلك هو المحافظة على كيان الأسرة ، وروابط العائلة ، وأمّا إذا رفع المضرور الشكوى واستمرّ فيها دون التنازل ؛ فإنّ الجاني يكون في هذه الحالة مسؤولاً جنائياً ومدنياً بدون استثناء ؛ إذ يقتصر حق المضرور على رفع الدّعوى ، أو عدها ، أو التنازل عنها .

نستنتج من كلّ ما سبق مايلي :

1/ أنّه لا يشترط الحرز لتحقيق جريمة السرقة في قانون العقوبات الجزائري ، إلّا إذا كان المكان مأذوناً فيه إذناً خاصّاً فيشترط ذلك ، أو عند استعمال حقّ من حقوق الانتفاع فيستثنى حرزاً خاصّاً عن الحقّ المخوّل ، على خلاف التشريع الجنائي الإسلامي الذي اشترط أن تكون السرقة من حرز ، عدا أهل الظاهر .

2/ السرقة من المنزل أو المكان المسكون أو المعدّ للسكنى في قانون العقوبات الجزائري تعتبر سرقة ذات ظرف مشدّد ، سواء كان هناك إذناً بالدخول أم لا ، أمّا في التشريع الجنائي الإسلامي ففيه تفصيل :

إذ ليس هناك جريمة سرقة إذا كان فيه إذن بالدخول عند أبي حنيفة مطلقاً وكذا عند الشافعية والحنابلة إذا كان المنزل خارج العمران ، أمّا إذا كان المنزل داخل العمران فيشترط وجود حافظ ، وبهذا يقطع إذا سرق من خزائن مغلقة ، وعلى هذا الرأي الإمام مالك لكن مطلقاً، سواء كان المنزل خارج العمران أو داخل العمران وفي رأي آخر له لا قطع حتّى ولو كان من خزائن مغلقة .

بهذا لا قطع في السرقة من المنزل والمكان المسكون في التشريع الجنائي الإسلامي ؛ بل لا يعتبر الفعل جريمة مطلقاً عند البعض ، أو يعتبر جريمة بشرط وجود الحافظ ، أو كونها من خزائن مغلقة ، وهنا يظهر البون الواسع بين التشريعين ؛ حيث تشدّد العقوبة في قانون العقوبات الجزائري نظراً لحُرمة المسكن ، وبغية توفير الطّمانينة للسّكان ؛ وفي التشريع الجنائي الإسلامي نجد أنّ الحد يدرأ لعدم تحقّق معنى الحرز في السرقة من هذه الأماكن فتكون العقوبة تعزيرية ؛ وبهذا التشريع

تتحقق الحكمة المقصودة في التشريع الوضعي من حرمة المسكن وتوفير الطمأنينة للسكان ، وفوق هذا تصان الأموال وتحفظ يد الفاعل .

3/ السرقة من المحلات التجارية العامة (الفنادق _ المطاعم) في قانون العقوبات الجزائري تعتبر ظرفاً مشدداً ، وبالتالي تكون العقوبة مشددة ؛ أما في التشريع الجنائي الإسلامي فلا قطع على السارق عند أبي حنيفة إلا إذا كان الفعل خارج وقت العمل ، وعند الجمهور يقطع الفاعل إذا وجد حارس وقت العمل وإلا فلا ، والحكم هنا يكاد يتفق في التشريعين ، ومهما كان الأمر فإن درأ العقوبة عند الأحناف إذا كانت السرقة وقت العمل يؤدي إلى إقامة التعزير على الفاعل ، وبالتالي تصان الأموال .

4/ تشدد العقوبة على الخدم والضيّف والمستخدمين والصنّاع في قانون العقوبات الجزائري ، أما في التشريع الجنائي الإسلامي ؛ فلا قطع على الخدم إذا سرقوا من أموال مخدوميهم ، كما أنّه لا قطع على الضيّف عند أبي حنيفة مطلقاً ، وعند الشافعي وأحمد ومالك لا قطع عليه إلا إذا سرق من مكان محرز عنه وعلى رأي عند مالك عدم القطع مطلقاً ؛ فالعقوبة تدرأ عن الخدم وتكاد تدرأ عن الضيّف في التشريع الجنائي الإسلامي هذا مقابل تشديدها في قانون العقوبات الجزائري ، إلا أنّ عدم إقامة الحد يستوجب إقامة التعزير لصيانة الأموال .

5/ السرقة من دور العبادة تلحق بالأماكن العامة أو المسكونة ، فيكون الظرف مشدداً ، أما في التشريع الجنائي الإسلامي ؛ فلا قطع على السارق منها إلا إذا كان بها حافظ ، أما الأشياء المكوّنة للمسجد فهناك من أوجب القطع في سرقتها ، وهناك من منع ذلك لأنّه وقف ؛ وفي حالة عدم القطع يعاقب الفاعل بالتعزير لصيانة للأموال وزجراً للفاعل .

6/ إذا كان السارق له حق الانتفاع بالحِرْز بموجب عقد أمانة كالوديعة والإيجار والعارية ، يعتبر الفعل في قانون العقوبات الجزائري خيانة أمانة وليس سرقة ؛ فيعاقب الفاعل بعقوبة أخرى ، أما الرّاهن إذا اختلس الشيء المرهون فيعتبر الفعل سرقة ، وفي التشريع الجنائي الإسلامي لا قطع على هؤلاء ، إلا على الرّاهن إذا سرق الشيء المرهون فعليه القطع ، أما المالك للحِرْز فلا إذن له وبالتالي يقطع إذا سرق من مال المستأجر والمستعير... الخ . فهناك اتفاق بين التشريعين في تجريم الفعل في هذه المسائل وعدم ذلك .

7/ أمّا السرقة بين الأقارب ، وكذا بين الزوجين فلا عقاب عليها في قانون العقوبات الجزائري ، أمّا داخل الأسرة بين الحواشي والأصهار للدرجة الرابعة ، فإنّ القانون يعاقب بناء على رفع الدّعى من طرف المضرور ، ويجوز فيها التنازل وإلا فلا ؛ أمّا في التشريع الجنائي الإسلامي نجد أنّه لا قطع على كلّ ذي رحم محرم ، والقطع على من سواهما عند الأحناف ، وعند الجمهور القطع باستثناء السرقة بين الفروع والأصول .

أمّا السرقة بين الزوجين فهناك من يدرأ فيها الحد مطلقاً كالأحناف ورأي عند أحمد والشافعي، وهناك من أوجب القطع إذا كان المال محرراً كمالك ورأي عند أحمد والشافعي ، وهناك رأي عند الشافعي يوجب القطع على الزوج دون الزوجة إذا كان المال محرراً ، أمّا أهل الظاهر فأوجبوا القطع مطلقاً في جميع الأحوال سواء القرابة أو الزوجية ؛ ولا يخفى هنا صلاح حكم الشريعة الإسلامية رغم الاختلاف الواقع بين الفقهاء ؛ إذ به تتحقّق حكمة صيانة وحفظ المال وزجر الفاعل ، وإلا عبث الأقارب والأزواج بأموال بعضهم البعض ، ومثل هذا كثير في حياة الناس خاصّة في الوقت الحاضر ؛ حيث قلّ الاهتمام وإعطاء الاعتبار لصلة الرّحم .

المطلب الثاني

حكم الإعانة على السرقة واستهلاك المسروق داخل الحرز شرعاً وقانوناً

إن جريمة السرقة قد ترتكب من طرف فاعلاً أصلياً أو أكثر ، وقد يكون معه شريك أو معين ، وهذا الشريك قد يعين الفاعل إعانة مادية تتعلق بفعل من الأفعال المكونة لجريمة السرقة ، وقد يعينه إعانة معنوية كدراً للخطر عنه بموجب حراسة أو إشارة ، وما إلى ذلك ... ، فما حكم هذا الشريك شرعاً وقانوناً ؟

ومن جهة أخرى إن السارق قد لا يخرج الشيء المسروق من الحرز ، بل يستهلكه داخله تحايلاً على القانون ، كأن يتلصق الشيء قبل الخروج من الحرز ثم يخرج به بعد ذلك ، أو يأكله داخله إذا كان طعاماً مثلاً وهكذا ، فما حكم هذا الفعل من ناحية الشرع والقانون ؟ وهل يلحق الفعل بالسرقة ؟ وبناءً عليه سيتم توضيح هذا المطلب من خلال فرعين ، الأول منهما لحكم الإعانة في السرقة شرعاً وقانوناً ، والثاني لحكم استهلاك المسروق داخل الحرز شرعاً وقانوناً .

الفرع الأول

حكم الإعانة على السرقة شرعاً وقانوناً

سأتناول في هذا الفرع حكم الإعانة على جريمة السرقة في التشريع الجنائي الإسلامي ، وكذا حكم تعدد الجناة والإعانة على السرقة في قانون العقوبات الجزائري ، على أن أفرد دراسة كل مسألة في فقرة خاصة .

الفقرة الأولى : حكم الإعانة على جريمة السرقة شرعاً : الأصل في القطع أنه لا يجري إلا على من باشر السرقة ، وأخرج المسروق من الحرز ، سواء كان الإخراج حملاً أو رمياً كما سبق بيانه أثناء الكلام عن الحرز ، لكن الكثير من الفقهاء خرجوا عن هذا الأصل سداً لذريعة الفساد وعصمة لأموال الناس ، فألحقوا المعين بالمباشر سواء كانت الإعانة مادية أو معنوية .

والمعين على إخراج المسروق في اصطلاح هؤلاء الفقهاء هو : من يعين السّارق على إخراج الشيء المسروق من الحرز ، سواء كانت الإعانة مادية أو معنوية ، وهم يلحقون المعين على السرقة بمن يباشر السرقة ويعطونه حكمه ؛ لأنّ السّارق وحده غالباً وإنّما يتعاون مع غيره ، فلو جعل القطع على المباشر وحده لانفتح باب السرقة ، وانسدّ باب القطع ⁽¹⁾ .

والفقهاء الذين يلحقون المعين بالمباشر قيّدوا هذه الإعانة بأن تكون فقط في إخراج الشيء المسروق من الحرز ؛ لأنّه يعتبر مخرجاً له أيضاً ، فإذا كانت الإعانة في غير ذلك كالاشتراك في التّقب ، أو كسر الباب ، أو فتحه بمفتاح مصطنع ، أو مساعدة على تلف الحائط للدّخول في الحرز ، أو مساعدة في حمل المسروقات بعد إخراجه من الحرز لم يقطع المعين ، ومثله لو اتفق إثنان على سرقة منزل وتعاون على نقب الحائط ، ثمّ دخل أحدهما وبقي الآخر في الخارج يرقب الطّريق وأخرج الدّاخل المسروقات من الحرز دون طلب الإعانة ، وبعد إخراجه تعاونوا على حملها ، فالقطع على الدّاخل وحده وعلى الخارج التّعزير ، لأنّه لا يعتبر معيناً على الإخراج ⁽²⁾ .

ومع أنّ الفقهاء متفقون على ما سبق ، إلّا أنّهم اختلفوا في الأفعال التي تعتبر إعانة ، وسوف أتعرّض لأقوال المذاهب في هذه المسألة .

أولاً : مذهب المالكية : الإعانة عند المالكية نوعان : ⁽³⁾

أ/ **الإعانة من خارج الحرز** : مثل أن يضع الدّاخل المتاع المسروق في وسط التّقب ، ويمدّ الخارج يده لأخذه ، فتجتمع أيديهما في التّقب بموضع لم يخرج الدّاخل من الحرز ، ولم يخرج الخارج من الحرز وإنّما هو بين بين ، فإذا تناول الخارج المتاع على هذا الوجه فهو معين على إخراجه ؛ لأنّ فعل كلّ منهما لم يستقلّ بإخراج المسروق ؛ ولأنّ فعل كلّ منهما جاء مصاحباً لفعل الآخر ، ومثل ذلك أن يربط الدّاخل المتاع بحبل يجرّه من في الخارج فإذا فعل فهو معين على الإخراج ، فالقاعدة إذن عند مالك أنّ الخارج يعتبر معيناً على الإخراج إذا كان فعل الدّاخل لا يجعله مستقلاً بالإخراج ، وإذا تصاحب فعلاهما في حال الإخراج .

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 66 .

(2) التّشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 532 .

(3) المدوّنة ، ج 6 ، ص 2858 - 2860 / شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 106 (نقلاً عن التّشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص

533) / مواهب الجليل ، ج 8 ، ص 424 .

ب/ الإعانة من داخل الحرز : تكون بالتعاون في حمل المسروق إلى خارج الحرز ، أو بالتعاون في حمله على أحد السارقين ، أو بعضهم ، أو في حمله على دابة ، وبشرط أن يكون هذا التعاون ضرورياً كأن يكون المسروق ثقیلاً ، فلا يستطيع إخراجه إلاّ كثيرون ، أو لا يستطيع حمله شخص واحد ، وفي هذه الحالة الحاملون جميعاً مباشرون للسرقه مادام أنّهم قد حملوه حتّى أخرجوه من الحرز ؛ فإن كانوا حملوه فوضعه على شخص منهم ، أو على دابة فالمباشر هو المخرج ، والباقون معينون فيقطعون كذلك مثل المباشر .

وإذا كان المسروق خفيفاً فحمله واحد ، فخرج به وهم معه ، أو أعانوه على حمله وهو يستطيع حمله دون إعانة كالثوب والصرة فلا إعانة ؛ لأنّ التعاون على الإخراج ليس ضرورياً ، ولا قطع إلاّ على من حمل المسروق فأخرجه ، وإذا أخرج كلّ منهم شيئاً يحمله فهم مباشرون جميعاً ، ولا يقطع إلاّ من أخرجه نصاباً ، ويعزّر من أخرج دون النصاب .

ولا يعتبر معيناً من يدخل الحرز أو يبقى في خارجه ، دون أن يأتي عملاً مادياً يشترك به في الإخراج ؛ فمن وقف داخل الحرز ليحمي حامل المسروقات ، أو ليمنع السكّان من الحركة أو الغوث ، أو ليرشد اللصوص على مكان التّقود ؛ فإنّه لا يعتبر مباشراً ولا معيناً فلا قطع عليه عند مالك ، وإنّما عليه التعزير ⁽¹⁾ .

ثانياً : مذهب الأحناف : المعين في مذهب أبي حنيفة هو من دخل الحرز مطلقاً ، سواء أتى عملاً مادياً عاون به على إخراج المسروقات ، كأن وضعها على ظهر آخر فأخرجها الآخر ، أو أتى عملاً معنوياً يساعد على إخراج المسروقات من الحرز ، كوقوفه للحراسة ، أو لمنع الغوث ، أو للإشراف على نقل المسروقات من الحرز ، ويعتبر مجرد وجوده داخل الحرز إعانة معنوية على إخراج المسروقات من الحرز ، ولو كانت الحالة لا تقتضي وجود معين ⁽²⁾ .

فالشّرط عند أبي حنيفة لاعتبار الشخص معيناً هو أن يدخل الحرز ، فإن لم يدخل الحرز فلا يعتبر معيناً حتّى ولو ساعد على إخراج المسروقات من الحرز ، وذلك تطبيقاً لنظرية الهتك المتكامل ⁽³⁾ فلا اعتبار عند أبي حنيفة للإعانة من خارج الحرز . هذا والإعانة لا يجب فيها القطع

(1) المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 2856 / شرح الزّرّقاني ، ج 8 ، ص 96 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 534)

(2) فتح القدير ، ج 4 ، ص 244 / بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 66 .

(3) نظرية الهتك المتكامل : يرى أبو حنيفة أنّ هتك الحرز هتكاً متكاملاً شرط لتكامل الجناية ولا يتصور الهتك فيما يمكن الدّخول

عند أبي حنيفة ، إلا إذا خصّ كلّ مباشر وكلّ معين نصاباً فإذا كانت قيمة ما أخرج لا تكفي ليصيب كلّ منهم نصاباً ؛ فلا قطع وإنما التعزير ⁽¹⁾ .

وإذا اشترك في السرقة إثنان فدخل أحدهما الحرز وبقي الثاني في خارجه وناول الدّاخل للخارج المسروق من وراء الجدار أو من فتحة الباب أو من نقب في الحائط فيرى أبوحنيفة أنّ الأخذ غير تامّ بالنسبة للدّاخل والخارج معاً فأما بالنسبة للدّاخل فلأنه وإن كان قد أخرج المتاع بفعله من الحرز ومن حيازة المجنى عليه إلا أنّ المتاع لم يدخل في حيازة الدّاخل وإنّما دخل في حيازة زميله الذي كان في الخارج من ثمّ فالأخذ غير تامّ بالنسبة للدّاخل ، ورأي أبي حنيفة في هذه المسألة تطبيق لنظرية اليد المعترضة التي سبق بيّنها ، أمّا بالنسبة للخارج فإن كان المسروق قد دخل في حيازته فإنّه لم يخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه ، ومن ثمّ كانت شروط الأخذ غير تامّة بالنسبة له ⁽²⁾ . ويخالف أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، فيعتبران الأخذ تاماً بالنسبة للدّاخل ؛ إذ يريان أنّ المتاع المسروق يدخل في حيازة الدّاخل الذي أقام زميله الخارج مقامه بتسليم المسروقات إليه .

هذا في حالة ما إذا أخرج الدّاخل يده بالمسروقات إلى خارج الحرز فناولها زميله الخارج ، أمّا إذا أدخل الخارج يده في الحرز فأخذ المتاع المسروق من يد زميله الموجود داخل الحرز ؛ فالأخذ غير تامّ أيضاً عند أبي حنيفة بالنسبة لأيهما ، فأما الخارج فلأنّه لم يدخل الحرز فيهلكه هتكاً متكاملاً ، وهذا تطبيق لنظرية الهتك المتكامل ، وأمّا الدّاخل فلأنّه لم يخرج المسروق من الحرز ⁽³⁾ .

والحكم نفسه إذا ما وضع الدّاخل المسروقات في وسط النّقب ، فمدّ الخارج يده لأخذها بحيث اجتمعت أيديهما في النّقب ، وفي هذه الحالة أيضاً يخالف أبو يوسف ومحمد أبا حنيفة ، بحيث يريان أنّ الأخذ تاماً بالنسبة للخارج ؛ لأنّه أخرج المتاع المسروق من الحرز ومن حيازة

=

منه إلا بالدّخول فعلاً ، أمّا مثل الصندوق والغرارة فلا يمكن الدّخول فيهما فالأخذ التّام منهما باليد دون الدّخول يعتبر هتكاً متكاملاً (انظر بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 66) ولكن الأئمة الثلاثة وأبو يوسف يرون الأخذ تاماً سواء دخل السّارق الحرز أو لم يدخله لأنّ ركن السرقة الأخذ من الحرز وليس دخول الحرز فكلاً أمكن الأخذ من الحرز دون دخوله فهو أخذ تامّ (المهذّب ج 2 ، ص 279 / المغني ، ج 10 ، ص 255 - 256 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 245 / مواهب الجليل ، ج 8 ، ص 418)

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 78 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 225 .

(2) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 65 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 243 .

(3) المراجع نفسها ، الصّفحات نفسها .

الجنى عليه ، وأدخله في حيازة نفسه ؛ ولأنّ ركن السرقة هو الأخذ وقد أخذ المسروق ، وليس ركن السرقة الدخول في الحرز .

وإن دخل أحدهما إلى الدار فربط المسروقات بحبل ، وكان طرف الحبل مع آخر في الخارج ، فجرّ المسروقات حتّى أخرجها من الحرز ؛ فالأخذ غير تامّ للخارج والداخل تطبيقاً لنظريتي اهتك المتكامل واليد المعترضة ، وعند أبي يوسف يعتبر الأخذ تامّ بالنسبة للخارج ⁽¹⁾ .

أمّا إذا دخلا معاً في الحرز ، فصعد أحدهما إلى سطح المنزل ، وجمع الثاني المتاع المسروق ، فربطه بحبل ، فجرّهُ على السطح ، وألقى به إلى الخارج ؛ فالأخذ تامّ بالنسبة لكليهما ⁽²⁾ .

ثالثاً : مذهب الحنابلة : الإعانة عند أحمد نوعان أيضاً: إعانة من داخل الحرز ، وإعانة من خارج الحرز ؛ وبهذا يتفق الإمام أحمد مع الإمام مالك في اعتبار التوعين ، ويختلف مع أبي حنيفة في عدم اعتبار الإعانة من خارج الحرز . كما أنّه يتفق تماماً مع الإمام مالك في كفيّة الإعانة من داخل الحرز ، ويختلف عنه في كفيّة الإعانة من الخارج ، ويتفق تماماً مع أبي حنيفة في كفيّة الإعانة من داخل الحرز ؛ بحيث كلّ من دخل الحرز يعتبر معيناً عند الإمام أحمد ، سواء كانت الإعانة ماديّة (الحمل) أم معنويّة (منع الغوث) وحتّى لو لم يأتي عملاً ما

وحكم المعين عند الإمام أحمد هو حكم المباشر _ أي القطع _ بشرط أن تبلغ قيمة ما أخرج نصاباً واحداً .

وفي حالة اشتراك جماعة في السرقة ، يكفي أن يبلغ كلّ ما أخرجوه من الحرز نصاباً واحداً ليقطعوا به هم ومن أعانواهم على الإخراج ، سواء من الدّاخل أو من الخارج ، وفي هذه التّقطة خاصّة يخالف الإمام أحمد مذهب مالك وأبي حنيفة ⁽³⁾ .

وإذا اشترك في السرقة إثنان ، فدخل أحدهما الحرز وبقي الثاني في خارجه ، وناول الدّاخل للخارج المسروق من وراء الجدار ، أو من فتحة الباب ، أو من نقب في الحائط ؛ فالأخذ تاماً بالنسبة للدّاخل دون الخارج لأنّ المتاع المسروق يدخل في حيازة الدّاخل الذي أقام زميله

(1) المراجع السابقة ، الصّفحات نفسها .

(2) المراجع السابقة ، الصّفحات نفسها .

(3) المغني ، ج 10 ، ص 289 _ 290 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 133 .

في الخارج مقامه بتسليم المسروقات إليه ، هذا إذا لم يدخل الخارج يده في الحرز ، أمّا إذا أدخل يده في الحرز فأخذ المتاع المسروق من يد زميله الموجود داخل الحرز ، فالأخذ يعتبر تاماً بالنسبة للخارج ؛ لأنّه أخرج المتاع المسروق من الحرز ومن حيازة المجنى عليه ، وأدخله في حيازة نفسه ، كما أنّ ركن السرقة وهو الأخذ قد توفّر ، وليس ركن السرقة هو الدخول في الحرز⁽¹⁾ .

رابعاً : مذهب الشافعية : أمّا الشافعية فلا يعترفون بالإعانة لا من داخل الحرز ولا من خارج الحرز ، فالمعين في جميع الأحوال عليه التعزير ولا قطع عليه ، أمّا المشتركين في السرقة فعليهم القطع عند الشافعي بشرطين⁽²⁾ :

- 1/ أن يشترك الجميع في إخراج المسروق من الحرز ، كأن يكون المسروق ثقيلًا ، أو يحمل كلّ منهم شيئاً إذا كانت الأشياء متعدّدة ، فمن أخرج منهم شيئاً خارج الحرز فهو سارق .
- 2/ أن يكون الشيء المسروق في مجموعته يكفي لأن يصيب كلّ من السارقين نصيباً بغضّ النظر عما يخرج منه ، فقد يخرج أحدهم نصيباً أو أكثر ، وقد يخرج أقلّ من نصيب .

وعليه إذا اشترك في السرقة إثنان ، فدخل أحدهما الحرز وبقي الثاني في خارجه ، وناول الدّاخل للخارج المسروق من وراء الجدار ، أو من فتحة الباب ، أو من ثقب في الحائط ؛ فالأخذ تاماً بالنسبة للدّاخل ؛ لأنّ المتاع المسروق يدخل في حيازة الدّاخل إذ الخارج أقام مقامه ، هذا في حالة كون الدّاخل أخرج يده بالمسروقات إلى خارج الحرز ، أمّا إذا كان الخارج هو الذي أدخل يده في الحرز فالأخذ يعتبر تاماً بالنسبة للخارج ؛ لأنّ ركن السرقة قد تمّ وهو الأخذ من الحرز⁽³⁾ .

وإذا وضع الدّاخل المسروقات في وسط الثقب ، فمدّ الخارج يده لأخذها ، بحيث اجتمعت أيديهما في الثقب بموضع لم يخرج الدّاخل من الحرز ولم يخرج الخارج من الحرز ، فتعاوننا على إخراجها وأخرجاه من الحرز ؛ فالأخذ غير تامّ عند الشافعي بالنسبة للدّاخل والخارج معاً ، لأنّ الدّاخل لم يخرج من تمام الحرز ، ولأنّ الخارج لم يأخذ من داخل الحرز⁽⁴⁾ .

(1) المغني ، ج 10 ، ص 292 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 134 .

(2) المهذّب ، ج 2 ، ص 277 - 280 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 442 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 347 .

(3) المهذّب ، ج 2 ، ص 280 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 347 .

(4) المهذّب ، ج 2 ، ص 280 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 347 .

وإن ربط الدّاخل المسروقات بحبل ، وكان طرف الحبل مع الخارج ، فجرّ المسروقات حتّى أخرجها من الحوز ؛ فالأخذ تامّ بالنسبة للخارج عند الشّافعي ، وليس تاماً بالنسبة للدّاخل (1) .

وإذا دخل معاً في الحوز ، فصعد أحدهما السّطح وجمع الثّاني المتاع وربطه بحبل ، ثمّ جرّه على السّطح وألقى به إلى الخارج ؛ فالأخذ غير تامّ عند الشّافعي ، إلّا بالنسبة لمن ألقى بالمتاع إلى الخارج (2) ؛ لأنّه هو المخرج للمتاع من الحوز .

والظاهر من أقوال الفقهاء ، أنّ المعين على الإخراج يعتبر فاعلاً أصلياً للسّرقه ، ويعاقب بالقطع كمباشر السّرقه ، أمّا الشّريك بالاتّفاق ، أو التّحريض ، أو المساعدة ، فلا قطع عليه وعليه التّعزير ما دام أنّه لا يعين على إخراج المسروق من الحوز ، والشّريك على أحد هذه الوجوه يسمّى في الشّريعة الإسلامية الشّريك بالتسبّب ، أمّا الفاعل الأصلي المشترك مع غيره فيسمّى الشّريك المباشر (3) .

وخلاصة القول في حكم الإعانة على الإخراج في المذاهب الأربعة : أنّ الإعانة إمّا أن تكون مادّية ، وإمّا أن تكون معنويّة ؛ فإذا كانت الإعانة مادّية ، ففيها القطع عند الشّافعيّة والحنفيّة إذا كانت من داخل الحوز ، وعند الحنابلة والمالكيّة سواء كانت من داخل الحوز أو من خارجه . أمّا إذا كانت الإعانة معنويّة ففيها القطع عند أحمد وأبو حنيفة إذا كانت من داخل الحوز ، أمّا إذا كانت من خارج الحوز ففيها التّعزير عندهما ، وعند الشّافعيّة والمالكيّة سواء كانت من داخل الحوز أم من خارجه .

(الفقرة الثّانية : حكم تعدّد الجناة والإعانة على السّرقه في قانون العقوبات الجزائري : نصّت المادّة 353 من قانون العقوبات الجزائري على أنّه " يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ، كلّ من ارتكب السّرقه مع توافر طرفين على الأقلّ من الطّروف الآتية : ومن بين الطّروف المذكورة ، ظرف ارتكاب السّرقه بواسطة شخص أو أكثر " (4) .

(1) روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 347 .

(2) روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 347 .

(3) التّشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 532 .

(4) قانون العقوبات الجزائري ، ص 102 .

فقانون العقوبات الجزائري شدد العقوبة على جريمة السرقة التي يرتكبها شخصان فأكثر نتيجة اتفاقهما الجنائي ، والحكمة من ذلك أن اجتماع عدة أشخاص في جريمة السرقة يسهل تنفيذ عملية السرقة من ناحية ، ويدل على خطورة إجرام الجناة وشدة بأسهم ، كما يدل على وجود تخطيط وتصميم وترتيب سابق لاقتراف الجريمة ، فالتص كان صريحاً في المادة 353 من قانون العقوبات الجزائري في تعدد الأشخاص شخصين فأكثر ⁽¹⁾ .

ويراد بالتعدد ارتكاب الجريمة بواسطة شخصين فأكثر ، ويتحقق هذا التعدد كلما ارتكب السرقة شخصان على الأقل بصفة فاعلين أصليين ، وكذلك يتحقق التعدد متى كان مع الفاعل الأصلي شريك أو أكثر اشتركوا معه في تنفيذ الجريمة ، وساعدوه في الأعمال المتممة لها ، سواء أكان ذلك بأدائهم عملاً إيجابياً ، أو على الأقل بحضورهم ، أو مراقبتهم ، كما تعتبر السرقة واقعة من شخصين إذا ارتكب شخص فعل السرقة بينما كان آخر متربصاً عند مكان الجريمة ليدير عنه خطر القبض عليه ، أو ليحمل معه المتاع المسروق ، ومثل أن يسرق شخص نقوداً للغير ، ويناوئها في الحال إلى شخص آخر كان يعاونه على إتمام هذه السرقة ⁽²⁾ .

أما إذا كان فعل الشريك قاصراً على التحريض ، أو الاتفاق ، أو إمداد الفاعل الأصلي بالأدوات اللازمة ، أو مساعدته بأيّة طريقة أخرى في الأعمال المجهّزة ، أو المسهّلة لارتكاب الجريمة ، فلا يعتبر ظرف التعدد موجوداً عندئذٍ ، ولا محلّ لتشديد العقاب لأنّ التنفيذ تمّ على يد شخص واحد ، كما أن الخطر الذي نظر إليه المشرّع ، وهو التآشي من حضور شخصين في محلّ الحادث ، لا يوجد في هذه الأحوال التي ترجع إلى اشتراك سابق ، أو لاحق لارتكاب الجريمة ⁽³⁾ .

وتعتبر السرقة واقعة من شخصين فأكثر ولو كان أحد السارقين أو بعضهم غير معروف ، أو حكم ببراءته لعدم ثبوت التهمة قبّله ؛ فبراءة أحد المتهمين لا يمنع من تطبيق هذه الفقرة على المتهم الثاني ، مادام قد ثبت مساعدة آخرين له في ارتكاب السرقة ⁽⁴⁾ .

ولا يكفي لإدانة شخص بصفته فاعلاً ، أو شريكاً في جريمة السرقة مجرد حضوره مع

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 130 / دروس في شرح قانون العقوبات

الجزائري، ص 226 / الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 266 / جريمة السرقة ، ص 130 .

(2) الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 266 / جريمة السرقة ، ص 130 .

(3) جريمة السرقة ، ص 130 / الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 267 .

(4) الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 267 .

غيرها وقت ارتكابها ، إلا إذا كانوا جميعاً متفقين على السرقة ، ويكفي قانوناً لاعتبار الشخص فاعلاً أصلياً في الجريمة أن يساهم فيما يفعل من الأفعال المكوّنة لها ، فإذا أسهم المتهم بنصيب في الأفعال المادية المكوّنة للجريمة ومنها معالجة فتح باب الشقة ، والدخول مع باقي المتهمين ، ومعهم أدوات فتح الخزائن ، فلا وجه لما يدّعيه المتهم من أن دوره لا يتعدى الاشتراك في الجريمة ؛ بل يعتبر هو أيضاً فاعلاً أصلياً⁽¹⁾ .

وبعد هذا العرض نستنتج أن تعدّد الجناة في جريمة السرقة ، يستلزم ثبوت المسؤولية الجنائية لكلّ جانٍ شرعاً وقانوناً ؛ فمن الناحية الشرعية يعاقب كلّ جانٍ بعقوبة القطع ، وفي قانون العقوبات الجزائي يعتبر الظرف مشدداً ، والعقوبة تكون على كلّ أشدّ كما تكون عليه لو وقعت الجريمة من جانٍ منفرد .

أمّا المعين أو الشريك ، فيلحق شرعاً بمن يباشر السرقة ويعطي حكمه سداً لذريعة الفساد بشرط أن تكون الإعانة تتعلق بإخراج الشيء من الخزانة ، وهناك من اعتبر دخول الخزانة كافياً سواء قدّم المعين عملاً مادياً أو معنوياً ، أو لم يساهم في الإخراج .

أمّا الإعانة من التّقب ، وكسر الباب ، وفتحه بمفتاح مصطنع ، أو تلف الحائط للدخول منه إلى الخزانة دون أن يدخل المعين ، أو المساعدة في حمل المسروقات بعد إخراجها من الخزانة ، أو مراقبة الطريق لمنع الخطر ؛ فالمعين أو الشريك في هذه الحالة ليس له حكم الفاعل الأصلي ؛ وعليه التعزير فقط .

بينما في قانون العقوبات الجزائي المعين أو الشريك الذي يقوم بمثل الإعانة المذكورة من نقب ، وفتح ، وحمل ، وحراسة حتّى ولو لم يدخل الخزانة ، فتحكمه حكم الفاعل الأصلي والظرف يكون مشدداً ، وعلى العموم فإنّ الشريعة الإسلامية العادلة تحاكم مثل هذا بعقوبة تعزيرية خاضعة لرأي الإمام ، وتكون أنجع لا محالة من تلك العقوبة المشددة التي فرضها القانون ؛ إذ لا يعقل أنّ إمام المسلمين سيخفف عنه العقاب في مثل هذا العمل الشنيع إذا سقط عن المعين القطع والله أعلم .

(1) عدلي خليل ، جريمة السرقة ، سنة 2006م ، دار الكتب القانونية _ مصر ، رقم الإيداع : 4291 ، ص 97 _ 98 .

الفرع الثاني

حكم استهلاك الشيء داخل الحرز شرعاً وقانوناً

إذا استهلك الجاني الشيء داخل الحرز ، هل يعتبر فعله سرقة في حكم الشرع ونظر القانون؟ معالجة هذه المسألة ستكون في الفقرتين الآتيتين : الأولى منها لحكم استهلاك الشيء داخل الحرز شرعاً ، والثاني منها لحكم استهلاك الشيء في مكانه ، طالما أن القانون لم يشترط الحرز .

(الفقرة الأولى) : حكم استهلاك الشيء داخل الحرز شرعاً : إنَّ السَّارق في بعض الحالات لا يُخرج الشيء من الحرز ؛ بل يستهلكه داخل الحرز تحايلاً وفراً من العقوبة كأن يبتلع الشيء وهو في الحرز ؛ خاصة إذا كان الشيء ثميناً كالجواهر وأمثالها ، وقد يأكله إذا كان طعاماً ، أو يتطيب به إذا كان طيباً وهكذا ؛ فهل يعتبر هذا الفاعل سارقاً ، أم متلفاً فقط ؟ هل يعاقب بالقطع أم بالتعزير ؟

إنَّ فقهاء المذاهب الذين يشترطون الإخراج من الحرز _ أي الفقهاء الأربعة _ فصلوا في هذه المسألة ، وفرّقوا بين ما يستهلك عن طريق الابتلاع والأكل ، وبين ما يستهلك ويتلف بطريقة أخرى .

فإذا استهلك الجاني الشيء أو أتلفه داخل الحرز ، فهو متلف للشيء وليس بسارق له ، وإذا خرج بشيء منه بعد إتلافه ، وكان ما أخرجه قد بلغ نصاباً بعد إتلافه فهو سارق ، وعقوبته القطع لا محالة وهو رأي الجمهور _ مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن _⁽¹⁾ .

إلا أنَّ أبا يوسف يرى أنَّه من أتلف الشيء داخل الحرز ، ثمَّ خرج بالمتلف وقيمه نصاباً ؛ فإنَّه لا يقطع _ أي يعزَّر _ ولأنَّه بالإتلاف ضمن قيمة الشيء ، والمضمونات تملَّك عند أداء الضَّمان ، أو إختياره من وقت الأخذ ، فلو ضمن السَّارق قيمة المسروقات لملكه من وقت الأخذ ، فلو قطع لقطع في ملك نفسه⁽²⁾ .

(1) المغني ، ج 10 ، ص 257 _ 258 / المهذب ، ج 2 ، ص 279 _ 280 / الكافي ، ج 4 ، ص 96 _ 97 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 348 / مواهب الجليل ، ج 8 ، ص 418 / شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 99 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 524 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 264 / بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 70 _ 71 .
(2) فتح القدير ، ج 4 ، ص 264 / بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 70 _ 71 _ 84 .

هذا إذا كان الإتلاف بغير الابتلاع ، أمّا إذا ابتلع الجاني المسروق داخل الحرز ، فقد فرّق الفقهاء بين ما يفسد بالابتلاع كالطّعام والشراب ، وما لا يفسد بالابتلاع كالجواهر والتّقود وغيرها ، فأما ما يفسد بالابتلاع فلا يعتبر ابتلاعه أخذاً _ أي سرقة _ وإتّما يعتبر إتلافاً ، ويعاقب عليه بعقوبة التعزير⁽¹⁾ .

وأما مالا يفسد بالابتلاع ففيه آراء :

1/ **الرأي الأول** : الابتلاع يعتبر استهلاكاً للشيء ، فهو إتلاف لا سرقة ، ومعنى هذا أنّ من ابتلع جوهرة وخرج بها من الحرز وهي في بطنه ، ثمّ خرجت من بطنه فإنّه لا يقطع _ أي يعزّر _ إلاّ أنّ هذا الرأي يمكن الأخذ به في حالة عدم خروج الشيء من جوف الجاني .

2/ **الرأي الثاني** : الابتلاع يعتبر أخذاً ، كما لو أخرج الشيء في وعاء ؛ ومعنى هذا أنّ من ابتلع جوهرة وخرج بها من الحرز وهي في بطنه ، ثمّ خرجت من بطنه فإنّه يقطع ، إلاّ أنّ هذا الرأي يمكن الأخذ به في حالة خروج المسروق من جوف الجاني ، وعلى هذا الرأي المالكيّة وبعض الشافعيّة⁽²⁾ .

3/ **الرأي الثالث** : يفرّق هذا الرأي بين خروج المسروق بعد ابتلاعه وعدم خروجه ، فمن ابتلع جوهرة في الحرز وخرج بها في جوفه ؛ فإن خرجت من جوفه فالفعل سرقة ، ويعاقب الجاني بالقطع ، وإن لم تخرج من جوفه فالفعل إتلاف ، ويعاقب الجاني عقوبة تعزيرية⁽³⁾ .

4/ **الرأي الرابع** : وهو للحنابلة ؛ فبعضهم يعتبر الفعل إتلافاً في كلّ حال ، وبعضهم يعتبره سرقة إذا خرج الشيء الذي ابتلع ، فإذا لم يخرج فهو إتلاف⁽⁴⁾ .

والذي يظهر لي أنّ الرّاجح هو الرأي الثالث _ أي رأي الشافعيّة _ وهو ما ذهب إليه بعض الحنابلة ؛ لأنّه رأي توفيق بين جميع الآراء ، فلا يعتبر الفعل سرقة مطلقاً ، ولا يعتبره إتلافاً مطلقاً _ والله أعلم _

وإذا استهلك الجاني أو ابتلع بعض الشيء ، ثمّ خرج ببعضه الباقي ؛ فهو متلف لما استهلك أو ابتلع إن كان يفسد بالابتلاع ، وسارق لما خرج به من الحرز إذا بلغ نصاباً ، وتمّت فيه

(1) عبد القادر عودة ، ج 2 ، ص 525

(2) شرح الزّرقي ج 8 ، ص 99 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 525 / المهذب ، ج 2 ، ص 279 _ 280 .

(3) المهذب ، ج 2 ، ص 279 _ 280 .

(4) المغني ، ج 10 ، ص 257 .

شروط الأخذ خفية ، طبعاً مع مراعاة وجوه الخلاف السابق ، وما خرج به بعد إتلافه ، أو ما أخرج من بطنه بعد ابتلاعه إذا لم يبلغ التّصاب ؛ فإنّه يُضمّ إلى البعض الآخر الذي سرق ، حتّى يحصل التّصاب ، ويقام الحدّ على السّارق — والله اعلم —

(الفقرة الثّانية : حكم استهلاك الشّيء في مكانه في قانون العقوبات الجزائري : إنّ الاختلاس ركن من أركان جريمة السرقة في قانون العقوبات الجزائري ؛ فإذا لم يتحقّق هذا الرّكن لا سرقة ولا جريمة ، وفعل الاختلاس كما سبق الإشارة إليه حتّى يتحقّق يجب حصول نقل مادي للشّيء المختلس من حيازة المجنى عليه إلى حيازة الجاني ؛ فإذا أعدم الجاني الشّيء في مكانه خرج الفعل عن معنى الاختلاس إلى الإتلاف ؛ إذ لا سرقة هاهنا ولا تطبّق عقوبة السرقة على الفاعل ، ولا يعتبر سارقاً بوجه⁽¹⁾ ؛ بل تطبّق عليه عقوبة أخرى ، وإعدام الشّيء هنا لا يتعلّق بالطّعام والشراب ، فالذي يأكل طعام غيره في المكان الذي يجده فيه يعدّ اختلاساً ، وكذا الذي يشرب شراب غيره في مكانه يعدّ اختلاساً ؛ لأنّ فعل الأكل والشرب من شأنه نقل حيازة الشّيء إلى الجاني ، فيتحقّق الاختلاس⁽²⁾ .

أمّا ابتلاع الأشياء الثّمينة والخروج بها من المكان المعدّ لإحرازها ؛ فإنّ القانون الجزائري لم يتناول مثل هذه الأمثلة لكنّها يمكن أن تقاس على نظائرها ، حيث تندرج تحت قول الشّراح بأنّ فعل الاختلاس يتحقّق بكلّ ما من شأنه أن يؤدّي إلى نقل الشّيء أو المنقول إلى حيازة المختلس مهما كانت الطّريقة التي حصلت بها السرقة ، سواء بالخطف أو التّرع أو السّلب أو التّقل وغير ذلك⁽³⁾ ، والطّريقة طبعاً ترجع إلى مهارة وفطنة السّارق وحيله المستمرة والمختلفة ، فما الذي يمنع السّارق من أن يفكر في بلع الجوهرة الثّمينة والخروج بها من المكان المعدّ لإحرازها ثمّ استخراجها من بطنه بعد ذلك ، وإذا فعلها يعدّ مختلساً ؛ لأنّ الاختلاس تحقّق طالما لا همّ طريقة الإخراج في القانون ، أمّا إذا لم تخرج الجوهرة من بطنه فهذا يعتبر إعداماً للشّيء وإتلافاً ، لأنّ نقل الحيازة لم يتحقّق .

نستنتج من خلال هذا أنّ المستهلك للشّيء داخل الحرز إذا أعدمه الجاني وأتلفه في مكانه لا يعدّ سارقاً شرعاً ولا قانوناً ؛ بل يعدّ متلفاً ، وإذا كان ممّا يؤكل أو يشرب ، فشربه وأكله

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري — القسم الخاص — محمد صبحي نجم ، ص 117 / جريمة السرقة ، ص 9 .

(2) جريمة السرقة ، ص 10 .

(3) شرح قانون العقوبات الجزائري — القسم الخاص — محمد صبحي نجم ، ص 117 / الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 167 .

يبقى متلفاً شرعاً ، ويكون سارقاً قانوناً .

أمّا إذا خرج به الجاني من مكانه بعد الإتلاف ، حيث يبقى بعضه صالحاً ، ودخل في حيازة الجاني يعتبر سارقاً قانوناً ، وكذا شرعاً إذا بلغ ما خرج به التّصاب عند جمهور الفقهاء ، ويبقى البعض على رأي أنّ الفعل إتلاف ؛ فيعزّر الفاعل . وإذا ابتلع الجاني الشيء الثمين وأخرجه بعد ذلك من بطنه ، وصار في حيازته وملكه ؛ فالفعل سرقة شرعاً على الرّاجح ، وكذا قانوناً ، وفي جميع الأحوال الجاني إمّا أن يقطع ، وإمّا أن يعزّر إذ لا مفرّ من العقوبة .



حكم النباش والطرار شرعاً وقانوناً

قد يحدث أن يسرق شخص الأشياء الموضوعة في القبر ، من كفن وملابس ومجوهرات وما إلى ذلك مما يودع في القبر مع الميت حسب العادات والتقاليد ، ولا مجال للكلام هنا عن حكم وضع مثل هذه الأشياء مع الميت في القبر ، أو حكم نبش القبر وانتهاك حرمة الميت ، لكن الكلام واجب منهجياً عن حكم أخذ هذه الأشياء وتملكها ، فهل يعتبر الفاعل سارقاً باعتبار أن القبر حرز فيقطع ؟ وما حكم ذلك في نظر القانون أيضاً ؟ هل تلك الأشياء المودعة حكمها حكم المتروكة ، ولا جريمة على الفاعل إذا تملكها ؟ أم هي معصومة ومصانة رغم ذلك بناءً على الأعراف والعادات ، والفعل سرقة يستوجب العقاب ؟ هذه مسألة .

ومن جهة أخرى ، هناك مسألة تتعلق بالسرقة من كمّ الرجل أو صنفه ارتأيت أن أناقشها في هذا المطلب ، وقد اصطلح على تسمية الفاعل هنا بالطرار ، فما حكم هذا الأخير شرعاً وقانوناً؟ وبناءً عليه سأوضح هذا المطلب من خلال فرعين ، الأول منهما أجعله للمسألة الأولى التي تتعلق بحكم النباش ، والفرع الثاني منهما أجعله للمسألة الثانية التي تتعلق بحكم الطرار .

الفرع الأول

حكم النباش شرعاً وقانوناً

أتناول في هذا المطلب مسألة حكم النباش في التشريع الجنائي الإسلامي في فقرة أولى ، كما أتناول حكمه أيضاً في قانون العقوبات الجزائري في فقرة ثانية ، وذلك كما يلي :

الفقرة الأولى : حكم النباش شرعاً

أولاً : تعريف النباش لغة : من صيغ المبالغة ، وهو الرجل الذي ينش القبر ، والفعل نبش ، يقال نبشت الأرض نبشاً كشفتها ، ونبشت السرّ أفشيتها ، والتبش إبراز المستور ، وكشف الشيء عن الشيء⁽¹⁾ .

(1) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 590 / ترتيب القاموس المحيط ، ج 4 ، ص 314 .

ثانياً : تعريف النباش اصطلاحاً : هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن ⁽¹⁾ ويمكن القول بأنّ النباش هو من يسرق من القبر عامّة سواء سرق كفناً أم مجوهرات أم شيئاً آخر ؛ لأنّ العبرة في تسميته كذلك نبشه للقبر لأجل السرقة وليس سرقة الكفن خاصّة ، ولكن بما أنّ الغالب في الأموال الموجودة داخل القبر تتمثل في الكفن عرّف الفاعل بهذا التعريف _ أي خرج مخرج الغالب الأعم _ والله اعلم .

ثالثاً : حكمه : اختلف الفقهاء في حكم النباش بين موجب للقطع وغير موجب له ، وسبب الخلاف في ذلك راجع إلى اختلافهم في القبر ، هل هو حرز أم لا ؟ فمن اعتبر القبر حرز بنفسه قال بموجب قطع النباش وهم (مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف) وبه قال عمر بن عبد العزيز ، ومن اعتبر القبر ليس حرزاً بنفسه أصلاً ؛ إذ لا تحفظ فيه الأموال عادة ، قال بعدم القطع وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن وإليه ذهب سفيان الثوري وزيد بن ثابت ⁽²⁾ هذا ما سيّضح من خلال عبارات الفقهاء الآتية ، والخلاف في هذه المسألة جارٍ فيما هو مشروع ، أمّا ما كان غير مشروع كالدراهم والجواهر وغيرها ، فلا قطع فيها بالإجماع .

أ/ مذهب الجمهور ⁽³⁾ : ذهب جمهور الفقهاء مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف وغيرهم من الصحابة (عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضوان الله عنهم أجمعين) إلى وجوب قطع النباش ، وبه قال عمر ابن عبد العزيز وقتادة والشّعبى والتّخعي وحماد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ؛ وذلك لأنّ النباش سارق ، أو ملحق بسارق مال الحيّ ، ومن بين الأدلّة التي استدللّ بها الجمهور مايلي :

1/ قوله تعالى : ﴿وَالْمَارِقُ وَالْمَارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَتْرِبَهُمَا﴾ المائدة / 38 . والنباش سارق ؛ بحيث أنّ اسم السرقة يتناول مطلقاً لعموم النص .

(1) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 156 .

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ، ص 440 .

(3) المبسوط ، ج 9 ، ص 159 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 454 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 343 _ 344 _ 345 / المهذب ، ج 2 ، ص 278 / المغني ، ج 10 ، ص 276 _ 277 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 138 / بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 440 / الكافي ، ج 4 ، ص 95 .

2/ حديث عائشة رضي الله عنها : " سارق أمواتنا كسارق أحيائنا " (1) .

3/ ما رواه البراء بن عازب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : " من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ومن نبش قطعناه " (2) .

والمعنى فيه أنه سرق مالاً كاملاً المقدار من حرز لا شبهة فيه فيقطع ، كما لو سرق لباس الحي وهذا ؛ لأن الآدمي محترم حياً وميتاً .

4/ أن السرقة هي أخذ المال على وجه الخفية ، وذلك يتحقق من النباش ، فالنوب الذي على الميت كان مالاً قبل أن يلبسه ، فلا تحتل صفة المالّة فيه بلبس الميت .

5/ أن القبر حرز بنفسه ؛ لأنّ الناس تعارفوا منذ ولدوا إحراز الأكفان بالقبور ، ولا يحزونه بأحصن من ذلك الموضع ، فكان حرزاً متعيناً له باتفاق جميع الناس ، ولا يبقى في إحرازه شبهة لما كان لا يحز بأحصن منه عادة ، والدليل عليه أنه ليس بمضيّع حتّى لا يضمن الأب والوصي إذا كفنا الصبي من مال الصبي وما لا يكون محرزاً يكون مضيّعاً .

هذا والكفن الذي يقطع بسرقة ما كان مشروعاً ، وغير المشروع هو ما زاد عن خمسة لفائف عند الشافعية ، وخمسة بالنسبة للمرأة ، وثلاثة بالنسبة للرجل عند الحنابلة ، فما زاد عن المشروع لا قطع فيه ؛ لأنّ القبر لم يجعل حرزاً له ، ونفس الحكم بالنسبة لما يدفن مع الميت كالكيس والتابوت والطيب المجموع أو الذهب والفضة والجواهر ، فمن نبش وأخذ شيئاً من ذلك لم يقطع ؛ لأنه ليس بكفن مشروع ، فترك ذلك في القبر مع الميت تضييع وسفه فلا يكون محرزاً بالقبر .

وقد استثنى بعض الشافعية القبر الموجود في البرية ، فلا قطع في السرقة منه ؛ لأنه ليس بحرز للكفن ، وإنما يكون الدفن في البرية للضرورة بخلاف المقبرة التي تلي العمران ، كما أن السارق يأخذ من غير خطر ، وخالفهم البعض في المذهب وقالوا : بأنّ القبر حرز للكفن حيث كان ؛ لأنّ النفوس تهاب الموتى .

(1) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في النباش يؤخذ ، بلفظ " يقطع سارق أمواتنا كما يقطع سارق أحيائنا " ج 2 ، ص 530 .

(2) لم أقف على تخرجه بعد .

وإن أكل السَّبع المَيِّت ، أو ذهب به سيل وبقي الكفن :
__ فعند الحنابلة :⁽¹⁾ توفي منه ديونه ، ويزيد به الثلث في الوصية كسائر ماله ، وإلاَّ فهو ميراث
كباقي أموال المَيِّت ، ولا قطع على سارقه لأنَّه غير محرز .

__ وعند الشافعية : ففيه وجهان ⁽²⁾ :
أحدهما : أنَّه ملك للورثة يقسم عليهم ؛ لأنَّ ذلك المال ينتقل إليهم بالإرث ، وإنَّما اختصَّ المَيِّت
بالكفن للحاجة وقد زالت الحاجة فرجع إليهم .

والثاني : أنَّه لبيت المال ؛ لأنَّهم لم يورثوه عند الموت فلم يرثوه بعده .
هذا التفريع إذا كان الكفن من تركة المَيِّت ، أمَّا إذا كفَّنه أجنبي ، أو كفَّن من بيت المال ؛
ففيه طريقتان :

أحدهما : على الأوجه السابقة .
والثاني : يبقى للأجنبي أو على حكم بيت المال ، ويكون كالعارية .
وهل يفتقر في قطع النَّبَاش إلى المطالبة ؟ يحتمل وجهين ⁽³⁾ :

أحدهما : يفتقر إلى المطالبة كسائر المسروقات ، فعلى هذا المطالب الورثة ، لأنَّهم يقومون مقام
المَيِّت في حقوقه ، وهذا من حقوقه .
والثاني : لا يفتقر إلى طلب ؛ لأنَّ الطَّلَب في السرقة من الأحياء ، شرع لئلاَّ يكون المسروق
مملوكاً للسلَّارِق ، وقد ينس من ذلك هاهنا .

ب/ مذهب الأحناف : لا قطع على النَّبَاش في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتَّى ولو كان
القبر في بيت مقفل على الأصحَّ ؛ لأنَّ القبر ليس حرزاً بنفسه أصلاً ؛ إذ لا تحفظ فيه الأموال
عادة وعلى هذا الرَّأي ابن عباس رضي الله عنه من الصَّحابة وعليه اتفق من بقي في عهد مروان من
الصَّحابة وإلى هذا ذهب أيضاً سفيان الثوري وزيد بن ثابت ⁽⁴⁾ . واستدلَّ الأحناف على مذهبهم
بمايلي :

1/ ما روي " أنَّ نَبَاشاً أتى به مروان ، فسأل الصَّحابة رضي الله عنهم عن ذلك ، فلم يبينوا له فيه

(1) البهوتي ، كشَّاف القناع ، ج 6 ، ص 138 .

(2) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 278 .

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 277 .

(4) المبسوط ، ج 9 ، ص 159 / حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 156 / الفتاوى الهندية ، ج 2 ، ص 178 / بدائع الصَّنائع ، ج

7 ، ص 76 / بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 440 .

شيئا ، فعزّره أسواطاً ولم يقطعه ⁽¹⁾ وبهذا تبين فساد استدلال من استدلّ بالآية الكريمة لإيجاب القطع عليه ، فإنّ اسم السرقة لو كان يتناول مطلقاً لما احتاج مروان إلى مشاورة الصحابة رضي الله عنهم مع النص ، وما اتفقوا على خلاف النص ⁽²⁾ .

2/ استدّلوا أيضاً بقوله ﷺ " لا قطع على المختفي " ⁽³⁾ وهو النبّاش بلغة أهل المدينة . كما جاء في حديث آخر " من اختفى ميتاً فكأنما قتله " ⁽⁴⁾ .

هذا كما قدّم الأحناف جملة من الاعتراضات على أدلة الجمهور ، ألخصها فيما يلي ⁽⁵⁾ :

1/ أمّا حديث الرسول ﷺ " من نبش قطعناه " لا يصحّ مرفوعاً ؛ بل هو من كلام زياد ، ألا ترى أنّه قال في ذلك الحديث " من قتل عبده قتلناه من جذع انفه جدعناه " ⁽⁶⁾ ولئن صحّ أنّ النبي ﷺ قطع نباشاً ، أو أحداً من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ؛ فإنّه يحمل على أنّه كان ذلك بطريق السياسة وللإمام رأي في ذلك . والمعنى فيه أنّ وجوب القطع بسرقة مال محرز مملوك ، وجميع هذه الأوصاف اختلّت في الكفن .

— فأما السرقة فهو اسم أخذ المال على وجه يسارق عين صاحبه ، ولا يتصور مسارقة عين الميت وإنما يختفي النبّاش باعتبار أنّه يرتكب الكبيرة كالزّاني وشارب الخمر ، والدليل عليه أنّه ينتفي هذا الاسم عنه بإثبات غيره ؛ فيقال نبش وما سرق .

— فأما المأية فإنّها عبارة عن التمولّ والادّخار لوقت الحاجة ، وهذا المقصود يفوت في الكفن ؛ فإنّ الكفن مع الميت يوضع في القبر للبلي ، ولهذا يوضع في أقرب الأماكن من البلاء ، وإليه أشار الصديق ﷺ ، فقال : اغسلوا ثوبي هذين فكفّنوني فيهما فإنّهما للمهل والصّديد والحي من الميت أحوج إلى الجديد .

(1) الأثر ذكره صاحب الميسوط ، ج 9 ، ص 159 .

(2) المصدر نفسه ، الصّفحة نفسها .

(3) الزيلعي ، نصب الراية ، ط 1 ، سنة (1415 هـ / 1995 م) دار الحديث ، كتاب السرقة ، باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ، ج 4 ، ص 16 /

(4) الحري ، غريب الحديث ، باب خفي ، رقم : 1489 .

(5) السرخسي ، الميسوط ، ج 9 ، ص 159 — 160 .

(6) رواه الترمذي ، كتاب الديات ، رقم 1414 / رواه النسائي كتاب القسامة ، رقم 4736 / رواه ابن ماجه ، كتاب الديات ، رقم 2663 / رواه أحمد ، مسند البصريين ، رقم 19598 .

__ أَمَّا انعدام صفة المملوكية فالأنّ المملوك لا يكون إلّا للمالك ، والكفن ليس بملك لأحد ؛ لأنّه مقدّم على حقّ الوارث ولا يصير مملوكاً له ، ألا ترى أنّ القدر المشغول بحاجة الميّت بعد الكفن وهو الدّين لا يصير ملكاً للوارث ؛ فالكفن أولى وليس بملك للميّت ؛ لأنّ الموت مناف للمالكية فإنّ المالكية عبارة عن القدرة ، وأدنى درجاته باعتبار صفة الحياة ، فعرفنا أنّ الوصف مختلّ أيضاً .

__ أَمَّا الحرزية ، فالكفن غير محرز ؛ لأنّ الإحراز بالحفاظ والميّت لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ، والمكان حفرة في الصّحراء فلا يكون حرزاً ، ألا ترى أنّه لا يجعل حرزاً لثوب آخر من جنس الكفن ، ومن ضرورة كونه حرز الثّوب أن يكون حرز الثّوب الآخر من جنسه ، وكذلك لا يكون حرزاً قبل وضع الميّت فيه .

__ أَمَّا قول الجمهور بأنّ الناس قد تعارفوا على إحراز الكفن في القبر فليس كذلك ؛ بل إنّما يدفنون الميّت للمواراة عن أعين الناس ، وما يخاف عليه من السّباع لا للإحراز ، ألا ترى أنّ الدّفن يكون في ملاٍ من الناس ، ومن دفن مالاٍ على قصد الإحراز ؛ فإنّه يخفيه عن الناس ، وإذا فعله في ملاٍ منهم على قصد الإحراز ينسب إلى الجنون ، ولا نقول أنّه تضييع ، ولكنّه مصروف إلى حاجته ، ومصرف الشّيء إلى الحاجة لا يكون تضييعاً ولا إحرازاً ، كتناول الطّعام وإلقاء البذور في الأرض لا يكون تضييعاً ولا إحرازاً .

هذا وقد اختلف مشايخ الحنفية رحمهم الله فيما إذا كان القبر في بيت مقفل ، فقال رحمه الله __ أي الإمام أبي حنيفة __ والأصحّ عندي أنّه لا يجب القطع ، سواء نبش الكفن ، أو سرق مالاٍ آخر من ذلك البيت ؛ لأنّ بوضع القبر فيه اختلّت صفة الحرزية في ذلك البيت ، فإنّ لكلّ واحد من الناس تأويلاً للدّخول فيه لزيارة القبر ، فلا يجب القطع على من سرق منه شيئاً ؛ لأنّ صفة الكمال في شرائط القطع معتبر ⁽¹⁾ .

والذي يظهر لي أنّ الرّاجح من هذه المذاهب ما ذهب إليه الأحناف ، وذلك لضعف الأدلّة التي استدللّ بها الجمهور في الجملة ، ولوجاهة التّحليل الذي قدّمه الأحناف في كتبهم ، كما أنّه لا فائدة من التّفارقة بين سرقة الأموال الثّمينة من القبر وسرقة الكفن ؛ فإذا كان القطع شرّع لحفظ المال فهو في النوع الأوّل أولى ، لكن الإجماع انعقد على عدم قطع من سرق ذلك من القبر ، وعلى هذا يعزّز النّباش تعزيراً بليغاً حتّى وإن بلغ إلى قطع يده سياسة كما تأوّل الأحناف ، وذلك

(1) المبسوط ، ج 9 ، ص 160 .

لدناءة هذا الفعل ، سواء نبش الفاعل القبر لغرض السرقة ، أو لغرض آخر كالشعوذة وما إلى ذلك ، فهناك قضايا كثيرة تبلغ المحكمة في الوقت الحاضر تتعلق بهذا الأمر _ والله أعلم _

(الفقرة الثانية : حكم النباش قانوناً : إنّ نظرة القانون الوضعي للإستلاء على الأشياء المودعة داخل القبر ، كالأكفان والملابس والجواهر وغيرها ، تختلف بين تجريم الفاعل باعتبار أنّ تلك الأموال مصانة ومعصومة ، وعدم ذلك باعتبارها أشياء متروكة يجوز تملكها لأيّ أحد :

إذن هناك من اعتبر الأكفان وغيرها من الأمتعة التي تودع مع الموتى ، من قبيل الأشياء المتروكة فهي غير معصومة ، وبهذا أخذت محكمة نابولي الإيطالية ⁽¹⁾ .

والأشياء المتروكة هي التي كانت مملوكة في الأصل للغير ، ثم تحلّى عنها صاحبها كالملابس والأمتعة البالية التي يرميها صاحبها في الطريق العام ، وفضلات الطعام وقادورات المنازل والحيوانات النافعة وروث البهائم ... الخ ، فمن عثر على شيء في الطريق من الأشياء المهملة وأخذه لا يعدّ سارقاً ؛ لأنه لم يكن مملوكاً لإنسان وقت الأخذ ⁽²⁾ ، فكذلك أكفان الموتى والأمتعة التي تودع معه عند من رأى عدم التجريم .

وفي المقابل نجد من جرّم الفاعل ، واعتبره سارقاً ، حيث :

_ قرّرت محكمة التقصص المصرية أنّ الأكفان والملابس والحليّ وغيرها من الأشياء التي اعتاد الناس إيداعها القبور مع الموتى هي مملوكة لورثة هؤلاء ، وقد خصّصوها لتبقى مع جثث أهلهم لما وقر في نفوسهم واستقرّ في ضمائرهم من وجوب إكرامهم في أجدانهم على النحو الذي رأوه ، موقنين بأنّ لا حقّ لأحد في العبث بشيء مما أودع ⁽³⁾ .

ولذا فإنّ هذه الأشياء لا يمكن بحال ما عدّها من قبيل المال المباح يسوغ لكلّ شخص تملكه بالاستيلاء عليه ، وقضت المحكمة بناء على ذلك بأنّ الشروع في اختلاس شيء مما هو متروك مع الموتى يعدّ شروعا في سرقة معاقباً عليها قانوناً ⁽⁴⁾ .

(1) سيريه 1881 _ 4 _ 29 (نقلاً عن الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 214)

(2) الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 213 / شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 124 / جريمة السرقة ، ص 41 _ 42 .

(3) الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 214 / جريمة السرقة ، ص 42 .

(4) نقض 6 أفريل سنة 1936 ، قضية رقم 1175 (نقلاً عن الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 214)

__ كما أنّ محكمة النقض الفرنسيّة عدّت الفعل سرقة ، لأنّها رأت أنّ هذه الأمتعة موضوعة لغرض خاصّ ، ولا يجوز لأحد امتلاكها بوضع اليد ، إذا لم يكن في نيّة واضعها التخلّي عنها لمن يريد أخذها (1) .

__ أمّا قانون العقوبات الجزائري ، فقد شرّعت فيه نصوصاً تتعلّق بعقاب نبش القبور وحرمة الموتى والجثث ، لكن سرقة الأكفان والألبسة والمجوهرات التي تودع مع الميت لم يرد في شأنها نصّاً صريحاً يجرّم الفعل ؛ إلّا أنّ شراح القانون الجزائري تعرّضوا لهذه المسألة بقولهم : " فيما يتعلّق بالأكفان والأشياء التي توضع على الموتى أو معهم كالملايس ، فإنّها لا تعدّ من الأموال المتروكة طبقاً للرأي الغالب فقهاً وقضاً ، وذلك لكونها قد وضعت لهدف خاصّ ، ولم يكن قد خطر على بال واضعها التخلّي عنها لمن يجدها " (2) .

الفرع الثاني

حكم الطرّار أو النشّال شرعاً وقانوناً

الطرّار لغّة من الطرّ __ أي الشدّ __ يقال طرّ التّبت يطرّ و يطرّ طروراً ، أي نبت ، وطرّ شارب الغلام يطرّ ويطرّ أيضاً فهو غلام طارّ وطرير كما طرّ شاربه ، والشقّ والقطع والخلّس واللّطم والسّقوط ، يطرّ ويطرّ وأطره غيره ؛ فالطرّار هو الذي يقطع التّفقات ، ويأخذها على غفلة من أهلها (3) .

أمّا اصطلاحاً فقد عرفه الحنابلة بأنّه " الذي يسرق من جيب الرّجل ، أو كمّه ، أو صفنه نصاباً خفية ، سواء بطّ ما أخذ منه المسروق ، أو قطع الصّفن وأخذه ، أو أدخل يده في الجيب فأخذ ما فيه " (4) .

إذا كان هذا هو الطرّار أو النشّال ، فما حكمه شرعاً وقانوناً ؟ هل يعدّ فعله سرقة مستوجبة للقطع ، ومستوجبة لعقوبة السرقة قانوناً ؟ الجواب عن هذا السّؤال سيكون في الفقرتين الآتيتين :

(1) نقض فرنسي 17 ماي سنة 1882 موسوعات دالوز تحت كلمة سرقة ن 132 (نقلاً عن الموسوعة الجنائيّة ، ج 4 ، ص 214)

(2) شرح قانون العقوبات الجزائري __ القسم الخاصّ __ محمد صبيحي نجم ، ص 125 .

(3) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 370 _ 371 ، كتاب الطّاء / ترتيب القاموس المحيط ، ج 3 ، ص 65 ، مادة طرر .

(4) المغني ، ج 10 ، ص 257 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 130 .

الفقرة الأولى : حكم الطرّار في التشريع الجنائي الإسلامي : لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الإنسان يعتبر حرّاً⁽¹⁾ لكلّ ما يلبسه أو يحمله من نقود أو غيرها ، وبعبارة أخرى كلّ ما يلبسه الإنسان أو يحمله من نقود وغيرها ، تعتبر محرّزة بحافظ وهو الإنسان .

والتّشيل إمّا أن يكون سرّاً أو علانية ؛ فإذا حدث التّشيل والمجنّى عليه منتبه له فهو اختلاس ، والاختلاس لا قطع فيه ؛ بل فيه التّعزير كما سبق بيانه .

أمّا إذا حدث التّشيل خفية ، ففيه القطع مطلقاً عند جمهور الفقهاء (مالك والشافعي وأحمد)، أمّا عند الأحناف ، ففيه تفصيل :

أولاً : مذهب الجمهور : ذهب جمهور الفقهاء (مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف من الأحناف) إلى أنّ الطرّار أو النّشال سرّاً يقطع ، سواء أدخل اللّص يده في جيب إنسان أو كمّه وأخذ المال ، أو طرّ جيبه أو كمّه وأخذ المال ، أو قطع الصّفن فأخذه ، وسواء ربطه من داخل الكمّ ، أم من خارجه أو لم يربطه ، وإن أخذه من رأس مندبل على رأس ، لأنّ السّارق قد سرق من حرز .

إلاّ أنّه ورد في المغني أنّ للإمام أحمد روايتان : أحدهما أنّ الذي يأخذ من جيب الرّجل وكمّه لا قطع عليه⁽²⁾ ويمكن أن تحمل هذه الرواية على الأخذ علانية فتكون اختلاسا .

ثانياً : مذهب الأحناف : ذهب أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله إلى قطع الطرّار في أحوال وعدم قطعه في أحوال أخرى ، وذلك حسب التفصيل الآتي⁽³⁾ :

فالطرّار لا يخلو إمّا أن يكون بالقطع ، وإمّا أن يكون بجلّ الرّباط ، كما أنّ الدّراهم لا تخلو إمّا أن تكون مصرورة على ظاهر الكمّ ، وإمّا أن تكون مصرورة في باطن الكمّ .

فإن كان الطرّ بالقطع والدّراهم مصرورة على ظاهر الكمّ لم يقطع ؛ لأنّ الحرز هو الكمّ

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ، ص 440 .

(2) المغني ، ج 10 ، ص 257 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 130 / المهذّب ، ج 2 ، ص 279 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 338 / بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 240 / المبسوط ، ج 9 ، ص 161 / بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 76 / المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 2868 .

(3) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 76 / المبسوط ، ج 9 ، ص 160 _ 161 / حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 166 .

والدّراهم بعد القطع تقع على ظاهر الكمّ فلم يوجد الأخذ من الحرز ؛ وإن كانت الدّراهم مصرورة في داخل الكمّ يقطع ؛ لأنّها بعد القطع تقع في داخل الكمّ ، فكان الطّرّ أخذاً من الحرز وهو الكمّ فيقطع .

وإن كان الطّرّ بحلّ الرّباط ، ينظر إن كان بحال لو حلّ الرّباط تقع الدّراهم على ظاهر الكمّ بأن كانت العقدة مشدودة من داخل الكمّ لا يقطع ؛ لأنّه أخذها من غير حرز .

وإن كان بحال لو حلّ الرّباط تقع الدّراهم في داخل الكمّ وهو يحتاج إلى إدخال يده في الكمّ للأخذ ، يقطع لوجود الأخذ من الحرز .

هذا وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنّه قال : استحسّن أن أقطعه في الأحوال كلّها ؛ لأنّ المال محرز بصاحبه ، والكمّ تبع له ⁽¹⁾ .

والملاحظ أنّ الحنفية يتطلّبون وجود معنى الحرز حقيقة واقعة ، والأولى الأخذ برأي الجمهور تفادياً لخطر هؤلاء اللّصوص الخطرين ، فهو الرّأي الذي تقتضيه المصلحة ؛ إذ لا يمكن تجاوزها إلى غيرها ، خاصّة أنّ مثل هذه السرقة قد اتّسع نطاقها في العصر الحاضر في الحافلات والمخاطات وغيرها ، وأصبحت حرفة يسترزق بها لدى كثير من الشّباب المنحرف والبطال .

(الفقرة الثّانية : حكم الطّرار أو النّشال في قانون العقوبات الجزائري : لم أقف على تعريف خاصّ بالنّشال أو الطّرار في القانون الوضعي ، وبهذا يمكن الاعتماد على التعريف الشّرعي السّابق له على أنّه "الذي يسرق من جيب الرّجل ، سواء بالشّقّ والقطع أو بإدخال اليد" . في حين نجد القانون الوضعي يعبر عن النّشل في الأمثلة التي يستعملها بأخذ المال من جيب الرّجل ، وهذه المعاني كلّها تخدم معنى واحداً ؛ إذ لا تناقض بينها .

فإذا اتّضح هذا ، هل يعتبر من يدخل يده في جيب الرّجل ويأخذ ماله على غفلة منه يعدّ سارقاً في نظر القانون الوضعي ؟

للإجابة عن هذا السّؤال ، لابدّ من الرّجوع إلى التعريف السّابق لجريمة السرقة قانوناً ، وكذا تعريف الاختلاس بصفته الرّكن المادّي لهذه الجريمة ؛ إذ به تتميّز عن غيرها من الجرائم ،

(1) المبسوط ، ج 9 ، ص 161 .

وبناء عليه كان تعريف السرقة الوارد في قانون العقوبات الجزائري بأنها " كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعدّ سارقاً " (1) كما سبق ذكر تعريف الاختلاس قانوناً بأنه " كلّ فعل يقوم به الجاني ويؤدّي إلى اغتيال وأخذ أو استيلاء على مال الغير ، أو أيّ شيء منقول مملوك للغير بدون علم أو رضا صاحب أو حائز هذا الشيء " (2) .

وبعد هذا يمكن إسقاط تعريف كلّ من السرقة والاختلاس على الفعل المسمّى "بالنشّل أو الطرّ" ، فنجد أنّه يدخل في مسمّى "السرقة" قانوناً بالضرورة ، فإدخال اليد في جيب الرّجل وأخذ ماله على غفلة منه ، هو عبارة عن اختلاس شيء غير مملوك له ؛ لأنّ الفعل الذي قام به النشّل أدّى إلى الاستيلاء على مال الغير بدون علم أو رضا صاحبه أو حائزه ، فأيّ شبهة بقيت لاعتبار فعل النشّل أو الطرّ من جريمة السرقة ، فالطرّار سارق في نظر القانون مهما كانت جنسيّة هذا القانون ، جزائري أو غيره ، وبالتالي يعاقب بعقوبة السرقة المقرّرة قانوناً ، حتّى ولو لم يأخذ المال ، بل قبض ويده في الجيب ، لأنّ عقوبة السرقة التامة والشروع فيها سواء كما تقرّر في المادّة 350 من قانون العقوبات الجزائري (3) .

والقانون الوضعي لم يخصّص عنواناً لهذا النوع من السرقة ؛ بل ذكره كان مجرّد أمثلة تضرب به عند الكلام عن الطّرف المشدّد المتعلّق بالسرقات التي ترتكب في الطّرق العموميّة ، والمركبات ، ووسائل التّقل الخاصّة والعامة ؛ لأنّ أكثر ما يرتكب النشّل ويسهل هناك ، وحتّى إن لم نجد التّصريح في كثير من كتب القانون عن هذا الفعل عند الكلام عن الطّرف المشدّد المذكور هنا ، إلّا أنّه متضمّن له بالضرورة .

جاء في الموسوعة الجنائيّة " وتشدّد العقوبة على السرقات التي ترتكب في الطّرق العموميّة ، ولو وقعت بمهارة وبشيء من الحيلة ... كما إذا ارتكبت السرقة من شخصين ، يحمل أحدهما سلاحاً على شخص مارّ في الطّريق العامّ ، بأن دخل معه أحدهما في حديث بينما غافله الآخر ونشل نقوده أو ساعته من جيبه " وأيضاً " ... ويدخل في حكم المادّة المذكورة _ أي المادّة المتعلّقة بالتشديد _ سرقة المال الذي في جيب شخص عابر السّيل ، أو المتاع الذي يحمله ، أو

(1) قانون العقوبات الجزائري ، ص 101 .

(2) شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاصّ _ محمد صبحي نجم ، ص 116 .

(3) قانون العقوبات الجزائري ، ص 101 .

الأمّنة ، أو البضائع التي في عربته ، أو سيارته أو في العربات التي تتبعه ... " (1) .

وجاء في كتاب آخر من كتب القانون " ... يجب لتطبيق المادة _ أي المادة المتعلقة بالتشديد _ أن ترتكب السرقة على شخص مارّ بالطريق العام ، أو على ما يتبعه من المتاع المنقول في الطريق العام ، فيدخل في حكم المادة المذكورة سرقة المال الذي في جيب الشخص ، أو المتاع الذي يحمله ... " (2) .

أمّا في قانون العقوبات الجزائري ، فقد نصّت المادة 352 منه (3) على كون السرقة في الطرق العمومية ، والحافلات ، والمركبات التي يستخدمها المسافرون ... الخ ظرفاً مشدداً لعقوبة السرقة ، وتحويلها من جنحة إلى جناية ، ولكن اشترط المشرع لذلك أن تجتمع مع الطريق العمومي ظروف أخرى أشارت إليها المادة 353 من قانون العقوبات الجزائري (4) والحكمة من التشديد تعود إلى الحرص على توفير الأمن والطمأنينة والسلامة لوسائل المواصلات وركابها ، ومعاينة الجرمين وقطاع الطريق ، والضرب على أيديهم بشدة حتى لا يستغلّوا أيّ فرصة أو مناسبة كي يعتدون على وسائل المواصلات والمسافرين ، سواء على أموالهم وحاجاتهم ، أم على أنفسهم (5) .

ففعّل التشلّ لم يصرّح به في العبارات المذكورة لكنّه داخل ضمناً فيها ، ففعّل التشلّ إذا لم يقتنر بظرف التشديد يكون جنحة ، وإذا اقتنر بظرف التشديد ، كأن حدث في الطريق العام ، أو المركبات واقتنر بحمل السلاح ، أو تعدّد الجنحة ، أو كان ليلاً شددت العقوبة .

(1) الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 308 .

(2) جريمة السرقة ، ص 147 .

(3) قانون العقوبات الجزائري ، ص 101 .

(4) المصدر نفسه ، ص 102 .

(5) شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 129 / دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 227 .

المطلب الرابع

مسائل تتعلق بتخلف شرط الحرز

في هذا المطلب أتناول إن شاء الله مسائل متنوعة تتعلق بتخلف ركن الخفية بسبب تخلف شرط الحرز ، وتتمثل هذه المسائل في سرقة الحرز نفسه ، وسرقة الثمار المعلقة والدواب من المرعى ، كما أتطرق إلى وجهة نظر قانون العقوبات الجزائري وحكمه في هذه المسائل ما أمكن ذلك ، وبالتالي تكون الدراسة في فرعين ، الأول منهما أخصّصه لمسألة حكم سرقة الحرز نفسه شرعاً وقانوناً ، والثاني منهما أخصّصه لمسألتي حكم سرقة الثمار المعلقة والدواب من المرعى شرعاً وقانوناً.

الفرع الأول

حكم سرقة الحرز نفسه شرعاً وقانوناً

إذا كانت جريمة السرقة شرعاً يشترط فيها أن يكون المال المسروق محرزاً ، فما حكم سرقة الحرز نفسه ، هل يقطع السارق أم يعزّر ؟ وإذا كان قانون العقوبات الجزائري لا يشترط كون السرقة من حرز إلا في حالة الإذن الخاص ، وحالة الاستثناء في حق من حقوق الانتفاع ، بل إذا كانت من حرز فتحققها يكون من باب أولى . فما الحكم هنا إذا سرق الحرز نفسه ، الجواب عن هذه الأسئلة سيكون في الفقرتين الآتيتين .

الفقرة الأولى : حكم سرقة الحرز نفسه شرعاً : إن الفقهاء الذين اشترطوا أن يكون المسروق محرزاً ، اختلفوا فيما بينهم في حكم سرقة الحرز نفسه بين موجب للقطع وغير موجب له ؛ فمن أوجب القطع اعتبر الحرز محرزاً بإقامته ، فمن سرق الحرز يكون قد سرقه من حرز ، ومن منع القطع يرى بأن الحرز غير محرز ؛ فمن سرق الحرز يكون قد سرق من غير حرز ، والخلاف جارٍ بين الحنفية والجمهور .

الأول : مذهب الأحناف : يرى أبو حنيفة في حالة سرقة الحرز بالمكان ، أن سارق الحرز أو بعضه لا يقطع ؛ لأن السرقة تقتضي الإخراج من الحرز ، ونفس الحرز غير محرز فلا إخراج .

ومن هذا القبيل سرقة باب الدار ، وبعض أجزاء حائطها ، فيرى أبو حنيفة أنّ الباب إذا كان مركّباً فهو جزء من الحرز كالحائط ، فإذا سرق الباب أو بعض الحائط سارق فقد سرق نفس الحرز ، ونفس الحرز ليس في الحرز ؛ فكأنّه سرق من غير حرز ولا قطع في سرقة ، أمّا إذا كان الباب غير مركّباً وموضوعاً داخل الحرز ؛ فإنّ سرقة تكون من حرز وفيه القطع ، وكذلك الحال في بعض أجزاء الحائط لو كانت داخل الحرز ، بغض النظر عما إذا كان الباب مفتوحاً أو الحائط منقوباً ؛ لأنّ فتح الباب والتّقب لا يبطل الحرز في رأي أبي حنيفة ⁽¹⁾ .

ومن هذا القبيل أيضاً سرقة الفسطاط المضروب ، وهو حرز بنفسه عند أبي حنيفة إذ لا يقطع سارقه ؛ لأنّه نفس الحرز ، ونفس الحكم إذا سرق الجوالق من ظهر الدّابة .

جاء في المبسوط: " وإن سرق الفسطاط بعينه لم أقطعه ؛ لأنّه ظاهر ولم يحزره صاحبه ، إنّما أحرز صاحبه الأمتعة به ، ووجوب القطع بسرقة الحرز لا بسرقة الحرز ، وهذا لو كان الفسطاط منصوباً ، فإن كان ملفوفاً بين يديه يجب القطع بسرقة ، لأنّه متاع محرز بالحفاظ كسائر الأمتعة ، وكذلك إن سرق الجوالق من ظهر الدّابة مع ما في الجوالق لم يقطع ؛ لأنّه ظاهر غير محرز ، فإنّ صاحب الجوالق يحرز بالجوالق ما فيه ، ولا يقصد إحراز الجوالق ، فإن شقّ الجوالق وسرق ما فيه قطع ؛ لأنّه سرق مالا محرزاً ⁽²⁾ .

ومثل الجوالق الغرارة على ظهر الدّابة ؛ فإذا كانت غرارة على ظهر دابة ، فشقّها إنسان وأخرج ما فيها من متاع قطع عند أبي حنيفة ؛ لأنّ الغرارة حرز لما فيها ، وإن أخذها بحالها دون أن يشقّها لم يقطع ؛ لأنّه أخذ نفس الحرز ، وكذلك إذا كانت الغرارة محمّلة على جمل فسرق الجمل ومعه الغرارة ؛ لأنّ الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ ، وإنّما للحمل وحتّى إذا ركب الجمل صاحبه فإنّ الغرارة لا تعتبر محرزة بحافظ ؛ لأنّها حرز بنفسها فإذا أخذها السّارق فقد أخذ نفس الحرز ⁽³⁾ .

وهناك حالة يقطع فيها السّارق ، إذا كان مع الأحمال من يشبّتها للحفظ ؛ إذ لا عبء للركاب أو السّائر أو القائد ؛ لأنّهم يقصدون قطع المسافات ونقل الأمتعة ، ولا يقصدون الحفظ ⁽⁴⁾ .

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 74 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 223 .

(2) المبسوط ، ج 9 ، ص 156 .

(3) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 74 .

(4) شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 246 .

ثانياً : **مذهب الجمهور**: أمّا الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، فيرون قطع من سرق كلّ الحرز أو بعضه ؛ لأنّ نفس الحرز يعتبر محرزاً بإقامته ، ومن هذا القبيل عندهم سرقة الباب وبعض أجزاء الحائط ؛ إذ تعتبر سرقة من حرز يقطع فيها لأنّها محرزة بإقامتها وتثبيتها ، فالحائط محرز ببنائه ، والباب محرز بتركيبه ، وحلقة الباب محرزة بتسميرها وهكذا ، أمّا إذا كان الباب مخلوعاً وموجوداً داخل الحرز ، وكذلك بعض أجزاء الحائط ففيها القطع أيضاً عند مالك ؛ لأنّ الحرز لا يبطل عنده بالتّقب وفتح الباب ، أمّا عند الشافعي وأحمد فلا قطع إذا لم يكن هناك باب ، أو كان هناك باب مفتوح ، أو كان هناك نقب ، أو هدم في الحائط ما لم يكن حافظ ، فإن كان هناك حافظ ففي السرقة القطع ⁽¹⁾ .

ومن هذا القبيل أيضاً سرقة الفسطاط المضروب عند مالك ؛ لأنّ الفسطاط عنده يحرز بإقامته والسرقة منه فيها القطع عنده ولو لم يكن هناك حافظ ؛ لأنّه حرز بنفسه ، أمّا الشافعي وأحمد فلا يريان القطع في السرقة منه ، إلّا إذا كان على الفسطاط حافظ ؛ لأنّه حرزاً بالحافظ في رأيهما ، أمّا سرقة نفس الفسطاط عندهما ففيه القطع إذا كان هناك حافظ ، وإلّا فلا قطع ⁽²⁾ .

أمّا إذا كان المال محرزاً بالحافظ فأخذ الحافظ ومعه المال ، كسرقة جمل نام عليه راكبه فلا قطع فيها عند الجميع ؛ لأنّ يد الحافظ لم تزل عن الجمل فإذا أستيظ الحافظ بعد ذلك فالفعل اختلاس إذا أزيلت يده عن الجمل ، ويعلّل أبو حنيفة المسألة بتعليل آخر وهو أنّ الجمل محرز بالحافظ فإذا أخذ جميعاً فهو كما لو سرق أجزاء الحرز ⁽³⁾ .

أمّا إذا أنزل التائم عن الجمل ، فلم يستيقظ وأخذ الجمل فهي سرقة يقطع فيها عند أبي حنيفة ومالك وأحمد ، ولكن الشافعية اختلفوا في هذه ، فيرى بعضهم القطع ، ولم يره البعض الآخر مع أنّ تطبيق قواعدهم يقتضي القول بالقطع ⁽⁴⁾ .

والسرقة من القطار _ بغيراً أو حملاً _ فيه القطع عند الأئمة الثلاثة ؛ لأنّ كلّ من الرّاكب

(1) المغني ، ج 10 ، ص 251 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 139 / المهذب ، ج 2 ، ص 278 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص

340 / الزّرقي ، ج 8 ، ص 99 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 562)

(2) شرح الزّرقي ، ج 8 ، ص 99 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 563) / بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 74 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 341 / المهذب ، ج 2 ، ص 272 .

(3) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 74 / المغني ، ج 10 ، ص 248 / شرح الزّرقي وحاشية الشّيباني ، ج 8 ، ص 101 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 562)

(4) كشاف القناع ، ج 6 ، ص 137 / المهذب ، ج 2 ، ص 279 / بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 73 .

والسائق حافظ حرز ، وسرق غرارة من ظهر دابة أو شقها فأخذ منها فعليه القطع ؛ لأنّ ظهر الدابة يعتبر حرزاً للغرارة ، وكذلك إذا سرق الدابة وعليها الغرارة وكانت الدابة في حرز مثلها⁽¹⁾، كأن كانت باركة في المراح أو سائرة في القطار⁽²⁾ ، كما يسيّضح عند الكلام عن سرقة الدواب إن شاء الله .

والظاهر في نظري أنّ ما ذهب إليه الجمهور هو الصواب ؛ لأنّه لا يعقل أن يقطع السارق إذا سرق ما في الحرز ولا يقطع إذا سرق الحرز بما فيه من المال ؛ بل القطع بسرقة الحرز أولى ، وإلاّ كيف تعصم أموال الناس وتصان ؟

وأيضاً بالنسبة للسرقة من القطار ، كالأحمال والجوالق والغرارة يقطع سارقها ، فالعرف اليوم يقضي بأنّ القائد مطالب بحفظ المتاع المحمول ، وإلاّ لتعرضت أموال الناس للضياع .

(الفقرة الثّانية : حكم سرقة الحرز نفسه في قانون العقوبات الجزائري : من خلال الدّراسة السابقة ،
نلاحظ أنّ قانون العقوبات الجزائري يوافق مذهب الجمهور في تجريم سارق الحرز بالمكان أو الحرز نفسه ، إذا توفّر فيه شرط إمكانية التّنقل ؛ حيث أنّ العقّارات بالاتّصال متى فصلت عن العقّار المثبّته فيه ؛ فإنّها تستعيد حينئذٍ طبيعتها الأولى ، وتصبح منقولاً مثل التّوافذ والأبواب وبعض أجزاء الدّار الأخرى ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى إنّ هذا التّوع من السرقة تعلّق بالمكان المسكون أو المعدّ للسكنى ، كما أنّ الفسّاط المنصوب أو ما يسمّى بالخيمة الّتي تنصب عدّها القانون من قبيل المكان المسكون أو المعدّ للسكنى ، واعتبر ذلك ظرفاً مشدّداً ، أمّا بقيّة الأمثلة الأخرى المتعلّقة بسرقة الحرز كالجوالق والغرارة على ظهر الدابة ، فلا يمكن بحال أن يعفي القانون سارقها طالما أنّها أموالاً مملوكة لا ضائعة ولا متروكة ، قابلة للتّنقل ، وطالما أنّ القانون يعاقب من سرق من حرز مغلق ، وإن لم يشترط الحرز ، فتجريم سارق الحرز يكون من باب أولى ، فلا يعقل قانوناً عدم تجريم من سرق حقّية فيها أموال حتّى وإن سلّمت الحقّية للجاني تسليماً واحتفظ المالك بالمفاتيح⁽³⁾ .

(1) المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 2867 .

(2) شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 99 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 571)

(3) انظر شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 120 _ 122 / وكذا جريمة السرقة ، ص 18

وما يؤكّد هذا إثارة موضوع يتعلّق بمسألة " تسليم حرز مغلق مع الاحتفاظ بمفتاحه " وذلك في كثير من كتب القانون .، حيث جاء في كتاب " جريمة السرقة " فيما يخصّ هذه المسألة " من الأمور التي تتّصل بتمكين اليد العارضة تسليم حرز أو حقيبة مغلقة مع احتفاظ صاحبها بمفتاحها، وقد تضاربت الآراء في هذا النطاق ، وإن كان الرّاجح في نظرنا _ أي نظر صاحب الكتاب _ هو وجوب اعتبار الاستيلاء على الحرز أو شيء منه سرقة لا خيانة أمانة ، لأنّ احتفاظ المسلم بالمفتاح قرينة على عدم رغبته في نقل الحيازة إلى المستلم ؛ بل إعطائه مجرد اليد العارضة " (1) .

ثمّ يقول : " وقد يحصل العكس بأنّ يسلم صاحب الحرز أو الشيء المغلق مفتاحه إلى آخر كقرين على تسليم الحرز وما به تسليمًا ناقلاً للحيازة المؤقتة ، كشخص يسلم إلى آخر مفتاح شقّته أو سيارته وذلك لا مجرد توصيله إلى آخر أو للاحتفاظ به ، بل مع السّماح له بارتياذ الشقّة أو باستعمال السيّارة ، فلاستيلاء على شيء من محتويات الشقّة أو الاستيلاء على السيّارة أو شيء من أجزائها ينبغي أن يعدّ حينئذٍ خيانة أمانة لا سرقة ... أمّا إذا كان تسليم المفتاح لمجرد معاينة الشقّة لاستئجارها أو تجربة السيّارة لشرائها ... فالواقعة حينئذٍ سرقة لا خيانة أمانة " (2) .

ورغم أنّ الكلام هنا للتفرقة بين السرقة وخيانة الأمانة في حالة التسليم ، لكن نستنتج منه في حالة اعتبار الفعل سرقة كيف أنّ الحرز المغلق يكون محلاً للسرقة ؛ فسرقة الحرز نفسه يعدّ سرقة يعاقب عليها القانون ، والله أعلم .

الفرع الثاني

حكم سرقة الثمار المعلقة والدّواب من المرعى شرعاً وقانوناً

بعد اشتراط كون السرقة من حرز في التشريع الجنائي الإسلامي ، فما حكم سرقة الثّمار المعلقة وهي غير محرزة ؟ وكذا ما حكم سرقة الدّواب من المرعى شرعاً ؟ وأمّا قانون العقوبات الجزائي فيما أنّه لا يشترط الحرز عموماً ، هل تعتبر هذه الأفعال سرقات ، ويعاقب عليها الفاعل ؟ الجواب عن هذه الأسئلة سيكون في فقرتين كمايلي :

(الفقرة الأولى) : حكم سرقة الثمار المعلقة شرعاً وقانوناً : في هذا الفرع ، سأوضح مسألة حكم

(1) (2) جريمة السرقة ، ص 18 .

سرقة الثمار المعلقة شرعاً ، حيث أبيض الخلاف الجار بين فقهاء المذاهب الإسلامية في هذه المسألة وسبب ذلك ، كما أوضح حكم سرقة الثمار والمحاصيل الزراعية في قانون العقوبات الجزائي ، مبتدئة بالجانب الشرعي ثم القانوني .

أولاً : حكم سرقة الثمار المعلقة شرعاً : اختلف الفقهاء في حكم سرقة الثمار المعلقة على قولين ، والخلاف جار بين الحنفية والجمهور :

أ/ مذهب الأحناف : لا قطع عند الأحناف في سرقة الثمر المعلقـ أي على الشجرـ لأنه لا إحراز فيها على الشجر حتى ولو كان الشجر في حرز ، كذلك لأنه لا يعد مالاً ، وهو مما يتسارع إليه الفساد فيوصف بالتآفه ، كذلك لحديث الرسول ﷺ : " لا قطع في ثمر ولا كثر" (1) .

جاء في بدائع الصنائع : " ولو سرق ثمراً من نخل أو شجر آخر معلقاً فيه فلا قطع عليه ، وإن كان عليه حائط استوثقوا منه وأحرزوه أو هناك حائط ؛ لأن ما على رأس النخل لا يعد مالاً ولأنه مادام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع إليه الفساد" (2) .

ويلحق بهذا الحنطة في سنبليها قبل أن تحصد ؛ إذ لا قطع فيها للحديث السابق ، وكذا سرقة النخلة بأصولها .

جاء في المبسوط : " فإن سرق الثمر من رؤوس النخل في حائط محرز ، أو حنطة في سنبليها لم تحصد فلا قطع عليه ، لقوله ﷺ : " لا قطع في ثمر ولا كثر" ، ولأن الثمار مادامت في رؤوس الأشجار فإنه يتسارع إليها الفساد ، ألا ترى أنها لو تركت كذلك فسدت ، ولا يتم معنى الإحراز فيها ولا في الحنطة في سنبليها ؛ فإنها زرعت في ذلك الموضع لمقصود آخر سوى الإحراز ، والدليل عليه قوله : ﷺ " فما أواه الجرين ففيه القطع" (3) .

وكذلك سرقة النخلة بأصولها لقوله ﷺ : " ولا كثر" ، والمراد به صغار النخل ، فإذا لم يجب القطع في الصغار من الأشجار فكذلك في الكبار ، وهذا لأنه بالإثبات في موضع لا يقصد إحرازه

(1) سبق تخريجه في ص 129 .

(2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 / حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 153 .

(3) سبق تخريجه في ص 129 .

فإن معنى الحرز لا يتم فيه عادة" (1) .

وبعد جني الثمار وحصد الزرع لا قطع فيه عند الأحناف قبل أن ينقل إلى الجرن ، أما إذا نقل إلى الجرن فيشترط عندهم لوجوب القطع أن يكون الحصول المسروق منه أو الثمر قد استحكم جفافه ؛ لأنه إذا لم يستحكم جفافه يلحق بالتافه ، ولا قطع عند أبي حنيفة في التافه .

جاء في البدائع " فإن كان قد جذ الثمر وجعله في جرين ثم سرق ؛ فإن كان قد استحكم جفافه قطع ؛ لأنه صار مالاً مطلقاً قابلاً للدخار وإليه أشار النبي ﷺ حين قال " لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا أواه فبلغ ثمن الجرن ففيه القطع " (2) ، لأنه لا يؤويه الجرين ما لم يستحكم جفافه عادة ، فإذا استحكم جفافه لا يتسارع إليه الفساد ؛ فكان مالاً مطلقاً " (3) .

جاء في المبسوط " فإن أحرز الثمر في حظيرة عليها باب ، أو حصدت الحنطة وجعلت في حظيرة ، فسرق منها قطع للحديث ؛ ولأن الإحراز قد تم ، فإنه إنما جمعه صاحبه في هذا الموضع ليكون محرزاً محفوظاً ، وكذلك إن كانت في الصحراء وصاحبها يحفظها ؛ لأن الصحراء ليس بحرز بنفسه فيتم الإحراز بالحافظ " (4) .

ب/ مذهب الجمهور : يرى جمهور الفقهاء أن لا قطع في سرقة الثمر المعلق ، والزرع غير المحصود إذا كانت الأشجار غير محرزة بسور أو حائط ، أما إذا كانت السرقة من شجرة نابتة في دار محرزة ففيه القطع ؛ لأن السرقة تعتبر مما هو محرز بالدار ، وفي مذهب مالك يرى أصحابه قطع من يسرق ثمرًا من بستان مسور له غلق ، والشافعيون يرون القطع في هذه الحالة إن كان ثمة حارس ، كما يرون أن أشجار أفنية الدور محرزة بلا حارس .

أما إذا قطعت الثمار وحصد الزرع فلا قطع عند الجمهور أيضاً ، إلا إذا وضع في الجرن ، على أن بعض المالكيين يرون القطع فيما يسرق قبل التقل للجرن إذا كوّم أو كدّس أكداًساً بعضها إلى بعض حتى يصير كالشيء الواحد ؛ لأنه يصير في حالة تتفق مع حالته في الجرن ، كما يرون القطع في السرقة أثناء التقل إلى الجرن إذا كان ثمة حافظ .

(1) المبسوط ، ج 9 ، ص 155 / بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 .

(2) سبق تخريجه في ص 129 .

(3) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 .

(4) المبسوط ، ج 9 ، ص 155 .

وإذا وضعت الثمار والزروع في الجرن ففي سرقته القطع عند مالك والشافعي وأحمد ، سواء كان هناك حافظ أم لا ، ما دام الجرن داخل العمران ، فإن كان الجرن خارج العمران فلا يجب القطع عند الشافعي وأحمد إلا بالحافظ ، ويستوي أن يكون الثمر أو الزرع قد استحکم جفافه أم لا (1) .

ويخالف هذا كله الظاهريون ؛ حيث يرون القطع في الثمار والزرع معلقاً أو غير معلق (2) .

والراجح في نظري ما ذهب إليه الأحناف في سرقة الثمر المعلق ؛ فالأشجار ليست حرزاً للثمار وإلا لما منع الرسول ﷺ القطع ، لكن السارق منها يعزّر حتى لا يفلت من العقوبة كلية ، أما بعد جني الثمر وحصاد الزرع وحرزه في الجرن ، فالراجح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور ، فلا وجهة للتفرقة بين استحکام جفاف الثمر وعدمه ، إذ اشترط في الحديث أن يأويه الجرن مطلقاً _ أي الإحراز _ دون شرط الجفاف .

هذا والعقوبة التعزيرية في سرقة الثمر المعلق ، هي عقوبة مالية عينها عليه الصلاة والسلام في قوله " ... ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثلية والعقوبة ، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرن فبلغ ثمن الحنّ ، فعليه القطع " (3) .

وإلى هذا ذهب الحنابلة عملاً بالخبر المذكور ، وقال أحمد : لا أعلم سبباً يدفعه ، وقال أكثر الفقهاء لا يجب فيه أكثر من مثله ، وهناك من خالف هذا وردّ الحديث ، فقال ابن عبد البر : لا أعلم من الفقهاء من قال بوجوب غرامة مثلية . واعتذر بعض أصحاب الشافعي عن هذا الخبر بأنه كان حين كانت العقوبة في الأموال ثم نسخ ذلك (4) .

قال صاحب المغني " ولنا قول النبي ﷺ ، وهو حجة لا تجوز مخالفته إلا بمعارضة مثله ، أو أقوى منه ، وهذا الذي اعتذر به هذا القائل دعوى للنسخ بالاحتمال من غير دليل عليه وهو فاسد بالإجماع ، ثم هو فاسد من وجه آخر لقوله : " ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرن ، فبلغ ثمن الحنّ فعليه القطع " فقد بين وجوب القطع من إيجاب غرامة مثلية ، وهذا يبطل ما قاله (5) .

(1) المغني ، ج 10 ، ص 259 / المهذب ، ج 2 ، ص 278 / كتاب الأمّ ، ج 6 ، ص 133 / الرّزقاني ، ج 8 ، ص 103 _ 104 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 574)

(2) المحلى ، ج 12 ، ص 306 . وقد فصل ابن حزم في هذه المسألة وقد أدلة الرأي المخالف في كتابه المحلى .

(3) سبق تخريجه في ص : 129

(4) (5) المغني ، ج 10 ، ص 260 .

ثانياً : حكم سرقة الثمار في قانون العقوبات الجزائري : أما سرقة الثمار والمحاصيل الزراعية في قانون العقوبات الجزائري ، فقد نجد أن المادة 361 نصّت في فقرتها الثانية على أنه " كلّ من سرق من حقول محاصيل أو منتجات أخرى نافعة للأرض قد قطعت منها حتّى ولو كانت قد وضعت في حزم أو أكوام أو شرع في ذلك

يعاقب بالحبس من خمسة عشر يوماً إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 1000 دج " ⁽¹⁾ وإذا لحق هذه الجريمة ظرفاً مشدداً تشدّد العقوبة " وإذا ارتكبت السرقة ليلاً أو من عدّة أشخاص أو بالاستعانة بعربات أو بحيوانات للحمل فتكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 1000 إلى 10000 دج " ⁽²⁾ .

كما نصّت المادة نفسها في فقرتها الخامسة على أنه " كلّ من سرق محاصيل أو منتجات أخرى نافعة للأرض لم تكن قبل سرقتها مفصولة من الأرض ، وذلك بواسطة سلال أو أكياس أو أشياء أخرى مماثلة ، وسواء كان ذلك ليلاً أو بواسطة عربات أو حيوانات للحمل ، أو وقعت من شخصين أو أكثر ، أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين ، وبغرامة من 1000 إلى 10000 دج " ⁽³⁾ .

ومن خلال استقراء الفقرة الثانية والخامسة من المادة 361 من ق ع ج نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد ميّز بين المحاصيل والمنتجات الزراعية التي كانت قد قطعت من الأرض _ أي بعد جنيها _ وبين تلك المحاصيل التي لم تنفصل عن الأرض بعد _ أي قبل جنيها _ فأدخل الظروف المشدّدة على الأولى نظراً لسهولة سرقتها وهي مفصولة ومعدّة للتّقل ، ولم يعبأ بالظروف المشدّدة في الثانية ⁽⁴⁾ .

وذكر الدكتور محمد صبحي نجم علة تخفيف العقوبة على سارق المحاصيل قبل جنيها واعتبار ذلك من جنح السرقات لأنّها لا تدلّ على خطورة لدى نفسيّة الجاني أو الجناة ⁽⁵⁾ .

وقد ساوى قانون العقوبات بين عقوبة الجريمة التامة والشروع فيها على غرار الاتجاه العام

(1) (2) قانون العقوبات الجزائري ، ص 104 .

(3) قانون العقوبات الجزائري ، ص 104 .

(4) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاصّ _ ص 234 .

(5) شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاصّ _ ص 135 .

لقانون العقوبات ، ونصّ على جواز تطبيق المادّة 14 في جميع هذه السرقات ⁽¹⁾ والمنع من الإقامة ⁽²⁾، إلاّ أنّ أحد شرّاح القانون لم يوافق على ترك التعميم في سرقة المحاصيل الزراعيّة دون تحديد لقيمة معيّنة للمسروق ، إذ يرى أنّه من الأجدر بالمشرّع أن يحدّد قيمة معيّنة للمسروق ، إذا تجاوزتها قيمة المال المسروق شدّدت العقوبة ⁽³⁾ .

وعليه نلاحظ أنّ سارق المحاصيل الزراعيّة تترتّب عليه المسؤولية الجنائيّة في قانون العقوبات الجزائي ، ويعتبر الفاعل سارقاً سواء وقعت السرقة قبل جني الثمار أو بعدها ، إلاّ أنّ العقوبة تشدّد بعد جني الثمار ، وبهذا يتفق المشرّع الجزائري مع المذهب الظاهري في ترتيب المسؤولية الجنائيّة على سارق الثمار مطلقاً قبل الجني أو بعده ، رغم التمييز في العقوبة بين الحالتين . كما يتفق مع بعض المالكيّة في ترتيب المسؤولية الجنائيّة على سارق الثمار بعد الجني وتكديسها حزماً وأكواماً .

كما أنّ تخفيف العقوبة الوارد قانوناً على سرقة المحاصيل قبل جنيها ، نجده عند الأحناف مطلقاً ، وعند الجمهور إذا لم تحاط الحقول بحائط ، حيث يدرأ الحدّ وتخفّف العقوبة من القطع إلى التعزير ، والحكمة مشتركة بين التشريعين ، وهي كون سرقة الثمر المعلق سرقة لا تدلّ على الإجرام التام ، وخطورة لدى الجاني ، والله أعلم .

الفقرة الثّانية : حكم سرقة الدّواب من المرعى شرعاً وقانوناً : في هذا الفرع ، سأوضّح مسألة حكم سرقة الدّواب من المرعى شرعاً ، حيث أبين الخلاف الجار بين فقهاء المذاهب الإسلاميّة في هذه المسألة ، وسبب الخلاف في ذلك ، كما أوضّح حكم سرقة الدّواب في قانون العقوبات الجزائي ، مبتدئة بالجانب الشرعي ثمّ القانوني :

أولاً : حكم سرقة الدّواب من المرعى شرعاً : اختلف الفقهاء في حكم سرقة الدّواب من المرعى ، هل يقطع الفاعل أم لا ؟ وذلك على عدّة أقوال :

(1) المادّة 14 ونصّها " يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة وفي الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حقّ أو أكثر من الحقوق المشار إليها في المادّة 8 لمدة لا تتجاوز خمس سنوات (قانون العقوبات الجزائري ، ص 6) .

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 235 .

(3) المرجع السابق ، الصّفحة نفسها .

أ/ مذهب الأحناف : لو سرق الجاني من المرعى بعيراً أو شاة أو بقرة أو غيرها من الدواب لم يقطع عند أبي حنيفة ، سواء كان الرّاعي معها أم لم يكن ؛ لأنّ المراعي ليست بحرز للمواشي ، ولأنّ الحفظ الذي يحصل من الرّاعي لا يكون مقصوداً منه ابتداءً ؛ بل المقصود هو الرّعي ، فالمواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ ؛ بل للرّعي فلم يوجد الأخذ من حرز .

أمّا إذا سرقها من المراح أو العطن الذي تأوي إليه الدواب يقطع إذا كان معها حافظ أو ليس معها حافظ ، فإذا كسر الباب ودخل الجاني وسرق منه بقرة أو غيرها ، فأواها ، أو ساقها ، أو ركبتها حتّى أخرجها يقطع ، وذلك لأنّ العطن أو المراح أو الحائط الذي عليه الباب يقصد به الحفظ ووضع له ؛ فكان حرز لما روي أنّ النبي ﷺ قال في حريسة الجبل "غرامة مثليها وجلدات نكال فإذا أواها المراح وبلغت قيمتها ثمن المجنّ ففيها القلع" ويشترط أبو حنيفة لاعتبار المراح أو الحضيصة حرزاً بنفسه أن تكون مسورة وعليها باب ⁽¹⁾ .

و حرز الدواب عند الأحناف هو حرز لغيره من المال ، جاء في المبسوط : " ثمّ المذهب عندنا أنّ المكان الذي هو حرز لمال يكون حرزاً لمال آخر حتّى لو سرق ثياب الرّاعي من هذا الموضع يقطع " ⁽²⁾ .

ب/ عند المالكية : ويرى مالك ما يراه أبو حنيفة في سرقة الدواب والماشية في المرعى ، فلا قطع في سرقتها ولو وجد الرّاعي ، أمّا إذا سرق من المراح أو الحضيصة ففي سرقتها القلع . أمّا إذا سرق فيما بين المرعى والمراح مع وجود الحافظ ، فالبعض يرى القلع ، والبعض لا يراه .

والإبل المقطرة عند مالك يقطع في سرقتها سائرة ، أو نازلة ، مجتمعة ، أو مقطّرة ⁽³⁾ ولا يشترط عند مالك أن يكون المراح أو الحضيصة مسورة أو لهما باب ، بل يكفي أن يعدّ المكان مراحاً أو موقفاً للدواب ⁽⁴⁾ .

ج/ عند الشافعية : لقد فصلّ الشافعية في سرقة الماشية ، فإمّا أن تسرق من الأبنية المغلقة ، وإمّا أن تسرق من غير الأبنية :

(1) بدائع الصّانع ، ج 7 ، ص 74 / المبسوط ، ج 9 ، ص 162 / شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 246 .

(2) المبسوط ، ج 9 ، ص 162 .

(3) (4) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 100 _ 101 _ 102 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 572)

فإذا كانت المواشي في الأبنية المغلقة الأبواب فهي محرزة إن اتصلت بالعمارة ، سواء كان صاحبها فيها أم لم يكن للعادة ، وإن كانت في برية لم تكن محرزة إلا إذا كان صاحبها فيها مستيقظاً أو نائماً ، فإن كان الباب مفتوحاً اشترط كونه مستيقظاً ، ويكفي أن يكون المراح من حطب أو حشيش ⁽¹⁾ .

أما في غير الأبنية فلها أحوال ⁽²⁾ :

الحالة الأولى : أن تكون الإبل ترعى في صحراء ، فهي محرزة إذا كان معها حافظ يراها جميعاً ، ويبلغها صوته ، فإن لم ير بعضها لكونه خلف جبل أو حائط ، فذلك البعض غير محرز ، ولو نام ، أو تشاغل لم تكن محرزة ، ولو لم يبلغ صوته بعضها ، وحكم الخيل والبغال والحمير وهي ترعى حكم الإبل ، وكذا الغنم إذا كان الراعي يراها جميعاً فهي محرزة إذا بلغها صوته ، وإن كانت متفرقة .

الحالة الثانية : أن تكون سائرة : فالإبل إن كانت مقطورة يسوقها سائق ، فمحرزة إن انتهى نظره إليها ، وإن كان يقودها اشترط أن ينظر إليها كل ساعة ، وينتهي نظره إليها إذا التفت ، فإن كان لا يرى البعض لحائل حيل أو بناء ، فذلك البعض غير محرز... ، وقد يستغني بنظر المارة عن نظره إذا كان يسيرها في سوق مثلاً ، أما إذا لم تكن مقطورة بأن كانت تساق أو تقاد ، فمنهم من أطلق أنهما غير محرزة ، لأنها لا تسير هكذا غالباً ، وهناك من قال: المقطورة وهذه سواء . والخيل والبغال والحمير والغنم السائرة كالإبل السائرة إذا لم تكن مقطورة ، ولم يشترطوا القطر فيها ، لكنه معتاد في البغال .

الحالة الثالثة : أن تكون الإبل مناخة : فإن لم يكن معها أحد فليست محرزة وإن كان معها صاحبها ، فإن كانت معقولة ، لم يضر نومه ولا اشتغاله عنها ؛ لأن في حلّ المعقولة ما يوقظ النائم والمشتغل ، وإن لم تكن معقولة اشترط أن ينظر إليها ويلاحظها .

د/ مذهب الحنابلة : الحنابلة مثل الشافعية في تقسيمهم لأضرب الإبل ؛ فهي على ثلاثة أضرب : باركة وراعية وسائرة ⁽³⁾ .

(1) روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 341

(2) روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 341 _ 342 / المذهب ، ج 2 ، ص 279 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 452 _ 453م

(3) المغني ، ج 10 ، ص 248 _ 249 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 137

أمّا الباركة فإن كان معها حافظ لها وهي معقولة فهي محرزة ، وإن لم تكن معقولة وكان الحافظ ناظراً إليها أو مستيقظاً بحيث يراها فهي محرزة أيضاً ، وإن كان نائماً أو مشغولاً عنها فليست محرزة ؛ لأنّ العادة أنّ الرّعاة إذا أرادوا التّوم عقلوا إبلهم ؛ ولأنّ حلّ المعقولة بينه التّائم والمشتغل ، وإن لم يكن معها أحد فهي غير محرزة ، سواء كانت معقولة أو لم تكن .

أمّا الرّاعية: فحزرها بنظر الرّاعي إليها ، فما غاب عن نظره ، أو نام عنه ، فليس بمحرز؛ لأنّ الرّاعية إنّما تحوز بالرّاعي ونظره .

وأمّا السّائرة فإن كان معها من يسوقها فحزرها نظره إليها ، سواء كانت مقطّرة أو غير مقطّرة ، وما كان منها بحيث لا يراه فليس بمحرز ، وإن كان معها قائد فحزرها أن يكسر الالتفات إليها والمراعاة لها ، ويكون بحيث يراها إذا التفت .

ونلاحظ من خلال عرض آراء الفقهاء ، أن سرقة الدّواب من المرعى رغم وجود النّص الدّال على عدم القطع إلّا أنّه قد اختلف فيه ؛ فالأحناف والمالكية قالوا بعدم القطع ولا عبرة بوجود الرّاعي ، بينما الشّافعية والحنابلة قالوا بالقطع إذا وجد الرّاعي أو الحافظ وكان ينظر إليها ويرقبها ، أمّا في المراح فالقطع بإجماع الفقهاء .

وفي حالة كونها سائرة في الطّريق ، فعند الأحناف لا قطع إذا لم يأويها المراح حتّى ولو كانت مع الحافظ ، وكذا على رأي عند المالكية ما لم تكن مقطّرة ، وعند الشّافعية والحنابلة القطع إذا كان هناك حافظ ينظر إليها .

والذي أميل إليه ما ذهب إليه الأحناف ، دون التشعّب في أضرب الإبل والدّواب ، فنص الحديث صريح في عدم قطع سارق الدّواب من غير الحضيرة ، سواء كانت سائرة ، أو باركة ، أو بين المرعى والحضيرة ، أمّا أنّه صريح في قطع السّارق من المراح سواء وجد الحافظ أم لم يوجد، إلّا أن اشتراط الأحناف لاعتبار الحضيرة أو المراح حرزاً بنفسه أن يكون مسوّراً وعليه باب فهذا غير مستساغ ؛ إذ حرز الدّواب يختلف من بيئة إلى أخرى ، فهناك من يجعلها في حضيرة مسوّرة ومبوّبة أو أكثر من هذا ، وهناك من يجعلها في حضيرة من خشب أو حشيش أو قش وبدون باب أصلاً ، فيمكن ترجيح رأي المذاهب الأخرى في هذا الجانب حتّى يضيق على اللّصوص أكثر ، وتعصم أموال النّاس .

وبهذا تكون سرقة الدّواب من غير المكان المعدّ لحفظها عادةً عقوبتها تعزيرية ، وتمثل في غرامة مثليها وجلدات نكال كما جاء في الحديث السّابق الذّكر ، والله أعلم .

ثانياً : حكم سرقة الدّواب في قانون العقوبات الجزائري : أما سرقة الدواب في قانون العقوبات الجزائري فقد نصت عليه المادة 361 في فقرتها الأولى على أنه " كل من سرق خيولاً أو دواباً للحمل أو الجر أو الرّكوب أو مواشي كبيرة أو صغيرة ...أو شرع في شيء من ذلك يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر و بغرامة من 1000 إلى 10.000 دج " (1).

و يلاحظ أن المشرع لم يلتفت للظروف المشددة لهذه الجريمة وعلى ذلك تبقى عقوبتها لا تتغير سواء ارتكبت بظروف مشددة أو بدونها، ويلاحظ على العموم أن المشرع الجزائري تساهل في عقوبة هذا النوع من السرقات إذا ما قيست بعقوبة السرقات في ميادين أخرى ، ولعل السبب في ذلك هو اعتقاده عدم خطورة الجريمة من جهة وكون أكثر هذه السرقات تتم عن حاجة الجاني من جهة أخرى (2) .

وهنا أيضاً ساوى قانون العقوبات الجزائري بين عقوبيتي الجريمة التامة والشروع فيها على غرار الاتجاه العام لقانون العقوبات ، ونص على جواز تطبيق المادة 14 السابقة الذّكر في جميع هذه السرقات ، والمنع من الإقامة أيضاً (3) .

وبعد كلّ هذا نجد أنّ قانون العقوبات الجزائري لم يفرّق بين سرقة الدّواب من المرعى أو سرقتها من المراح ؛ بل أنّه لم يلتفت إلى ذلك إطلاقاً ، ولعلّ السبب يكمن في عدم اشتراط القانون للحرز في السرقة .

وبعد هذه الدراسة نجد أنّ التشريع الجنائي الإسلامي قد فرّق بين كون الدّواب موجودة في المراح أو خارج المراح، فإذا كانت في المراح فالفاعل يعتبر جريمة سرقة ويقطع السّارق باتّفاق العلماء وإذا كانت الدّواب خارج المراح (في المرعى أو في الطّريق سائرة) فهناك من أسقط المسؤولية الجنائية عن الفاعل مطلقاً ، وهناك من رتبها عليه إذا كان هناك حافظ أو راع لها

(1) قانون العقوبات الجزائري ، ص 104

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 235

(3) المرجع نفسه ، الصّفحة نفسها .

بينما قانون العقوبات الجزائري الذي فرّق بين سرقة المحاصيل الزراعيّة قبل الجني وبعد الجني والتّكديس في المسألة السّابقة نجده هنا لا يفرّق في سرقة الدّواب بين كونها في المراح أو خارج المراح _ في المرعى أو سائرة في الطّريق _ وأثبتت المسؤوليّة الجنائيّة على الفاعل مطلقاً وأوجب عليه عقوبة السّرقة .

وبهذا يتّفق قانون العقوبات الجزائري مع التشريع الجنائي الإسلامي في إثبات المسؤولية الجنائية على سارق الدّواب من المراح و خارج المراح عند بعض الفقهاء إذا كان معها حافظ، ويختلف معها في عدم إثبات ذلك إذا كانت السّرقة لدواب من خارج المراح عند البعض إذا كانت بدون حافظ ، وعدم إثبات المسؤولية الجنائية في الحالة الأخيرة لا يعني سلامة الفاعل من العقاب ، بل تثبت في حقه العقوبة التّعزيرية المنصوص عليها والمتمثلة في غرامة مثليها وجلدات نكال . والله أعلم .

المبحث الثاني

**التعزير في جريمة السرقة عند تخلف
ركن الخفية والمكيّة**

تكملة :

لقد سبق الكلام عن كون الأخذ خفية ركن من أركان السرقة الموجبة للحدّ ؛ وذلك بأن يؤخذ الشيء في السرقة دون علم الجنى عليه ودون رضاه ، فإذا كان الأخذ بحضور الجنى عليه ودون مغالبة فالفعل يعدّ اختلاساً لا سرقة ، ففي هذا المبحث إن شاء الله تعالى سأتناول مسائل في السرقة تتعلق بتخلّف هذا الركن كحكم الاختلاس والتهب والغصب ، وحكم التسليم وأثره في جريمة السرقة ، وتندرج تحته مسائل عديدة منها خيانة الأمانة ، وجحد العارية . وفي حقيقة الأمر هناك كثير من المسائل تتعلق بتخلّف ركن الخفية قد سبق توضيحها أثناء الكلام عن شرط الحرز؛ إذ العلاقة وطيدة بينهما لأنّ الشرط مكمل للركن ، فالأخذ على سبيل الاستخفاء ركن السرقة ، والأخذ من غير حرز لا يحتاج إلى استخفاء ، فلا يتحقّق ركن السرقة ، ولهذا لا يمكن تكرار المسائل المذكورة سابقاً .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى سأتناول في هذا المبحث أيضاً تعزيز السارق عند تخلّف ركن الملكية ، وتندرج تحته عدّة مسائل : كأن يدّعي السارق ملكية المسروق فيصدّقه المسروق منه ، أو يدّعيه السارق فيكذّبه المسروق منه ، أو يتملّك السارق المسروق بموجب بيع أو هبة قبل القضاء ، كما ستوضّح مسائل أخرى ، كسرقة مال المجهول ، والسرقة من السارق .

وسيتّم توضيح مسائل هذا المبحث في المطالب الأربعة الآتية ، هذا مع دراسة نقدية لحكم هذه المسائل في قانون العقوبات الجزائري إن وجدت المادة العلمية وتوفّرت ، وإذا تعذّر ذلك سأتوقّف في شأنها كما كان الأمر في بعض المسائل السابقة .

المجلد الأول

حكم الاختلاس والنهب والغصب شريعاً وقانوناً

علم مما سبق أنّ أخذ مال الغير مجاهرة لا يعتبر سرقة مستوجبة للحدّ ؛ لانتفاء ركن الأخذ خفية ، مع بقاء الفعل محرّم شرعاً ، ومن الحالات التي يكون فيها الأخذ مجاهرة ، نجد الاختلاس والنهب والغصب ، ومن باب أولى ذكر أخذ مال الغير والاستيلاء عليه عن طريق التسليم ؛ لانتفاء ركن الخفية فيه تماماً .

وهذه الأفعال الأربعة المحرّمة شرعاً ، يجمعها الاستيلاء على مال الغير بغير وجه حقّ ، والاختلاف كائن في طريقة الأخذ ، وستتمّ دراسة هذا المطلب من خلال فرعين : الأوّل منهما يتناول حكم الاختلاس والنهب والغصب شرعاً ، وثانيهما يتناول الاختلاس والنهب والغصب قانوناً ، أمّا مسألة الاستيلاء على مال الغير عن طريق التسليم فسيتمّ دراستها في المطلب الثاني مباشرة .

الفرع الأول

حكم الاختلاس والنهب والغصب شرعاً

تجتمع هذه الأفعال الثلاثة المحرّمة شرعاً في كون الأخذ فيها مجاهرة ، وتفترق في كون الأوّل يعتمد على الهرب والخفّة ، ويعتمد الثاني على القوّة والغلبة ، ويعتمد الثالث على الظلم والقهر ، كما سيّبين بعد حين ، ففي هذا الفرع سأتناول تعريف هذه الأفعال الثلاثة لغة واصطلاحاً ، كما أتناول عرض لعبارة الفقهاء المتعلّقة بحكم هذه الأفعال المحرّمة ، بعد ذكر أدلّة تحريمها .

الفقرة الأولى : تعريف الاختلاس والنهب والغصب : سأعرض لتعريف كلّ فعل من هذه الأفعال لغة ثمّ اصطلاحاً :

أولاً : تعريف الاختلاس :

أ/ لغةً : خلست الشيء خلسة ، من باب ضرب - أي اختطفه بسرعة على غفلة⁽¹⁾ والاختلاس هو فعل المختلس .

ب/ تعريف الاختلاس اصطلاحاً : هو خطف الشيء جهراً مع اعتماد المهرب⁽²⁾ ويكفي في حالة الاختلاس لاعتبار الفعل تاماً ، أن يخرج الشيء المختلس من حيازة المجني عليه ويدخل في حيازة المختلس؛ فمن خالس المجني عليه وخطف من يده ورقة مالية أو أخذ ثوبه من جواره ، فإن الاختلاس يعتبر تاماً بمجرد دخول الورقة المالية أو الثوب في حيازة المختلس ، ولو لم يبرح محل الاختلاس⁽³⁾ .

ثانياً : تعريف النهب :

أ/ لغةً : من أتهب المال إتهاباً ، إذا جعلته نهباً _ أي يغار عليه _ والانتهاب هو الغلبة على المال والقهر⁽⁴⁾ والتهب هو فعل التاهب .

ب/ اصطلاحاً : التهب هو أخذ المال جهرة وعلانية بمرأى من الناس ، على سبيل القهر والقوة والغلبة⁽⁵⁾ .

جاء في منار السبيل " هو من يأخذ المال على وجه الغنيمة " ⁽⁶⁾ .

فكل من التهب والاختلاس هو أخذ الشيء علانية ، إلا أنه يفرق بينهما من جهة سرعة الأخذ في جانب الاختلاس ، بخلاف التهب فإن ذلك غير معتبر فيه⁽⁷⁾ وكذا من جهة

(1) المصباح المنير ، ج 1 ، ص 177 .

(2) الخروشي على مختصر خليل ، مج 4 ، ج 8 ، ص 100 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 346 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 129 / بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 65 / حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 156 / المبسوط ، ج 9 ، ص 160 / المغني ، ج 10 ، ص 236 / منار السبيل ، ج 2 ، ص 384 / المهذب ، ج 2 ، ص 276 .

(3) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 520 .

(4) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 627 .

(5) إعلام الموقعين ، ج 2 ، ص 81 / نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 131 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 346 / حاشية ابن عابدين ج 6 ، ص 156 / بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 65 / المهذب ، ج 2 ، ص 276 .

(6) منار السبيل ، ج 2 ، ص 384 .

(7) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 156 .

القوة والغلبة في جانب التَّهَب ، بخلاف الاختلاس فإن ذلك منعدم فيه.

ثالثاً : تعريف الغصب

أ/ لغة : الفعل غصب من باب ضرب ، واغتصبه أخذه قهراً وظلماً ، فهو غاصب ⁽¹⁾ والغصب هو فعل الغاصب .

ب/ اصطلاحاً : عرف ابن عرفة ⁽²⁾ الغصب بقوله " أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال " ⁽³⁾ ، وكانت قيود هذا التعريف كما يلي ⁽⁴⁾ :

- بقوله غير منفعة ، أخرج التعدي .
- وبقوله ظلماً أخرج الأخذ عن طيب نفس .
- وبقوله قهراً أخرج به الغيلة ؛ إذ لا قهر في أخذ الغيلة ، لأنه بموت مالكه .
- وبقوله لا لخوف قتال ، أخرج به الحرابة .

إلا أنه هناك من اعتبر الأخذ في الغصب يكون تعدياً ، مثل ما جاء في كتاب الفواكه الدواني " هو أخذ المال من صاحبه قهراً عليه على وجه التعدي " ⁽⁵⁾ .

وكذا في منار السبيل " هو الاستيلاء عرفاً على حق الغير عدواناً " ⁽⁶⁾ .

وعرفه الأحناف بأنه هو " إزالة يد المالك عن ماله المتقوم ، على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال " ⁽⁷⁾ .

(1) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 448 .

(2) هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي ، ولد سنة 716 هـ / 1316 م بتونس ، وهو من علماء المالكية ، سمع من عبد السلام الهواري ، وابن سلمة وغيرهما ، كان مفتياً وإماماً وخطيباً بالجامع الأعظم ، من مؤلفاته : مختصر الشامل في التجويد ، مختصر الفرائض والحدود في التعريف الفقهي ، وغيرها توفي سنة 803 هـ / 1400 م ، وقيل سنة 800 هـ (انظر ترجمته في شجرة النور الزكية لحمد مخلوف ، ج 1 ، ص 227 / شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي ، ج 4 ، ص 38 / الضوء اللامع للسخاوي ، ج 9 ، ص 240)

(2) ذكر التعريف الخرشني ، مج 3 ، ج 6 ، ص 129 .

(3) الخرشني ، مج 3 ، ج 6 ، ص 129 .

(4) أحمد بن غنيم التفراوي ، الفواكه الدواني ، ط 1 (1418هـ/1997م) دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ج 2 ، ص 288

(5) منار السبيل ، ج 1 ، ص 28 .

(6) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 143 .

وقال الشافعي رحمه الله هو " إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه _ أي المالك _ والإزالة ليست بشرط" (1) .

واستدل الإمام الشافعي لتمهيد أصله (2) بقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا أَنْ يَنْتَهِزُوا سَبِيلَ اللَّهِ﴾ (الكهف / 79 ، حيث جعل الغصب مصدر الأخذ ، فدلّ أنّ الغصب والأخذ واحد ، والأخذ إثبات اليد ، إلا أنّ الإثبات إذا كان بإذن المالك يسمّى إيداعاً وإعارة وإيضاعاً في عرف الشرع ، وإذا كان بغير إذن المالك يسمّى في متعارف الشرع غصباً .

إن الغصب جعل سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعدياً ، فإذا وقع الإثبات بغير إذن المالك وقع تعدياً فيكون سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعدياً ، والدليل عليه أنّ غاصب الغاصب ضامن وإن لم يوجد منه إزالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب الأول وإزالة الزائل محال والله أعلم .

واعترض أبو حنيفة على الشافعي وأصل اعتراضه من وجهين (3) :

أحدهما: أنّ المالك استحقّ إزالة يد الغاصب عن الضمان ، فلا بدّ وأن يكون الغصب منه إزالة يد المالك ، لأنّ الله تبارك وتعالى لم يشرّع الاعتداء إلاّ بالمثل لقوله تعالى : ﴿فَمَنْ حَسَرَ مَالَهُ فَهُوَ كَمَا حَسَرَهُ﴾ (البقرة / 194 .

والثاني: أنّ ضمان الغصب لا يخلو ، إمّا أن يكون ضمان زجر ، وإمّا أن يكون ضمان جبر ، ولا سبيل إلى الأوّل لأنّه يجب على من ليس من أهل الزجر ، ولأنّ الانزجار لا يحصل به فدلّ أنّه ضمان جبر ، والجبر يستدعي الفوات فدلّ أنّه لا بد من التفويت لتحقيق الغصب ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى أنّه لا حجة له _ أي الشافعي _ في الآية ؛ لأنّ الله تعالى فسّر أخذ المملك تلك السفينة بغصبه إيّاها ، كأنّه قال سبحانه وتعالى : "وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَعْصِبُ كُلَّ سَفِينَةٍ" وهذا لا يدلّ على أنّ كلّ أخذ غصب بل هي حجة عليه ، لأنّ غصب ذلك المملك كان إثبات اليد على السفينة مع إزالة أيدي المساكين عنها ، فدلّ على أنّ الغصب إثبات على وجه يتضمّن الإزالة .

(1) نقل هذا التعريف الكاساني في بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 143 .

(2) المصدر نفسه ، الجزء نفسه ، الصفحة نفسها .

(3) المصدر نفسه ، الجزء نفسه ، والصفحة نفسها .

وأما قوله الغصب إنما أوجب الضمان لكونه تعدياً فمسلم ، لكن التعدي في الإزالة لا في الإثبات ، لأن وقوعه تعدياً بوقوعه...بالمالك وذلك بإخراجه من أن يكون منتفعاً به في حق المالك ، وإعجازه عن الانتفاع به ، وهو تفسير تفويت اليد بإزالتها .

الفقرة الثانية : حكم الغصب والنهب والاختلاس شرعاً : الغصب محرم شرعاً بالكتاب والسنة والإجماع-مثله مثل الاختلاس والنهب- وسأبين فيما يلي ، أدلة التحريم ، ثم ما يترتب على التحريم ، هل يقطع الفاعل من كلّ منهم أم لا ؟ وذلك بالأدلة الشرعية ، وذكر عبارة الفقهاء في حكم هؤلاء .

أولاً : أدلة تحريم الغصب والنهب والاختلاس :

أ/ من الكتاب :

__ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَسْتُرَ بِالْبَاطِلِ﴾ البقرة/188.

__ وكذا قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَعْرُضُوا إِلَهُ اللَّهِ لِتُحِبَّ الْمَعْرِضِينَ﴾ البقرة 190

ب/ من السنة :

__ قوله ﷺ: " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام"(1) .

__ وكذا ما رواه الشيخان من قوله ﷺ " من أخذ شبراً من أرض ظلماً فإنه يطوّقه يوم القيامة من سبع أرضين "(2) .

ج/ الإجماع : أمّا الإجماع فمعلوم من الدين بالضرورة ، حتى قال ابن عبد السلام : أجمعت كلّ الملل على حرمة__ ويقصد الغصب (3) .

(1) رواه البخاري ، كتاب الحج ، رقم 1739 / ورواه مسلم كتاب القسامة والمخارين ، رقم 1679 .

(2) رواه البخاري ، كتاب بدء الخلق ، رقم 3198 / ورواه مسلم كتاب المساقاة ، رقم 1601 .

(3) النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج 2 ، ص 288 .

__ إلا أنّ صاحب منار السبيل نقل الإجماع على تحريم الغصب في الجملة ؛ إذ قال: وإثما اختلفوا في فروع منه ⁽¹⁾ .

والغاصب آثم إذا فعل فعله عن علم لآثمه معصية ، وارتكاب المعصية على سبيل التعمّد سبب لاستحقاق المؤاخذه للأدلة السابقة ، ويجب عليه التوبة والاستغفار . وإن فعله لا عن علم بأن ظنّ أنّه مُلكه ، فلا مؤاخذه عليه ؛ لأنّ الخطأ مرفوعٌ شرعاً ببركة دعاء النبي ﷺ " رفع عن أمّتي الخطأ والتّسيان وما استكروها عليه " ⁽²⁾ هذا بالنسبة للآخرة ⁽³⁾ .

ثانياً : ما يترتب على تحريم الاختلاس والنّهب والغصب : إنّ الثّابت شرعاً عدم قطع المختلس والغاصب والتّاهب ، والأصل في ذلك الأدلة الشرعية الآتية :

- 1/ ما روي عن النبي ﷺ أنّه قال : " ليس على الخائن ولا المختلس قطع " ⁽⁴⁾ .
- 2/ عن جابر أنّ النبي ﷺ قال : " ليس على المنتهب قطع " ⁽⁵⁾ .
- 3/ **الإجماع :** فقد أجمع العلماء على أنّه ليس في الاختلاس قطع ، إلاّ إيّاس بن معاوية فإنّه قال: أقطع المختلس لأنّه يستخفي بأخذه فيكون سارقاً ، وأهل الفقه والفتوى من علماء الأمصار على خلافه ⁽⁶⁾ .

كما أجمعوا على أنّه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع ، إلاّ أن يكون قاطع طريق شاهراً للسّلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل ، فحكمه حكم المحارب ⁽⁶⁾ .

(1) ابن ضويان ، منار السبيل ، ج 1 ، ص 433 .

(2) سبق تخريجه في ص 165 .

(3) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 148 / النفراوي ، الفواكه الدّواني ، ج 2 ، ص 288 .

(4) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، رقم 4292

(5) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، رقم 4391 / رواه أحمد ، باقي مسند المكثرين ، رقم 14539 / الدارمي ، كتاب

الحدود ، رقم 2310

(6) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 436 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 236 .

(7) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 437 .

4/ **قياس الأولى** : الاختلاس نوع من التّهب ، وإذا لم يقطع الخائن والمختلس ، فالغاصب أولى⁽¹⁾ .

5/ **المعقول** : أنّ الواجب قطع السّارق ، وهذا غير سارق ، لأنّ الاختلاس نوع من الخطف والتّهب ، وإنّما يستخفي في ابتداء اختلاسه بخلاف السّارق⁽²⁾ .

وقال بعض منكري القياس : القطع في السرقة دون الغصب وغيره غير معقول المعنى ، فإنّ التّهب والغصب أكثر هتكاً للحرمة من السرقة ، فدلّ على عدم اعتبار القياس ؛ لأنّه إذا لم يعمل به في الأعلى فلا يعمل به في المساوي⁽³⁾ .

ثالثاً : **عبارة الفقهاء في عدم قطع هؤلاء** : جاء في المهذّب : " لا يجب القطع على المنتهب ولا على المختلس ، لما روي جابر رضي الله عنه أنّ النبي ﷺ قال : " ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع ومن انتهب خبة مشهورة فليس ممّا " ⁽⁴⁾ ولأنّ المنتهب والمختلس يأخذان المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالاستغاثة بالنّاس وبالسلطان ، فلم يحتاج في ردعه إلى القطع " ⁽⁵⁾ .

وجاء في نهاية المحتاج " لا يقطع مختلس ومنتهب لخبر الترمذي بذلك ، لأنّهما يأخذان المال عياناً ويعتمد أولهما الهرب ، وثانيهما القوّة ؛ فيسهل دفعهما بنحو السلطان ، بخلاف السّارق لا يتأتّى منعه فقطع زجراً له " ⁽⁶⁾ .

وجاء في المغني " فإن اختطف أو اختلس لم يكن سارقاً ولا قطع عليه عند أحد علمناه ، غير إيّاس بن معاوية ، ... وقد روي عن النبي ﷺ أنّه قال " ليس على الخائن ولا المختلس قطع " ⁽⁷⁾ وعن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : " ليس على المنتهب قطع " ... ولأنّ الواجب قطع السّارق ، وهذا غير سارق ؛ ولأنّ الاختلاس نوع من الخطف والتّهب ، وإنّما يستخفي في ابتداء اختلاسه بخلاف السّارق " ⁽⁸⁾ .

(1) كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 129 .

(2) كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 129 / المغني ، ج 10 ، ص 236 .

(3) فتح الباري ، ج 12 ، ص 98 .

(4) سبق تخريجه في ص 260

(5) المهذّب ، ج 2 ، ص 277 .

(6) نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 457 .

(7) سبق تخريجه في ص 260

(8) المغني ، ج 10 ، ص 236 .

وجاء في المبسوط : " إذا كابر إنساناً في المصر فهاراً حتّى أخذ منه مالاً ، فإنّه لا يلزمه القطع استحساناً ، لأنّ الغوث في المصر بالتهار يلحقه عادةً ، فالأخذ مجاهرة بفعله غير مستحقّ له ، وذلك يمكن نقصاناً في السرقة ، قال عليه السلام : " لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن " (1) .

وجاء فيه أيضاً " لا قطع على المختلس لانعدام فعل السرقة ؛ لأنّه مجاهرة بفعله ولا يسارق عين صاحبه " (2) .

وجاء في مختصر خليل " ... ولا إن اختلس أو كابر أو هرب بعد أخذه في الحرز ، ولو ليأتي بمن يشهد عليه " (3) وشرحه الخرشي بقوله " ... المختلس وهو من يخطف المال ويذهب جهاراً لا قطع عليه ، وكذلك لا قطع على من أخذ المال على وجه المكابرة والقوّة ، والمكابر هو الغاصب " (5) .

وبما أنّه لا قطع على هؤلاء ، فإنّ عليهم التعزير ؛ بحيث يعاقبهم الحاكم أو الإمام بما يراه مناسباً لزرهم من أنواع العقوبات التعزيرية المعروفة ، فيجمع بين التعزير والضمان ؛ إذ لا مانع من ذلك .

قال ابن القيم الجوزيّة في إعلام الموقعين " لكن يسوغ كفّ عدوان هؤلاء بالضرب والتّكال والسّجن الطّويل والعقوبة بأخذ المال _ عند من يرى جوازها _ " (6) .

(1) سبق تخريجه في ص 60

(2) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 151 _ 160 .

(3) الخرشي على مختصر خليل ، مج 4 ، ج 8 ، ص 100 _ 101 .

(5) المصادر نفسه ، الجزء نفسه ، الصّفحات نفسها .

(6) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 2 ، ص 82 .

ويجب على الغاصب ردّ المغصوب إذا كان قائماً ، كما يجب ردّ الزيادة أيضاً إذا كان المغصوب قد زاد ونما في يد الغاصب ، سواء كانت هذه الزيادة متصلة أو منفصلة ، لأنها نماء المغصوب وهو لمالكه ، وإذا كان المغصوب قد نقص في يد الغاصب وجب عليه الإرجاء ، وإن تلف في يده ضمن الغاصب المثل إذا كان مثلياً ، أو قيمته يوم تلفه إذا كان متقوماً⁽¹⁾ .

وجاء في كتب المالكية ما يوافق هذا في كثير " والغاصب ضامن لما غصب ، فإن ردّ ذلك بحاله فلا شيء عليه ، وإن تغيّر في يده فربّه مخير بين أخذه بنقصه أو تضمينه القيمة ، ولو كان النقص بتعديّه خير أيضاً في أخذه وأخذ ما نقصه ، وقد اختلف في ذلك ولا غلّة للغاصب ويردّ ما أكل من غلّة أو انتفع ... ، ولا يطيب لغاصب المال ربحه حتّى يردّ رأس المال على ربّه ، ولو تصدّق بالربح كان أحبّ إلى بعض أصحاب مالك " (2) .

فعند المالكية لا ضمان على الغاصب إذا نقص المغصوب في يده ، ولو بتعديّه إن عفا ربّ المال واختار أخذه بنقصه .

لكن تعزير الغاصب لا يسقط حتّى وإن عفا عنه ربّ المال " ويجب على الحاكم تأديبه _ أي الغاصب _ ولو صبيّاً استصلاًحاً لحاله ، ولو عفى عنه ربّ الشّيء المغصوب ؛ لأنّ الأدب حقّ الله دفعاً للفساد ، ولحرمة الغصب كتاباً وستّة وإجماعاً ... " (3) .

وجاء في الخرشي " الغاصب إذا كان مميّزاً فإنّه يؤدّب وجوباً ، ويسجن لحقّ الله باجتهاد الحاكم بعد أن يؤخذ منه ما غصبه ، وأدبه لأجل الفساد فقط لا لأجل التّحريم ، كما يؤدّب على الزّنا ونحوه تحقيقاً للاستصلاح وتهذيباً للأخلاق ، وأمّا البالغ فيؤدّب اتفاقاً ولو عفا عنه المغصوب منه ؛ لأنّه حقّ الله دفعاً للفساد في الأرض " (4) .

هذا وأختم كلامي في الموضوع بذكر بعض الفروق بين السّارق والمختلس والمنتهب والغاصب (5) :

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 148 وما بعدها / منار السّيل ، ج 1 ، ص 433 _ 434 .

(2) رسالة أبي زيد القيرواني ، متن لكتاب الفواكه الدّواني ، ج 2 ، ص 287 _ 288 _ 289 _ 290 .

(3) الفواكه الدّواني ، ج 2 ، ص 288 .

(4) الخرشي على مختصر خليل ، مج 3 ، ج 6 ، ص 130 .

(5) إعلام الموقعين ، ج 2 ، ص 80 _ 81 _ 82 .

1/ إنَّ السَّارِقَ لا يمكن الاحتراز منه ، فإنَّه ينقب الدَّور ويهتك الحُرْز ويكسر القفل ، ولا يمكن لصاحب المتاع الاحتراز بأكثر من ذلك ، فلو لم يشرَّع قطعه لسرق النَّاس بعضهم بعضاً ، وعظم الضَّرر واشتدَّت الحنة بالسَّرَّاق ، بخلاف المنتهب والمختلس .

2/ المنتهب هو الَّذي يأخذ المال جهرة بمرأى من النَّاس ، فيمكنهم أن يأخذوا على يديه ويخلَّصوا حقَّ المظلوم ، أو يشهدوا له عند الحاكم .

3/ وأمَّا المختلس ، فإنَّه إنَّما يأخذ المال على حين غفلة من مالكة وغيره ، فلا يخلو من نوع تفريط، يَمكِّن به المختلس من اختلاسه ، وإلَّا فمع كمال التحفُّظ والتَّيقُّظ لا يمكنه الاختلاس ، فليس كالسَّارق فهذا يمكن الاحتراز منه غالباً .

4/ أمَّا الغاصب فالأمر فيه ظاهر ، وهو أولى بعدم القطع من المنتهب .

وهناك فروق أخرى ذكرها صاحب التَّشريع الجنائي الإسلامي⁽¹⁾ :

— أنَّ عقوبة السَّرقة القطع ، وعقوبة الاختلاس التعزير .

— أنَّ الرِّكن المادِّي في السَّرقة الأخذ على سبيل الاستخفاء ، وفي الاختلاس الأخذ دون ذلك

— يشترط في السَّرقة أن يكون المسروق في الحُرْز ، ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

— يشترط في السَّرقة أن يبلغ المسروق نصاباً معيَّناً ، ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

الفرع الثاني

حكم الاختلاس والنَّهب والغصب قانوناً

لقد سبق توضيح الفروق الجوهرية بين السَّرقة شرعاً وقانوناً في المبحث الثالث من الفصل الأوَّل لهذا البحث ، ومن خلال ذلك اتَّضح أنَّ السَّرقة قانوناً لا يشترط فيها الأخذ خفية والأخذ من حُرْز ، فهي تشمل الأخذ خفية ومجاهرة ومن حُرْز ومن غير حُرْز ، المهمَّ أن تتوفر فيها أركان السَّرقة المنصوص عليها قانوناً ، والمتمثلة في⁽²⁾ :

1/ الرِّكن المادِّي : وهو فعل الاختلاس .

2/ محلَّ الاختلاس : أن يكون مالاً منقولاً مملوكاً للغير .

(1) التَّشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 516 .

(2) شرح قانون العقوبات الجزائري — القسم الخاص — محمد صبحي نجم ، ص 116 .

3/ الركن المعنوي : المتمثل في القصد الجنائي .

وكي يتحقق الاختلاس المشروط في السرقة لا بدّ من توفّر⁽¹⁾ :

1/ عنصر مادي : المتمثل في الاستيلاء على مال الغير .

2/ عنصر معنوي : المتمثل في عدم علم أو رضا المالك .

وبناء عليه كلّ سرقة معتبرة شرعاً تعدّ سرقة قانوناً ، لكن ليست كلّ سرقة معتبرة قانوناً تعدّ سرقة شرعاً .

وبعد هذا التّأصيل يجب توضيح مسألة اعتبار الاختلاس والغصب والنّهب من السرقات المعاقب عليها قانوناً .

الفقرة الأولى : انطباق اسم السرقة قانوناً على كلّ من الاختلاس والنّهب والغصب : بما أنّ المهمّ

في هذه الفقرة هو بيان حكم كلّ من الاختلاس والنّهب والغصب في قانون العقوبات الجزائري ، يجب إسقاط أركان السرقة في القانون على هذه الأفعال بمعناها الشرعي ، أي بمعنى الأخذ على سبيل الخطف واعتماد الهرب في الأوّل ، والأخذ على سبيل القوّة والمكابرة في الثّاني ، وعلى سبيل الظّلم والعدوان في الثّالث .

فالاختلاس الذي هو " خطف الشّيء جهرًا واعتماد الهرب " توفّر فيه الركن المادي للسرقة وهو الاستيلاء على مال منقول مملوك للغير وبغير رضاه ، وكذا الركن المعنوي الذي هو قصد الجاني ، والقصد هنا كان أوضح لتعبير فعل الفاعل عليه .

والنّهب الذي هو " أخذ المال جهرًا وعلانية على سبيل القوّة والغلبة " توفّر فيه أيضاً الركن المادي للسرقة ، وهو الاستيلاء على مال منقول مملوك للغير وبغير رضاه ، وكذا الركن المعنوي المتمثل في قصد الجاني ، والقصد هنا اتّضح بالفعل الشّنيع المعبر عنه .

وأما الغصب الذي هو " أخذ المال من صاحبه قهراً وظلماً وعدواناً " فإنّ توفّر الركن المادي فيه للسرقة من باب أولى ؛ إذ هو الاستيلاء على مال منقول مملوك للغير وبغير رضاه لما فيه من القهر والظّلم والعدوان ، وأما القصد الجنائي فمتحقّق لا محالة بموجب الظّلم والعدوان .

(1) المرجع السّابق ، الصّفحة نفسها .

وأما من ناحية الأخذ جهرية وعلانية في هذه الأفعال الثلاثة ، فإنه لا يخلّ بأركان السرقة قانوناً ، لأنّ ركن الأخذ خفية غير مشروط فيها كما سبق بيانه ، وهو فرق جوهري بين التشريع الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري في مسألة السرقة .

فالتشريع الجنائي الإسلامي أخرج الكثير من الاعتداءات على مال الغير لتخلف ركن الخفية ، وحال ذلك دون اعتبارها سرقات معتبرة شرعاً ، ومن ذلك ما سبق ذكره من اختلاس وغصب ونهب . بينما قانون العقوبات الجزائري أدخل الكثير من الاعتداءات على مال الغير في دائرة جريمة السرقة لعدم اعتبار الأخذ خفية ركناً .

نلاحظ بعد هذا أنّ كلّ هذه الأفعال المحرّمة شرعاً انطبق عليها اسم السرقة قانوناً لتوفّر الأركان المذكورة ، ومن هنا يمكننا القول بأنّ قانون العقوبات الجزائري يجرّم هذه الأفعال ، إلاّ أنّه لم يذكرها بأسمائها المختلفة كما هو الشّأن في التشريع الجنائي الإسلامي ؛ إذ يشملها العموم الوارد في تعريف السرقة " كلّ من اختلس شيئاً غير مملوكاً له يعدّ سارقاً " ⁽¹⁾ وهذه الأفعال لا تخرج عن كونها اختلاسات بطرق مختلفة يتحقّق فيها عنصري الاستيلاء على مال الغير وبعدم رضا المالك .

(الفقرة الثّانية : عبارة شراح القانون الدّالة على تجريم هؤلاء : جاء في أحد شروح قانون العقوبات الجزائري " وقد أجمع الفقهاء والقضاة على أنّ السرقة تعني أخذ المال أو انتزاعه أو نقله أو إخراجَه من حيازة مالكه أو حائزه أو من له سلطة عليه دون رضاه ... وفعل الاختلاس يتحقّق بكلّ ما من شأنه أن يؤدّي إلى نقل الشّيء أو المال المنقول إلى حيازة المختلس مهما كانت الطّريقة التي حصلت ، سواء بالخطف أو التّنزع أو السّلب أو التّقل وغير ذلك ... " ⁽²⁾ .

والجرائم الثّلاثة إمّا أن تكون جنحة سرقة إذا اعتمدت الخطف والخفّة في ذلك فقط ، وإمّا أن تكون جنابة إذا اعتمدت التّهديد والإكراه المادّي من قهر وقوّة وحمل سلاح ، وكذا إذا كان الخطف في الأماكن والطّرق العامّة وما شابه ، حيث يكون ذلك ظرفاً مشدّداً .

" والإكراه هو كلّ وسيلة قسريّة تقع على الأشخاص لتعطيل قوّة المقاومة أو إعدامها

(1) المرجع السّابق ، الصّفحة نفسها .

(2) المرجع السّابق ، ص 117 .

تسهيلاً للسرقة ، والحكمة من التشديد في هذا الظرف ؛ لأنه بالإضافة إلى الاعتداء الذي يقع على المال بسرقة ، فإنه يشل مقاومة وحركة ودفاع المجنى عليه من ماله وعن نفسه ، فهو اعتداء مركب يشير إلى خطورة وإجرام الجاني ونفسيته العدوانية ... ، وكذلك مسك المجنى عليه من كتفه والضغط عليه وإشهار السلاح في وجهه وسرقة نقوده " (1) .

وجاء في شرح آخر " قد تفترون السرقة باستعمال العنف أو التهديد به من قبل الجاني مما يحمل على الاعتقاد بأن الجاني يتمتع بخطورة جسيمة ، ولا يشترط المشرع وسيلة معينة يستعملها الجاني للعنف أو للتهديد به كما لا يشترط أن يترتب عليها أية نتائج تصيب جسم المجنى عليه ، فيكفي أن يحمل العنف معنى إكراه المجنى عليه ، وتعطيل قوة المقاومة لديه واستسلامه لإرادة الجاني ... " (2) .

أما بالنسبة للطرق العمومية " فقد جعل المشرع الجزائري من الطرق العمومية أو المركبات المستعملة لنقل المسافرين ، سواء في البر أو البحر أو الجو أو المطارات أو المحطات وأماكن تواجد المسافرين وأرصعة الشحن أو التفريغ ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة . ، وحكمة التشديد تعود إلى إرادة المشرع في حماية المسافرين وتأمين الأمن والسلامة لوسائل المواصلات ... " (3) .

" والمقصود بالطريق العام ، هو كل طريق يباح للجمهور المرور فيه في كل وقت وبغير قيد ، سواء كان هذا الطريق في ملك الدولة أو ملك أحد الأفراد ، وسواء كان داخل المدن أو القرى أو خارجها... " (4) .

وكل من الاختلاس والنهب والغصب لا تخلو من اقترانها بالظروف المشددة في أغلب الأحيان إن لم أقل كلها ، بل هي جزء منها كالتهديد والإكراه والقوة وحمل السلاح والخطف في الطرق العمومية ، وبالتالي تكون هذه الأفعال جنایات وليست جنح وتشدد فيها العقوبة ، والله أعلم .

(1) المرجع السابق ، ص 129 / جريمة السرقة ، ص 137 .

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 227 .

(3) المرجع السابق ، الصفحة نفسها / شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 129 .

(4) جريمة السرقة ، ص 147 .

مثال لما سبق : سرقة النقال وقلادة الذهب من العنق : هناك نوع من الاختلاس انتشر في هذا العصر واحترفه الكثير من الشباب المنحرف ، ألا وهو خطف أجهزة الهواتف النقالة من أيدي مستعمليها واعتماد الهرب على مرأى من الناس دون أن يتدخل منهم أحد وخاصة من أيدي النساء وهنّ ضعيفات أمام المقاومة ، وأحياناً يكون بإخراج السلاح الأبيض وإشهاره في وجه المجنى عليها حتى تسلم الجهاز وهي مكرهة ، خاصة وأن أجهزة الهواتف النقالة يقدر ثمنها بأسعار معتبرة .

ومثل ذلك خطف القلادة الذهبية من عنق المرأة ، وما شابه ذلك بعنف وقوة ، ثم اعتماد الهرب ، وقد يؤدي ذلك إلى سقوطها وعلى مشهد من الناس ، وقد يخرج الجاني سلاحاً يهددها به ؛ فتسلم له مجوهراتها أملها أن تنجو بنفسها .

إنّ هذا التصرف لا يخلو من كونه اختلاساً أحياناً ، ونهباً أحياناً أخرى يستوجب التعزير شرعاً بما يراه الحاكم رادعاً وزاجراً ، حتى يكفّ عدوانهم ، كما قال ابن القيم " ... يسوغ كفّ عدوان هؤلاء بالضرب ، والتكال ، والسجن الطويل ، والعقوبة بأخذ المال _ عند من يرى جوازها _ " (1) .

أما قانون العقوبات الجزائري وبناء على ما سبق ، يعتبر هذه الأفعال سرقة تامة الأركان والشروط ، وقد تتحوّل من جنحة إلى جناية عقوبتها مشدّدة ، إذا كانت في الطرق العمومية ، أو وسائل النقل مع إشهار السلاح ؛ بل هي كذلك في أغلب الأحيان ، كما هو موضح في المثال ، والله اعلم .

(1) إعلام الموقعين ، ج 2 ، ص 82 .

المطلب الثاني

أثر التسليم في جريمة السرقة شرعاً وقانوناً

إنّ التسليم يحدث خللاً في الركن أو النشاط المادي لجريمة السرقة فيحول ذلك دون تحققها ، سواء تعلّق الأمر بالسرقة في التشريع الجنائي الإسلامي أو بالسرقة في قانون العقوبات الجزائري ؛ فيستحيل أن يقال لمن استلم الشيء بأنّه أخذه خفية أو خلسة ، لكن هناك تسليم دون تسليم ، فهل التسليم ينفي الأخذ خفية مطلقاً وكذا الاختلاس ، أم هناك نوع معيّن من التسليم هو الذي ينفي ذلك ؟

فموجب هذا التساؤل سأطرق لتوضيح مسألة أثر التسليم في جريمة السرقة شرعاً ، وذلك في الفرع الأوّل من هذا المبحث ، ثمّ أبين أثر التسليم في جريمة السرقة قانوناً ، وذلك في الفرع الثاني منه .

المطلب الأوّل

أثر التسليم في جريمة السرقة شرعاً

التسليم يتنافى تماماً مع الأخذ خفية ، فيستحيل أن يقال _ كما ذكرت سابقاً _ لمن استلم الشيء بأنّه أخذه خفية ؛ لأنّ الأخذ خفية يقتضي أن يؤخذ الشيء من يد الجاني عليه ، أو من يمثله دون علمه ودون رضاه ، فالتسليم يجعل الجاني عليه عالماً بأخذ الشيء ، وسواء توفّر الرضا أو انعدم فالفعل في الحالتين ليس سرقة ⁽¹⁾ .

لكن هل كلّ تسليم يمنع توفّر ركن الأخذ خفية ، ويحول دون تحقق السرقة الموجبة للحدّ شرعاً ؟ الجواب عن هذا السؤال يمكن تلخيصه في النقاط الآتية ⁽²⁾ :

1/ أنّ التسليم الناقل للحيازة الكاملة أو الناقصة ولو عن غلط ينفي الأخذ خفية ؛ كأن يتمّ التسليم بعلم ورضا الحائز إلى شخص آخر فيقع الغلط في الشيء أو في الشخص المسلم .

(1) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 538 .

(2) المرجع السابق ، ص 538 _ 539 .

2/ أن التسليم ولو عن غش أو خداع نافٍ للأخذ خفية : فإذا تمّ التسليم عن غش أو خداع وتسلم المستلم المال من صاحبه برضائه كأن يكون مديناً اقترض مبلغاً من المال وليس في نيّته سداذه ، فالفعل ليس سرقة لانتفاء الأخذ خفية .

3/ التسليم لتمكين اليد العارضة نافٍ للأخذ خفية : إن تمكين المتسلم من الإمساك بالشّيء إمساكاً مادياً بحتاً حتى يتمكن من فحصه والإطلاع عليه واستعماله مؤقتاً تحت إشراف صاحبه إذا هرب به لا يعتبر الفعل سرقة لانتفاء الأخذ خفية ، حتى وإن لم يتضمّن التسليم معنى لنقل السيطرة والسلطة الكافية على الشّيء إلى المتسلم كحالة الطباخ مثلاً تسلم إليه أدوات المطبخ لاستعمالها .

4/ التسليم عن عدم إدراك أو عدم اختيار نافٍ للأخذ خفية : إذا انعدم الشعور والاختيار لدى المسلم كان يكون سكراناً أو مجنوناً أو طفلاً غير مميزاً ، فإن ذلك لا يعتبر عذراً له ، بل التسليم في هذه الحالة يمنع من حصول التسليم اختياراً إلاّ أنّه لا يمنع غالباً من العلم بحصول التسليم ، وإذا توفّر العلم بالأخذ انعدم الأخذ خفية ، وقد يقول قائل بأن علم فاقد الشعور والاختيار غير معتبر ، إلاّ أنّ هذا العلم غير المعتبر يكون شبهة دائرة للحدّ فلا يقطع الجاني بل يعزّر _ مثل الحالات السابقة الذكر _

5/ إذا كان التسليم بموجب عقد أمانة ثمّ حدث فيه خيانة يكون نافٍ للأخذ خفية : إذا أخذ المكلف بنقل الأشياء بعض ما كلف بنقله فعمله لا يعتبر سرقة في الشريعة الإسلامية ، وإنّما يعتبر تبديداً لأنّه تسلم الشّيء بمقتضى عقد أمانة ، وإذا فرض أنّه تسلمه بغير عقد فإنّ التسليم في ذاته يمنع من تكون ركن الأخذ خفية ؛ والعقوبة على أيّ فرض تكون تعزيرية ، وكلّ جريمة عقوبتها التعزير في الشريعة الإسلامية يصحّ للهيئة التشريعية أن تجعلها في حكم جريمة أخرى إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، فيصبح اعتبار الاختلاس الحاصل عن محترفي النقل في حكم السرقة وإن كانت القواعد العامة تجعله تبديداً .

وبعد التعرّض لهذه النقاط الجملية التي بيّنت لنا أنّ التسليم مهما كان نوعه فهو نافٍ للأخذ خفية ويحول دون تحقّق جريمة السرقة الموجبة للحدّ شرعاً حتى ولو كان التسليم اضطرارياً، سأعرّض لدراسة مسألتين مهمّتين في هذا الفرع وإن كانت النقاط المذكورة قد شملتهما عموماً وهما مسألتي خيانة الأمانة وذلك لتنوّع عقودها ، وكذا جحود العارية للخلاف الوارد فيها ، حيث هناك من جعل التسليم فيها غير نافٍ للأخذ خفية فيستوجب القطع .

الفقرة الأولى : خيانة الأمانة : الخيانة فعل الخائن ، والمراد بالخائن " الذي يضمّر ما لا يظهره في نفسه " (1) وقد ورد اسم الخائن في حديث الرسول ﷺ " ليس على خائن ولا متّهب ولا محتلس قطع " (2) والمراد بالخائن في الحديث " هو الذي يأخذ المال خفية من مالكه مع إظهاره له النصيحة والحفظ " (3) .

وجاء في الفواكه الدواني أنّ " الخائن هو الذي يؤذن له في الدخول كالضيف والخدام ... حيث لم يحجر عليه في المحلّ الذي أخذ منه ... " (4) .

وحكم الخائن ظاهر من نصّ الحديث وهو أنّه لا يقطع ، وبما أنّه اعتدى واستولى على مال الغير بغير حقّ وذلك محرّم شرعاً لقوله تعالى : ﴿لَا تَكُونُوا لِلْمُؤْمِنِينَ بِأَمْوَالِهِمْ بِالْبَاطِلِ﴾ البقرة / 188 ولحديث الرسول ﷺ " إنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام " (5) فإن الخائن يعزّر بما يراه الحاكم زاجراً له بحسب حالة ودرجة خطورته ؛ فإذا وقع في الخيانة مرّة تكون العقوبة التّعزيرية لا محالة أخفّ منها إذا كانت الخيانة من أخلاقه وصفاته الملازمة له حتّى اشتهر بها . أمّا من لم يعتبر الحوز كالظاهرية ومن وافقهم فقد قالوا بقطع الخائن (6) .

والمقصود في هذه المسألة خيانة الأمانة التي تكون بموجب عقد من عقود الأمانة ؛ لأنّ الاعتداء فيها على ملك الغير يكون بموجب تسليم المالك والإذن بالاستعمال ، ولعلّ هذا المعنى هو المقصود في كتاب الفواكه الدواني .

هذا ولم أجد تعريفاً مناسباً في كتب الفقه المعاصرة لجريمة خيانة الأمانة ، فيمكن الاستئناس بالتعريف الذي أورده شراح قانون العقوبات الجزائري لها ؛ لأنّه لا تنافي بينه وبين المعنى الشرعي المراد هنا ، إذن فهي " اختلاس مال منقول سلّم إليه بعقد أمانة إضراراً بمالكه أو حائزه " وجريمة خيانة الأمانة تقوم على الإخلال بالالتزام بالردّ (7) .

(1) (3) سبل السّلام ، ج 4 ، ص 40 .

(2) سبق تخريجه في ص 261 .

(4) الفواكه الدواني ، ج 2 ، ص 351 .

(5) سبق تخريجه في ص 259 .

(6) نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 130 .

(7) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 267 .

جاء في المغني " وأما جاحد الوديعة وغيرها من الأمانات ، فلا نعلم أحداً يقول بوجوب القطع عليه " (1) .

ومن الأمثلة المعاصرة التي تندرج تحت هذه الجريمة :

أولاً : عقد الإيجار : " هو عقد على المنافع بعوض " (2) " والإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة ، ولا خلاف في هذا نعلمه _ قال صاحب المغني _ لأنَّ المدَّة هي الصَّابِطَةُ للمعقود عليه ، المعرفة له ... " (3) ويفهم من هذا أنَّ المؤجِّر ينقل إلى المستأجر الحيازة النَّاقِصَة على المنقول ليملكه من الانتفاع به لمدة محدودة إذا كانت المدَّة قد حدَّدت ، وبعد انقضاء المدَّة يردُّ المستأجر العين المؤجَّرة ، لكن ما يحدث في عصرنا اليوم ، أنَّ يقوم المستأجر بتزوير الوثائق ويتملِّك العين المؤجَّرة ، ويتصرّف فيها تصرّف المالك ، ويمتنع عن الالتزام بالردِّ ، وهذا العمل يسمَّى بخيانة الأمانة ، وقد قنن لها قانون العقوبات الجزائري ، وجعل لها عقوبة خاصّة بها كما سيأتي بيانه في المطلب الثاني من هذا البحث ، لكن في التشريع الجنائي الإسلامي بناء على ما سبق من أنَّ التسليم يخلّ بركن الأخذ خفية ، ويجول دون تحقّق جريمة السرقة ، وكون المؤجِّر قد سلّم العين المؤجَّرة تسليمًا ماديًا للمستأجر ، وكذا نفي القطع عن الخائن في حديث جابر ؛ فإنَّ الخائن هنا يعزّر ولا قطع عليه .

ثانياً : عقد الوديعة : الوديعة مأخوذة من ودع بمعنى ترك (4) وتطلق على الشيء الذي يدعه الإنسان عند غيره ليحفظه له ، والوديعة أمانة عند المودع يجب ردّها عندما يطلبها صاحبها لقوله تعالى ﴿ فَالْإِنْسَانُ أَعْمَى فَلْيَسْرِعْ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الْوِزْرَ الْوِزْرَ لِمَا تَعَدَّى أَمَانَتَهُ وَلَيْسَ (لِللَّهِ رِزْقُهُ) ﴾ البقرة / 283 .

وفهم من هذا ، أنَّ المودع ينقل إلى المودع إليه الحيازة النَّاقِصَة على الوديعة قصد الحفاظ عليها لمدة من الزّمن على أن يلتزم المودع إليه بردّها عيناً ، كأن يسافر رجل ويترك سيّارته وديعة عند أحد أصدقائه ، فيقوم هذا الأخير بتزوير وثائق السيّارة والتصرّف فيها تصرّف المالك ، وقد يلجأ إلى تغيير مقرّ سكناه حتّى لا يعثر عليه وما إلى ذلك من الحيل ، أو يبقى مكانه ويحدد

(1) المغني ، ج 10 ، ص 418 .

(2) السيّد سابق ، فقه السنّة ، ط 4 (1403هـ / 1983م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان ، ج 3 ، ص 8 .

(3) المغني ، ج 8 ، ص 8 (الطبعة 5) .

(4) انظر المصباح المنير ، ج 2 ، ص 653 .

استلامه للسيارة ، وقد انتشر مثل هذا في زماننا لقلة الورع ، فهذا الفعل يعتبر خيانة أمانة ، ولا قطع فيه لما سبق ذكره في المثال الأول .

وقد سبق ذكر ما جاء في المغني " وأما جاحد الوديعة وغيرها من الأمانات ، فلا نعلم أحداً يقول بوجوب القطع فيه " (1) .

ثالثاً : عقد الوكالة : معنى الوكالة لغة التفويض ، تقول وكّلت الأمر إليه وكّلاً ووُكّلاً أي فوضته إليه واكتفيت به (2) .

والمراد بها شرعاً استنابة الإنسان غيره فيما يقبل النيابة ، فالإنسان غير القادر على مباشرة أموره بنفسه يحتاج إلى توكيل غيره ليقوم بها بالنيابة عنه (3) ويفهم من هذا أن الوكيل يتسلم أموالاً من الموكل للقيام بالعمل الموكل إليه ، كأن يسلمه مالاً ويوكّله بشراء بيت ، أو سيارة ، أو إنجاز بناء وما إلى ذلك .

فالموكل ينقل إلى الوكيل بموجب عقد وكالة الحيازة الناقصة على ماله قصد تفويضه للقيام بعمل لحسابه . وقد أنشأت في عصرنا الحالي وكالات متعددة الخدمات ، بعضها عقاري ، وبعضها لكراء السيارات ، وبعضها لتنظيم الأسفار إلى خارج البلاد خاصة الحج والعمرة وغيرها ، لكن يحدث أن يحيد الوكيل عن الطريق ويتبع هوى نفسه ؛ فيهرب بتلك الأموال ، ويعتمد إلى تحويل نشاط الوكالة إلى نشاط آخر ، أو يقوم بالعمل ويدّعي أنه كلفه من الأموال أكثر مما استلم ، أو يستعمل نصف ما استلمه من المال فقط ويدّعي أن العمل استغرق كل المال الذي استلمه ، فمثل هذا التصرف هو اعتداء على أموال الناس بالباطل في إطار خيانة الأمانة ، وبما أنه لا قطع على خائن كما جاء في حديث جابر ، والتسليم يحول دون توفر ركن الأخذ خفية فإن الفاعل يعزّر هنا مثل المسائل السابقة .

الفقرة الثانية : جحد العارية : العارية عمل من أعمال البر والخير التي ندب إليها الإسلام ورغب

فيها ، قال سبحانه وتعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُرْوَةِ ۚ ۖ ﴾ المائدة / 2

(1) المغني ، ج 12 ، ص 418 .

(2) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 670 .

(3) فقه السنة ، ج 3 ، ص 226 .

وعرفها الفقهاء بأنها إباحة المالك منافع ملكه لغيره بلا عوض . وللمستعير أن يسترد العارية متى شاء ما لم يسبب ضرراً للمستعير ، فإن كان في استردادها ضرر بالمستعير أجل حتى يتقي ما يتعرض له من ضرر ، و يجب على المستعير أن يرد العارية التي استعارها بعد استيفاء نفعها ⁽¹⁾ يقول الله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَيْهَا﴾ النساء/ 58 ، ولقوله ﷺ " العارية مؤداة " ⁽²⁾ .

إذن يفهم من هذا أن المعير ينقل إلى المستعير بموجب عقد إعاره الحيابة الناقصة على الشيء المنقول المملوك له قصد استعماله والانتفاع به ، ويلتزم المستعير برده متى استوفى نفعه أو طلبه المعير . لكن يحدث أن يجحد المستعير العارية و يدعى عدم استلام شيء من المعير، إن هذا العمل يعتبر خيانة أمانة ، وحكمها تم توضيحه سابقاً من خلال الصور المذكورة ، إلا أن جاحد العارية وقع في حكمه الخلاف ، فمن قائل بالقطع ومن قائل بعدمه ⁽³⁾ .

أولاً: القائلون بقطع جاحد العارية : إن القول بقطع جاحد العارية هو قول الإمام الأحمـد في أشهر الروايتين عنه ، وهو مذهب الظاهرية ، وانتصر لهذا الرأي ابن القيم ، وعمدة هؤلاء في ذلك هو :

أ/ : حديث عائشة رضي الله عنها قالت : كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحد ، فأمر النبي ﷺ أن تقطع يدها ، فأتى أهلها أسامة بن زيد رضي الله عنه فكلّموه ، فكلّم رسول الله ﷺ فيها ، فقال له رسول الله ﷺ : " أتشفع في حدّ من حدود الله " ثم قام فاخطب ، فقال : إنما أهلك الذين قبلكم أنّهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحدّ ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " ⁽⁴⁾ .

ب/ : حديث ابن عمر: إن امرأة كانت تستعير الحلّي من الناس ثمّ تمسكه ، فقال رسول الله ﷺ " لتتب هذه المرأة إلى الله ورسوله ، وتردّ ما تأخذ من القوم " ثمّ قال رسول الله ﷺ : يا بلال

(1) فقه السنة ، ج 3 ، ص ، 232- 233 .

(2) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الإجارة ، ج 2 ، ص 162 ، رقم : 3566 .

(3) شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 233 / بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 436 _ 437 / المغني ، ج 12 ، ص 416 _ 417 / فتح الباري ، ج 12 ، ص 95 / الحلي ، ج 12 ، ص 356 _ 357 _ 358 / نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 132 _ 133 / تذيب السنن ، ج 6 ، ص 209 (نقلاً عن صحيح فقه السنة ، ج 4 ، ص 123) .

(4) رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب التّهي عن الشّفاعاة في الحدود (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ، ص

فخذ بيدها فاقطعها" (1) .

ثانياً : القائلون بعدم القطع : القول بعدم القطع هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية و الشافعية ، والرواية الأخرى عن أحمد وقد أجابوا عن حديث المخزومية بمايلي :

أ/ : أن الحديث ثبت عن عائشة رضي الله عنها من وجه آخر بلفظ (سرت) حيث جاء فيه " أن قريشاً أتهمتهم المرأة المخزومية (2) التي سرت ، فقالوا من يكلم فيها رسول الله ﷺ ، ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب ﷺ ، فكلم رسول الله ﷺ ، فقال : " أتشفع في حد من حدود الله ... " (3) .

قالوا : ورواية سرت أرجح ، لأن الأخرى تفرّد بها معمر عن الزهري وخالفه الليث ويونس وأيوب بن موسى عن الزهري ، فقالوا (سرت) ومعمر لا يقاومهم فروايته شاذة .

كما قالوا: لا شك أن القصة _ في الحديثين _ لامرأة واحدة استعارت وجحدت ، أو سرت فقطعت للسرقة لا للعارية ، وإنما ذكر العارية والجحد في هذه القصة تعريفاً لها بخاص صفتها ، قالوا: وبترجح أنها قطعت على السرقة لا لأجل جحد العارية وذلك من أوجه :

- قوله ﷺ في آخر الحديث الذي ذكرت فيه العارية " لو أن فاطمة سرت " وفيه دلالة قاطعة على أن المرأة قطعت في السرقة ؛ إذ لو كان قطعها لأجل الجحد لكان ذكر السرقة لاغياً ، ولقال : " لو أن فاطمة جحدت العارية " .

- أنها لو كانت قطعت في جحد العارية ، لوجب قطع كل من جحد شيئاً .
_ أن ذلك يعارض قوله ﷺ " ليس على خائن ، ول محتلس ، ولا منتهب قطع " (4) والمستعير

(1) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب القطع في العارية إذا جحدت ، ج 2 ، ص 344 ، رقم : 4395 ، بلفظ مغاير / ورواه النسائي في سننه بسند صحيح في سننه ، كتاب قطع السارق ، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون (النسائي بشرح السيوطي ، ج 8 ، ص 72)

(2) اسمها فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسد بن عبد الله بن عمر ، وهي بنت أخي أبي سلمة بن عبد الأسد الصّحابي (نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 131)

(3) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان ، ج 8 ، ص 16 / ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب النهي عن الشفاعة في الحدود (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ، ص 186)

(4) سبق تخريجه في ص 261 ، وصححه الألباني .

الجاحد خائن ، فلا يقطع .

قال الحافظ : وقد أجمعوا على العمل به إلا من شذَّ... وأجمعوا على أن لا قطع على الخائن في غير ذلك ولا على المنتهب ، إلا إن كان قاطع طريق . أهـ

ب/ : كما استدلل الجمهور بأن الحرز غير متوقر في العارية ، إذ المعير قد سلط المستعير على ماله وجعله تحت يده وهذا بخلاف السرقة من حرز فافترقا.

مناقشة الفريق الأول لأجوبة الجمهور :

أولاً : بالنسبة لتفرد معمر برواية (تسعير المتاع وتجده) كونها شاذة مرجوحة : أن معمر لم يتفرد بهذا اللفظ ؛ بل له متابعات ، وقد صحَّ عن ابن عمر بنحوه كما تقدّم ، فصَحَّ الحديث ، ولذا قال الحافظ : وعلى هذا فيتعادل الطريقان ، ويتعيّن الجمع فهو أولى من أطراح أحد الطريقين . اهـ

ثانياً : وتمّت مناقشة الأوجه الثلاثة بمايلي :

أ/ فقال ابن القيم : "وأما قولهم : إن ذكر جحد العارية للتعريف ، لا أنه المؤثر ، فكلام في غاية الفساد لو صحَّ مثله _ وحاشا وكلاً _ لذهب من أيدينا عامة الأحكام المترتبة على الأوصاف ، وهذه طريقة لا يرتضيها أئمة العلم ، ولا يردّون بمثلها السنن ، وإنما يسلكها بعض المقلّدين من الأتباع" ثم بيّن أن لفظ ابن عمر يبطل هذا القول ، فقال : ويقوّيه أن لفظ الحديث وترتيبه في إحدى الروايتين القطع على السرقة وفي الأخرى على الجحد ، على حدّ سواء وترتيب الحكم على الوصف يشعر بالعلية ، فكلّ من الروايتين دلّ على أن علّة قطع كل من السرقة وجحد العارية على انفراده ، ويؤيد ذلك أن سياق حديث ابن عمر ليس فيه ذكر للسرقة ولا للشفاعة من أسامة ، وفيه التصريح بأنها قطعت في ذلك . اهـ⁽¹⁾ .

ب/ أما عن استدلال الجمهور بما ورد في آخر الحديث " لو أن فاطمة سرقت " بأنه لا ينافي ذكر جحد العارية ؛ بل هو دليل على إدخال النبي ﷺ جاحد العارية في إسم السارق - كإدخال سائر المسكرات في إسم الخمر - وذلك تعريف للأمة بمراد الله من كلامه ، فيكون جاحد العارية _ إن

(1) تهذيب السنن ، ج 6 ، ص 211 (نقلاً عن صحيح فقه السنة ، ج 4 ، ص 121 / فتح الباري ، ج 12 ، ص 95 .

لم يسم سارقاً لغة — فهو سارق شرعاً والشرع مقدّم على اللغة ⁽¹⁾ .

ج/ وأمّا قياسهم جاحد العارية على جاحد الوديعة بجامع الخيانة في كل منها فاعترض ابن القيم بأنّه قياس مع الفارق ، إذا أنّ جاحد العارية لا يمكن الاحتراز منه بخلاف جاحد الوديعة ، فإنّ صاحب المتاع فرط حيث ائتمنه ، فهو إنّما يفعل ذلك عند عدم احتراز المال. لكن الحافظ ابن حجر تعقبه بقوله: وهي مناسبة لا تقوم بمجرّدها حجة إذا ثبت حديث جابر رضي الله عنه " ليس على حائن قطع ". اهـ

د/ وناقش ابن حزم كلام الجمهور من وجه آخر ، فقال : "هَبْكَ إِنِّهَا إمْرَأَةٌ واحد وقصة واحدة ، فلا حجة فيها لأنّ ذكر السرقة إنّما هو من لفظ بعض الرواة لا من لفظ النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك ذكر الاستعارة ، إنّما لفظ النبي صلى الله عليه وسلم " لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعنها " فهذا يخرج على وجهين :

أحدهما : أن يكون الراوي يرى أنّ الاستعارة سرقة فيخبر عنها بلفظ السرقة .

الوجه الآخر: هو أنّ الاستعارة ثمّ الجحد سرقة صحيحة لا مجازاً ، لأنّ المستعير إذا أتى على لسان غيره ؛ فإنّه مستخف بأخذ ما أخذ من مال غيره ، يورى بالاستعارة لنفسه أو لغيره ثمّ يملكه مستتراً مخفياً ، فهذه هي السرقة نفسها دون تكلف ، فكان هذا اللفظ خارجاً عمّا ذكرنا أحسن خروج ، وكان لفظ العارية لا يحتمل وجهاً آخر أصلاً " . اهـ

وهناك من المعاصرين ⁽²⁾ من رجّح القطع على عدمه باعتباره أنّ حديث قطع المرأة المخزومية التي كانت تستعير المتاع وتجحدّه مخصّص للعموم الوارد في حديث جابر الذي ينفي القطع .

ومع هذا تبقى شبهة تحول دون ذلك ، تستشفّ من نصّ حديث عائشة رضي الله عنها من خلال قولها " كانت تستعير المتاع وتجحدّه " وذلك الجحود للعارية كان خلقاً ملازماً لهذه المرأة ، ووصفاً مميّزاً لها حتّى اشتهرت به ، كما أنّها كانت في حقيقة أمرها سارقة ، وما الاستعارة إلّا طريقة للتستّر للحصول على المال ، فهي عندما تقصد الاستعارة تنوي السرقة ابتداءً ، والأمر يختلف فيما لو أنّها استعارت مرّة واحدة بنية الردّ ، ثمّ أعجبت بالشّيء فوسوس لها الشيطان بعد

(1) ابن قيم الجوزيّة ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ط (1408 هـ / 1988 م) مؤسسة الرسالة - بيروت ، ج 5 ، ص 50 / الروضة النديّة ، ج 2 ، ص 281 (نقلاً عن صحيح فقه السنّة ، ج 4 ، ص 121) وكذا انظر المصادر السابقة .

(2) كمال بن السيّد سالم أبو مالك ، صحيح فقه السنّة وأدلّته ، ط (دت ن) المكتبة التوقيفية ، ج 4 ، ص 122 .

ذلك وزين لها الفعل ، فحدث ما استعارته ، والذي يؤكد كون المرأة معتادة على هذا الفعل ، ما ورد في رواية ابن عمر "...وترد ما تأخذ من القوم " ويدل على كونها سارقة ، التصريح بلفظ السرقة في الرواية الأخرى عن عائشة رضى الله عنها .

وأقول بعد هذا : والذي يظهر لي أن ، المرأة المخزومية قامت بفعل السرقة متسترة وراء الفعل المباح الذي هو الاستعارة ، وبما أن السرقة هنا فاقدة لشرط الحرز كان بالإمكان أنها لا تقطع لولا أنها اعتادت مثل هذا الفعل حتى اشتهرت به ، ولهذا أمر الرسول ﷺ بقطع يدها حتى يضع حداً لشرها ، وبالتالي تستثنى مثل هذه الحالة من حالة كون الجاحد وقع في الفعل مرة بعد الاستعارة بنية الرد ؛ فهنا يعزّر عملاً بحديث جابر ، والله أعلم .

الفرع الثاني

أثر التسليم في جريمة السرقة قانوناً

سبق وأن ذكرت بأن التسليم يحدث خللاً في النشاط المادي لجريمة السرقة قانوناً مثله في ذلك مثل التشريع الجنائي الإسلامي ، حيث يؤثر التسليم في ركن الاختلاس فيحول ذلك دون تحقق جريمة السرقة ؛ إذ يستحيل أن يقال لمن استلم شيئاً بأنه اختلسه ، لكن هل كل تسليم ينافي الاختلاس ويمنع تحقق جريمة السرقة ؟ أم هناك تسليم دون تسليم ؟ وهذا طبعاً يدعونا إلى بحث مسألة التسليم المانع من الاختلاس ، ثم بعد ذلك التعرّض لبعض جرائم الاعتداء على أموال الناس عن طريق التسليم .

الفقرة الأولى : التسليم المانع من الاختلاس : إن التسليم الذي يحول دون تحقق ركن الاختلاس قانوناً يشترط فيه الشروط التالية :

الشرط الأول : أن يكون التسليم إرادياً : إن الإرادة شرط يجب توفّره في التسليم التّافي للاختلاس ، والتسليم يكون إرادياً كلّما كان صادراً عن شعور وإرادة ، أما إذا كان التسليم صادراً من فاقد الشعور والإدراك وقت التسليم ؛ فلا يكون بحال مانعاً من الاختلاس .

ومثال ذلك أن يستلم شخص شيئاً من مجنون أو سكران فاقد الإدراك ، ثم يدخله في حيازته يعدّ سارقاً لتوفّر الاختلاس ، كذلك التسليم الذي يكون تحت تأثير الضّغط ، أو الإكراه ، أو

التّهديد السّالب للإرادة والاختيار لا ينفي الاختلاس ؛ بل يعدّ الإكراه ، أو التّهديد في هذه الحالة ظرفاً مشدّداً . إذن فالرّضى الحقيقي شرط في التّسليم الذي ينفي الاختلاس .

ومن طبيعة الإكراه باعتباره ظرفاً مشدّداً ، أن يغيّر وصف الواقعة الإجرامية من جنحة إلى جناية ، ويستثنى من ذلك بعض صور الإكراه المعنوي الّتي هي دون التّهديد بالسّلاح ، وقد سبق توضيح هذه النّقطة فيما سبق ، هذا لأنّ الإكراه أعدم حرّية المجنى عليه في اختياره ، وبالتالي انعدم معه أثر التّسليم في نفي الاختلاس ⁽¹⁾ .

(الشرط الثاني) : أن يكون التّسليم صادراً من مالك الشّيء أو حائزّه : إنّ صدور التّسليم من مالك الشّيء أو حائزّه شرط يجب توفّره في التّسليم التّالي للاختلاس ، فصاحب اليد العارضة على الشّيء ليس من حقّه أن ينقل حيازة هذا الشّيء إلى غيره بحال ، إلّا في صورة واحدة وهي السرقة ، وهذا خارج عن محلّ الشرط المشروط هنا .

إذن يجب في التّسليم التّالي لركن الاختلاس ، أن يتمّ من شخص له صفة على الشّيء المسلّم ومثال ذلك : إذا طلب شخص من خادّم في فندق أن يناوله معطفاً موضوعاً على كرسي موهماً أنّه صاحب هذا المعطف ، فناوله الخادّم إيّاه بحسن نيّة ؛ فإنّ ذلك الشخص يعتبر سارقاً ، وذلك بعكس ما إذا كان المعطف قد سلّم إلى مستخدم الفندق على سبيل الأمانة ، ولكن المستخدم غلط وسلّمه لغير صاحبه ، فلا يعتبر هذا الغير سارقاً لأنّه تسلّم الشّيء ممّن له صفة عليه ⁽²⁾ .

(الشرط الثالث) : أن يكون التّسليم ناقلاً للحيازة : إنّ التّسليم الذي ينفي ركن الاختلاس في جريمة السرقة ، هو الّذي يستهدف نقل حيازة الشّيء الكاملة بغرض التّملك أو الحيازة الناقصة على سبيل الأمانة ، أمّا التّسليم الّذي يراد به تمكين الحيازة المادّية فقط ، فلا يعدّ تسليمياً يعتدّ به في هذا الشّأن ؛ إذ لا يعطى المستلم أية حيازة فعليّة على الشّيء ، ومن ثمّ لا يحول دون قيام السرقة ، هذا وقد سبق توضيح كلّ من الحيازة الكاملة (حيازة المالك) والحيازة الناقصة (حيازة غير المالك) وكذا الحيازة المادّية (اليد المعترضة) وذلك عند الكلام عن ركن الاختلاس فيما سيأتي .

(1) جريمة السرقة ، ص 11 / شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - محمد صبحي نجم ، ص 118 .

(2) جريمة السرقة ، ص 12 / شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - ص 118 .

وتطبيقاً لذلك لو طلب المتهّم من المجنى عليه أن يطّلع على دفتر الحساب المدوّن فيه الحسابات التي هي بينهما ، فهرب به بعد أن استلمه منه ولم يرده إليه ، ففي هذه الحالة لم يكن المجنى عليه قد نقل حيازة الدفتر كاملة إلى المتهّم ، ويد المتهّم على الدفتر لا تكون حينها إلا مجرد يداً عارضة ، وفعله يعدّ سرقة ⁽¹⁾ .

النظر الرابع : أن يكون التسليم غير اضطرارياً : يضيف بعض الفقهاء شرطاً للتسليم التّافي لواقعة الاختلاس ، وهو أن يكون غير اضطرارياً ، فإذا كان التسليم اضطرارياً ، فلا يمنع واقعة الاختلاس .

ومثل التسليم الاضطراري رفض المشتري دفع الثمن بعد تسليم السلعة ، وكحالة الصراف الذي يأخذ العملة لإبدالها بأخرى فإذا به يفرّ بالعمليتين معاً ، وكمن يضع بين يدي شخص آخر آلة أو سلعة بغية إصلاحها أو استبدالها فيستولي عليها الأخير وينكرها على صاحبها ⁽²⁾ .

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنّها تفتقر إلى السند القانوني ، كما أنّها نظرية غامضة ينقصها التحديد ، فما هو التسليم الاضطراري ؟ إذ كلّ تسليم يمكن عدّه اضطرارياً .

ولقد هجرت هذه النظرية لإفساح المجال أمام التّطبيقات الحديثة التي تربط التسليم بقواعد الحيازة المدنيّة باعتبارها المدلول السليم في تحديد فعل الاختلاس على نحو ما سيوضّح ⁽³⁾ .

1/ التسليم ولو عن غلط نافٍ للاختلاس : سواء كان الغلط في محلّ التسليم ، أو في شخص المستلم . ومثال ذلك : الغلط في محلّ التسليم أن يسلم المشتري للبائع ورقة نقدية ذات مائتي دج ثمناً للشيء الذي اشتراه ، اعتقاداً منه أنّها ذات مائة دج فقط ، فيأخذها البائع ولا ينبّه المشتري على هذا الخطأ . ومثال آخر للغلط في محلّ التسليم أن يسدّد المدين أكثر من مقدار الدين ، أو أن يقرضه الدائن أكثر من المبلغ المتفق عليه خطأ ... ، أو أن يعطي الإنسان شخصاً عملة صحيحة لفكّها فيردّ إليه أكثر من قيمتها عملة صغيرة .

(1) جريمة السرقة ، ص 12 _ 13 / شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 118 .

(2) (3) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 213 _ 214 .

أما الغلط في شخص المستلم فمثاله أن يسلم المدين الدين إلى غير دائنه ، أو أن يوصل العامل بإحدى المحلات التجارية الشيء المبيع إلى غير المشتري فيستلمه هذا الأخير ، أو أن يعثر شخص على سند دين فاقد فيسلمه إلى المدين بدل الدائن .

ففي كل هذه الصور وأمثالها ، إذا استولى المستلم على المال أو الشيء المنقول ولو بنية التملك لا يعدّ فعله اختلاسا ؛ لأن التسليم وقع نتيجة رغبة صادرة عن إرادة حرة ، وقد قصد به نقل الحيازة التامة التي تتعارض حتماً مع القول بقيام الاختلاس .

وقد يكون الغلط في مجرد نقل الحيازة المؤقتة ، ومن ذلك تسليم ودیعة غير المقصودة إلى المودع لديه ، أو تسليم الوديعة المقصودة إلى غير المودع لديه خطأ ، فالفعل لا يعدّ هنا اختلاسا حتى ولو استولى الأخير عليها لنفسه ، بل تعدّ خيانة أمانة⁽¹⁾ .

2/ التسليم عن غش أو تدليس نافٍ للاختلاس : يقتضي التسليم عن غش أو تدليس أن يأخذ المستلم المال برضا صاحبه وإرادته ، وذلك بناء على الكذب عليه ، وإيقاعه في الغلط ، ومثاله أن يطلب المدين من دائنه تسليمه المخالصة بحجة رغبته في سداد الدين ، ثم يستولي عليها ولا يسدده ، أو أن يشتري العميل سلعة بثمن آجل وليس في نيته الدفع ، أو أن يقترض المدين مبلغاً وليس في نيته السداد ولا هو بقادر عليه ، أو كشخص يعثر على حافظة نقود ملقاة في الطريق فيتقدم إليه آخر يدّعي كذباً أنه صاحبها ويستولي عليها ، ففي جميع هذه الأحوال صدر التسليم عن إرادة حرة مميزة ، وقصد به نقل الحيازة التامة ، فهو نافٍ للاختلاس ، ومثلها إذا قصد به نقل الحيازة التامة المؤقتة ، كمن يستلم سلعة عن طريق استعارتها من صاحبها ، ثم يستولي عليها لنفسه ، فهذا الفعل ينتفي معه ركن الاختلاس ، والفعل يعتبر خيانة أمانة

هذا والغش أو التدليس الذي يصدر من المستلم له طرق احتيالية كثيرة تؤدي إلى التصرف في مال مملوك للغير بغير وجه حق ، فإذا كان على سبيل انتحال اسم كاذب ، أو صفة غير صحيحة تكون الواقعة نصباً معاقب عليها بعقوبة خاصة⁽²⁾ وستوضح المسائل المتعلقة بخيانة الأمانة والنصب فيما بعد كجرائم مستقلة ، باعتبار أنها لا تتحقق إلا بتوفر التسليم .

(1) جريمة السرقة ، ص 13 _ 14 .

(2) المرجع نفسه ، ص 14 _ 15 .

3/ **التسليم الاضطراري أو المؤقت غير ناف للاختلاس** : سبق تعريف التسليم الاضطراري ، وهو مما تقتضيه ضرورة التعامل بين الناس ، حيث تكون حيازة المستلم للشيء فيه مجرد حيازة مادية عارضة " دون أن يتضمّن نقلاً للسيطرة الكافية على الشيء إليه ، ولا تحلياً عن العنصر المعنوي في الحيازة ، لأنه لا يكون تنفيذاً لعقد معيّن ، وإن جاز أن يكون تمهيداً لانعقاده ، فهو لا يمنح المستلم حيازة دائمة ولا مؤقتة ، ولا يحول بالتالي دون وقوع الاختلاس ، والعبرة في ذلك بقصد المالك وقت التسليم " (1) .

ومن التطبيقات العملية للتسليم الاضطراري : تسليم البائع المشتري بضائع للإطلاع عليها وفحصها بغرض شراءها طبعاً ، وكذا تسليم شخص ساعة إلى شخص آخر لفحصها أيضاً بحضرة صاحبها بغية إصلاحها أو رهنها أو استبدالها ، فيقرّ بما قبل أن ينعقد العقد ، وتنتقل الحيازة التامة أو التاقصة إليه . وأمثلة ذلك أيضاً تسليم عملة كبيرة إلى آخر لصرفها فيستولي عليها ، أو تسليم زائر مكتبة كتاباً للإطلاع عليها فيها ، أو أن يسلم عقد رهن لخصم في دعوى مدنية للإطلاع عليه فيستولي عليه ولا يردّه ، أو أن يجلس مستخدمون في مصلحة الجمارك بضائع مودعة في مخزن الجمارك ، ولم تكن يدهم عليها سوى يد عارضة (2) .

4/ **تسليم منقولات إلى الخدم والعمال وأفراد الأسرة والضيّف** : إن الأصل في تسليم المنقولات إلى هؤلاء ، يكون نتيجة ما تقتضيه ضرورة التعامل بين صاحب المنزل وخادمه ، وصاحب المصنع والعامل ، وكذا نتيجة تيسير العيش تحت سقف واحد بين أفراد الأسرة ، وحسن ضيافة الضيّف الذي يترل في ضيافة أحد الأشخاص ، وهكذا فمالك الشيء لا ينقل حيازة أمتعته وأدوات منزله إلى هؤلاء ، وتبقى يدهم مجرد يد عارضة ، ومن تمّ فالاستيلاء على المال من أحد هؤلاء يعتبر اختلاساً .

وقد يخرج التعامل عن هذا الأصل ، فيكون تسليم الشيء من باب الوكالة كأن يستلم صاحب المنزل نقوداً إلى خادمه لتوصيلها إلى آخر أو شراءه بعض الأغراض ؛ فيكون هنا نقل حيازة المال التاقصة بمقتضى عقد الوكالة ، فإذا استولى الخادم على هذه النقود يكون قد خان الأمانة غير مرتكب جريمة السرقة . وكذا إذا تنازل صاحب المنزل عن شقته لأحد الضيّف بغرض الانتفاع بها خلال فترة معينة ، فإنه يكون قد نقل إليه الحيازة التاقصة للأمتعة فإن

(1) المرجع السابق ، ص 15 .

(2) المرجع السابق ، ص 15 _ 16 .

اختلسها الضيف اعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة أيضاً لا سرقة⁽¹⁾ .

5/ تسليم شيء بداخله شيء آخر يجهل المسلم بوجوده : قد يكون الشيء المسلم بداخله شيء آخر يجهل المسلم بوجوده ، ومثال ذلك من يعطي بدلة للكواء لكيها وينسى بداخلها حافظة نقود ، فيستولى عليها الكواء ، ففي هذه الحالة ذهب البعض إلى أن إرادة المسلم قد اتجهت إلى تسليم البدلة فقط دون الشيء الذي وجد بداخلها ، ولم تتجه إرادته إلى تسليم هذا الشيء الأخير ، ومن ثم إذا استولى عليه المسلم إليه بنية تملكه اعتبر سارقاً⁽²⁾ . ويرى البعض الآخر أن التسليم في هذه الحالة ينفي الاختلاس ؛ لأنه بني عن خطأ من المسلم وهو ما لا ينفي الإرادة⁽³⁾ .

وربما كان أصح وصف لهذه الحالة ، أنها من قبيل العثور على شيء ضائع وحجزه بنية امتلاكه بطريق الغش ؛ فيطبق عليه حكم العثور على الأشياء الفارقة⁽⁴⁾ .

6/ تسليم حرز مغلق مع الاحتفاظ بمفتاحه : من الأمور التي تتصل بتمكين اليد العارضة تسليم حرز ، أو حقيبة مغلقة مع احتفاظ صاحبها بمفتاحها ، وقد تضاربت الآراء في هذا التطاق ، وإن كان الراجح عند البعض في هذه المسألة ، هو وجوب اعتبار الاستيلاء على الحرز أو الشيء منه سرقة لا خيانة أمانة ، لأن احتفاظ المسلم بالمفتاح قرينة على عدم رغبته في نقل الحيازة إلى المستلم ، بل إعطائه مجرد اليد العارضة⁽⁵⁾ .

وقد يحصل العكس بأن يسلم صاحب الحرز أو الشيء المغلق مفتاحه إلى آخر كقرين على تسليم الحرز وما به تسليمًا ناقلاً للحيازة المؤقتة ، كشخص يسلم إلى آخر مفتاح شقته ، وذلك لا لمجرد توصيله إلى آخر أو للاحتفاظ به ، بل مع السماح له بارتياك الشقة ، فالاستيلاء على شيء من محتويات الشقة يعتبر خيانة أمانة لا سرقة .

(1) د/ محمد مصطفى القللي ، جرائم الأموال ، ط(1939) ص 30 (نقلاً عن جريمة السرقة ، ص 16 _ 17)

(2) د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات _ القسم الخاص _ ط 1979 م ، ص 740 .

(3) د/ القللي ، ص 30 (نقلاً عن جريمة السرقة ، ص 18)

(4) جريمة السرقة ، ص 18 .

(5) د/ عبد العظيم مرسي وزير جرائم الأموال ، ط 1983 ، ص 120 وما بعدها (نقلاً عن جريمة السرقة ، ص 18)

أما إذا كان تسليم المفتاح مجرد معاينة الشقة لاستئجارها أو تجربة السيارة لشرائها _ أي مجرد اليد العارضة _ فالواقعة حينئذ سرقة لا خيانة أمانة ، والأمر رهن بالبحث عن نية من صدر عنه التسليم ، وهي أمر موضوعي قد تساعد ظروف وقرائن الأحوال المختلفة على التعرف على حقيقته (1) .

(الفقرة الثانية : جرائم الاعتداء على أموال الناس عن طريق التسليم : سبق الكلام بأن الاعتداء على أموال الناس بغير وجه حق له طرق متعددة ومتنوعة ، والفعل الموصوف بكونه جريمة سرقة اشترط فيه ركن الاختلاس ، وهذا الركن ينتفي ويختل مع وجود التسليم ، فيوصف الفعل حينها بوصف آخر ، وتحدد له عقوبة خاصة ؛ وذلك بحسب طريق حصول التسليم ، فإذا كان المستلم قد حصل على مال الغير عن طريق عقد من عقود الأمانة وصف الفعل بأنه خيانة أمانة ، وإذا حصل التسليم عن طريق الغش والتدليس الذي يصدر من المستلم كانتحال اسم كاذب أو صفة غير صحيحة ، وصف الفعل بأنه نصباً . وسأتناول هذه المسائل بنوع من الاختصار على سبيل التمثيل فقط .

أولاً : جريمة النصب : نصّت المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري على مايلي " كلّ من توصّل إلى استلام أو تلقّي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات أو الحصول على أيّ منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كلّ ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إمّا باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأيّ شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها ، يعاقب بالحبس من سنة على الأقلّ إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار .

وإذا وقعت الجنحة من شخص لجأ إلى الجمهور بقصد إصدار أسهم أو سندات أو أذونات أو حصص أو أية سندات مالية ، سواء لشركات أو مشروعات تجارية أو صناعية فيجوز أن تصل مدّة الحبس إلى عشر سنوات والغرامة إلى 200.000 دينار .

(1) د/ رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ط8 ، سنة 1985 ، ص 326 (نقلاً عن جريمة السرقة ، ص18)

وفي جميع الحالات يجوز أن يحكم علاوة على ذلك على الجاني بالحرمان من جميع الحقوق الواردة في المادة 14 أو من بعضها وبالمنع من الإقامة ، وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر " (1) .

ومن خلال هذا النص تتبين وتتضح أركان جريمة التّصب ، وهي ركنان :

1/ الرّكن المادّي : ويتكوّن من : __ استعمال وسائل التّدليس .

__ تسليم المال .

__ علاقة السببية بين التّدليس والاحتيال على المال .

2/ القصد الجنائي .

إذن ففي جريمة التّصب يشترط توفّر الفعل المادّي المتمثّل في الاحتيال بالطّرق التي حدّدها المادة 372 ، ويتطلّب لقيام التّدليس الجنائي أن يرافق الكذب أفعال ماديّة أو مظاهر خارجيّة تعزّزه ، وتساهم في إقناع المجنى عليه وانصياحه لرغبة النّصاب ، فيسلّم له الأموال أو السّنندات وغيرها طواعية وعن طيب خاطر ، وهو ما جعل جريمة التّصب التي يتمّ بها التّسليم طواعية تختلف عن جريمة خيانة الأمانة ؛ لأنّ التّسليم في جريمة التّصب يتمّ بناء على الطّرق الاحتياليّة التي يستعملها النّصاب للحصول على الأموال ، بخلاف جريمة خيانة الأمانة حيث يتمّ التّسليم برضاء المجنى عليه وبلا طرق احتياليّة (2) .

والغرض من الطّرق الاحتياليّة ، هو التّوصّل إلى الاستيلاء على مال منقول للمجنى عليه ، وتتمّ الجريمة متى صدر تسليم المال المنقول بناء على الاحتيال الواقع من المحتال للاستيلاء عليه ، وفعل التّسليم يقع سواء صدر التّسليم عن مالك الشّيء ، أو عن من يأتمر بأمره إلى المحتال نفسه أو إلى أي شخص آخر حدّده المحتال ، والتّصب لا يرد على عقّار ، كما أنّه لا يرد على مال مباح ، أو مال منقول مملوك لنفس شخص الفاعل .

ويجب أن يكون تسليم المال أو المنقولات نتيجة للطّرق الاحتياليّة التي اتبعها المحتال في خداع المجنى عليه ، لكي تقوم جريمة التّصب ، وهذا ما يسمّى بالعلاقة السّببية بين التّدليس

(1) قانون العقوبات الجزائري ، ص 107 _ 108 .

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 238 .

والاستيلاء على المال ، أما إذا تمّ التسليم من قبل المجنى عليه دون أن يكون للطرق الاحتيالية تأثير عليه ، فلا علاقة سببية هنا فلا تقوم جريمة النصب ، ومثال ذلك أن يدرك صاحب المال طرق الجاني الاحتيالية ، ومع ذلك فقد سلّمه المال ، فهنا لا مجال للقول بالتضليل والخداع طالما أن المجنى عليه قد اكتشف الحقيقة .

وجريمة النصب بوصفها جريمة عمدية تتطلب ابتداءً توافر القصد العام (انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق وقائع الجريمة مع العلم بأركانها كما يتطلبها القانون) وكذا توفر لدى الجاني نية خاصة (وهي غرضه من هذه الطرق الاحتيالية التي ينفذها) وبناء عليه لا تقوم جريمة النصب إذا كان الجاني نفسه لا يعلم بأنه يكذب ، ويعتقد بأن ادّعاءاته صحيحة ، وإذا لم يكن يرد تملك الأموال أو المنقولات وإنما كان يبتغي من وراء ذلك المزاح والدعاية ، ومجرد المنفعة العابرة التي لا يترتب عليها ضرر مادي للمجنى عليه ⁽¹⁾ .

ثانياً : جريمة خيانة الأمانة : نصّ قانون العقوبات الجزائري على خيانة الأمانة في القسم الثالث من الفصل الثالث ، وذلك في المواد 376 إلى 382 ، وجاء فيها " كلّ من اختلس أو بدّد بسوء نية أوراقاً تجارية أو نقوداً أو بضائع أو أوراق مالية أو مخالصات أو أية محرّرات أخرى تتضمن أو تثبت التزاماً أو إبراء لم يكن قد سلّمه إلا على سبيل الإجارة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردّها أو تقديمها أو لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معيّن وذلك إضراراً بمالكها أو واضعي اليد عليها أو حائزها يعدّ مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة ، ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات ، وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار .

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حقّ أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 ، وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقلّ ، وخمس سنوات على الأكثر " ⁽²⁾ .

ومن خلال استقراء نص المادة 376 يتّضح لنا أنّ جريمة " خيانة الأمانة " تقوم أساساً على الإخلال بالالتزام بالردّ ، وفحوى هذه المادة قيام الجاني بتبديد واختلاس مال منقول للغير

(1) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - ص 237 - 242 / شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم

الخاص - محمد صبحي نجم ، ص 141... 153 .

(2) قانون العقوبات الجزائري ، ص 109 .

سَلَّم إليه بموجب عقد أمانة ، وذلك إضراراً بماله أو حائزه أو واضع اليد عليه فالجاني وقد تسَلَّم المال على سبيل الأمانة يكون قد حاز الشيء حيازة ناقصة . ولا يجوز له التصرف فيه بتبديده أو اختلاسه إذ يبقى ملزماً بالرد ، وعليه فإذا ما تصرف في المال بتبديده أو اختلاسه يكون قد ارتكب جريمة خيانة الأمانة ⁽¹⁾ .

ومن هنا يتَّضح لنا أنَّ أركان جريمة خيانة الأمانة هي ⁽²⁾ :

الركن الأول : التبديد والاختلاس : تتحقَّق جريمة خيانة الأمانة بتوافر الركن المادي لها ، والمتمثِّل في الاختلاس والتبديد والاستعمال .

والاختلاس هنا يختلف عنه في السرقة الذي يتمثِّل في سلب مال الغير دون رضائه ، لأنَّ المال في حالة خيانة الأمانة يكون في حيازة الجاني ابتداءً ، حصل عليه عن طريق التسليم بموجب عقد أمانة ، فهنا الاختلاس يقع بمجرد تحويل الشيء من حيازة مؤقتة إلى حيازة دائمة بنية التملك ، كأن يوكل شخص صديقاً له في استلام سلعة نيابة عنه فيستولي هذا الشخص على هذه السلعة له

أمَّا التبديد فهو كلَّ فعل يُخرج به الأمين الشيء أو المال الذي ائتمن عليه من حيازته ، إمَّا باستهلاكه ، أو بالتصرف فيه للغير برهنه أو بيعه أو التبرع به وغير ذلك ، وسواء وقع التبديد على الشيء كله أو جزء منه فقط . وتغيير الحيازة المؤقتة بالتبديد إلى حيازة نهائية يكون بعمل ظاهر قانوني أو مادي ، ممَّا يسهِّل إثباته رغم تعذر استرداده لهذا الشيء من حيازة عارضة إلى دائمة .

أمَّا الاستعمال فقد قصد به المشرع الاستعمال بقصد التملك ، كمن يؤتمن على ملابس لغرض من الأغراض ، فيقوم باستعمالها بنية تملكها له ، فلا يكفي إذن مجرد استعمال المال أو الشيء استعمالاً مخالفاً لشروط العقد ؛ بل يشمل أيضاً سوء الاستعمال المعتمد الذي يصبح بمثابة الإتلاف ، فالمقصود بالاستعمال إذن هو إدارة المال إدارة سيئة من طرف الأمين بنية الغش .

الركن الثاني : القصد الجنائي : يجب أن يكون هناك تلازم بين القصد الجنائي والركن

(1) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 267 .

(2) المرجع السابق ، ص 267... 282 / شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 163

167... .

المادّي للجريمة ، فلا يصحّ العقاب هنا على الاختلاس أو الاستعمال أو التّبديد إلّا إذا اقترن بالقصد الجنائي ، خاصّة وأنّ خيانة الأمانة من الجرائم العمدية التي يتطلّب فيها قانوناً توفرّ القصد العامّ _ أي اتجاه إرادة الجاني وانصرافها لارتكاب الجريمة بأركانها عن علم وإدراك _ وكذا توفرّ القصد الخاصّ المتمثّل في نيّة التملّك للمال وحرمان مالكة الحقيقي منه .

الرّكن الثّالث : الضّرر : إنّ الضّرر قد يكون من التّتائج المفترضة والمتّصلة بالرّكن المادّي ، بحيث يستحيل فصلها عنه بحكم طبيعة الأشياء ، فصار الضّرر من الأركان الرّئيسة لقيام خيانة الأمانة ، فلا تتحقّق جريمة خيانة الأمانة بدونها ، والضّرر يلحق حائز الشّيء أو واضع اليد عليه ، كما يقع الضّرر على صاحب الشّيء أو مالكة ، والنّص القانوني قصد به حماية كلّ شخص له حقّ أو مصلحة على الشّيء ، كصاحب حقّ الانتفاع والمودع لديه والمستعير والمستأجر وغيرهم .

الرّكن الرّابع : محلّ الجريمة : خيانة الأمانة لا تقع إلّا على مال منقول للغير كما توضّح ذلك في النّص القانوني ، فالأوراق التجاريّة والتّقود والبضائع والأوراق الماليّة والمخالصات والمحرّرات ... كلّها منقولات تكون محلاً لجريمة خيانة الأمانة ، ولها قيمة مادية أو اعتباريّة ، وقابلة للحيازة دون الالتفات إلى كون الشّيء مصرّح بحيازته أم لا ، فلا تقع خيانة الأمانة على العقّارات والأشياء المعنويّة البحتة وبناء عليه فمن يؤتمن على سرّ ، فيخونه أو على اختراع فيذيعه لا يعدّ خائناً للأمانة .

الرّكن الخامس : حصول التّسليم بموجب عقد أمانة : يجب أن يتسلّم المؤتمن المال المنقول أو الشّيء من الخفي عليه بناء على عقد من عقود الأمانة ، بمعنى أن يكون التّسليم ناقلاً للحيازة المؤقتة ، وقد يتمّ التّسليم من الخفي عليه يدّاً بيد ، أو من وكيله أو من شخص آخر كالخادم أو عامل البريد أو التّابع ، ويجب أن يقع التّسليم في خيانة الأمانة على ذات الشّيء المختلس والذي انتقلت حيازته المؤقتة إلى الأمين ، فحكم بأنّه إذا سلم شخص معطفه للغسّال ليغسله ويكون قد نسي بداخله مبلغاً من المال فاختلسها الغسّال فالواقعة هنا لا تعتبر خيانة أمانة بل سرقة ؛ لأنّ التّسليم قد وقع على المعطف فقط .

بعد توضيح جريمة خيانة الأمانة وبيان عناصرها المميّزة لها ، أتعرّض لعقود الأمانة التي حصرها النّص القانوني للمادة 376 كمايلي : "...لم تكن قد سلّمت إليه إلّا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرّهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردها..."

لذلك لا مجال للتوسّع في هذه العقود أو القياس عليها ؛ لأنّ الحكمة من العقاب على الاعتداء على هذه الأشياء نتيجة ما تسبّبه من اعتداء على ملك الغير والإضرار به ، لذلك إذا حصل التسليم بدون عقد من العقود السّالفة الذّكر ، فإنّ الاستيلاء على المال لا يعدّ خيانة أمانة ، وسوف أتعرّض لهذه العقود الستّة بإيجاز ، طبقاً لمستلزمات جريمة خيانة الأمانة وذلك على التّحوّ التالي⁽¹⁾ :

1/ عقد الإيجار : يقتضي عقد الإيجار أن ينقل المؤجّر إلى المستأجر الحيازة التّاقصة على المنقول وذلك لتمكينه من الانتفاع به لمدة محدّدة ، على أن يرّد المستأجر المال المؤجّر إلى المؤجّر بعد انقضاء المدة المتفق عليها . فإذا قام المستأجر بعمل يجعل الرّد مستحيلاً ، وذلك كأن يتصرّف بالمال تصرّف المالك بملكه يكون قد أخلّ بالالتزام بالرّد عيناً مقترباً بذلك جريمة خيانة الأمانة ، ولا مسئولية جنائية إذا حصل من المستأجر مجرّد التّأخير في الرّد أو استمرار الانتفاع بها بعد الميعاد.

2/ عقد الوديعة : ورد تعريف الوديعة في القانون المدني بأنّها " عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة ، وعلى أن يرده عيناً "⁽²⁾ المادة 590 ق.م

فلا وديعة إلّا بتسليم الشّيء من المودع إلى المودع لديه ، تسليماً يقصد به نقل الحيازة التّاقصة على المال إلى سيطرة المودع لديه لمدة من الزّمن تسليماً حقيقياً أو حكماً ، وأن يكون المقصود من إستلام الوديعة الحفاظ عليها وإعادتها لمالكها عند طلبها .

والحكمة من العقاب هنا لا تتعلّق بالمودع عنده وإخلاله بما تعهّد به من التزامات في عقد الوديعة ، وإنّما الاعتداء الواقع من المودع عنده على ملكيّة الشّيء والتصرّف فيه ، وبناء عليه تنتفي المسئولية الجنائية عند الإهمال في حفظ الوديعة ، ولو نجم عن ذلك تلفها وكذا الاستعمال بغير إذن ورضا صاحب الوديعة ، ولا على مجرّد التّأخير في ردها طالما انتفى سوء القصد المقترن بنية التملّك وحرمان المالك .

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاصّ _ محمد صبحي نجم ، ص 167 وما بعدها / دروس في شرح قانون العقوبات

الجزائري _ القسم الخاصّ _ ص 270 وما بعدها .

(2) القانون المدني الجزائري ، ص 155 .

3/ عقد الوكالة : عرّف القانون المدني الوكالة بأنها "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر القيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه" ⁽¹⁾ المادة 571 ق.م

وقد حمى القانون الجنائي ملكية الأموال التي تسلم إلى الوكيل ، باعتبار أن حيازته للأموال ليست إلا حيازة ناقصة لا تخوله حق التصرف بما كما يتصرف المالك بملكه ، فكل مال دخل حيازته على هذا الأساس ، يعدّ محلاً للجريمة في حالة ما إذا تصرف فيه الوكيل بالتبديد أو الاختلاس ، ومثال على ذلك أن يبيع الوكيل مالاً مملوكاً للموكل بسعر يزيد على السعر الذي حدّده الموكل ، فيستغل هذه الفرصة ويستولي لنفسه على الزيادة يعدّ خائناً للأمانة ؛ لأنّ الوكيل يعمل على حفظ مصلحة الموكل ، و على هذا الأخير تعود الفائدة .

ولكن إهمال الوكيل أو تقصيره لا يعدّ خيانة أمانة ، كأن يشتري لموكله بثمان يفوق ثمن مثله أو العكس .

4/ عقد الرهن : عرّف القانون المدني الرهن بأنّه : " عقد بمقتضاه يضع المدين تحت سيطره دائرة أو حيازته منقولاً تأميناً لدينه " ⁽²⁾ المادة 948 ق.م.

فتبقى سيطرة الدائن على المال مجرد حيازة مؤقتة لا تمكنه من التصرف بالشئ المرهون تصرف المالك . بملكه ، وعليه فالدائن الذي يحتلس الشئ المرهون أو يبدّده يعدّ خائناً للأمانة .

5/ عارية الاستعمال : عرّف القانون المدني عارية الاستعمال بأنها " عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بعد الاستعمال " ⁽³⁾ المادة 538 من ق. م .

ومعنى هذا أنّ المستعير ليس له إلا الحيازة الناقصة التي لا تخوله حق التصرف بالشئ ، فإذا تصرف فيه أو عبث بملكه بالتبديد أو الاختلاس ، فإنّه يكون قد ارتكب جريمة خيانة الأمانة .

6/ أداء عمل بأجر أو بغير أجر : وصورة ذلك أن يستلم صاحب حرفة أو مهنة أشياء للقيام

(1) المصدر السابق ، ص 151 .

(2) القانون المدني الجزائري ، ص 234 .

(3) المرجع نفسه ، ص 140 .

بأعمال مادية لمصلحة مالك الشيء أو غيره ، وقد يتقاضى هذا العامل مقابل لما يقوم به وذلك بموجب عقد عمل ، كالخياط الذي يستلم قطعة من القماش لخياطتها لأحد عملائه ، وقد يكون العمل بغير مقابل كالصديق الذي يتطوع لإصلاح ساعة لصديقه ، وفي الحالتين تترتب المسؤولية الجنائية على العامل إذا قام بتبديد واختلاس الشيء الذي ائتمن عليه .

بعد هذا العرض الواسع والدراسة المفصلة لأثر التسليم في جريمة السرقة شرعاً وقانوناً ، أتضح جلياً أنّ التسليم ينفي الركن المادي لجريمة السرقة في كلا التشريعين ؛ فلا أخذ خفية مع التسليم ، ولا اختلاس معه أيضاً ، وبالتالي لا جريمة موجبة للحدّ شرعاً ، ولا جريمة سرقة معتبرة قانوناً ، ويكون الفعل سرقة مستوجبة للتعزيز في الأول ، ويدخل فيه كل سرقة انتفى ركنها المادي بسبب التسليم ، سواء نتج التسليم عن غلط أو غش أو خداع أو اضطراب أو إكراه أو عدم إدراك ، أو بموجب عقد من عقود الأمانة كالإيجار والوديعة والعارية والوكالة ... تمثيلاً لا حصراً ، ويكون الفعل مستوجباً لعقوبة مغايرة لعقوبة جريمة السرقة قانوناً ، في الثاني لأنّه لا يسمى الفعل سرقة لأثر التسليم ، ويدخل فيه كل استيلاء على مال منقول بسبب التسليم ، سواء نتج التسليم عن غلط أو غش أو تدليس أو خداع أو اضطراب على الرأى المختار ، أو بموجب عقد من عقود الأمانة كالإيجار والوديعة والعارية والوكالة والرهن والعمل بأجر أو بغير أجر حصراً لا تمثيلاً

ويختلف الأمر عنه في التشريع الجنائي الإسلامي ؛ بحيث يبقى التسليم مع هذا مشروطاً بكونه إرادياً صادراً عن إدراك وشعور ، فينتفي أثر التسليم مع عدم الرضا والإكراه ؛ بل وتحقق مع ذلك جريمة السرقة قانوناً ؛ بل وتشدد العقوبة مع التسليم بإكراه على التفصيل السابق عند الكلام عن ظروف تشديد العقوبة .

هذا ونلاحظ من خلال الشروط المشروطة شرعاً وقانوناً النافية للركن المادي لجريمة السرقة ، أنّ التشريع الجنائي الإسلامي قد وسّع دائرة التسليم النافي للأخذ خفية ، وفي ذلك تضيق لنطاق إقامة حدّ القطع - وهو الوجه الثابت لعقوبة جريمة السرقة - وتوسيع لنطاق التعزيز في جريمة السرقة - وهو الوجه المرن لعقوبة جريمة السرقة - وهكذا يُدرأ الحدّ وتعصم الأموال ويتساير العقاب مع الزمان والمكان ، وأخطأ من قال لو طبق حدّ السرقة لقطع نصف المجتمع .

في حين نجد أنّ قانون العقوبات الجزائري قد ضيق دائرة التسليم النافي للاختلاس ، وفي ذلك توسيع لنطاق أفعال الاستيلاء على أموال الغير المعتبرة من جريمة السرقة قانوناً ، وتضييق لنطاق

أفعال الاستيلاء على أموال الغير غير المعتبرة من جريمة السرقة ، وهذه ميزة إيجابية في قانون العقوبات الجزائي ؛ إذ في ذلك تعويض للتقص القائم فيه كغيره من القوانين الوضعية الأخرى ، حتى يتمكن من عصمة أموال الناس وحمايتها أكثر ، فكلما وسع دائرة تجريم أفعال الاستيلاء على أموال الناس ، كلما كانت أموال الناس أكثر حماية وعصمة ، ولهذا حصر أثر التسليم التآفي للاختلاس في التصب وخيانة الأمانة ، وحصر عقود الأمانة التي تقع فيها الخيانة في ستة أنواع .

في حين نجد أن خيانة الأمانة واسعة النطاق في التشريع الجنائي الإسلامي ، فهي تتعلق بأي عقد من عقود الأمانة المذكورة وغيرها من الخيانات المالية ، فكل خيانة في المال حدث فيها التسليم تعتبر داخلة هنا ويعزّر الفاعل .

أما التصب ، فلم أجد في كتب الفقه الإسلامي خاصّة القديمة منها ما يسمى بجريمة التصب ، وهذا إن دلّ على شيء ؛ فإنّما يدلّ على كون هذه الجريمة تندرج تحت الجرائم المستحدثة التي عرفها عالم الإجرام في العصر الحديث ، نتيجة تفنّن المجرمين في إيجاد طرق إحتيالية متنوعة للحصول على أموال الغير ، والاستيلاء عليها بغير وجه حقّ .

وبما أنّ القانون الوضعي قد حدّد هذه الجريمة بأركانها ووصفها وميّزها عن غيرها ، اتّضحت بأنّها استيلاء على أموال الناس من منقولات بغير وجه حقّ ، بناء على طرق إحتيالية ينتهجها الجاني المحتال لتضليل المجني عليه ، وجعله يسلم أمواله وهو في غفلة

والشريعة الإسلامية تحرّم لا محالة مثل هذا التصرف ، وذلك بموجب النصوص العامّة السابقة الذكر التي تنصّ على عصمة أموال الناس كقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمُ بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ... ﴾ النساء / 29 .

وكما جاء في خطبة حجّة الوداع : " إنّ دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا... " (1) وهي في عمومها تمنع أكل أموال الناس بالباطل مهما كانت الوسيلة والطريقة ، وبما أنّ الفعل هنا يفتقد للركن المادي لجريمة السرقة شرعاً وهو الأخذ خفية ، والتصب يقوم أساساً على التسليم المبني على التضليل والاحتيال ، والتسليم ينافي الأخذ خفية ، فإنّ الفعل لا يوصف جريمة سرقة موجبة للحدّ بأيّ وجه ، فتبقى العقوبة تعزيرية خاضعة لرأي

(1) سبق تخريجه في ص 259 .

الإمام ، وكلّ جريمة عقوبتها التعزير في الشريعة الإسلامية يصحّ للهيئة التشريعية أن تجعلها في حكم جريمة أخرى إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ويمكن الاستفادة هنا من القانون الوضعي إلى حدّ واسع طالما أنّ الجريمة حديثة ، والقانون الوضعي قد ساير أحداثها وصنّفها وميّزها ، والله أعلم .

المطلب الأول

أثر امتلاك السارق للمسروق شرعاً وقانوناً

إنّ من الأسباب التي تؤثر في عقوبة السرقة شرعاً وقانوناً ، وتحول دون وجوبها امتلاك السارق للعين المسروقة ، ويندرج تحت هذه المسائل ثلاث مسائل ، إذ أن الملك إمّا أن يدّعيه السارق فيصدّقه المسروق منه ، أو يدّعيه السارق فيكذّبه المسروق منه ، أو يتملّك السارق المسروق بموجب بيع أو هبة قبل التنفيذ ، وكلّ مسألة تختلف عن الأخرى فوجب بيانها وتفصيلها ، كما سأعرض لأثر امتلاك السارق للمسروق من الناحية القانونية ، رغم ضالة المادة العلمية المتعلقة بهذا الجانب وذلك في فرع مستقلّ .

الفرع الأول

أثر امتلاك السارق للمسروق شرعاً

سبق وأن ذكرت بأنّه هناك ثلاث مسائل تدرج تحت موضوع أثر امتلاك السارق للمسروق يجب بيانها من الناحية الشرعية ، وهي على التوالي : إقرار المسروق منه بملكية السارق للعين المسروقة ، تكذيب المسروق منه للسارق في دعواه بملكية العين المسروقة ، وكذا ملكية المسروق بموجب بيع أو هبة قبل القضاء .

الفقرة الأولى : إقرار المسروق منه بملكية السارق للعين المسروقة : لقد سبق القول بأنّه من أركان

السرقة كون المسروق ملكاً للغير ، فلا يعدّ سارقاً من أخذ مالاً هو له ؛ فإذا ثبت أنّ المال المسروق مملوكاً للسارق قبل السرقة فلا شيء عليه - لا قطع ولا ضمان - وهذا باتفاق جميع الفقهاء ، وإقرار المسروق منه بملكية السارق للعين المسروقة حجة كافية لثبوت هذه الملكية ؛ لأنّ الإقرار إذا صدر من هو أهل له لزم الأخذ به ، لكن إقرار المسروق منه بملكية السارق إنّ جاء

بعد وصول الأمر إلى الحاكم فليس له قوّة التّملك التي كانت له لو صدر قبل المرافعة ، لأنّ المقرّ هنا يتّهم بأنّه ليس صادقاً في إقراره ، وإنّما فعل ذلك رحمة وشفقة بالسّارق فأراد أن يدرأ عنه الحدّ ، ويقوي هذا الاتّهام أنّه لو لم يطالب السّارق بالسّرقه لما تمّ التّرافع إلى الحاكم ؛ لأنّ المطالبة في السّرقه والقذف شرط لهما ولذلك روي عن بعض الفقهاء أنّهم قالوا لا يسقط القطع هنا عن السّارق لوجود شبهة التّحاييل.

جاء في المغني : " أن المنصوص عن الإمام أحمد _ رحمه الله _ أن القطع لا يسقط لأنّه ملك تجدد سببه بعد وجوب القطع أشبه الهبة ؛ ولأنّ ذلك حيلة لإسقاط القطع بعد وجوبه فلم يسقط بها كالهبة " (1) .

قال المالكية " لو أقرّ السّارق بالسّرقه فكذب المسروق منه يصير المتاع للسّارق ، لكن لا يسقط القطع ، وأيضاً لو أخذ السّارق في اللّيل المتاع المسروق وقال ربّ المتاع أرسلني لأخذه فلا يصدّق ولو صدّقه ربّ المتاع أنّه أرسله ، بل يقطع للسّرقه ما لم تدلّ القرائن على صدقه بأن دخل من مداخل النّاس و خرج من مخارجهم في وقت يشبه أنّه أرسله فيه " (2) .

وقالوا لو ادّعى السّارق أنّ العين المسروقة ملكه كانت وديعة بيد المسروق منه ، أو جحدّها أو ماطله فيها وأقرّ المسروق منه بكلّ ذلك فلا يقبل منهما ذلك ، بل يجب القطع لأنّ المقرّ يتّهم في إقراره بأن ذلك إنّما كان رحمة للسّارق ، فلا يسقط القطع إلّا أن تقوم البيّنة العادلة بصدق ما ادّعاه السّارق (3) .

وقال جمهور الفقهاء من الحنفية (4) والشافعية (5) وظاهر المذهب عند الحنابلة (6) أن إقرار المسروق منه بسبق ملكية السّارق للسّرقه يسقط عنه القطع ؛ لأنّ إقراره هذا يدلّ على تقدّم ملك السّارق للعين فيحتمل أن تكون له حال أخذها ، فلا ينبغي أن تقطع يده مع احتمال كون

(1) المغني ، ج 10 ، ص 129 .

(2) الخرشي ، ج 8 ، ص 95 - 96 .

(3) المصدر نفسه ، ج 8 ، ص 96 .

(4) فتح القدير ، ج 5 ، ص 408 .

(5) المهذب ، ج 2 ، ص 282 / وفي روضة الطالبين ج 7 ، ص 331 ، جاء " ولو أقرّ المسروق منه أن المال كان ملك السّارق فلا قطع بلا خلاف " .

(6) فتح القدير ، ج 5 ، ص 408 .

المسروق ملكه أو له فيه ملك ؛ لأنّ الحدّ يدرأ بالشبهة .

والذي أميل إليه ما ذهب إليه الجمهور من أنّه للإقرار بالملكية أثر في سقوط الحدّ ، لأنّ الإقرار حجة كافية لثبوت ملكية السارق ، خاصة وأنّ درء الحدود بالشبهات أمر يجبّده الشارع الحكيم ، ويدعو إليه ما لم يؤدّي إلى تعطيل الحدود ، وهنا لا تعطيل للحدّ لأنّ المسروق منه ربّما أتضح له خلال الحكم أو بعده أنّ السارق صادق في دعواه ن وأنّ يده على العين لم تكن محقّة ، وخاصة في الوقت الحاضر يمكن إثبات هذه الملكية بالوثائق القانونية والشهود... إلخ .

(الفقرة الثّانية : تكذيب المسروق منه للسّارق في دعواه بملكية العين المسروقة : يرى مالك أن ادّعاء ملكيّة المسروق في ذاته ليس له قيمة ، ولا يدرأ عن السّارق القطع إلّا إذا أثبت صحّة ما يدّعيه ، فإذا لم يكن دليل يثبت ما ادّعاه حلف المجنى عليه أنّ المتاع المسروق له وليس للسّارق ، فإن نكل حلف السّارق ودفع إليه المتاع ولم تقطع يده ⁽¹⁾ .

ويري أبو حنيفة أنّه إذا ادّعى السّارق ملكية المسروق درى عنه القطع لجرد الادّعاء ، دون حاجة لأن يقيم دليلاً على صحّة ادّعائه ، لأنّ المجنى عليه قد صار خصماً للجاني في ملكية الشّيء المسروق وإذا وجّه المجنى عليه اليمين للمتهم على ملكية الشّيء فامتنع عن حلفها قضى عليه بالتّكول، وإن ردّها على المسروق منه فحلفها قضى عليه باليمين ، فيستوفي الحدّ باليمين والتّكول ⁽²⁾ .

ويرى الشافعي أنّ ادّعاء السّارق بملكية المسروق أو ملكيّة الحرز تسقط عنه القطع بمجرد دعواه ، وإن ثبتت السرقة بالبيّنة لاحتمال صدقه ، فصار الادّعاء شبهة دائرة للقطع ، ولا يستفصل بعد ثبوت السرقة عن كون المسروق ملكه ، وإن كان فيه سعي في سقوط الحدّ عنه لأنّه إغراء له بادّعاء الباطل ، ولكن مجرّد ادّعائه لا يثبت له المال وإن درأ عنه القطع إلّا بيّنه أو يمين مردودة ، فإن نكل عن اليمين المردودة لم يجب القطع لسقوطه بالشبهة ⁽³⁾ .

وذكر بعض الشافعية وجهاً آخر أنّه يقطع وقال أنّنا لو أسقطنا القطع بدعواه أفضى إلى أن

(1) المدوّنة ، ج 6 ، ص 2861 .

(2) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 81 وما بعده .

(3) روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 330 _ 331 _ 359 / المهذّب ، ج 2 ، ص 282 .

لا يقطع سارق⁽¹⁾ . ويروى عن الشافعي أنه سَمَاهُ السَّارِقَ الظَّرِيفَ أي الفقيه لأنه بفقْهه أوجد لنفسه مخرجاً مشروعاً من الحدّ⁽²⁾ .

وفي مذهب أحمد ثلاثة آراء : الرأي الأول ك رأي مالك , والثاني ك رأي الشافعي وهو الراجح في المذهب ، والرأي الثالث : إن كان السَّارِقُ معروفاً بالسَّرقة لم يسقط عنه القطع ، وإن لم يكن معروفاً بها سقط عنه القطع⁽³⁾ .

جاء في الإنصاف : " فإن قال السَّارِقُ الَّذِي أَخَذْتَهُ مَلِكِي كَانَ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ أَوْ رَهْنًا أَوْ ابْتَعْتَهُ مِنْهُ أَوْ وَهَبَهُ لِي وَأُذِنَ لِي فِي أَخْذِهِ أَوْ أُذِنَ لِي فِي الدَّخُولِ إِلَى حَرْزِهِ أَوْ غَضِبَ مِنِّي أَوْ غَضِبَ مِنْ أَبِي أَوْ قَالَ بَعْضُهُ لِي ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّهُ وَاضِعُ الْيَدِ حَكْمًا وَالظَّاهِرُ خِلَافُ مَا ادَّعَاهُ السَّارِقُ فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَتْ دَعْوَى السَّارِقِ أَنَّهُ مَلِكُهُ وَنَحْوُهُ لِحَدِيثِ " الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"⁽⁴⁾ ، وَلَا قَطْعَ عَلَى السَّارِقِ وَلَوْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالسَّرْقَةِ لِأَنَّ صَدَقَةَ مُحْتَمَلٍ فَيَكُونُ شَبْهَةً فِي دَرْءِ الْحَدِّ⁽⁵⁾ .

والراجح أن دعوى السَّارِقِ ملكية المسروق لا تسقط عنه حدّ السَّرقة لأنّ الحد قد وجب مستوفياً شروطه⁽⁶⁾ .

وهذه الدَّعْوَى باطلة مردودة ، بدليل أنّها لا تفيد في نقل ملكية المسروق إلى السَّارِقِ وهذا دليل الحكم برّدّها ، فكذلك ينبغي أن لا تؤثر في سقوط حقّ الله وهو القطع ، ولو أخذ بهذا القول لتعطّل الحدّ ولضاعت أموال الناس في غياب العقوبة المشروعة ، ولن يعجز اللصوص بعد سرقة البنوك والمستودعات عن ادّعاء ملكيتها وهذا لا يحتاج إلى كثير فقه منهم ، لاسيّما في هذا الزّمن الَّذِي انتشرت فيه العلوم والمعارف ، وأصبحت عصابات اللصوص من العارفين بالقوانين وسبل الإفلات منها .

(1) المهذّب ، ج 2 ، ص 282 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 330

(2) فتح القدير ، ج 5 ، ص 408 .

(3) المغني ، ج 10 ، ص 301 .

(4) سبق تخريجه في ص 153 .

(5) الإنصاف ، ج 10 ، ص 181 .

(6) المصدر السّابق ، الصّفحة نفسها .

الفقرة الثالثة : ملكية المسروق بموجب هبة أو بيع قبل القضاء : إنَّ ملك السَّارق للمال المسروق قبل رفع الأمر إلى القضاء يسقط الحدّ بلا خلاف ، لكن الخلاف واقع بين الفقهاء إذا ما تملكه بعد المرافعة وقبل إمضاء الحكم ⁽¹⁾ .

فذهب الأحناف إلى أنَّ السَّارق إذا تملك المسروق بأيّ سبب من أسباب التملك ، كأن يهب أو يبيع الجنى عليه المال المسروق للسَّارق وكان هذا التملك قبل القضاء سقط القطع عن السَّارق، أمّا إذا تملكه بعد الحكم وقبل تنفيذه سقط القطع عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يسقط عند أبي يوسف

ودليلهم أن : الملك في الهبة يثبت من وقت القبض ، فيظهر الملك للسَّارق من ذلك الوقت _ أي أن له أثراً رجعيّاً- وكون المسروق ملكاً للسَّارق على الحقيقة أو مع الشبهة يمنع من القطع، ولهذا لم يقطع قبل القضاء وبعده ؛ لأنّ القضاء في باب الحدود إمضاءها ، فما لم يمض الحدّ فكأنه لم يقض وبما أنّه لم يقض لا يقطع ، أي أنّهم اعتبروا الحدّ قبل استيفائه كما لو كان قبل القضاء به .

جاء في بدائع الصّنائع " وجه قولهما أن القبض شرط لثبوت الملك في الهبة ، والملك في الهبة، يثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كلّ وجه أو من وجهه ، وكون المسروق ملكاً للسَّارق على الحقيقة أو الشبهة يمنع من القطع ، ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده ؛ لأنّ القضاء في باب الحدود إمضاءها فما لم يمض فكأنه لم يقض ولو كان لم يقض ، أليس أنّه لا يقطع فكذا إذا لم يمض ، ولأنّ الطَّارئ في باب الحدود ملحق بالمقارن إذا كان في الإحاق إسقاط الحدّ وههنا فيه إسقاط الحدّ فيلحق به " ⁽²⁾ .

وذهب الشافعي وأحمد وأبو يوسف وغيرهم إلى أنّه إذا وهبه قبل القضاء أي قبل الرّفْع إلى الحاكم يسقط القطع ؛ لأنّ من شرط الحكم بالقطع المطالبة بالمسروق ، فإذا تملكه السَّارق قبل الشكوى امتنعت المطالبة ، أمّا إذا كان التملك بعد الشكوى فلا يسقط القطع ؛ لأنّ المطالبة وجدت فعلاً ، واحتجوا أيضاً بما روي من حديث صفوان ففي الموطأ " أن صفوان بن أمية

(1) المغني ، ج 10 ، ص 272 / شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 88 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 589 / المدوّنة ، ج 6 ، ص 2877 / بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 88 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 255 / المهذب ، ج 2 ، ص 282 .
(2) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 89 .

قيل له أنه إن لم يهاجر هلك ، فقدم صفوان بن أمية المدينة فنام في المسجد وتوسّد رداءه فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله ﷺ ، فأمر به رسول الله ﷺ أن تقطع يده ، فقال له صفوان إني لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ فهلاً قبل أن تأتيني به ⁽¹⁾ .

فدلّ على أنّ الهبة قبل القضاء تسقط وبعده لا تسقط ؛ ولأنّ وجوب القطع حكم معلق بوجوب السرقة وقد تمت السرقة ووقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائط الوجوب ، فطريان الملك يعد ذلك خللاً في السرقة الموجودة ، فبقي القطع واجباً كما كان ⁽²⁾ .

وقد أجاب الحنفية عن استدلال الجمهور بحديث صفوان بقولهم : " وأما الحديث فلا حجة فيه ؛ لأن المروي قوله "هو عليه صدقة" وقوله (هو) يحتمل أنّه أراد به المسروق ، ويحتمل أنّه أراد به القطع ، وهبة القطع لا تسقط الحدّ ، يدلّ عليه أنّه روي في بعض الروايات أنّه قال : وهبت القطع ، كذا يحتمل أنّه تصدّق عليه بالمسروق أو وهبه منه ولكنّه لم يقبضه ، والقطع إنّما يسقط بالهبة مع القبض ⁽³⁾ .

والذي اختاره ما ذهب إليه الجمهور ، وهو أنّ امتلاك السارق للعين المسروقة بعد الرّفع إلى الحاكم بهبة أو بيع ونحو ذلك لا يسقط عنه الحدّ ، وحديث صفوان حاسم للخلاف في هذه المسألة وشاهد على أخذ الرسول ﷺ بالحزم في إقامة الحدّ ، وعدم اعتبار الشبهة بعد وجوب الحدّ .

وأما ما ذكر الحنفية عن الاستدلال بحديث صفوان فالجواب عنه بمايلي :

1/ أمّا قولهم أنّ المروي " هو عليه صدقة " فالجواب عنه أنّ هذا ما جاء في رواية الموطأ وللحديث روايات أخرى ، فعند أبي داود والنسائي قول صفوان " كنت نائماً في المسجد على خميصة لي ⁽⁴⁾ ثمّنها ثلاثين درهماً ، فجاء رجل فاختملسها منّي ، فأخذ الرجل فأتي به رسول الله ﷺ ، فأمر به ليقطع ، قال : فأتيته فقلت أقطعه من أجل ثلاثين درهماً ؟ أنا أبيعته وأنسئه ثمّنها ، قال فهلاً كان

(1) سبق تخريجه في ص 147 .

(2) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 89 / المغني ، ج 10 ، ص 272 _ 273 / المهذّب ، ج 2 ، ص 282 / الخرشي ، ج 8 ، ص 96

(3) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 89 / شرح فتح القدير ، ج 5 ، ص 406 .

(4) الخميصة : ثوب أسود من خرّ أو صوف (المصباح المنير ، ج 1 ، ص 182 .

هذا قبل أن تأتي به ؟ " وفي رواية أخرى للتسائي : " قد تجاوزت عنه " وفي رواية له " قال صفوان يا رسول الله ما بلغ ردائي أن يقطع فيه رجل " وفي رواية ثالثة له " فقال صفوان أقطععه ؟ قال فهلاً قبل أن تأتي به تركته " وفي رواية رابعة له " فقال الرجل : يا رسول الله هو له ، قال فهلاً قبل الآن " (1) .

وهذا يدل على أن دعوى الحنفية بإنكار الهبة أو التملك لا يجوز ؛ لأن الروايات صريحة في أنه عرض البيع وعرض الهبة والتنازل فلم يقبل منه رسول الله ﷺ .

2/ قول الحنفية أن قول صفوان " هو عليه صدقة " أراد به التصديق بالقطع لا يصح لأن رواية أبي داود والتسائي صريحة في إرادة الرداء وفيها : " أنا أبيع وأنسه ثمنه " فلا يمكن حمل هذا على إرادة القطع ، وقوله في الرواية الأخرى " ما بلغ ردائي أن يقطع فيه رجل " ويدل على صحة مذهب الجمهور حديث المخزومية التي سرقت وعظم أمرها على قريش لما أمر رسول الله ﷺ بقطع يدها واستشفعوا لها عند رسول الله ﷺ فأنكر عليهم ذلك وقطعها " (2) .

ويذكر الخطابي في معالم السنن وجه الاستشهاد بقوله " وفيه دليل على أن القطع لا يزول عن السارق بأن يوهب له المتاع ، ولو كان ذلك مسقطاً للحد عنه لأشبهه أن يطلب أسامة إلى المسروق منه أن يهبه منها ، فيكون ذلك أعود عليها من الشفاعة " (3) .

الفرع الثاني

أثر امتلاك السارق للمسروق في قانون العقوبات الجزائري

بعد أن تقرّر في قانون العقوبات الجزائري أن محل السرقة يجب أن يكون مالا غير مملوك للسارق وقت السرقة ، انبنى عليه بالضرورة أن امتلاك السارق للمسروق وقت السرقة بأي

(1) رواه أبو داود ، كتاب الحدود ، باب من سرق من حرز ، ج 2 ، ص 343 / رواه التسائي في سننه ، كتاب قطع السارق ، باب ما يكون حرزاً وما لا يكون ، ج 8 ، ص 68 - 69 (سنن التسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي) / وعن إحدى طرق الحديث قال الشيخ الألباني في الإرواء " أخرجه الدارقطني والحاكم ، وقال : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي " ج 7 ، ص 345 .

(2) سبق تخريجه في ص 114 .

(3) الخطابي أبو سليمان ، معالم السنن ، ط 1 ، سنة (1401هـ / 1981م) بيروت - لبنان ، منشورات المكتبة العلمية ، ج 3 ، ص 300 .

سبب من أسباب التملك ولو كان جاهلاً ، لذلك فإنه لا يعدّ سارقاً في نظر القانون لأنه أخذ واختلس مالا مملوكاً له ؛ إذ أنّ من يختلس شيئاً من ممتلكاته لا يعدّ سارقاً ولو كان يجهل عند أخذه الشيء أو المال أنّه مملوكاً له ⁽¹⁾ .

أما بالنسبة للمسائل التي تمت مناقشتها في المطلب السابق من الناحية الشرعية والمندرجة تحت موضوع أثر التملك ، فإنّ شرّاح قانون العقوبات الجزائري لم يتطرقوا لمناقشتها إلا من بعض الجوانب وبالقدر اليسير جداً ، أو عن طريق التلميح أثناء توضيحهم عنصر محلّ السرقة كونه " مالا مملوكاً للغير " وذلك من خلال معالجة بعض المسائل في هذا الصدد ، وتتمثل في : سرقة الأموال المتنازع على ملكيتها بين المالك والمتهم ، وكذا كون المسروق مملوكاً للسارق وقت السرقة وهو لا يدري ، وسأتناول هاتين المسألتين من خلال فرعين ، وذلك باختصار شديد لقلة المادة العلمية القانونية في هذا الموضوع .

الفقرة الأولى : سرقة الأموال المتنازع على ملكيتها بين الحائز والمتهم : من بين الأسباب التي تؤثر في جريمة السرقة وتحول دون قيامها قانوناً كون المال المسروق ملكاً للسارق أو المتهم ، وبناء عليه إذا وقع فعل الاختلاس على مال متنازع على ملكيته بين الحائز والمتهم ، حيث يدفع المتهم تهمة السرقة بملكيته لما استولى عليه ، هنا يجب الفصل في هذا النزاع من طرف المحكمة تطبيقاً للقواعد المدنية قبل الفصل في الدّعوى الجنائية ، وللقاضي الجنائي أن يفصل في مسألة الملكية وفق القانون المدني دون حاجة إلى إحالته على المحكمة المدنية ، حتّى لو جرّ النزاع إلى البحث في ملكية عقارية .

فإذا تبين للمحكمة أنّ الملكية للمتّهم ، وجب القضاء ببراءته من جريمة السرقة ؛ لأنّ الحكم القضائي المثبت للملكية له أثر كاشف وليس أثر منشأ . ومؤدّي هذا أن يعتبر المال وقت الاستيلاء عليه مملوكاً للمتّهم ، فلا تقوم جريمة السرقة في حقّه .

إذن فالمنازعة حول الملكية بين المتّهم والحائز وقت الاستيلاء على الشيء العبرة فيها بما ينتهي إليه البحث في هذا النزاع ، ومعرفة المالك الحقيقي للشيء ، فإذا كان هو المتّهم فلا تقوم جريمة السرقة ، وإذا كان هو الحائز تقوم الجريمة طبعاً إذا توفّرت باقي أركانها. لكن هذا لا يحول دون

(1) انظر شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 122 .

إمكان مؤاخذه جنائياً على أفعال أخرى يكون قد ارتكبها في سبيل الاستيلاء على المال ، مثل الإكراه أو انتهاك حرمة ملك الغير .

وليس من المحتّم في حالة عدم ثبوت الملكية للمتّهم أن يدان بجريمة السرقة ، كما لو استظهرت المحكمة من وقائع الدّعى ومن المستندات المقدّمة فيها أنّ المتّهم كان يعتقد في أحقيّته بملكية المال ، وبالتالي فإنّ القصد الجنائي لم يكن قائماً في جانبه والتّحقيق من قيام القصد أو انتفائه في حالة ادّعاء الملكية أو التّزاع عليها ، أمر يدخل في السّلطة التقديرية لقاضي الموضوع ⁽¹⁾ .

(الفقرة الثّانية : اختلاس الإنسان ملك نفسه جهلاً : سبقت الإشارة إلى أنّه يجب أن يكون محلّ السرقة مالاً غير مملوك للسارق وقت السرقة ، وأن يكون هذا المال مملوكاً للغير وقت السرقة أيضاً حتّى وإن جهل هذا الغير ، فلا يتصور وقوع السرقة من مالك المال أو الشّيء ، فمن يختلس شيئاً من ممتلكاته لا يعدّ سارقاً بحال ، ولو كان يجهل عند أخذه الشّيء أو المال أنّه مملوكاً له .

فلا يعدّ سارقاً من يستولى على مال مملوك لنفسه ولو كان يعتقد خطأ أنّه مملوك لغيره ، كمن يستولى على منقول عند صديق له وقد كان هذا الأخير قد اختلسه منه فيما مضى وهو لا يدري ، وكذلك من يستولى على سلعة في حيازة شخص ما وتكون هذه السلعة قد آلت له بالميراث ويستثنى القانون اختلاس الإنسان ملك نفسه إن كانت الأشياء المختلسة محجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً ، فالفعل حينها يعتبر اختلاساً.

وحكم الوراث الذي يختلس شيئاً من أموال التّركة بينه وبين سائر الورثة ، هو حكم الشّريك على الشّيوع المختلس ، فكلاهما يعدّ سارقاً بشرط ألا يكون المال المشترك في حيازة الشّريك أو الوارث ، فإذا كان الوارث أو الشّريك موكولاً إليه حفظ مال التّركة أو الشركة أو إدارته عن سائر الملاك ، ثمّ امتدّت يده على شيء منه ؛ فإنّ فعله يعدّ خيانة أمانة لا سرقة ، رغم أنّ له حقّ في نصيب من هذا المال ⁽²⁾ .

(1) جريمة السرقة ، ص 47 / الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 239 / أحمد بسيوي أبو الرّوس ، جرائم السرقات ، ط(1987) دار المطبوعات الجامعيّة ، الأسكندرية ، ص 23 / أحمد بسيوي أبو الرّوس ، جرائم السرقات والتّصب وخيانة الأمانة والشّيك بدون رصيد ، ط (1996) ، المكتب الجامعي الحديث ، الأسكندرية ، ص 27 .

(2) شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ محمد صبحي نجم ، ص 122 / دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 219 / جريمة السرقة ، ص 46 / جرائم السرقات ، ص 22 / جرائم السرقات والتّصب وخيانة الأمانة والشّيك بدون رصيد ، ص 27 _ 28 .

اتّضح بعد هذا أنّ كلّ من التشريع الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري قد اتّفقا على أنّه من سرق مالاّ مملوكاّ له وقت السرقة لا يعدّ سارقاّ حتّى وإن كان يجهل أنّه قد تملّكه بموجب بيع أو هبة أو ميراث أو أيّ سبب آخر من أسباب التّملك ، حتّى وإن كان يعتقد أنّ المال ملك للحائز فلا يؤثّر هذا في إعفائه ، وحتّى إن سرق وتمّ فعل السرقة ، ثمّ اكتشفت وتحقّقت الهيئة المختصة بإثبات الملك للسّارق فيحكم ببراءته ولا يعاقب. ماعدا في بعض مذاهب الفقه الإسلامي كالمالكية ورأي عند الحنابلة لو ثبتت ملكية السّارق للمال المسروق بعد المرافعة ، وهذا الإثبات كان نتيجة إقرار المسروق منه ، فإنّ السّارق يحدّ ذلك لضعف أثر الإقرار في إثبات الملكية ههنا ، وليس أنّ الملكية قد ثبتت ولم تؤخذ بعين الاعتبار لكونها بعد المرافعة ، ولوجود شبهة التّحايل من جهة

وفي حالة التّزاع في ملكية المسروق بين الحائز والمتهم ، أو بين المسروق منه والسّارق ، أو بتعبير آخر في حالة ادّعاء السّارق ملكية المسروق وذلك إذا كان بعد المرافعة ، فإنّ قانون العقوبات الجزائري يتفق مع بعض المذاهب الإسلامية في البحث عن المالك الحقيقي ، فإذا ثبت الملك للسّارق وقد سبق أن ادّعى ذلك فإنّه يعفى من العقوبة قانوناّ ويسقط عنه الحدّ شرعاّ عند بعض المذاهب الإسلامية ويعزّر ، أمّا أغلب المذاهب الفقهية الإسلامية الأخرى فلا توي أثرأ كما سبق بيانه لدعوى السّارق ، ولا للتّزاع القائم بين الحائز والمتهم بعد المرافعة طبعاً ؛ لأنّ الحدّ قد استوفى شروطه ، وحتّى لا يدّعي من شاء من السّارق ما شاء فتضيع أموال النّاس ، وفي ذلك عصمة للأموال .

المطلب الرابع

مسائل أخرى تتعلق بهذا الفصل بين الشريعة والقانون

في هذا المطلب سأعرض إنشاء الله تعالى إلى مسائل متنوعة في جريمة السرقة متعلقة بالملكية ، وتمثل في سرقة مال المجهول ، والسرقة من السارق ، وكذا حكم اليد المعترضة ، مفردة في ذلك كل مسألة بفرع خاص ، وتكون الدراسة من الناحية الشرعية ابتداءً ثم من الناحية القانونية ، رغم قلة المادة العلمية القانونية ، الأمر الذي قد يؤدي إلى فقدان التوازن في هذا المبحث نوعاً ما .

الفرع الأول

سرقة مال المجهول شرعاً وقانوناً

سبق وأن ذكرت أن جريمة السرقة يستوجب لتحقيقها شرعاً وقانوناً كون محل السرقة مالاً مملوكاً لغير السارق ، وهذا الشرط كان صريحاً في أغلب عبارات فقهاء المذاهب الشرعية ، أثناء تعريفهم لجريمة السرقة ، مثل قولهم "...من مال محترم لغيره..." وكذا "أخذ مال الغير من نائبة..." وكذا "أخذ بلا شبهة..." والمقصود انتفاء شبهة الملك التي سيأتي بيانها .

أما في قانون العقوبات الجزائري فقد ورد التعبير عنها بـ "شيئاً غير مملوك له" وبتعبير آخر أن كل ما هو خارج عن ملكية السارق هو مملوك للغير بلا شبهة طبعاً . فإذا تقرّر هذا ، ما حكم سرقة المال الذي جهل مالكه ؟ من المنظور الشرعي والقانوني ؟

(الفقرة الأولى) : سرقة مال المجهول في التشريع الجنائي الإسلامي : إذا سرق السارق مالاً متقوماً شرعاً يبلغ نصاباً من حرزه ، وكان صاحب المال مجهولاً لدى السارق أو غير معين ، فهل يقيم الحدّ على السارق إذا أقرّ أمام القاضي أو الحاكم بأنه سرق مالاً لمجهول ، باعتبار أنه أكل مالاً لا نصيب له فيه ويكفي في ذلك إقراره بالسرقة ؟ أم يدرأ الحدّ عن السارق لجهالة المسروق منه باعتبار أن مطالبة الجني عليه شرط لوجوب القطع ، وكذا مخاصمته للجاني ، والإقرار لوحده لا يقوى على إثبات السرقة ؟ الخلاف في هذه المسألة جارٍ بين المالكية والجمهور كما سيظهر تمائلي :

أولاً: مذهب المالكية: ذهب المالكية إلى قطع سارق مال المجهول ، ذلك لأنه يكفي عندهم لوجود السرقة أن يكون الشيء المسروق مملوكاً للغير ولو كان المالك مجهولاً كسرقة مال شخص غير معروف أو كان المالك غير معين كسرقة المال الموقوف على الفقراء أو الأغراب أو التعليم⁽¹⁾، فبمجرد اعتراف السارق بالمسروق يقطع ولا يفتقر ذلك إلى دعوى أو مطالبة الجنى عليه ، وهو قول أبي ثور وابن المنذر، وإلى هذا ذهب الظاهرية أيضاً لأنهم يرون قطع كل من سرق مالا لا نصيب له فيه ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة /38.

قالوا ولأن موجب القطع قد ثبت فوجب من غير مطالبة قياساً على حد الزنى⁽²⁾ .

جاء في المحلى " وجب بنص القرآن أن كل من سرق فاقطع عليه ، وأن من اكتسب سرقة فقد استحق بنص كلام الله تعالى جزاء لكسبه ذلك قطع يده نكالا "⁽³⁾ . وجاء فيه أيضاً : "السارق في اللغة التي نزل بها القرآن وبها خاطبنا الله تعالى هو الآخذ شيئاً لم يبح الله تعالى له أخذه فيأخذه متمكناً له ، مستخفياً به "⁽⁴⁾ .

إلا أن المنطلق عند المالكية ومن وافقهم في قطع سارق مال المجهول هو عدم اشتراطهم المطالبة ورفع الدعوى من طرف الجنى عليه ، أما المنطلق عند الظاهرية في قطعه هو قطع كل من سرق مالا لا نصيب له فيه وتملكه .

هذا وذهب زفر من فقهاء الأحناف أيضاً إلى قطع سارق مال المجهول في حالة الإقرار .

(1) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 96 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 591 / المدونة الكبرى ، ج 6 ، 2854 - 2855 .

(2) المحلى ، ج 12 ، ص 309 - 315 / المغني ، ج 10 ، ص 294 .

(3) المحلى ، ج 12 ، ص 309 .

(4) المحلى ، ج 12 ، 315 .

جاء في البدائع : " قال أبو يوسف⁽¹⁾ الدّعى في الإقرار ليست بشرط ويقطع حال غيبة المسروق منه ، ووجه قوله أنّ إقراره بالسّرقّة إقرار على نفسه والإنسان يصدّق في الإقرار على نفسه لعدم التّهمة "⁽²⁾ .

ثانياً : مذهب الجمهور : ذهب الحنابلة والشافعية في الرّاجح عندهم إلى أنّ أخذ مال الجهول خفية سرقة ، ولكن لا يقطع فيها ، ذلك أنّهما يشترطان للقطع مطالبة الجنى عليه بالمسروق وإذا كان الجنى عليه مجهولاً فلا مطالبة ولا قطع ، وبناء على هذا فلا يقطع عند أحمد في رواية سارق المال الموقوف مطلقاً ، لأنّ المال الموقوف لا يملكه الموقوف عليه⁽³⁾ .

جاء في كشّاف القناع : " ويشترط أن يطالب المسروق منه بماله أو يطالب به وكيله ، لأنّ المال يباح بالبذل والإباحة فيحتمل أن يكون مالكه أباحه إيّاه ، أو وقفه على جماعة المسلمين أو على طائفة منهم السّارق ، أو أذن له في دخول حرزه ، فاعتبرت المطالبة لتزول الشبهة ، فإنّ أقرّ مكلف بسرقة مال غائب أو شهدت بما بينه حبس إلى قدوم الغائب ، ولم يقطع حتّى يحضر الغائب ويطالب ... فإن كانت العين في يده _ أي يد المقرّ بالسّرقّة أو يد من شهدت البيّنة عليه بالسّرقّة _ أخذها الحاكم وحفظها للغائب ، لأنّ الحاكم له التّظر في مال الغائب وعليه حفظه "⁽⁴⁾

وجاء في روضة الطّالين : " إذا أقرّ ابتداء من غير تقدّم دعوى بأنّه سرق من زيد الغائب سرقة توجب القطع ، فهل يقطع في الحال ، أم ينتظر حضور زيد ومطالبته ؟ وجهان : أصحّهما الثاني ؛ لأنّه ربّما حضر وأقرّ أنّه كان أباحه المال ، فيسقط الحدّ وإن كذّبه السّارق ، والحدّ يسقط بالشبهة فتأخيره أولى "⁽⁵⁾ .

(1) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي أبو يوسف ، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه ، أوّل من نشر مذهبه ، كان فقيهاً علامة من حفاظ الحديث ، ولد بالكوفة سنة 113هـ ، ولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد ، أوّل من دعي بقاضي القضاة ، وأوّل من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة ، مات في بغداد سنة 182هـ ، من مؤلّفاته : كتاب الخراج ، أدب القاضي ، الأمالي في الفقه ، وغيرها (انظر ترجمته في : البداية والنهاية لابن الأثير ، 180/10 _ الفتح المبين ، 113/1 _ 114 _ الأعلام للزّركلي ، 252/9)

(2) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 82 .

(3) المغني ، ج 10 ، ص 246 _ 294 _ 285 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 146 _ 144 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 355 . / المهذب ، ج 2 ، ص 282 .

(4) كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 146 .

(5) روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 355 .

يتبين من هذا أنّ المطالبة ورفع الدّعى شرط لقطع السّارق عند الحنابلة والشافعية حتّى وإن أقرّ الجاني بالسّرقه ، فإذا كان السّارق غائباً لا قطع لأنّه لا دعوى ؛ وإذا كان لغياب المسروق منه أثراً في القطع فجهالة المسروق منه أولى ، فلا قطع عندهم إذن إذا كان المسروق منه مجهولاً ، لأنّه لا دعوى حين ذاك ولا مطالبة بالمسروق .

هذا ويرى الأحناف أيضاً عدم قطع السّارق إذا كان الجنى عليه مجهولاً ولو أقرّ الجاني بالسّرقه ؛ لأنّ القطع مشروط بمطالبة الجنى عليه ومخاصمته للجاني ⁽¹⁾ ، خلافاً لأبي يوسف الذي يرى القطع في حالة الإقرار وقد تقدّم .

جاء في البدائع : " قال محمد لو قال سرت هذه الدّراهم ولا أدري لمن هي ، أو قال سرقته ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع ؛ لأنّ جهالة المسروق منه فوق غيبته ثمّ الغيبة ⁽²⁾ لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى ، ولأنّ الخصومة لما كانت شرطاً فإذا كان المسروق منه مجهولاً لا تتحقّق الخصومة فلا يقطع ، وإذا عرف أن الخصومة شرط ظهور السّرقه الموجبة للقطع بالبيّنة على الاتفاق ، وبالإقرار على الاختلاف ... " ⁽³⁾ .

واستدلّ الجمهور على ما ذهبوا إليه بما روي عن عبد الرحمن بن ثعلبة الأنصاري عن أبيه أنّ عمرو بن سمرة بن حبيب بن عبد شمس جاء إلى رسول الله ﷺ فقال " يا رسول الله إني سرت جملأً لبني فلان فطهرني ، فأرسل النبي ﷺ إليهم فقالوا: إنّنا افتقدنا جملأً لنا ، فأمر به النبي ﷺ ففقطعت يده ، قال ثعلبة : أنا أنظر إليه حين وقعت يده وهو يقول : الحمد لله الذي طهرني منك ، أردت أن تدخلني جسدي التّار " ⁽⁴⁾ .

ووجه الدّلالة من الحديث أنّ النبي ﷺ لم يقطع السّارق بمجرد إقراره بالسّرقه ، وإنّما أقامه بعد أن عرف الجنى عليه ، وبالتالي فعموم الآية الكريمة في السّرقه مقيدة بفعله عليه الصّلاة والسّلام.

(1) والخصومة في باب السّرقه إنّما شرطت ليعلم أنّ المسروق ملّك غير السّارق ، وهذا يحصل بخصومة المالك .

(2) ذكر صاحب البدائع قبل هذا كلاماً عن الغيبة — أي غياب المسروق منه — بأنّها تؤثر في القطع .

(3) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 83 .

(4) رواه ابن ماجه ، كتاب الحدود ، رقم 2588 (ط : تحقيق فؤاد عبد الباقي)

— واحتجّوا لذلك أيضاً ، بأنّ الظاهر أن من في يده شيء فهو ملكه ، فإن أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه حتّى يصدّقه المقرّ له ، والغائب يجوز أن يصدّقه ويجوز أن يكذّبه ، فاحتمال التكذيب شبهة تدرأ الحدّ عن المتهم ⁽¹⁾ .

وأما استدلالهم — أي المذهب الأوّل — بالقياس على جريمة الزنى ، بحيث يقام الحدّ دون رفع الدّعى وبمجرّد الإقرار ، أنّه قياس مع الفارق .

جاء في المغني : " وعلى هذا يخرج الزنا فإنّه لا يباح بالإباحة ، ولأنّ القطع أوسع في الإسقاط ، ألا ترى أنّه إذا سرق مال ابنه لم يقطع ؟ ولو زنى بجاريته حدّ ؛ لأنّ القطع شرّع لصيانة مال آدمي فله به تعلّق فلم يستوف من غير حضور مطالب به ، والزنا حقّ لله تعالى محض ، فلم يفتقر إلى طلب به " ⁽²⁾ .

ثالثاً : سبب الخلاف والتّرجيح : الخلاف في هذه المسألة ينبي على الخلاف الجار بين المالكية والجمهور في اشتراط الخصومة مع الإقرار ، هل هي شرط لكون الإقرار مظهراً للسّرقه أم لا ؟ وقد سبق تفصيل هذه المسألة أثناء كلامي عن الإقرار كدليل لإثبات السّرقه .

فالجمهور من الشّافعية والحنابلة والحنفية على أنّ دعوى المسروق منه شرط لكون الإقرار مظهراً للسّرقه ، مستدلين بحديث سمرة رضي الله عنه السابق ، ومن قال بهذا ذهب إلى عدم قطع السّارق من المجهول أو الغائب إذا أقرّ بالسّرقه .

بينما المالكية وزفر من الحنفية على أنّ الخصومة ليست شرطاً لكون الإقرار مظهراً للسّرقه ؛ إذ الإنسان غير متّهم فيما يقرّ به على نفسه ، ومن رأى هذا ذهب إلى قطع سارق مال المجهول والغائب عند إقراره .

والذي يترجّح عندي — والله أعلم — ما ذهب إليه الجمهور في اشتراط رفع الدّعى والخصومة من طرف المجنى عليه ، فرغم أنّ الإقرار سيّد الأدلّة إلّا أنّ يد الإنسان معصومة ،

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 2 .

(2) المغني ، ج 10 ، ص 293 .

ولا يقوى الإقرار على إزالة عصمتها إلا إذا اقترن بالمخاصمة ، خاصة وأنه ثبت من فعله ﷺ أنه لم يقطع السارق إلا بعد أن تبين وتحقق ، إلا أن السارق المقر على نفسه بالسرقعة يعزّر .

وبالتالي أختار القول بعدم قطع سارق مال المجهول عند إقراره بالسرقعة ، بل يعزّر بما يراه الحاكم زاجراً له ، والله أعلم .

(الفقرة الثانية : سرقة مال المجهول في قانون العقوبات الجزائري : ليس هناك ما يقال في هذه المسألة إلا القليل وذلك لقلة المادة العلمية المتعلقة بذلك ، فشراح قانون العقوبات الجزائري لم يتطرقوا إلى مناقشة مثل هذه المسألة لعدم إشكالياتها عندهم كما هو الشأن في التشريع الجنائي الإسلامي ؛ بل قدّموا توضيحاً مباشراً يتعلق باشتراط ملكية الغير للمال المسروق ، ثم استنتج من ذلك التوضيح حكم المسألة المدروسة ، وهذا يتبين من عبارة فقهاء شراح القانون ، حيث جاء في إحدى الشروح " ينبغي أن يكون موضوع السرقة مالاً غير مملوك للسارق وقت السرقة ، وأن يكون هذا المال مملوكاً للغير وقت السرقة أيضاً... كالأشياء والأموال المفقودة من أصحابها ، والصائغة وغير ذلك " (1) .

يستنتج من هذا الكلام أن المال المسروق يجب أن يكون مملوكاً للغير ولا يشترط تعيين هذا الغير ، ولهذا اعتبر أخذ المال المفقود والصائغة سرقة ، وبناء عليه من يأخذ حافظة نقود من الشارع العام ولم يبذل أيّ تصرف لإخبار السلطات المختصة لتوفر نية التملك عنده يعدّ سارقاً ، ويستخلص من هذا بالضرورة أن من يسرق مال المجهول _ أي المال الذي لم يعرف مالكة - يعدّ سارقاً في نظر القانون لا محالة .

وجاء في عبارة أخرى لأحد الشراح " وقد عبّر عن ذلك القانون - أي عن كون محل السرقة مالاً مملوكاً للغير - بقوله (شيئاً غير مملوك له) وبمعنى آخر فإنّ كلّ ما هو غير مملوك للفرد هو ملك للغير " (2) ثم قال : " إذا خرج المال مادياً من حيازة صاحبه بدون رضائه كأن سقط سهواً أو بقوة قاهرة عدّ مالاً مفقوداً ، حيث أنّ صاحبه لا يزال يريد استرداده ، وقد ألزم القانون من يعثر على المال المفقود برده إلى صاحبه في الحال ، فإذا تعذر عليه معرفة صاحبه رده إلى السلطات الإدارية ، وإذا لم يرده سهواً أو إهمالاً عدّ ذلك في عداد المخالفات ، أمّا إذا لم يرده إلى صاحبه

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري ، محمد صبحي نجم _ القسم الخاص _ ص 122 _ 123 .

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري _ القسم الخاص _ ص 118 _ 219 .

وكان ذلك بغية تملكه تكون الواقعة عندئذ سرقة⁽¹⁾ .

نستنتج من هذا أيضاً أنّ من أخذ المال الضائع بنية التملك ، ولم يرده للسلطات المختصة اعتبر سارقاً في نظر القانون ، رغم أنّ مالكه مجهول ؛ فسرقة أي مال صاحبه مجهول يعدّ سارقاً .

هذا وفي المقابل نجد كثير من كتب القانون الوضعي عامة _ خارج إطار شروح قانون العقوبات الجزائري _ تصرّح بعدم اشتراط تعيين المالك ، أو أنّ عدم تعيين المالك لا يؤثر في جريمة السرقة ، وما ورد في ذلك من عبارات نجد " شرط القانون لتوفّر جريمة السرقة أن يكون الشيء المختلس مملوكاً للغير - أي مملوكاً لغير الجاني - ولا أهميّة لتحديد شخص الجاني عليه أو عدم الاهتداء إلى معرفته ، وبكفي للعقاب أن يكون الشيء المسروق ليس مملوكاً للمتهم ، بل مملوكاً للمجنى عليه قبل اختلاسه وإلى حين اختلاسه"⁽²⁾ . وأيضاً نجد عبارة " ولا يؤثر في قيام جريمة السرقة عدم الاهتداء إلى معرفة شخص المالك للمسروق ، متى كانت ظروف الواقعة تشير بذاتها إلى أنّها غير مملوكة للمتهم "⁽³⁾ .

إذن كلّ هذه العبارات ومثلها كثير تدلّ على عدم اشتراط تحديد المالك ، كما أنّ عدم الاهتداء إليه لا يؤثر في قيام جريمة السرقة ، وهذا كلام صريح في تجريم سارق مال المجهول ، وهذا المعنى مقصود أيضاً في قانون العقوبات الجزائري ، إلّا أنّ شراحه لم يهتدوا إلى التصريح به في توضيحاتهم وشروحهم ، والله أعلم .

وبناء عليه نلاحظ أنّ قانون العقوبات الجزائري يجرّم سارق مال المجهول - أي سارق المال الذي لا يهتدى إلى مالكه - وهذا يتفق مع مذهب المالكية في التشريع الجنائي الإسلامي ، ويختلف مع جمهور الفقهاء الذين يقولون بعدم قطع السارق في مثل هذا الحال ، وذلك لاشتراطهم الخصومة والخصومة تكون من المالك ، أمّا المالكية فلا يشترطون الخصومة كما أنّ قانون العقوبات الجزائري لا يشترط رفع الدعوى في تجريم السارق بدليل تجريم أخذ المال الضائع والمفقود ، والله أعلم .

(1) المرجع السابق ، الصفحات نفسها .

(2) جريمة السرقة ، ص 39 .

(3) جرائم السرقات ، ص 18 _ 19 .

الفرع الثاني

حكم السرقة من السارق شرعاً وقانوناً

يحدث وأن يسرق السارق مالاً مملوكاً للغير ، ثم بعد ذلك يسرقه منه آخر فهل يعتبر السارق الثاني سارقاً في حكم الشرع ونظر القانون ؟ مناقشة هذه المسألة تكون في الفقرتين الآتيتين ، الأولى لحكم الشرع في السرقة من السارق ، والثانية لرأي القانون في ذلك .

الفقرة الأولى : حكم السرقة من السارق شرعاً : إذا سرق السارق مالاً محرزاً للغير وبلغ نصاباً ثم أحوزه فسرقه منه سارق آخر ، فهل يقطع السارق الثاني ؟ وهل للسارق الأول الحق في استرداد المسروق ؟ الخلاف في هذه المسألة جارٍ بين المالكية ومن وافقهم وجمهور الفقهاء :

الأول : مذهب المالكية ومن وافقهم : لا يشترط مالك شروطاً خاصة في المسروق ، وكل ما يشترطه أن يكون المسروق ملك الغير ، سواء سرق من يد المالك أو من يد غيره مطلقاً ، لأن السارق يسرق ملك غيره في كل حال ، ويترتب على هذا أن يقطع السارق من السارق والسارق من الغاصب ؛ فالقاعدة عند مالك أنّ من سرق مالاً للغير من حرز لا شبهة فيه قطع ، والسارق من السارق يسرق مالاً للغير من حرز لا شبهة له فيه ، وقطع السارق الثاني يكون سواء قطع الأول أم لم يقطع ، ولو توالى السرقات وتعدّد السراق ، ولا يجعل مالك للسارق الأول حقّ استرداد المسروق ، وإنما الاسترداد يكون للمالك الذي سرق منه السارق الأول⁽¹⁾.

وذهب الشافعي في رواية إلى ما ذهب إليه مالك يرى فيها قطع السارق من السارق ؛ لأنّه سرق مالاً لا شبهة له فيه من حرز مثله⁽²⁾ فحق الاسترداد لا يكون في أيّ حال إلا للمالك لأنّ السارق الأول لا يملك المال المسروق فلا هو مالكة ولا هو نائبه ، كما أنّ قطع الثاني يكون سواء قطع الأول أم لم يقطع .

ويرى الظاهرية أيضاً رأي المالكية في قطع السارق من السارق ، وذلك لأنّ السرقة عندهم هي الاختفاء بأخذ الشيء ليس له ، والسارق عندهم هو المختفي بأخذ ما ليس له ، ويترتب

(1) الزرقاني ، ج 8 ، ص 96 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 596 / المدونة ، ج 6 ، ص 2856 .

(2) المهذب ، ج 2 ، ص 232 .

على هذا التعريف أن يقطع السارق كلّما أخذ ما ليس له ، ولو كان أخذه من سارق أو غاصب⁽¹⁾ كما يترتب على هذا قطع السارق الثاني سواء قطع الأول أم لم يقطع .

ثانياً : مذهب الجمهور: ذهب الحنفية والحنابلة والشافعية في الرأي الثاني إلى عدم قطع السارق من السارق سواء قطع السارق الأول أم لم يقطع ، ما عدا الأحناف فإنهم يقطعون السارق الثاني في حالة درء القطع عن السارق الأول ؛ لأنه يتملك المسروق بالضمان ، واسترداد المسروق عند الجمهور يكون للمالك ، ويرى بعض الأحناف أنه للسارق الأول حق استرداد المسروق ، وهذا الذي سيظهر ممثلي :

1/ الأحناف : يشترط أبو حنيفة أن يكون للمسروق منه يد صحيحة على الشيء المسروق - يد المالك أو يد الأمانة - كما أن الأصل عنده أن كلّ من له يد صحيحة على الشيء المسروق يملك حق الخصومة ، والخصومة عندهم شرط لإظهار السرقة ، و يترتب على هذا الشرط عنده ألا قطع على السارق من السارق ؛ لأنّ يد هذا الأخير ليست صحيحة فلا هي يد ملك ولا أمانة ولا ضمان ، وإذا كانت يد السارق ليست صحيحة فلا يملك الخصومة إذا سرق الشيء منه، فصار الآخذ من يده كالأخذ من الطريق ، وليس للمالك ولاية الخصومة في هذه الحالة ، لأنّ الآخذ لم يخرج المال عن حيازته .

هل للسارق الأول أن يطلب الثاني بردّ المسروق إلى يده ؟ فيه روايتان في المذهب :

الأولى : له حق استرداد المسروق من السارق الثاني لأنه من الجائز أن يختار المالك الضمان ويترك القطع فيحتاج إلى أن يستردّه من يده ، فيدفع إليه فيتخلّص عن الضمان كما في الغصب .

واعترض القدوري على هذه الرواية : أن ذلك يجوز ما لم يقطع السارق الأول ، أمّا بعد القطع فليس له ذلك ، لكنّه قال بعد ذلك : ويجوز أن يقال له ذلك بعد القطع أيضاً ؛ لأنّ الضمان إن لم يجب عليه في القضاء فهو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى ، فيحتاج إلى الاسترداد ليتخلّص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى .

(1) ابن حزم ، المحلى ، ج 2 ، ص 315 .

الثانية : ليس له حق استرداد المسروق من السارق الثاني ؛ لأنّ المسروق منه لم تكن له يد صحيحة ، فصار الأخذ منه والأخذ من الطريق سواء .

وإذا درئ القطع عن السارق الأوّل بأيّ سبب من الأسباب ، قطع السارق الثاني لأنّ درء الحذّ عن السارق الأوّل يجعله ضامناً للمسروق ويد الضّمان يد صحيحة ، ويجعل أبو حنيفة السارق ضامناً إذا درئ عنه القطع ولا يجعله ضامناً إذا قطع ؛ لأنّ القاعدة عنده أنّ القطع و الضّمان لا يجتمعان ، وإذا كانت يد السارق الأوّل في هذه الحالة صحيحة بسبب الضّمان فله حقّ رفع الدّعوى والخصومة ، وبالتالي يقطع السارق الثاني وللأوّل حقّ استرداد المسروق ⁽¹⁾ .

2/ الحنابلة : ويشترط أحمد أن تكون سرقة المال المحترم من ماله ، أو نائبه كوليّه ووكيله ؛ فإذا أخذه من غيرها فهو أشبه بما لو أخذ مالاّ ضائعاً ، ويترتب على هذا: أنّ السارق من المالك أو نائبه يقطع ، أمّا السارق من السارق أو الغاصب فلا يقطع حتّى ولو كان السارق الأوّل قد أحرز المال ، والفرق بين السارق من السارق ، والسارق من المالك أو نائبه ، أنّ هذا الأخير يزيل يد المالك أو نائبه عن الشيء ويأخذه من حرزه ، والسارق الثاني في هذه الحالة لا يقطع سواء قطع الأوّل أو درئ عنه القطع ، وحقّ الاسترداد لا يكون إلّا للمالك – أي ليس من حقّ السارق الأوّل – كما أنّ أحمد من الذين يشترطون الخصومة لوجوب القطع ، وهي تكون من المالك أو نائبه ولا يتوفّر هذا الشرط في السارق الأوّل ، فيده ليست يد ملك ولا يد نائبه ⁽²⁾ .

هذا وذهب الشافعي في رأيه الثاني إلى ما ذهب إليه الإمام أحمد في عدم قطع السارق من السارق ، سواء قطع السارق الأوّل أم لم يقطع ، وعلّلوا هذا الرأي بأنّ السرقة كانت من حرز لم يرضه المالك ، وأنّ المحرز ليس هو المالك ولا نائبه ، وحقّ استرداد المسروق لا يكون في أيّ حال إلّا للمالك ⁽³⁾ .

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 80 – 83 – 84 .

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 254 – 276 . / البهوتي ، كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 130 .

(3) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 282 .

ثالثاً : سبب الخلاف و التّرجيح : سبب الخلاف في هذه المسألة هو : هل الخصومة ورفع الدّعى شرط لوجوب القطع ؟ وإذا كانت كذلك فمن يملك الخصومة ؟

فالذين لم يشترطوا الخصومة لوجوب القطع - وهم المالكيّة ومن وافقهم - لم يشترطوا شروطاً خاصّة في المسروق منه ، ويكفي عندهم كون المسروق ملكاً للغير ، أو كون السّارق أخذ ما ليس له أخذه شرعاً ؛ قالوا بقطع السّارق من السّارق رغم اعترافهم أنّ السّارق الأوّل يده ليست يد ملك ، وبالتالي حقّ استرداد المسروق يكون للمالك .

والذين اعتبروا المخاصمة شرطاً لوجوب القطع - وهم الجمهور - اختلفوا فيمن يملك الخصومة :

- فقال الأحناف : يملك الخصومة كلّ من له يد صحيحة على الشّيء المسروق - يد الملك ، أو يد الضّمان ، أو الأمانة -

- واشترط الحنابلة والشافعيّة فيمن يملك الخصومة أن يكون هو المالك أو نائبه ، لكنّهم اتّفقوا على أنّ يد السّارق من السّارق ليست يد ملك فلا يملك الخصومة ، فلا قطع عليه إلّا إذا درى الحدّ عن السّارق الأوّل عند الأحناف لأنّ يده يد ضمان ، ثمّ أنّ من له حقّ الخصومة له حقّ الاسترداد .

والذي أميل إليه : ما ذهب إليه الجمهور ، فلا قطع على السّارق من السّارق ، فإذا كان السّارق من الحرز المهتوك لا يقطع فهذا أولى ، لأنّ حرز السّارق الأوّل لم يرضه المالك كما قال الشّافعيّة ، ولا عصمة للمال في هذه الحالة إذ يد السّارق الأوّل ليست يد ملك ، لكن السّارق الثاني يعزّر أشدّ التعزير ؛ لأنّه قام بفعل السرقة المحرّمة شرعاً ، فروح الإجرام منغوسة فيه .

(الفقرة الثّانية : حكم السرقة من السّارق في قانون العقوبات الجزائري : لم يتطرّق شراح قانون العقوبات الجزائري لمسألة حكم السرقة من السّارق إطلاقاً ؛ وذلك طبعاً لعدم إشكالية هذه المسألة عندهم ، أو لاعتبار فعل السّارق الثّاني سرقة بداهة ، وذلك لتوفّر شروط وأركان جريمة السرقة قانوناً في الفعل الذي قام به ، وبالتالي يعتبر السّارق الثّاني سارقاً ، ويعاقب بعقوبة السرقة المقرّرة قانوناً ، ويستخلص هذا تمائلي :

أولاً : الرأى الذى عليه الآن إجماع الفقه والقضاء يعرف الاختلاس بأنه الاستيلاء على حيازة الشيء على غير علم وبدون رضا مالكة أو حائزه ... والاستيلاء هو إخراج المال من حيازة صاحبه أو حائزه وإدخاله في حيازة شخص آخر⁽¹⁾ . والسارق من السارق يستولي على حيازة المال دون علم ورضا حائزه وذلك بإخراجه من حيازة السارق الأول وإدخاله في حيازته الشخصية وبذلك يتوفر ركن الاختلاس في فعله .

ثانياً : لقد أجمع الفقهاء والقضاة على أن السرقة تعني أخذ المال أو انتزاعه أو نقله أو إخراجه من حيازة مالكة أو حائزه أو من له سلطة عليه بدون رضائه ، فلا جريمة ولا سرقة إذا لم يحصل ذلك⁽²⁾ . والسارق من السارق قام بفعل السرقة حين أخذ المال وانتزعه وأخرجه من حيازة السارق الأول بدون علمه ورضائه ، رغم أن حيازة السارق الأول للمال غير شرعية .

ثالثاً : يشترط أن تكون حيازة المجنى عليه للشيء حيازة كاملة - بعنصرها المادى والمعنوي - لأن الحيازة الكاملة هي محل الاعتداء في جريمة السرقة ، أما الحيازة الناقصة فهي محل الاعتداء في جريمة خيانة الأمانة⁽³⁾ ، والسارق من السارق قد حاز المال المسروق حيازة كاملة مادياً ومعنوياً.

رابعاً : اشترط القانون أن يكون محل السرقة مالا غير مملوك للسارق وقت السرقة ، وأن يكون هذا المال مملوكاً للغير وقت السرقة أيضاً⁽⁴⁾ . والسارق من السارق يكون قد سرق مالا غير مملوك له ، بدليل ثبوت ملكية المال للمالك الأصلي الذي سرق منه السارق الأول ، والمال يبقى على ملكية صاحبه الأصلي رغم انتزاع الحيازة منه من طرف السارق ؛ إذ أن المال المسروق ، والمال المفقود ، والمال المنسي يبقى على ملك صاحبه وله حق استرداده متى توصل واهتدى إليه ، فهذه الأوصاف لا تسقط حق الملكية ، فقاعدة الحيازة في ملكية المنقول لا تطبق على الشيء المسروق والضائع⁽⁵⁾ . وبناء عليه يكون السارق من السارق قد سرق مالا مملوكاً لغيره .

(1) جرائم السرقات ، ص 15 - 16 .

(2) شرح قانون العقوبات الجزائري ، محمد صبحي نجم - القسم الخاص - ص 117 .

(3) جريمة السرقة ، ص 9 - 10 .

(4) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - محمد صبحي نجم ، ص 122 .

(5) انظر جريمة السرقة ، ص 42 - 44 .

خامساً : وأخيراً اشترط القانون ابتداء في جريمة السرقة بما أنّها من الجرائم العمدية توافر القصد الجنائي العام - المتمثل في علم الجاني وإدراكه بأركان الجريمة - وكذا توافر القصد الجنائي الخاص - المتمثل في نية تملك الشيء المسروق وحرمان مالكه أو حائزه منه - والسارق من السارق إذا توافر لديه ركن القصد الجنائي وانظم إلى ما سبق ، يكون قد ارتكب جريمة السرقة الموجبة للعقوبة قانوناً .

وخلاصة القول أنّ المال المسروق في هذه المسألة كان في حيازة مالكه الأصلي ، ثمّ أخرج السارق الأول بالاستيلاء عليه من حيازة مالكه وأدخله في حيازته ، ثمّ أخرجها السارق الثاني بفعل الاستيلاء أيضاً من حيازة السارق الأول وأدخله في حيازته ؛ فالمال المسروق مملوك لصاحبه ، وهو لا زال يريد استرداده ؛ إذ السرقة لا تملك المال ، فلا السارق الأول ولا الثاني قد تملك المال بموجب السرقة ، فكلّ ما في الأمر ثبتت لهما الحيازة المادية للشيء المسروق رغم توفّر نيتهما في تملكه ، والمشروط في السرقة هو إخراج المال من حيازة الحائز وإدخاله في حيازة السارق حيازة كاملة ، كما أنّ القصد الجنائي قد توفّر بشقيه العام والخاص .

وبناء عليه فالسارق من السارق يكون قد سرق مالاً منقولاً غير مملوك له بل مملوك لغيره ، وأخرج من حيازة حائزه وأدخله في حيازته الشخصية حيازة كاملة ، وهو عالم بذلك ونيته تملك المال وحرمان حائزه منه وكذا مالكه ، فهو سارق في نظر القانون بناء على هذا التأصيل ، ويعاقب بعقوبة السرقة المقررة قانوناً ، والله أعلم .

الفرع الثالث

أثر اليد المعترضة في جريمة السرقة شرعاً وقانوناً

قد يحدث أن يُخرج السارق الشيء المسروق من حوزة المعدّ لحفظه ، ومن حيازة المجنى عليه ، لكن فعله هذا لا يستتبعه حتماً دخول المسروق في حيازته ؛ بحيث تعترضه يداً أخرى ، وهذا ما يسمّى عند أحد فقهاء الشريعة الإسلامية باليد المعترضة ، فما حكم هذا الفعل شرعاً وقانوناً ؟ هل هو سرقة تامة في منظور الفقهاء الشرعي والوضعي ؟ الجواب عن هذه المسألة يكون في الفقرتين الآتيتين :

الفقرة الأولى : أثر اليد المعترضة في جريمة السرقة شرعاً : إذا كان ركن الخفية لا يتحقق إلا إذا أخرج السارق الشيء المسروق من حوزة المعدّ لحفظه ، وأن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه ، وأن يدخل الشيء المسروق في حيازة السارق ، فإن السرقة لا تتم إذا اختل هذا الشرط الأخير ؛ لأنه في بعض الأحيان يخرج السارق الشيء المسروق من حوزة المعدّ لحفظه ، كما يخرج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه لكن لا يدخل الشيء المسروق في حيازة السارق ، بحيث تعترضها يداً أخرى ، وهذا ما يسمّيه أبو حنيفة باليد المعترضة ، وللفقهاء المذاهب أقوال في هذه المسألة :

الأول : مذهب الأحناف : يرى الحنفية أن إخراج الشيء المسروق من حوزة ومن حيازة المجنى عليه ، لا يستتبعه حتماً دخوله في حيازة الجاني ، ومثال ذلك أن يأخذ السارق متاعاً ويلقي به إلى خارج المنزل ثم يخرج ليأخذه ، فيجد أن غيره قد عثر عليه وأخذه ، أو أن يسرق اللص دابة حتى يخرجها من الزريبة ، فإذا خرجت تلقاها لص آخر فأخذها .

ويرى أبو حنيفة أن المسروق لم يدخل في حيازة السارق ؛ لأنه بعد الإخراج من الحوزة وزوال يد المالك عن الشيء المسروق عثر عليه لص آخر فأخذه ، فاعترضت يده يد اللص الأول الذي أخرج المسروق ، فلم يدخل في حيازته وإنما دخل في حيازة اللص الثاني ، ويرتب أبو حنيفة على نظرية اليد المعترضة عدم قطع يد السارق ولو أنه أخرج المسروق من الحوزة ، فتكون العقوبة تعزيرية⁽¹⁾ .

إذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحوزة ثم ضبط قبل أن يخرج ليأخذه فلا يعتبر أن المسروق دخل في حيازته ؛ لأنّ يده لم تكن ثابتة عليه وقت إخراجه ولو بقي الشيء في خارج الحوزة لم يأخذه أحد حتى ضبط السارق⁽²⁾ أما إذا رمى بالشيء خارج الحوزة ثم خرج فأخذه فعليه القطع ، لكن زفر يرى عدم القطع في هذه الحالة ، ودليله في ذلك أن الرمي لا يعتبر إخراجاً ، والأخذ من الخارج ليس أخذاً من الحوزة .

ورُدّ عليه بأنّ المال بإلقائه في الخارج أصبح في حكم يد السارق وإن كانت يده غير

(1) فتح القدير ، ج 4 ، ص 241 .

(2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 65 .

ثابتة عليه فإذا خرج فأخذه فقد ثبتت يده عليه وأنّ الرمي ليس إلاّ الأخذ من حوز⁽¹⁾ .

ثانياً : رأي الجمهور : ويرى مالك والشافعي وأحمد أنّ المسروق يدخل في حيازة السارق حكماً بمجرد خروجه من حيازة الجني عليه ولو لم يضع السارق يده عليه وضعاً مادياً ، وبهذا اليد المعترضة لا تحتاز المسروق إلاّ بعد دخوله في حيازة السارق حكماً⁽²⁾ .

والذي يظهر لي - والله أعلم - أنّ ما ذهب إليه أبو حنيفة هو الصواب في عدم القطع إذا اعترضت يد لص آخر السارق الأوّل ؛ لأنّ الشّيء المسروق لم يدخل في حيازة السارق الأوّل حقيقة ولم ينتفع بالمال المسروق ؛ بل تشدّد عليه العقوبة التعزيرية ؛ لأنّ الركن الذي اختل وحال دون تطبيق العقوبة الأصلية على السارق قد توقّرت فيه أغلب الشّروط ، كالإخراج من الحوز ومن حيازة الجني عليه ، وفي ذلك عصمة للمال وليد السارق مرّة واحدة ، وزجراً وتنكيلاً للسارق ، وبهذا لم يفلت من العقاب كليّة .

(الفقرة الثّانية : أثر اليد المعترضة في جريمة السرقة قانوناً : إذا سرق السارق المال المنقول وأخرجه من حيازة الجني عليه ، لكنّه عجز عن إدخاله في حيازته الفعلية بسبب أنّ يداً أخرى اعترضته ، فهل يعتبر سارقاً في نظر قانون العقوبات الجزائري؟

إنّ قانون العقوبات الجزائري لم يتعرّض إطلاقاً لحكم اليد المعترضة في جريمة السرقة ، كما أنّ شرّاح القانون لم يتطرّقوا لذلك ، لكنّهم بيّنوا ووضّحوا وشرحوا أركان جريمة السرقة ، وشروط هذه الأركان ، ومن خلالها يمكن التمييز بين الفعل الإجرامي الذي استوفى جميع أركان وشروط جريمة السرقة حتّى يمكن عدّه سرقة ، والفعل الذي لم يستوفِ جميع أركان وشروط جريمة السرقة ، رغم أنّ الفاعل كان عازماً على استيفائها لولا العارض الذي اعترضه وحال دون ذلك ، حتّى يمكن عدّه شروعاً في جريمة السرقة .

فشرّاح قانون العقوبات الجزائري تعرّضوا لتوضيح ركن الاختلاس ، وأثناء ذلك بيّنوا أنّ الاختلاس لا يتحقّق حتّى يخرج الجاني الشّيء المسروق من حيازة الجني عليه ويدخله في حيازته الشخصية حيازة مادية ، طبعاً بغير علم ورضا الجني عليه ، فإذا أعدم الجاني الشّيء في

(1) المصدر السابق ، الصّفحة نفسها .

(2) المهذّب ، ج 2 ، ص 279 / مواهب الجليل ، ج 8 ، ص 418 / المغني ، ج 10 ، ص 256 / المدوّنة ، ج 6 ، ص 2858 .

مكانه خرج الفعل عن معنى الاختلاس إلى الإلتلاف ⁽¹⁾ .

ويستنتج من هذا أنه إذا عجز السارق عن إدخال المسروق في حيازته ففعل السرقة لن يقوم، فإذا أخرج الجاني الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه ولم يدخله في حيازته ، بحيث اعترضته يداً أخرى واستولت عليه ، يكون الفعل شروعاً في جريمة السرقة ؛ لأنّ السارق لم يتوصّل إلى حيازة المسروق وجعله في مكان خاصّ ، فمثله مثل الذي جمع المتاع ثمّ ضبط ، وهذه المسألة تقودنا إلى توضيح موضوع السرقة التامة والشروع فيها .

فالسّرقة جريمة وقتية تقع بمجرد وقوع فعل الاختلاس مع نية التملك ، حيث يحسب بعده المدة المسقطه للدعوى من تلك اللحظة التي وقع فيها الاختلاس ، حتّى ولو ظلّ السارق محتفظاً بالمال المسروق لمدة سنين طويلة بعدها ، أو نقله أو تصرف فيه ، وقد اختلف الفقهاء في تحديد لحظة تمام جريمة السرقة ، ويمكن ردّ آرائهم إلى اتجاهين ⁽²⁾ :

الأول : السرقة لا تتمّ إلاّ بخروج السارق من مكان السرقة ، وجعل المال في المكان المعدّ له . أمّا قبل ذلك فالواقعة تكون شروعاً .

الثاني : السرقة تتمّ بمجرد إخراج المال المسروق من حيازة صاحبه إلى حيازة الجاني وسيطرته ، حتّى قبل جعله في المكان المعدّ له . وذلك أنّ هذا الرأى ربط فعل الاختلاس بنظرية الحيازة ، وهذا رأي معظم الشراح ، وبناء عليه تتمّ جريمة السرقة بمجرد إخراج المال من حيازة المجنى عليه وإدخاله في حيازة الجاني ، مثل السارق الذي ينشل محفظة نقود لشخص ما ويضعها في جيبه تتمّ الجريمة منذ هذه اللحظة ، وفي مقابل ذلك الخادم الذي يضع شيئاً ما في أحد غرف منزل سيّده تمهيداً لسرقتها عندما يحين وقت انصرافه ؛ فإنّ ذلك يعدّ شروعاً ⁽³⁾ .

ومثله من يدخل منزلاً فيلقي بالشيء المراد سرقة إلى الخارج ، ثمّ إذا خرج استولى عليه وأدخله في حيازته ، فقبل أن يخرج للاستيلاء على الشيء الملقى به يعتبر شروعاً ، وإذا خرج فوجد أنّ آخر قد استولى عليه ، يبقى في حكمه السابق بدهاءة ؛ لأنّه لم يستولي عليه حتّى

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - محمد صبحي نجم ، ص 117 / جريمة السرقة ، ص 9 .

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - ص 223 .

(3) المرجع نفسه ، ص 222 - 223 .

يدخله في حيازته الشخصية ، لاعتراض يداً أخرى للشيء المسروق ، وهذا ما يسمّى بنظرية اليد المعترضة في التشريع الجنائي الإسلامي .

وبناء عليه يكون أثر اليد المعترضة في جريمة السرقة قانوناً ، أن جعلتها شروعاً في الجريمة لا جريمة تامة ، هذا أخذاً بالرأي الثاني ، أما بموجب الرأي الأول الذي اشترط إيداع المال في المكان المعدّ له ؛ فاعتبار الفعل شروعاً يتقوى أكثر .

ومهما كان الأمر فإن عقوبة الفاعل هنا هي عقوبة جريمة السرقة التامة ، فالأمر يختلف في قانون العقوبات الجزائري عن باقي القوانين الوضعيّة الأخرى .

إذ لا أهمية للتفرقة بين السرقة التامة والشروع فيها في قانون العقوبات الجزائري ؛ لأنّ عقاب الشروع هو عقاب الجريمة التامة ، إلّا أنّ أهمية التفرقة تبدو من حيث العدول الاختياري ؛ فالمتهم يستطيع أن يفلت من العقاب إذا عدل عدولاً اختيارياً قبل إتمام الجريمة لا بعد ذلك ...؛ فإذا تمت الجريمة فلا أثر للعدول ، وإنّما تعتبر الجريمة قائمة ⁽¹⁾ .

(1) المرجع السابق ، ص 223 .

المبحث الثالث

التعزير في جريمة السرقة عند تخلف ركن المالية

تكميد :

بما أن السرقة لا تتم إلا بأركانها ، والسارق لا يقطع إلا بتوفر هذه الأركان ، ومن هذه الأركان ركن المالية ، فإنه يجب أن يكون الشيء المسروق مالاً ؛ إذ لا محل للسرقة في الوقت الحاضر للعبيد والإماء بعكس ما كان عليه الأمر قبل إبطال الرق ، حيث كان العبيد والإماء في الشريعة الإسلامية محلاً للسرقة باعتبارهم مالاً من وجه يمكن التصرف فيه ككل مال .

هذا وركن المالية قد لا يتوفر بسبب اختلال شروطه التي سبق بيانها ؛ فإذا كان المال المسروق غير قابل للتقل ، أو كان المال غير متقوم شرعاً ، أو كان غير محرراً ، أو لم يبلغ التصاب ؛ فإن ركن المالية لن يتحقق .

وبناء عليه هل يعتبر المال التافه ، والذي يتسارع إليه الفساد ، وغير المحترم شرعاً محلاً للسرقة ؟ وبالإضافة إلى هذا هناك مسائل كثيرة تختل فيها الشروط السابقة الذكر فيختل الركن ، سوف يتم بيانها في هذا المبحث أيضاً إن شاء الله تعالى ومن خلال المطالب الأربعة الآتية . ذلك بالموازاة مع بيان نظرة قانون العقوبات الجزائي لها وحكمه عليها إن توفرت المادة العلمية القانونية طبعاً .

المطلب الأول

سرقة المال التافه وما لا يقبل الادّخار

اشترط في المال المسروق في التشريع الجنائي الإسلامي أن يكون مالاً متقوماً ، وكذا كونه لا يتسارع إليه الفساد ويحتمل الادّخار عند أبو حنيفة ، واشترط فيه في قانون العقوبات الجزائي أن يكون متقوماً - أي ذو قيمة في نظر القانون وعند مالكة - وبناء عليه ما حكم سرقة المال التافه ، والمال الذي يتسارع إليه الفساد ولا يحتمل الادّخار ؟ سأتناول كل مسألة في فقرة خاصة ، وذلك من التاحية الشرعية فقط ، أما حكم القانون في ذلك فهو كلام عام سأختتم به الفقرتين دون أن أفرده بفقرة خاصة لعدم وجود ما يقال في ذلك .

الفرع الأول

حكم سرقة المال التافه

سأتعرض في هذا الفرع إلى حكم سرقة المال التافه في التشريع الجنائي الإسلامي ، وذلك

بالتعرّض للخلاف الجار بين الفقهاء في هذه المسألة ، وكذا التعرّض لما يتفرّع عن هذه المسألة من مسائل ؛ وذلك في الفقرتين الآتيتين :

الفقرة الأولى : الخلاف في حكم سرقة المال التّافه : اختلفت عبارة فقهاء الشريعة في حكم سرقة المال التّافه ، فهناك من جعل للتّفاهة أثراً في إقامة الحدّ على السّارق ، وهناك من رأى القطع حتّى ولو كان المال تافهاً طالما يمكن تملكه وأخذ العوض عنه ، والخلاف في هذه المسألة جارٍ بين الحنفية والجمهور :

أولاً : مذهب أبي حنيفة : يعتبر أبو حنيفة المال المسروق إذا كان ممّا لا يتموّله الناس تافهاً وحقيراً ؛ إذ لا عزّة له عندهم .

جاء في البدائع : " وهو أن يكون - أي المال - ممّا يتموّله الناس ويعدّونه مالاً لأنّ ذلك يشعر بعزّته وخطره عندهم ، وما لا يتمولّونه فهو تافه حقير وقد روي عن سيّدتنا عائشة رضي الله عنها أنّها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشّيء التّافه ⁽¹⁾ وهذا منها بيان شرع متقرّر ، ولأنّ التّفاهة تخلّ في الحوز لأنّ التّافه لا يحوز عادة أو لا يحوز إحراز الخطر " ⁽²⁾ .

فيجعل أبو حنيفة التّفاهة شبهة في المال تدرأ الحدّ عن سارقه ، وتوجب التعزير بدلاً من القطع ، ويترتب على رأيه هذا :

- أن لا قطع في الثّبن والحشيش والقصب والخطب وأشباهها ؛ لأنّ الناس لا يتمولّون هذه الأشياء عادة ، ولا يضنّون بها لعدم عزّتها وقلة خطرها ، ويعدّون الضنّ بها من باب الخساسة .

- لا قطع في سرقة التّراب والطّين والجصّ واللّبن والفخار والآجر والزّجاج وما شابهها ، لتفاهتها كالعاج والقرون ⁽³⁾ .

ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشّيء التّافه من الشّيء غير التّافه ، على أنّه يسلم بأنّ الشّيء التّافه قد يصبح بالصّناعة ذا قيمة ، كالقصب يصنع منه التّشاب

(1) سبق تخريجه في ص 128 .

(2) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 67 .

(3) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 67 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 226 .

وكذا العاج المعمول إذا كان من عظم الجمل ، وكذا القرون المعمولة على قول أبي يوسف إذا كانت لغير الميتة ؛ فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجباً في سرقته⁽¹⁾ .

لكن أبا يوسف من فقهاء مذهب أبي حنيفة يرى القطع في كل مال محرز تبلغ قيمته نصاباً ، إلا التراب والسرّجين (2) ، وفي رواية أخرى عنه إلا في الماء والتراب والطّين والحصى والمعازف ؛ لأنّ السّارق يسرق مالاً متقوّماً من حرز لا شبهة فيه ، ودليل المالية والتقوّم هو :
1/ جواز بيع المال وشرائه .

2/ وجوب ضمان القيمة على غاصب المال .

فكلّ ما جاز بيعه وشراؤه ووجب على غاصبه ضمانه ، فهو مال متقوّم يقطع فيه إذا سرق من حرزه⁽³⁾ .

أولاً : رأي الجمهور : لا يرى فقهاء المذاهب الأخرى رأي أبي حنيفة في أنّ التّفاهة تمنع من القطع ، والقاعدة عندهم أنّ كلّ ما يمكن تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه يجب القطع في سرقته⁽⁴⁾ ، ولكنهم اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة :

فمالك يرى القطع في كلّ مال أياً كان ولو كان محقّراً في نظر الناس ، كالماء والخطب ونحو ذلك ممّا أصله مباح للناس ؛ لأنّه متموّل يجوز تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه ، ويستوي بعد ذلك أن يكون مباحاً للناس أو غير مباح مادام المجنى عليه قد حازه في حوزة الخاص ، كما يستوي أن يكون معروضاً للفساد أو غير معروض⁽⁵⁾ .

أما الشافعي فمذهبه لا يكاد يختلف شيئاً عن مذهب مالك ؛ إذ يرى القطع في كلّ مال ولو كان محقّراً كالخطب والحشيش والتراب ، ومباح الأصل كالصيد ومال المعدن ، أو معروضاً للتلف⁽⁶⁾ .

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 68 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 232 .

(2) السرّجين : الزّبل أو الرّوث كلمة أعجميّة وأصلها سرّكين ، فعربت إلى الجيم والقاف ، فيقال سرّقين أيضاً (المصباح المنير ، كتاب السين ، ج 1 ، ص 273)

(3) فتح القدير ، ج 4 ، ص 227 .

(4) بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 441 .

(5) الزّرقاني ، ج 8 ، ص 95 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 549)

(6) روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 336 .

والقاعدة عند أحمد أن القطع واجب في كل مال بغض النظر عما إذا كان تافهاً ، أو مباح الأصل ، أو معرضاً للتلف ، ولكتهم يستثنون من هذه القاعدة الماء ، والكأ ، والملح ، والتلج ، والتراب ، والسرجين ، والمصحف ، والثمر ، والكثر ، والحرم ، وأدوات اللهو⁽¹⁾ .

(الفقرة الثانية : ما يتفرع عن المسألة السابقة : ويتفرع عن المسألة السابقة حكم سرقة ما كان في ماله قصور ، وكذا حكم سرقة الطير والصيد ، وسأعرض لتوضيح المسألتين فيما يلي :

(أولاً : حكم سرقة ما كان في ماله قصور : بما أن المال المسروق من شروطه أن يكون مالاً متقوماً بصفة مطلقة ، فإنه إن كانت قيمته نسبية أو في ماله قصور لا قطع في سرقة بل فيه التعزير ، إلا أنه هناك خلاف طفيف بين الفقهاء في المسألة ، أو تفصيل خفيف في بعض الجزئيات .

1/ مذهب الأحناف : لا قطع عند أبي حنيفة في سرقة الخمر ولحم الخنزير ؛ لأنه لا قيمة لهما عند المسلم ، ولكن لهما قيمة عند غير المسلم ، ومن ثم كانت قيمتهما نسبية لا مطلقة ، وهذا النقص في القيمة هو الذي منع من القطع لأنه شبهة ، ووجه الشبهة عدم المالية أو عدم التقويم والحدود تدراً بالشبهات ، ويستوي أن يكون صاحب المال مسلماً أو غير مسلم ، وأن يكون السارق مسلماً أو غير مسلم ؛ لأن العبرة ليست بالمالك أو السارق ، بل العبرة بتقويم المال أو عدم تقويمه⁽²⁾ كما أنه لا قطع عند أبي حنيفة في سرقة ميتة أو جلدها ؛ لأنها لا تعتبر مالاً ، ولا في سرقة كلب لاختلاف العلماء في ماله ، ولا في أدوات الملاحية .

جاء في البدائع : ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد ولا في سرقة الملاحية من الطبل والدّف والمزمار ونحوها ؛ لأن هذه الأشياء مما لا يتملّ أو في ماله قصور ، ألا ترى أنه لا ضمان على كاسر الملاحية عند أبي يوسف ومحمد⁽³⁾ ولا على قاتل الكلب والفهد عند بعض الفقهاء⁽⁴⁾ .

(1) الكافي ، ج 4 ، ص 89 / المغني ، ج 10 ، 242 - 243 .

(2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 - 70 / المبسوط ، ج 9 ، ص 154 .

(3) هو محمد بن الحسن بن فرقد ، من موالى بني شيان ، أبو عبد الله ، هو من نشر علم أبي حنيفة ، أصله من قرية حرسنة بدمشق ، بواسط ، ولد سنة 131هـ ونشأ بالكوفة فسمع من أبي حنيفة وغلب عليه مذهبه وعرف به ، ولي القضاء في عهد الرشيد ثم عزل ، كان فصيحاً ، توفي سنة 189 هـ ، من مؤلفاته : الجامع الكبير والصغير - المبسوط في فروع الفقه - كتاب المناسك ، وغيرها (انظر ترجمته في : البداية والنهاية لابن الأثير ، 202/10 - لسان الميزان ، 5 / 121 - الأعلام للزركلي ، 6 / 309) .

(4) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 68 / المبسوط ، ج 9 ، ص 154 .

كما جاء فيه أيضاً : " وكذلك سرقة البربط ⁽¹⁾ والطبل و المرمار وجميع آلات الملاهي ؛ لأنّ أخذها يتأوّل أنّه يأخذها لمنع المالك عن المعصية ونهيهِ عن المنكر وذلك مأمور به شرعاً ، وكذلك سرقة شطرنج ذهب أو فضة لما قلنا ، وكذلك سرقة صليب أو صنم من فضة من حوز لأنّه يتأوّل أنّه أخذه للكسر ، أمّا الدراهم التي عليها التماثيل فيقطع فيها لأنّها لا تعبد عادة ، فلا تأويل له في الأخذ للمنع من العبادة فيقطع " ⁽²⁾ .

2/ مذهب الحنابلة : يعبر الحنابلة عن هذه الأشياء بسرقة المحرم ، فلا قطع عندهم في سرقة المحرم كالخمر والخزير والميتة ونحوها ، سواء كان السارق مسلماً أو ذمياً ، وأمّا آلات اللّهُ كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع فيها وإن بلغت قيمتها بعد كسرها نصاباً ؛ لأنّها آلة للمعصية بالإجماع فتلحق بالخمر ، كما أنّ له حقاً في أخذها لكسرها فكان ذلك شبهة لمنع القطع ، فإن كانت عليها حلية تبلغ نصاباً فلا قطع فيها على رأي ، وفيها القطع على رأي آخر .

والقاعدة عندهم أنّ ما لا يقطع بسرقة من مال مسلم ، لا يقطع بسرقة من ذمي ؛ فالخمر والخزير والميتة والدّم حكمها واحد ، سواء سرقت من المسلم أو من الذمي الذي يعتقد ماليتها ؛ لأنّ الاعتبار بحكم الإسلام وهو يجري عليهم دون أحكامهم ، ويلحق بذلك آلات اللّهُ وإن بلغت مفصلة نصاباً .

وإن سرق صليماً من ذهب أو فضة يبلغ نصاباً متصلاً فلا قطع فيه على رأي وفيه القطع على رأي آخر ؛ لأنّ الذهب والفضة جوهراً غالب على الصنعة المحرّمة فكانت الصنعة فيها مغمورة بالنسبة إلى قيمة جوهريهما ، والمفروض أن تكون قيمة الصليب بعد كسرها نصاباً ، فإن كانت أقلّ من النصاب فلا خلاف في المذهب على عدم القطع وإن سرق آنية الذهب أو الفضة قيمتها نصاب بعد الكسر ففيها القطع ؛ لأنّه غير مجمع على تحريمه ، وقيّمته بدون الصنعة المختلف فيها نصاب وإن سرق إناء معداً لحمل الخمر فيه القطع لأنّ الإناء لا تحريم فيه فأشبه ما لو سرق سكيناً معداً لذبح الخنازير ، أو سيفاً يعدّه لقطع الطريق ⁽³⁾ .

3/ : مذهب الشافعية : لا يقطع الشافعي أيضاً في المال غير المحترم - أي غير المتقوم -

(1) البربط : العود . معرب بربط : أي صدر الإوز (ترتيب القاموس المحيط)

(2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 72 .

(3) المغني ، ج 10 ، ص 279 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 131 .

كالخمر والخنزير والكلب ولو مقتنى ، وجلد الميتة قبل دبغه لأنه ليس بمال ، بخلاف جلد دبغ ، وحمرة تحللت ولو بفعله في الحرز ، فإن بلغ إناء الخمر نصاباً ولم يقصد بإخراجه وإراقته وقد دخل بقصد سرقة قطع على الصحيح ؛ لأنه أخذه من حرزه بلا شبهة ⁽¹⁾ ، ويقطع الشافعي في آلات اللهو وآنية الذهب والفضة إذا بلغت قيمة المسروق نصاباً بعد كسره .

جاء في المذهب : " ولا يجب القطع بسرقة ما ليس بمال كالكلب والخنزير والخمر والسرجين ، سواء سرقة من مسلم أو من ذمي ؛ لأن القطع جعل لصيانة الأموال ، وهذه الأشياء ليست بمال ... وإن سرق صنماً أو بربطاً أو مزماراً فإن كان إذا فصل لم يصلح لغير معصية لم يقطع ؛ لأنه لا قيمة لما فيه من التأليف ، وإن كان إذا فصل يصلح لمنفعة مباحة ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها أنه يقطع لأنه مال يقوم على متلفة ، والثاني أنه لا يقطع لأنه آلة معصية فلم يقطع بسرقة كالخمر ، والثالث ... أنه إن أخرجه مفصلاً قطع لزوال المعصية وإن أخرجه غير مفصل لم يقطع لبقاء المعصية ، وإن سرق أواني الذهب والفضة قطع لأنها تتخذ للزينة لا للمعصية " ⁽²⁾ .

4/ مذهب المالكية : لا قطع عند الملكية في المال غير المحترم كالخمر ولحم الخنزير ، ولو سرقها ذمي مهما بلغت قيمتها ، وكذا أدوات الملاهي فلا قطع فيها إلا إذا بلغت قيمتها نصاباً بعد كسرها ⁽³⁾ ، لكن مالك يرى القطع في جلد الميتة ، سواء كانت الميتة مما يؤكل أو لا يؤكل ، ولكن بعد الدبغ ، ويشترط أن يزيد الدبغ في قيمة الجلد نصاباً وإلا فلا قطع ⁽⁴⁾ ، ولا قطع عنده في سرقة الكلب معلماً كان أو غير معلّم مهما بلغت قيمته ؛ حرمة ثمنه ⁽⁵⁾ .

وعلى الرغم من أن كلمة الفقهاء تكاد تجتمع على عدم قطع سارق الخمر مطلقاً ، إلا أن هناك من قال بوجوب القطع إذا سرقت من ذمي ، فقد حكى عن عطاء أن سارق خمر الذمي يقطع ، وإن كان مسلماً - أي السارق - لأنه مال لهم أشبه ما لو سرق دراهم ⁽⁶⁾ إلا أنه قياس مع الفارق ؛ لأن دراهمهم يجوز للمسلم استعمالها والانتفاع بها من كل وجه في جميع العصور ، بخلاف الخمر فسارقها تحميه شبهة الإراقة والإتلاف بخلاف الدراهم .

(1) نهاية المحتاج ، ج 10 ، ص 279 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 332 .

(2) المذهب ، ج 2 ، ص 280 - 280 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 442 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 338 .

(3) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 97 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 550) .

(4) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 95 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 549) .

(5) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 105 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 550) .

(6) المغني ، ج 12 ، ص 457 (الطبعة 5) .

لكن بما أنّ الخمر ذات قيمة نسيئة بالنسبة لصاحبها ، فعلى سارقها التعزير إذا كان المسروق منه ذمياً ، أمّا إذا كان المسروق منه مسلماً فاسقاً فلا تعزير على السارق ، والله أعلم .

أمّا بالنسبة لأواني الذهب والفضة فجوهرها ثمين واستعمالها للزينة لا للمعصية ؛ ففيها القطع بعد كسرها إذا بلغت التّصاب لأنّ السّارق قصد الانتفاع بها . أمّا آلات اللّهُو إذا قصد الجاني الانتفاع بأجزائها بعد كسرها وبلغت التّصاب ففيها القطع ، أمّا إذا لم يقصد ابتداءً الانتفاع بأجزائها فلا قطع لشبهة الإتلاف وإنكار المنكر وقد شرّع له ذلك والله أعلم ، هذا من باب درأ الحدّ عنه ، أمّا مسألة تغيير المنكر عن طريق السرقة ؛ فهي مسألة تتعلّق بموضوع الأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر ، وله شروطه وضوابطه ؛ فالسرقة لتغير المنكر لها أثر في درأ الحدّ عن السّارق ، أمّا تغيير المنكر بالسرقة ، فهي مسألة لا مجال لبحثها هنا .

ثانياً : حكم سرقة الصيد والطّير : اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في حكم سرقة الصيد والطّير ، فكلّ مذهب خرج مخرجه الخاص في ذلك كما يلي :

1/ **عند الأحناف :** يلحق أبو حنيفة المباح بالتّافه فلا قطع على سارقه ، حيث جاء في البدائع : " قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : أنّ كلّ ما يوجد أصله تافهاً مباحاً في دار الإسلام فلا قطع فيه ؛ لأنّ كلّ ما كان كذلك فلا عزة له ولا خطر ، فلا يتموّله النّاس فكان تافهاً " (1) .

ومن ثمّ فلا قطع في سرقة طير ولا صيد وحشياً كان أو غيره ولا فيما علم من الجوارح كالبازي والصّقر لأنّ الطّيور والوحوش مباحة الأصل ولا يتمّ إحرازها في النّاس عادة ولأنّها تأتي عن طريق الاصطياد وهو مباح هذا من جهة ، ومن جهة أخرى احتجّ الأحناف بقول الرّسول ﷺ " الصّيد لمن أخذه " (2) وهذا يورث شبهة ، والقطع يندري بالشبهة ، كما أنّه روي عن سيّدنا عثمان رضي الله عنه " أنّه قال " لا قطع في الطّير " (3) ، ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك ، فكان إجماعاً (4) .

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 68 / السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 154 .

(2) الزيلعي ، نصب الرّاية في تخريج أحاديث الهداية ، ج 6 ، ص 265

(3) رواه ابن أبي شيبة في مصنّفه ، كتاب الحدود ، في الرّجل يسرق الطّير أو البازي ما عليه ، ج 6 ، ص 529 .

(4) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 68 / السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 154 / ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 4 ، ص

2/ **عند المالكية** : يرى مالك القطع في سرقة الجوارح طيوراً أو سباعاً إذا بلغت قيمة أحدها التّصاب ، ولو كانت لا تبلغ هذه القيمة إلا لتعليمها الصّيد ؛ لأنّ تعليم الصّيد منفعة شرعية فإذا لم تكن معلّمة فالقطع إذا بلغت قيمة لحم الطّير وريشه التّصاب .

ولا يرى مالك القطع في الطّيور المحبّبة كالبلبل والبيغاء وأشباههما ، إلا إذا كان لحمها وريشها يساوي نصاباً ، فإن كانت لا تساوي التّصاب إلا لإجابتها فلا قطع ؛ لأنّ الإجابة ليست منفعة شرعية⁽¹⁾ ، وقد سبق القول بأنّ مالك يرى القطع في كلّ مال ولو كان محقراً ومباح الأصل، فيلحق بذلك سرقة الصّيد إذا بلغ التّصاب .

3/ **عند الشافعية** : مذهب الشافعي لا يكاد يخالف مذهب مالك إذ يرى القطع في كلّ مال مباح الأصل ، إذا بلغ التّصاب ولو كان محقراً وبهذا وجوب قطع سارق الصّيد والطّير ، حيث جاء في روضة الطّالبيين : " فلا أثر لكون المسروق مباح الأصل ، كالخطب والحشيش والصّيد ومال المعدن ولا لكونه معروضاً للفساد ... ولو سرق عيناً فقطع " ⁽²⁾ .

4/ **عند الحنابلة** : لقد سبق القول بأنّ أحمد يرى القطع في كلّ مال ، سواء كان تافهاً أو مباح الأصل ، أو معروضاً للفساد باستثناء الماء والكلاء والملح ... الخ ، ومعنى هذا أنّ سارق الصّيد والطّير يقطع إذا بلغت هذه الأشياء التّصاب .

جاء في المغني بعد ذكر مالا قطع في سرقة : " وما عدا هذا من الأموال ففيه القطع ، سواء كان طعاماً ، أو ثياباً أو حيواناً أو أحجاراً أو قصباً أو صيداً ؛ لعموم قوله تعالى ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ... ﴾ المائدة / 38 ⁽³⁾ .

ملحوظة : نظراً لعدم وجود المادّة العلميّة القانونيّة المتعلّقة بقيمة المال المسروق ، وحكم تفاهته ، سأتعقّب هذا المطلب بالشّيء الضّئيل الذي وقفت عليه في هذه المسألة ، وبناءً عليه جاء في كتب شروح قانون العقوبات الجزائري وغيرها من الشّروحات ، عبارات تدلّ على اشتراط كون

(1) شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 95 _ 96 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 549) .

(2) روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 336 .

(3) المغني ، ج 10 ، ص 243 .

المال المسروق ذو قيمة في نظر القانون ومنها :

" يجب أن يكون محلّ السرقة مالاً منقولاً ، والمال هو كلّ شيء قابل للتملك الخاص ، وتكون له قيمة ... ويلزم أن يكون للشئ قيمة مادية كانت أو أدبية ، مهما كانت ضالة هذه القيمة ، فتفاهة الشئ المسروق لا تأثير لها مادام أنّ القانون اعتبره مالاً وشيئاً " (1) .

" ينبغي أن يكون محلّ السرقة مما يمكن تقويمه بمال ، أي أن يكون ذا قيمة مالية في نظر القانون " (2) .

" إذا تحقّق للشئ صفة المال ، وجب لكي يصلح محلاً للسرقة أن يكون له قيمة في نظر صاحبه ، سواء كانت قيمة مادية أو معنوية ، وحين يكون للشئ قيمة مادية لدى صاحبه ، فلا يلزم أن تبلغ هذه القيمة مبلغاً معيناً ؛ بل حتّى ولو كانت ضئيلة مادام المال ليس مجرداً من كلّ قيمة ، فتفاهة الشئ المسروق لا تأثير لها مادام هو في نظر القانون مالاً " (3) .

" المال المنقول هو كلّ ما له قيمة مالية يمكن تملكه وحيازته ونقله ، بصرف النظر عن ضالة قيمته مادام أنّه ليس مجرداً من كلّ قيمة " (4) .

إذن فتفاهة المال المسروق ، وضالة قيمته لا أثر لها في جريمة السرقة قانوناً ، طالما أنّ المال المسروق ليس مجرداً من كلّ قيمة ، ومادام هو في نظر القانون مالاً – أي قابل للتملك وأخذ العوض عنه – وبالتالي يتفق قانون العقوبات الجزائري مع رأي الجمهور في التشريع الجنائي الإسلامي على عدم تأثير تفاهة الشئ في جريمة السرقة شرعاً.

الفرع الثالث

حكم سرقة مالا يقبل الادّخار

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم سرقة ما لا يقبل الادّخار ، ويتسارع إليه الفساد بين موجب للقطع وغير موجب ، والخلاف في هذه المسألة جارٍ بين الحنفية والجمهور :

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم الخاص – محمد صبحي نجم ، ص 121 .

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم الخاص – ص 218 .

(3) جريمة السرقة ، ص 31 – 32 .

(4) جرائم السرقات في ضوء الفقه والقضاء ، ص 25 .

الفقرة الأولى : مذهب الأصناف : يرى أبو حنيفة أن لا قطع فيما لا يحتمل الادخار ، ويتسارع إليه الفساد ، ولا يبقى من سنة إلى سنة ، فلا قطع عنده في سرقة الطعام الرطب ، والبقول والفواكه الرطبة ، واللحم والخبز والرياحين وما أشبه ⁽¹⁾ ؛ لأن ما لا يحتمل الادخار يقل خطره عند الناس فيعتبر تافهاً. ولكن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة ويرى القطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد ؛ لأن السرقة وقعت على مال متقوم من حرز لا شبهة فيه ، ودليل المالية والتقوم هو جواز البيع والشراء في المال ، ووجوب ضمان القيمة على غاصبه ومتلفه ⁽²⁾ .

ويطبق أبو حنيفة هذا المبدأ تطبيقاً واسعاً فيرى :

1/ أن سرقة الثمار المعلقة في أشجارها أو نخيلها لا قطع فيها ولو كانت محرزة في حائط أو بحافظ ، لأن الثمر مادام في شجره يتسارع إليه الفساد ، فإذا قطع الثمر ووضع في جرن ثم سرق بعد ذلك ، فإن كان قد استحکم جفافه ففيه القطع ؛ لأنه صار قابلاً للادخار ولا يتسارع إليه الفساد بالجفاف ، وإن لم يكن قد استحکم جفافه فلا قطع فيه ؛ لأنه مما يتسارع إليه الفساد ولا يقبل الادخار بحالته الرأهنة ، ويدعم أبو حنيفة رأيه بقول الرسول ﷺ " لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا أواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع " ⁽³⁾ ⁽⁴⁾ .

2/ ويلحق بالثمر المعلق المحصولات الزراعية كالقمح والشعير والذرة ، فلا قطع فيها حتى يؤويها الجرين ويستحكم جفافها ، وهذا يتفق مع ما روي عن الرسول ﷺ أنه سئل عن الثمر المعلق فقال: " من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خفية فلا شيء عليه ، ومن أخرج بشيء منه فعليه غرامة مثله ، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع " ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾ .

3/ ويلحق أيضاً بما سبق الفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة إلى سنة ، فإن لم تكن تبقى من سنة إلى سنة فلا قطع فيها ؛ لأنها تعتبر مما لا يقبل الادخار ويتسارع إليه الفساد ⁽⁷⁾ .

(1) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 230 - 233 .

(2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 227 .

(3) سبق تخريجه في ص 129 .

(4) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 227 - 228 .

(5) سبق تخريجه في ص 10 .

(6) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 227 - 228 .

(7) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 69 .

4/ ولا يقطع أبو حنيفة في السمك طرياً كان أو مالحاً ، لأنّ الطّري يتسارع إليه الفساد والمالح مال تافه مباح الأصل ، ولا يقطع كذلك في اللبن لأنّه يتسارع إليه الفساد فكان تافهاً ، كما أنّه لا يقطع في اللحم الطّري والصّفيق لأنّه يتسارع إليه الفساد ، وكذا لا قطع في عصير العنب ونقيع الزّبيب ونبذ التّمرة ؛ لأنّه يتسارع إليه الفساد فكان تافهاً كاللبن⁽¹⁾ .

5/ سرقة المصحف والكتب : لا قطع عند أبي حنيفة في سرقة المصحف ، وكتب الأحاديث واللّغة والشّعْر ؛ لأنّها تدخّر للقراءة لا للتموّل ، ويقصد منها الوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدّين والدّنيا والعمل به ، وكذلك صحيفة الحديث وصحيفة العربية والشّعْر ، يقصد بها معرفة الأمثال والحكم لا التّموّل ، حتّى ولو كان على المصحف حلية تساوي نصاباً فلا قطع ؛ لأنّها اقترنت بما لا قطع فيه.

لكن أبا يوسف قال بالقطع إذا كان المصحف يساوي عشرة دراهم ؛ لأنّ الناس يدخّرونها ويعدّونها من نفائس الأموال ، أمّا دفاتر الحساب والدّفاتر البيضاء فلا خلاف في المذهب على أنّ فيها القطع إذا بلغت نصاباً ؛ لأنّ المقصود فيها الورق الأبيض ، وكذا لو سرق الجلد والأوراق قبل الكتابة فإنّه يقطع⁽²⁾ .

الفقرة الثّانية : مذهب الجمهور : لا يرى فقهاء المذاهب الثلاثة الأخرى رأي أبي حنيفة في عدم القطع فيما يتسارع إليه الفساد ولا يقبل الادخار ، بل يجب القطع عندهم في كلّ الأموال المتمولّة التي يجوز بيعها ، وأخذ العوض عنها ، سواء كانت طعاماً أم ثياباً ، أم أحجاراً أم زجاجاً أم ثمراً أم فاكهة ونحوها لعموم قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة / 38 ولأنّ هذا المال يتموّل عادة ويرغب فيه ، فيقطع سارقه إذا اجتمعت فيه شروط السرقة وقد سبق القول بأنّ الإمام أبا يوسف مع الجمهور في هذه المسألة⁽³⁾ .

وبناء على هذا :

1/ لا قطع عند جمهور الفقهاء في الثّمرة المعلق ، ولا في الزّرع قبل حصده ؛ لأنّه غير محرز،

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 69 / المبسوط ، ج 9 ، ص 154 .

(2) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 72 / المبسوط ، ج 9 ، ص 153 / المغني ، ج 10 ، ص 245 .

(3) بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 441 / بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 69 / نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 128 / شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 95 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 549) .

فإن أحرز وجب فيه القطع ، ويرجع في تحديد الحرز إلى ما يعرفه الناس حرزاً ، فما عرفوه حرزاً قطع بالسَّرقة منه ، وما لا يعرفونه حرزاً لم يقطع بالسَّرقة منه ؛ لأنَّ الشرع دلَّ على اعتبار الحرز ، وليس له حدّ مقرر في الشرع فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، ويجب القطع عند مالك على رأي إذا كدس الثمر أو الزرع أكوماً بعد حصده حتّى يصير كالشيء الواحد ، وكذا إذا كانت الثمار في بستان عليه حائط وله غلق فسرق منها وهي لا تزال معلقة في الشجر ، ومن قال بهذا يحتج بأن الثمار قد أصبحت في حرز ، ولا خلاف بين الفقهاء في أنّ الشجرة إذا كانت مثمرة في داخل الدار فالسَّرقة من ثمرها المعلق فيه القطع ⁽¹⁾ .

فالجمهور علّلوا حديث " لا قطع في ثمر ولا كثر " بالحرز ، لكن الأحناف علّلوا ذلك بأن الثمر لم يستحكم جفافه بعد ، فهو غير قابل للدّخار فيتسارع إليه الفساد ، ثمّ اتّخذوا ذلك قاعدة لهم وقاسوا عليها كلّ ما يتسارع إليه الفساد ، حتّى ولو كان ثميناً وذا قيمة عند الناس .

2/ سرقة المصحف : ذهب جمهور الفقهاء مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وابن المنذر وأبو الخطاب إلى وجوب قطع سارق المصحف ، باعتباره مالاً مملوكاً ويجوز بيعه ، ولعموم الآية في كلّ سارق ؛ ولأنّه متقومٌ تبلغ قيمته نصاباً ، وعلى هذا الأساس إذا بلغ المصحف نصاباً بسبب الحلية التي عليه فإنّ سارقه يقطع ، وخالف ذلك أبو بكر والقاضي من الحنابلة بحيث ذهبوا إلى عدم قطع سارق المصحف ، وهو مذهب أبي حنيفة كما سبق بيانه ؛ ذلك أنّ المقصود من سرقة المصحف ما فيه من كلام الله تعالى ، وهو لما لا يجوز أخذ العوض عنه ، وبناءً على هذا فإن كان المصحف محلياً بحلية تبلغ نصاباً ، ففيه وجهان : أحدهما يقطع وهو قول القاضي ؛ لأنّه سرق نصاباً يجب به القطع منفرداً ، فيجب به مع غيره ، كما لو كانت الحيلة منفصلة عنه ، والثاني : لا قطع فيها ، لأنّها تابعة لما لا قطع فيه أشبه ثياب الحر .

ولا خلاف بين فقهاء الجمهور في وجوب القطع في سرقة كتب الفقه والتفسير والحديث ، وسائر كتب العلوم الشرعية ، وكذا الشعر الذي يحلّ الانتفاع به ، وسائر الكتب المتقومة بالمباحة ؛ لأنّه يجوز بيعها ، وما لا يحلّ الانتفاع به ككتب البدع والشعر المحرّم ، فلا قطع فيه لأنّها محرّمة أشبهت المزامير ، وإذا بلغ الجلد والقرطاس نصاباً ففيه القطع عند الشافعية ⁽²⁾ .

(1) المهذّب ، ج 2 ، ص 278 / شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 100 _ 105 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 573 .

(2) المغني ، ج 10 ، ص 245 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 336 / الكافي ، ج 4 ، ص 90 / المدوّنة ، ج 6 ، ص 2865 .

والذي يظهر لي -والله أعلم- في مسألة سرقة المصحف ، أن ينظر إلى القصد الجنائي لدى السارق ؛ فإن كان قد سرق المصحف لأجل الانتفاع بما فيه من كلام الله تعالى ، فلا قطع عليه لأنّ في هذه الحالة يكون المقصود من سرقة المصحف ما فيه من كلام الله تعالى الذي لا يجوز أخذ العوض عنه .

أمّا إذا سرق المصحف لغرض آخر ، كأن يكون سرقة لأجل أن يبيعه ويسترزق بواسطته ، فإنّه يقطع إذا بلغ نصاباً خاصّة إذا كان محلياً بجملة ثمينه ، وقد انتشرت ظاهرة سرقة المصاحف من المساجد في الوقت الحالي لهذا الغرض - أي البيع والاسترزاق -

أمّا الكتب الأخرى النافعة ، سواء كانت دينية أو دنيوية ، فالقطع فيها ظاهر ، خاصة في وقتنا الحالي ؛ حيث ارتفعت أسعارها وقلّ من يستطيع اقتناؤها .

ملحوظة: أمّا قانون العقوبات الجزائري فإنّه يجرم من يسرق مالاّ يقبل الادّخار أو يتسارع إليه الفساد ، كالطعام والفواكه والبقول وغيرها ، وكذا الكتب المختلفة طالما أنّها مالاّ متقوماً في نظر القانون ، وفي نظر صاحبه ، وقابل للملك وأخذ العوض عنه ، وهذا بناءً على ما سبق ، وأكبر دليل على ذلك تجريم سرقة المحاصيل الزراعيّة على اختلاف أنواعها ودون استثناء ، التي يتسارع إليها الفساد والتي تقبل الادّخار ، إلّا أنّ قانون العقوبات الجزائري خفّف من عقوبات السرقة التي يكون محلّها غلال الأرض ⁽¹⁾ .

فقد جاء في المادة 361 منه " يعاقب بالحبس من 15 يوماً إلى سنتين ، وبغرامة من 500 دج إلى 1000 دج كلّ من سرق من الحقول محاصيل أو منتجات أخرى نافعة للأرض كانت قد قطعت منها ، حتّى ولو كانت قد وضعت في حزم أو أكوام أو شرع في ذلك..." ⁽²⁾ .

وكذا من أكل طعام غيره ، أو شرب شراب غيره يعدّ سارقاً في نظر القانون ؛ إذ بإمكان الجاني أن يستهلك الشّيء المسروق فوراً إذا كان من المأكولات أو المشروبات ⁽³⁾ ، أمّا سرقة الكتب وغيرها فتدخل في عموم تجريم من يسرق مالاّ منقولاً مملوكاً للغير.

(1) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - ص 234 .

(2) قانون العقوبات الجزائري ، ص 104 .

(3) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - محمد صبحي نجم ، ص 117 .

المطلب الثاني

مسائل متفرقة تتعلق بقيمة المال المسروق

هناك مسائل متفرقة تتعلق بقيمة المال المسروق وهي مشروطة طبعاً في ركن المالية ، وتتمثل في : نقص قيمة المسروق عن التّصاب بعد السرقة ، والاختلاف في تقويم المسروق ، وكذا العلم بقيمة المسروق ، هل هو شرط في إقامة الحد ؟ وأخيراً حكم سرقة ما لا قطع فيه متصلاً بما فيه القطع ، وسأتطرق لمناقشة هذه المسائل من النّاحية الشرعية فقط دون النّاحية القانونيّة لعدم وجود ما يذكر من هذه النّاحية ، وذلك في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

أثر نقص قيمة المسروق والاختلاف في تقويمه

أتناول في هذا الفرع المسألتين المتمثلتين في نقص قيمة المسروق عن التّصاب بعد السرقة ، وكذا حكم الاختلاف في تقويم المسروق ، فهل يؤخذ بأكثر تقويم أم بأقله ؟ الجواب عن هاتين المسألتين يتّضح من خلال الفقرتين الآتين :

الفقرة الأولى : أثر نقص قيمة المسروق عن التّصاب بعد السرقة : من شروط وجوب القطع في السرقة أن تكون العين المسروقة تبلغ في قيمتها نصاباً ، فإن أخرج من الحرز ما لا ينقص عن التّصاب فلا قطع عليه ، وإن كان ما أخرجه يبلغ التّصاب وجب عليه القطع طبعاً . إلا أنّه قد تطرأ على قيمة المسروق نقصان بعد الإخراج من الحرز ، وهذا النقصان قد يكون بسبب فعل الجاني ، كأن يأكل بعضه أو يتلفه أو يفسده ، وقد يكون سبب النقصان نزول السعر .

فإذا نقصت قيمة المسروق بهلاك بعضه في يد السارق بعد الخروج به من الحرز ، فالعبرة اتفاقاً بقيمة وقت السرقة ، أمّا إذا كان سبب النقصان نزول السعر فالخلاف وارد بين جمهور الفقهاء والأحناف ؟ هل لذلك أثر في إقامة الحد أم لا ؟ ثمّ اختلف القائلون بأثر النقصان في هذه الحالة ، هل تعتبر القيمة وقت الحكم ، أم وقت الإخراج من الحرز ؟

أولاً : **مذهب الجمهور :** لا أثر لنقص قيمة المسروق عن التّصاب بعد السرقة عند جمهور الفقهاء؛ لأنّ شرط الوجوب قد تحقّق والحدّ قد وجب فلا يجوز تعطيله ، والعبرة بقيمة المسروق في كلّ الأحوال وقت السرقة - أي وقت إخراجهِ من الحِرز - لا قبل ذلك ، ولا بعده ، فإذا كان لا يساوي نصاباً وقت الإخراج فلا قطع ، ولو كان سبب النّقص فعل الجاني ، ولا عبرة في الرّخص والغلاء الطّارئين بعد إخراج المسروق من الحِرز ، وتغيّر القيمة في مكان السرقة لا في مكان آخر⁽¹⁾ .

فلو قوّمت سرقة في اليوم الذي سرقها فيه بربع دينار ، فحبس لتصحّ عليه البيّنة فرخصت حتّى صارت لا تساوي ربع دينار قطع ؛ لأنّ القيمة يوم سرق ، ولا يلتفت إلى ما بعد سرقة من غلاء السلعة ورخصها ، وما سرق من طعام رطب أو يابس ، أو خشب أو غيره ممّا يجوزهُ التّاس في ملكهم بسوى ربع دينار قطع⁽²⁾ .

ويستدلّ الجمهور على وجوب القطع في هذه الصّورة بالعموم في قوله تعالى: " **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا** " المائدة / 38 . فهذا سارق سرق ما يوجب القطع فوجب عليه الحدّ المشروع ، وحصول النّقص في قيمة العين لا يسقط الحدّ ، كما لو حصل النّقص في عين المسروق باستعماله وإتلافه أو إتلاف شيء منه دون فرق ، وقول الحنفية أنّه يلزم استدامة بقاء التّصاب إلى القطع لا يصحّ ؛ فإنّ التّصاب شرط للوجوب ، كما أنّ الحِرز شرط للوجوب ، ومع هذا لا تعتبر استدامته إلى القطع⁽³⁾ .

جاء في المهدّب : " ولأنّ ما حدث بعد وجوب الحدّ ولم يوجد شبهة في الوجوب فلم يؤثّر في الحدّ ، كما لو زنى وهو عبد فصار حراً قبل أن يحدّ ، أو زنى وهو بكر فصار ثيباً قبل أن يحدّ "⁽⁴⁾ .

ثانياً : **مذهب الأحناف :** قال الحنفية إنّ نقصت العين المسروقة عن التّصاب بعد القضاء وقبل الاستيفاء سقط القطع ، وهذا ما نصّ عليه صاحب بدائع الصّنائع : " ثمّ كمال التّصاب في قيمة

(1) شرح الزّرقاني ، ج 8 ، ص 94 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 585) / المهدّب ، ج 2 ، ص 282 / المغني ، ج 10 ، ص 273 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 132 .

(2) كتاب الأمّ ، ج 6 ، ص 147 .

(3) المغني ، ج 10 ، ص 273 - 274 .

(4) المهدّب ، ج 2 ، ص 282 .

المسروق هل يعتبر وقت السرقة لا غير ؟ أم وقت السرقة والقطع جميعاً ؟ وفائدة هذا تظهر فيما إذا كانت قيمة المسروق تبلغ نصاباً وقت السرقة ثم نقصت فهل يسقط القطع ؟ فجملة الكلام فيه أن نقصان المسروق لا يخلو : إما أن كان نقصان العين ، بأن دخل المسروق أو ذهب بعضه ، وإما أن كان نقصان السعر ؛ فإن كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف ؛ لأن نقصان عينه هلاك بعضه ، وهلاك الكل لا يسقط القطع فهلاك البعض أولى ، وإن كان نقصان السعر... ذكر الكرخي رحمه الله لا يقطع في ظاهر الرواية وتعتبر القيمة في الوقتين جميعاً ، وروى محمد رحمه الله أنه يقطع وهكذا ذكر الطحاوي⁽¹⁾ رحمه الله أنه تعتبر قيمته وقت الإخراج من الخرز ؛ وجه هذه الرواية أن نقصان السعر دون نقصان العين لأن ذلك لا يؤثر في الحل وهذا يؤثر فيه ، ثم نقصان العين لم يؤثر في إسقاط القطع فنقصان السعر أولى وجه ظاهر الرواية على ما ذكره الكرخي رحمه الله الفرق بين النقصانين ووجه الفرق بينهما؛ إن نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة لأن العين بحالها قائمة لم تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق أصلاً فيجعل النقصان الطارئ كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لأنه يوجب تغير العين إذ هو هلاك بعض وهو مضمون عليه في الجملة ... فلا يمكن تقدير وجوده وقت السرقة⁽²⁾ ، ثم ذكر مسألة أخرى تنبي على هذا الأصل فقال - "وكذا إذا سرق في بلد وأخذ في بلد آخر والقيمة فيه أنقص ، ذكر الكرخي رحمه الله أنه لا يقطع حتى تكون القيمة جميعاً في السعر عشرة دراهم"⁽³⁾ .

(1) هو الإمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الحجري المصري ، ولد بطحا بصعيد مصر عام 239 هـ ونسب إليها ، تلقى العلم عن خاله إسماعيل بن يحيى المزني ، أفقه أصحاب الشافعي ، ثم انتقل إلى مذهب الأحناف ، وانتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر ، كان محدثاً ثبناً ، وفقهاً مجتهداً ، من مؤلفاته : العقيدة الطحاوية _ شرح معاني الآثار _ مشكل الآثار _ أحكام القرآن (انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشيرازي 142 / لسان الميزان لابن حجر ، 1 / 274) .

(2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 79 .

(3) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها / الهداية مع شرح فتح القدير والعناية ، ج 5 ، ص 407 .

وقول الحنفية بسقوط حد القطع هنا مرتبط بقاعدتهم : أن الإمضاء في باب الحدود من القضاء فما يشترط للوجوب من شروط يلزم استمرار بقائها إلى حين التنفيذ وكان من أثر تطبيق هذه القاعدة عندهم انفرادهم عن غيرهم بالتوسع في إسقاط الحدود ⁽¹⁾ .

فإذا سقط الحد عن السارق في هذه الحالة أخذاً بما ذهب إليه الأحناف ؛ فإن السارق يعزّر بحسب ما يراه الحاكم زاجراً للسارق ، وليس معنى سقوط العقوبة أن يذهب الجاني سالماً غانماً .

إلا أن الذي أرتاح إليه هو قول الجمهور من الفقهاء ، وأوافق بذلك ما رجّحه صاحب كتاب " أسباب سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي " حيث قال : " وقول الجمهور - عندي - ظاهر الرّجحان ؛ إذ أن قاعدة الحنفية في استدامة الشروط - أي إلى يوم تطبيق الحد - لا دليل عليها ، وأكثرهم لا يقول بهذا إلا أنهم يستحسنون العمل بها في باب الحدود فقط احتيالاً للدّرع كما هو قولهم ، لكن الاحتيال للدّرع إذا لم يكن له في الشرع أصل ، انقلب إلى تعطيل الحدود وارتكاب لمعصية هي من الكبائر " ⁽²⁾ .

(الفقرة الثانية) : أثر الاختلاف في تقويم المسروق في جريمة السرقة : قد يختلف المختصون في تقويم المسروق ، فيقدره بعضهم بأقل من النّصاب ويقدره بعضهم بالنّصاب ، فهل يؤخذ بالتقويم الأكثر فيقام الحد على الجاني ، أم يؤخذ بالتقويم الأقل فيردى الحد عنه ؟

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة ؛ فمنهم من يأخذ بالتقويم الأقل ويدرأ الحد عن الجاني بدون أي شرط ، ومنهم من يأخذ بذلك إذا كان هناك شاهدان عدلان ، ومنهم من يشترط شروط أخرى ، هذا الذي يظهر من عبارة الفقهاء الآتية:

أولاً : مذهب الأحناف : يرى أبو حنيفة أنه إذا اختلف المختصمون في تقويم المسروق ، فقدّره بعضهم بأقل من النّصاب ، وقدره بعضهم بالنّصاب درئ القطع عن السارق ، وحجّته في ذلك فعل سيدنا عمر رضي الله عنه حين أمر بقطع يد السارق ثوب بلغت قيمته عشرة دراهم ، فمرّ به سيدنا عثمان رضي الله عنه فقال إن هذا لا يساوي إلا ثمانية ، فدرأ عمر رضي الله عنه القطع عن السارق ⁽³⁾ علماً بأنّ

(1) أسباب سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي ، ص 589 .

(2) المرجع نفسه ، الصّفحة نفسها .

(3) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 77 .

التّصاب قدّر عند الأحناف بعشرة دراهم خلافاً للجمهور ، ووجه الدّلالة من الأثر المذكور أنّ عمر قدّر المسروق بالتّصاب ، وعثمان قدّره بأقلّ من التّصاب ، وهذا اختلاف بينهما في تقويم المسروق ، ومع هذا فإنّ عمر أخذ بالتّقويم الأقلّ ودرء الحدّ عن السّارق.

ثانياً : مذهب الحنابلة : يتفق مذهب الإمام أحمد رحمه الله في هذه المسألة مع مذهب أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأنّه يرى في حالة تعارض البيّنات في القيمة أن يؤخذ بالقيمة الأقلّ ، ونظير هذه المسألة إذا وجدت العين المسروقة ناقصة عن التّصاب ، ولم يعلم هل كانت ناقصة حين السّرقه أو بعدها لم يقطع ؛ لعدم تحقّق شرط القطع ؛ ولحديث " أدّروا الحدود بالشّبّهات ما استطعتم " (1) ، ولأنّ الوجوب لا يثبت مع الشكّ في شرطه ، ولأنّ الأصل عدمه ، ومثل هذا اختلاف الشّهود في زمن السّرقه ووصف المسروق... الخ (2) .

ثالثاً : مذهب الشافعية : يرى الشّافعي أنّ المسألة تختلف باختلاف الأساس الذي تقوم عليه شهادة المقومين الذين يقومون العين بالأكثر فإن قامت على أساس القطع أخذ بهذه الشهادة وإن قامت على أساس الظنّ أخذ بالتّقويم الأقلّ لتعارض البيّنات (3) .

جاء في نهاية المحتاج : " ولو اختلفت قيمة نقدين خالصين اعتبر أدناهما - أي القطع - لوجود الإسم - أي الرّبع - على أحد وجهين ، ويفترق بينه وبين ... فيما لو نقص التّصاب في الميزان وتمّ في آخر بأنّ الوزن أمر حسّي والتّقويم أمر اجتهادي واختلاف الحسّي أقوى فائز دون اختلاف الاجتهادي ، لكن الأوجه تقويمه بالأعلى درءاً للقطع وعليه فلا قطع ، ولا بدّ من قطع المقوم وإن كان مستند شهادة الظنّ ... " (4) .

رابعاً : مذهب المالكية : أمّا مالك فيرى أنّه إذا شهد عدلان بأنّ قيمة المسروق نصاباً أخذ بشهادتهما ، ولو عارضتها شهادات أخرى ، وعلة ذلك أنّ المبدأ عند مالك هو تقديم المثبت على القاضي (5) .

(1) سبق تخريجه في 161 .

(2) المغني ، ج 10 ، ص 274 - 286 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 132 .

(3) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 586 .

(4) نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 440 .

(5) المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 2878 .

الفرع الثاني

مدى اشتراط العلم بقيمة المسروق وبيان

حكم سرقة ما لا قطع فيه متصلاً بما فيه القطع

سأبين في هذا الفرع مسألة تتعلق بمدى اشتراط العلم بقيمة المسروق ، هل هي شرط لإقامة الحدّ على السّارق ، أم يكفي اعتبار قصد السرقة في ذلك ؟ كما أبين مسألة حكم سرقة ما لا قطع فيه إذا كان متصلاً بما فيه القطع ، فهل يعطى الاعتبار لما لا قطع فيه فيدراً الحدّ عن السّارق ، أم يعطى الاعتبار لقصد الجاني مطلقاً ؟ نتعرّف على حكم هاتين المسألتين من خلال الفقرتين الآتيتين

الفقرة الأولى : العلم بقيمة المسروق : اختلف فقهاء المذاهب في العلم بقيمة المسروق هل هي شرط لإقامة الحدّ على الجاني ، أم يكفي قصد السرقة ؟ وبعبارة أخرى هل سارق التّصاب ظناً منه أنّه سرق مادون التّصاب يقطع ؟ أم يدرى عنه القطع ؟

فالذي اشتراط العلم بقيمة المسروق درء الحدّ عن السّارق ، والذي لم يشترط ذلك يوجب إقامة الحدّ عليه ؛ هذا الذي سيتمّ بيانه من خلال عرض مذاهب الفقهاء.

أولاً : مذهب الشافعية : لا يشترط عند الشافعية العلم بقيمة المسروق ؛ بل يكفي عندهم أن يقصد الجاني السرقة ثم يسرق نصاباً ، فإذا قصد سرقة شيء تافه في اعتقاده ، فتبين أنّه غير تافه ويزيد على التّصاب قطع فيه ، والحكم نفسه إذا سرق ثوباً لا يساوي نصاباً فوجد في جيبه نقوداً تبلغ نصاباً ، وفي المقابل إذا قصد سرقة ما يزيد على التّصاب فوجده تافهاً لا يقطع ، كأن يقصد سرقة صندوق به نقود فوجده فارغاً والصندوق لا يساوي نصاباً⁽¹⁾ .

جاء في نهاية المحتاج " (ولو سرق دنانير ظنّها فلوساً) مثلاً (لا تساوي ربعاً قطع) لوجود سرقة الربع قصد السرقة ولا أثر للظن ، ولهذا لو سرق فلوساً لا تساوي ربعاً لم يقطع وإن ظنّها دنانير ، وكذا ما ظنّه له لأنّه لم يقصد أصل السرقة (وكذا ثوب رثّ في جيبه تمام ربع جهله في الأصح) وكونه هنا جهل جنس المسروق لا يؤثر لما تقرّر أنّه قصد أصل السرقة فلم يفترق الحال بين الجهل بالجنس هنا وبالصفة ، والثاني ينظر إلى جهله المذكور " (2) .

(1) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 086 .

(2) نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 441 .

ثانياً : **مذهب الأحناف** : ذهب الأحناف في هذه المسألة مذهبين ، الأول يوافق ما ذهب إليه الشافعية - أي عدم اشتراط العمل بقيمة المسروق - و الثاني يشترط العلم بقيمة المسروق في أغلب الأحوال وعدم اشتراطها والاعتماد على القصد الجنائي في بعض الحالات كمن سرق صندوقاً به مال كثير وهو جاهل بما فيه فإنه يقطع لأنه قصد بالسرقه المظروف لا الظرف ، ويستدل على القصد بالظروف والقرائن ⁽¹⁾ .

جاء في بدائع الصنائع "... ولو سرق عشرة دراهم من ثوب والثوب لا يساوي عشرة ينظر، إن كان ذلك الثوب يصلح وعاء للدراهم بأن تشد فيه الدراهم عادة بأن كانت خرقه ونحوها يقطع ؛ لأن المقصود بالأخذ هو ما فيه ، وإن كان لا يصلح بأن كان ثوب كرباس ؛ فإن كان يبلغ قيمة الثوب نصاباً بأن كان يساوي عشرة يقطع بلا خلاف ؛ لأن الثوب مقصود بنفسه بالسرقه ، وإن كان لا يبلغ نصاباً قال أبو حنيفة رحمه الله لا يقطع ، وذكر في الأصل أن اللص إن كان يعلم بالدراهم يقطع ، وإن كان لا يعلم لا يقطع ، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف وروى عنه أنه يقطع علم بها أو لم يعلم " ⁽²⁾ .

ثم يبين صاحب البدائع هل العلم بالمسروق شرط وجوب القسط أم لا : " إن العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب القسط بل اشترط أن يكون نصاباً وقد وجد (وجه) رواية الأصل أنه إذا كان يعلم بالدراهم كان مقصوده بالأخذ الدراهم وقد بلغت نصاباً فيقطع وإذا كان لا يعلم بها كان مقصوده الثوب وإن لم يبلغ التصاب فلا يقطع (وجه) الرواية الأخرى لأبي حنيفة عليه الرحمة أن مثل هذا الثوب إذا كان ثماً لا تشد به الدراهم عادة كان مقصوداً بنفسه بالسرقه وإن لم يبلغ نصاباً فلم يجب فيه القسط فكذا فيما فيه لأنه تابع له ولو سرق جوالقاً أو جراباً فيه مال كثير قطع لأن المقصود بالسرقه هو المظروف لا الظرف... وكذا إذا كان الثوب لا يساوي عشرة وفيه مال عظيم علم به اللص يقطع لأن الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء للسير ففيها صلح وعاء له يعتبر ما فيه لأن نعلم يقيناً أن مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر نفسه مقصود بالسرقه وما فيه تابعاً له ولا قطع في المقصود لنقصان التصاب فكذا في التابع لأن التابع حكمه حكم الأصل والله سبحانه وتعالى أعلم " ⁽³⁾ .

(1) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 587 .

(2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 80 .

(3) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

ثالثاً : مذهب الحنابلة : يستوجب أحمد رحمه الله للقطع العلم بقيمة المسروق ، فمن سرق منديلاً يحتوي على نقود بلغت التصاب يقطع إن علم بالتصاب ، وإن لم يعلم بذلك لا يقطع .

جاء في المغني : " ولو سرق منديلاً في طرفه دينار مشدود فعلم به ، فعليه القطع ، وإن لم يعلم به فلا قطع فيه ، لأنه لم يقصد سرقة ، فأشبهه ما لو تعلق بثوبه " (1) .

ثالثاً : مذهب المالكية : يرى مالك أن الجاني يؤخذ بقصد السرقة ، ولا عبرة بظنه أن قيمة المسروق تقل عن التصاب إلا إذا صدق العرف في هذا الظن ، فلو مدّ يده في جيب شخص فأخذ منه نقوداً وهو يظنها نحاسية قطع ؛ لأن العرف لم يجز على وضع النقود النحاسية وحدها في الجيب ؛ بل يوضع فيه كل أنواع النقود ، ولو سرق ثوباً وهو لا يساوي نصاباً فارغاً ولكن في جيبه نقود تبلغ نصاباً قطع ولو ظن أن الثوب فارغ ؛ لأن العرف جرى على وضع النقود في جيوب الثياب ، أما إذا سرق قطعة خشب فوجدتها مخوفة وفي داخلها نقوداً تبلغ نصاباً فلا قطع إذا لم تبلغ قيمة الخشب وحدها نصاباً ؛ إذ أنه كان يعتقد وقت السرقة أنه يسرق خشبة غير مخوفة وليس نقوداً (2) .

والذي اختاره هو ما ذهب إليه الإمام مالك ؛ لأنه نحي المنحى الوسط في هذه المسألة ، وذلك بتحكيمة العرف خاصة وأن للعرف أثر كبير في اعتبار الحرز ، وبهذا يكون قد سدّ جميع المنافذ أمام اللصوص المتحايلون وفي ذلك عصمة لأموال الناس ، في حين نجده قد أعطى الاعتبار لنية السارق وقصده الجنائي إذا كان المسروق محرزاً فيما لا يصلح عرفاً اتخاذه حرزاً ، وفي ذلك عصمة ليد السارق - والله أعلم -

(الفقرة الثانية : سرقة مالا قطع فيه متصلاً بما فيه قطع : إذا سرق سارق مالا قطع فيه وكان هذا المسروق متصلاً بما فيه القطع فهل يقطع السارق ويعطي الاعتبار لما فيه القطع ؟ أم ينظر إلى مالا قطع فيه ويعطي له الاعتبار ، فيصير ما فيه القطع لا قيمة له لاتصاله بما لا قطع فيه ، وبالتالي لا يقطع السارق ؟ أم ينظر إلى القصد الجنائي لدى السارق ويكون الحكم بالحدّ وعدمه على أساسه ، الخلاف في هذه المسألة جار بين جمهور الفقهاء والأحناف وبعض الحنابلة :

(1) المغني ، ج 10 ، ص 279 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 130 - 131 .

(2) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 95 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 587) .

أولاً : مذهب الجمهور: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وأبو يوسف من فقهاء الأحناف⁽¹⁾ إلى اعتبار قيمة ما فيه القطع دون مالا قطع فيه ، إذا سرق السارق مالا قطع فيه متصلاً بما فيه القطع ، فإذا بلغ ما فيه القطع التصاب وجب القطع على السارق دون النظر إلى القصد الجنائي لدى السارق عند البعض ، والاعتماد على القصد الجنائي عند البعض الآخر.

ف عند الشافعية : إن سرق إناء يساوي نصاباً فيه خمر ففيه وجهان : أحدهما أنه لا يقطع ؛ لأن ما فيه يجب إراقته لا يجوز إقراره فيه ، والثاني أنه يقطع ؛ لأن سقوط القطع فيما فيه لا يوجب سقوط القطع فيه ، كما لو سرق إناء فيه بول⁽²⁾ .

وجاء في نهاية المحتاج أنه ينظر إلى القصد الجنائي لدى السارق ، فإن لم يقصد بإخراجه إراقته وقد دخل بقصد سرقة قطع به⁽³⁾ ، لكن الصحيح في المذهب وجوب القطع ؛ لأنه أخذه من حوزة بلا شبهة ، ونفس الحكم بالنسبة لسرقة الحر الصغير وعليه حلي⁽⁴⁾ .

وعند المالكية : إذا سرق ما ليس فيه قطع حالة كونه متصلاً بما فيه القطع اعتبرت قيمة ما فيه القطع ، فإذا بلغ نصاباً قطع السارق ، كسرقة الخمر في إناء من الذهب فالخمر لا قطع فيها ، ولكن إناء الذهب فيه القطع إذا بلغت قيمته بدون الخمر نصاباً⁽⁵⁾ .

وعند الحنابلة : رأيان الرأي الذي يوافق رأي جمهور الفقهاء هو ما ذهب إليه أبو الخطاب من فقهاء الحنابلة .

جاء في المعنى : " إن سرق إناء فيه خمر يبلغ نصاباً ، فقال أبو الخطاب يقطع وهو مذهب الشافعي ، لأنه سرق نصاباً من حوز مثله لا شبهة له فيه "⁽⁶⁾ .

(1) فتح القدير ، ج 4 ، ص 229 - 231 / المبسوط ، ج 9 ، ص 153 - 161 / بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 79 .

(2) المهذب ، ج 2 ، ص 280 .

(3) نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 442 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 332 .

(4) المهذب ، ج 2 ، ص 281 .

(5) الزرقاني ، ج 8 ، ص 97 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 588) .

(6) المعنى ، ج 10 ، ص 279 .

ويرى أبو يوسف من فقهاء الأحناف رأي الجمهور فيقطع من سرق مصحفاً مفصّصاً ؛ لأنّ ما عليه من الفضة ليس من المصحف في شيء ، فهو كالمفصل يتعلّق القطع بسرقة ، ويرى كذلك القطع في سرقة آنية الخمر إذا كانت تساوي نصاباً ؛ لأنّ ما في الإناء إذا كان ثماً لا قطع فيه ألحق بالعدم فيعتبر أخذ الإناء على الأفراد ، والحكم نفسه في سرقة الصبي الحرّ إذا كان عليه حلّي كثير قيمته نصاباً كاملاً ؟ وذلك ؛ لأنّ أبا يوسف لا يشترط شرط الأحناف في كون المسروق الذي يقطع فيه في الجملة مقصود بالسّرق لا تبعاً لمقصود ، ولا يتعلّق القطع بسرقة⁽¹⁾ .

ثانياً : مذهب الأحناف ومن وافقهم : يرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن أن لا قطع في سرقة ما يتبع ما لا قطع فيه ، كالحلية على المصحف تبلغ نصاباً ، وكسرقة آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب⁽²⁾ ؛ لأنّهما يشترطان أن يكون المسروق الذي يقطع فيه في الجملة مقصوداً بالسّرق لا تبعاً لمقصود ، ولا يتعلّق القطع بسرقة ، وينبغي على هذا الشرط عندهما أنّ المقصود بالسّرق إذا كان ثماً يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصاباً بنفسه يقطع بلا خلاف ، وإن لم يبلغ بنفسه نصاباً إلا بالتابع يكمل النصاب به فيقطع ، وكذلك إذا كان واحد منهما مقصوداً ولا يبلغ بنفسه نصاباً يكمل أحدهما بالآخر ويقطع ، وإن كان المقصود بالسّرق ثماً لا يقطع فيه لو انفرد لا يقطع وإن كان معه غيره ثماً يبلغ نصاباً إذا لم يكن الغير مقصوداً بالسّرق بل يكون تابعاً⁽³⁾ .

ويرى بعض الحنابلة رأي الأحناف في عدم القطع ، حيث جاء في المغني : " وإن سرق إناء فيه خمر يبلغ نصاباً... قال غيره - أي أبو الخطاب - من أصحابنا : لا يقطع لأنّه تبع لما لا قطع فيه ، فأشبهه ما لو سرق مشتركاً بينه وبين غيره "⁽⁴⁾ .

وجاء في كشّاف القناع : " ولا يقطع بما عليه - أي الحر الصّغير - من حلّي وثياب تبلغ قيمتها نصاباً ؛ لأنّه تابع لما لا قطع فيه ... ولا يقطع أيضاً بما عليه - أي المصحف - من حلّي لأنّه تابع لما لا قطع فيه ... ولا يقطع أيضاً بما عليها - أي آلة اللّهُو - من حلّي ولو بلغ نصاباً لأنّه متّصل بما لا قطع ... ولا قطع بسرقة آنية فيما خمر أو ماء لا تتّصلها بما لا قطع فيه "⁽⁵⁾ .

(1) المبسوط ، ج 9 ، ص 153 - 154 - 161 / بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 79 .

(2) فتح القدير ، ج 4 ، ص 229 - 231 / بدائع الصّنائع ، ج 7 - 79 / المبسوط ، ج 9 ، ص 153 - 154 - 161 .

(3) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 79 / المبسوط ، ج 9 ، ص 153 - 161 .

(4) المغني ، ج 10 ، ص 279 .

(5) كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 130 - 131 .

والذي يظهر لي - والله أعلم - في هذه المسألة أنّ التعويل على القصد الجنائي لدى الجاني هو المخرج والصّواب في هذه المسألة ؛ لأنّ الأمور بمقاصدها ، فمن سرق ما لا قطع فيه وكانت نيّته الحصول على الشّيء الثمين التابع للمسروق ، فإنّه يقطع حتّى لا يتحايل اللصوص ويتخذون من هذه الشبهة ذريعة للاعتداء على أموال الناس ، أمّا إذا قصد الجاني بالسّرقه ما لا قطع فيه بالذات فلا قطع ؛ كأن يكون السّارق من المدمنين على الخمر وصعب عليه الحصول عليها فسرق الخمر لقصد الشرب ، وكانت الخمر في إناء الذهب أو الفضة وقيمتها نصاباً أو أكثر فلا قطع ، وهذا الحكم يتأكّد أكثر إذا صرّح السّارق بأنّه سرقها لأجل الإراقة والإتلاف .



مسائل تتعلق بشرط النصاب

إذا كان النصاب شرطاً في القطع فلا قطع إذا قلت قيمة المسروق عن النصاب ، فإذا دخل السارق دراً فأخرج منها أقل من النصاب فلا قطع عليه بل يعزّر ، لكن إذا سرق السارق نصاباً على دفعات متقطعة ، أو سرق نصاباً من مكانين مختلفين ، أو اشترك في سرقة النصاب جماعة ، فما الحكم في جميع هذه الأحوال ؟ توضيح هذه المسائل سيكون من خلال الفرعين الآتين ، ونظراً لعدم اشتراط النصاب في قانون العقوبات الجزائري في المال المسروق ؛ إذ يكفي أن يكون المال متقوماً في نظر القانون ونظر صاحبه ؛ فإنّي لن أتطرق للجانب القانوني ، ماعداً في مسألة الاشتراك في سرقة النصاب ، فإنّ لها مسألة قريبة منها في قانون العقوبات الجزائري تتعلق بالاشتراك في جريمة السرقة ، لهذا سأعقب الفرع الخاص بهذه المسألة بملاحظة خاصّة تتعلق بنظره القانون في ذلك .

الفرع الأول

سرقة النصاب على دفعات

سأتطرق في هذا الفرع إلى توضيح مسألة حكم سرقة النصاب على دفعات ، وذلك بالتعرّض للخلاف الجاري بين الفقهاء في هذه المسألة في الفقرة الأولى ، وأنهى الفرع بفقرة ثانية تتضمن ملاحظة خاصّة بهذه المسألة ، وذلك كمايلي :

الفقرة الأولى : موقف الفقهاء من هذه المسألة : لم يتفق الفقهاء في حالة إخراج النصاب على دفعات ، فإذا نقب شخص حوزاً ثمّ أخرج منه نصاباً على دفعات ؛ فإنّ بعضهم يرى أنّ الأخذ تام ؛ لأنّ بعض فعله ينبي على البعض الآخر ، والبعض يرى أنّ ما أخذه بعد الدفعة الأولى لا يعتبر أخذاً تاماً ؛ لأنّه أخذ من حوز مهتوك ، والبعض يرى أنّ ما أخذ قبل إشهار هتك الحوز ، أو علم المالك به يعتبر أخذاً تاماً ، وما أخذ بعده لا يعتبر كذلك .

أولاً : عند الحنابلة : يرى الحنابلة أنّ الجاني إذا نقب الحوز فأخرج مادون النصاب ، ثمّ عاد وأخرج ما يتمّ به النصاب ، فإنّه ينظر إن كان ذلك قد تمّ في وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب

القطع ؛ لأنّ كلّ واحدة منها تعتبر سرقة مستقلة ، فالأولى دون التّصاب ، والثّانية دون التّصاب كذلك ، والحكم نفسه إذا كان إخراج بعض التّصاب ثمّ إتمام البعض الآخر في ليلة واحدة وبينها مدّة طويلة .

أمّا إذا كانت بينهما مدّة قصيرة بحيث تكون العمليّتين - الأولى والثّانية - متقاربتين في الزّمن فهما سرقة واحدة ؛ لبناء الفعلان أحدهما على الآخر⁽¹⁾ أمّا إذا علم المالك بهتك الحرز وأهمله فكلّ أخذ يعتبر مستقلاً مهما تقاربت المدّة بين الأخذين ؛ والأخذ بعد العلم أخذ من غير حرز⁽²⁾ .

فالأخذ في المرّة الأولى كان من حرز لكنته دون التّصاب فلا قطع فيه ، والأخذ في المرّة الثّانية كان من غير حرز نظراً لعلم المالك بهتك الحرز ، ورأي الحنابلة في هذه المسألة ترتّب على قولهم بأنّ التّقب يبطل الحرز.

ثانياً : عند الشّافعية : لم يتفق الشّافعية في حالة الإخراج على دفعات رغم أنّهم يقولون بأنّ التّقب يبطل الحرز إذا كان التّقب ظاهراً يراه الطّارقون ، وعلم به المالك كما سبق بيانه.

فإذا نقب حرزاً أو سرق منه ثمن دينار ، ثمّ عاد وسرق ثمناً آخر ففيه ثلاثة أوجه : أحدهما : أنّه يجب القطع فيه ؛ لأنّه سرق نصاباً من حرز مثله ، فوجب عليه القطع كما لو سرقه في دفعه واحدة.

والثّاني : أنّه لا يجب القطع فيه ؛ لأنّه سرق تمام التّصاب من حرز مهتوك .
والثّالث : أنّه إن عاد وسرق الثّمن الثّاني بعدما اشتهر هتك الحرز لم يقطع ، لأنّه سرق من حرز اشتهر خرابه ، وإن سرق قبل أن يشتهر خرابه قطع ؛ لأنّه سرق من قبل ظهور خرابه⁽³⁾ .

ثالثاً : عند المالكية : الإخراج على دفعات عند مالك وهو لا يرى بطلان الحرز بالتّقب ولا بفتح الباب ، فحكمه أنّ العبرة بقصد الجاني .

فإنّ قصد الجاني ابتداءً أخذ المسروق ولكنّه أخرجه على دفعات ؛ فالأفعال كلّها سرقة واحدة ، ويمكن معرفة القصد الجنائي لدى السّارق بإقراره ، أو بالقرائن التي تدلّ على ذلك ،

(1) المغني ، ج 10 ، ص 258 .

(2) كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 135 .

(3) المهذّب ، ج 2 ، ص 277 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 441 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 328 .

بغض النظر عن كونه يستطيع أن يخرج المسروق كله مرة واحدة ولكنه لم يفعل ، أو كان لا يستطيع أن يخرج المسروق إلا على دفعات . أما إذا كان قصده الأخذ في كل دفعة نصاباً مستقلاً؛ فكل دفعة تعتبر سرقة مستقلة ، فإن بلغت الدفعة الأولى نصاباً قطع ، وإذا بلغت الدفعة الثانية نصاباً قطع ، وإلا فلا قطع ⁽¹⁾ .

رابعاً : عند الأحناف : أما أبو حنيفة فيرى في حالة الإخراج على دفعات اعتبار كل دفعة وحدها ، فإن بلغت التصاب وحدها استحق المخرج القطع ، وإلا فلا بدّ عند الأحناف من أن يخرج التصاب دفعة واحدة .

جاء في البدائع : " إذا دخل رجل دار الرجل ، فسرق من بيت فيها درهماً فأخرجه إلى صحنها ، ثم عاد فأخذ درهماً من البيت فأخرجه ، ثم عاد فأخذ درهماً من البيت فأخرجه ، فلم يزل يفعل ذلك حتى أخذ عشرة دراهم ، ثم أخرج العشرة من الدار قطع ؛ لأن هذه سرقة واحدة ، ولأن الدار مع صحنها وبيوتها حرز واحد... ، ولو كان أخرج في كل مرة من الدار ، ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرّات لم يقطع ؛ لأن هذه سرقات إذ كل فعل منه إخراج من الحرز ، فكان كل فعل منه معتبراً بنفسه ، وأنه سرق ما دون التصاب فلا يوجب القطع " ⁽²⁾ .

والذي يظهر لي والله أعلم في هذه المسألة ، أن السارق يقطع إذا توفرت الشروط ؛ بأن يتوفّر لدى الجاني القصد الجنائي - إخراج المسروق على دفعات لتعذر إخراج مرة واحدة - وكون الوقت بين الدفعة الأولى والدفعات التي تليها قصيرة جداً ، ولم يعلم المالك أصلاً بهتك الحرز.

أما إذا كان الوقت بين الدفعات طويلاً ، وكان المالك قد أخبر بهتك الحرز ولم يحرك ساكناً ، وقصد الجاني الإخراج على دفعات ليفلت من العقاب ، فإن كانت كل دفعة دون التصاب ؛ فإن السارق لا يقطع بل يعزّر وذلك جمعاً بين آراء فقهاء المذاهب في هذه المسألة ، وعصمة لأموال الناس ويد السارق في الوقت نفسه ، وهذا ما تقتضيه المصلحة - والله أعلم -

(1) شرح الزرقاني ، ج 8 ، ص 96 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 531) .

(2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 77 .

الفقرة الثانية : استنتاج خاص بهذه المسألة : إذا كان هذا شأن السرقة على دفعات ، وخاصة إذا كانت الفترة طويلة بين الدفعتين ، حيث تعتبر كل سرقة مستقلة ، فإن اعتبار كل سرقة مستقلة من باب أولى في سرقة النصاب من مكانين مختلفين .

جاء في البدائع : "...ولو سرق رجل واحد عشرة دراهم من متزئين مختلفين ، بأن سرق منه درهماً أو تسعة لم يقطع لأتهما سرقتان مختلفتان ؛ لأن كل واحد من المتزئين حوز بانفراد ، فهتك أحدهما بما دون النصاب لا يعتبر في هتك الآخر ، فيبقى كل واحد منهما معتبراً في نفسه" (1) .

إذن فالسارق الذي يسرق نصاباً من مكانين أو حريزين مختلفين لا قطع عليه ؛ فكل سرقة مستقلة عن الأخرى ، ولم يهتك السارق النصاب المطلوب لوجوب القطع في كل منها ، ولم يتوفر شرط وحدة الحوز ، وبالتالي يعزّر بموجب هذه السرقة ولا قطع عليه .

ففي هذه المسألة لا ينظر إلى جانب السارق بأنه تحصل على نصاب السرقة ، وإنما ينظر إلى جانب النصاب ذاته في كونه من حوز واحد ، أم من حريزين مختلفين .

في حين نجد في بعض المسائل أنه ينظر إلى جانب السارق خاصة ؛ بأنه تحصل على نصاب السرقة في حالة تعدد المجني عليهم – أي إذا سرق السارق نصاباً وذلك كان ملكاً لجماعة .

جاء في البدائع : "... ولو سرق رجل عشرة دراهم لعشرة أنفس في موضع واحد قطع ، وإن تفرّق ملاكها يعتبر في ذلك مال السارق ، والسارق واحد فكان النصاب كاملاً ، وإنما اعتبر مال السارق دون المسروق منه ؛ لأن كمال النصاب شرط وجوب القطع ، والقطع عليه فيعتبر جانب من عليه ولا يعتبر جانب المسروق منه ؛ لأن الحكم لم يجب له ؛ بل لله سبحانه وتعالى" (2) .

(1) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 78 / الفتاوى الهندية ، ج 2 ، ص 171 .

(2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 78 / المبسوط ، ج 9 ، ص 143 .

أقوع الثلث حكم الاشتراك في سرقة النصاب

إذا كان النصاب شرطاً في السرقة المستوجبة للقطع ، ما الحكم لو اشترك عدّة جناة في سرقة النصاب ؟ إنّ هذه المسألة خلافية بين الفقهاء ، وسأعرض لهذا الخلاف في الفقرة الأولى ، ثمّ أتعبّ هذا الفرع بفقرة ثانية يتعلّق بمسألة الاشتراك في جريمة السرقة ، أو بعبارة أخرى مسألة تعدّد الجناة في جريمة السرقة في قانون العقوبات الجزائي ، وذلك باختصار شديد لقلة المادّة العلميّة .

الفقرة الأولى : اختلاف الفقهاء في مسألة الاشتراك في سرقة النصاب : اختلف الفقهاء في مسألة الاشتراك في جريمة السرقة على مذاهب ، سأعرض لهذا الخلاف في هذه الفقرة كمايلي :

أولاً : مذهب الأحناف : عند الأحناف لو أشترك عدّة جناة في سرقة النصاب من رجل واحد فإنّهم لم يقطعوا ، فالأمر يختلف تماماً عنه في مسألة تعدّد الجاني عليهم ، بحيث إذا سرق الواحد النصاب من عشرة أنفس فإنّه يقطع ، طبعاً إذا كانت الدّراهم محرزة إذ المعتبر جانب السّارق لا جانب المسروق منه ⁽¹⁾ .

وتفصيل مسألة الاشتراك في سرقة النصاب عند الأحناف تكون كمايلي :

"... لو نقب رجلان ودخل أحدهما فاستخرج المتاع فلما خرج به إلى السكّة حملاه جميعاً ينظر ، إنّ عرف الدّاخل منهما بعينه قطع ؛ لأنّه هو السّارق لوجود الأخذ والإخراج منه ، ويعزّر الخارج لأنّه أعانه على المعصية وهذه معصية ليس فيها حدّ مقدر فيعزّر ، وإن لم يعرف الدّاخل منها لم يقطع واحد منها ؛ لأنّ من عليه القطع مجهول ويعزّران ، أمّا الخارج فلما ذكرنا ، وأمّا الدّاخل فلارتكابه جنائية لم يستوف فيها الحدّ لعذر فتعيّن التعزير... ، وأمّا التسبّب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل ، فالقياس أن لا يقطع الحامل خاصّة وهو قول زفر ، وفي الاستحسان يقطعون جميعاً ؟ وجه القياس أنّ ركن السرقة لا يتمّ إلّا بالإخراج من الخزانة وذلك وجد منه مباشرة ، فأما غيره فمعين له

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 78 .

والحدّ يجب على المباشر لا على المعين كحد الزّنا والشّرب ، وجه الاستحسان أنّ الإخراج حصل من الكلّ معنى ... لأنّ الحامل لا يقدر على الإخراج إلّا بإعانة الباقي وترصّدهم للدّفع ، فكان الإخراج من الكلّ من حيث المعنى ... ؛ ولأنّ الحامل عامل لهم فكأنّهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتّى أخرجوه من الحرز ؛ ولأنّ السّارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ، ومن عادة السّارق أنّهم كلّهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل بقصد البعض ، فلو جعل ذلك مانعاً من وجوب القطع لانسدّ باب القطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز...⁽¹⁾ .

وأما إن كان كلّ واحد من اللّصوص قد أصاب نصاباً فالقطع واجب في حقّهم ، وإن كان معهم من يجب الحدّ في حقّه لم يقطعوا جميعاً بل يعزّروا .

جاء في الفتاوى الهندية : "ولو كانوا جمعاً والسّارق بعضهم قطعوا إن أصاب كلّاً منهم نصاباً ، وهذا استحسان سواء خرجوا معه من الحرز ، أو بعده في فوره ، أو خرج هو بعدهم في فوره ولو كان فيهم صغير أو مجنون أو معتوه أو ذو رحم محرم من المسروق منه لم يقطع أحد"⁽²⁾ وإذا اشترك جماعة في سرقة ، فخرج كلّ منهم ببعض المسروقات وبعضهم يحمل ما قيمته نصاباً فأكثر ، وبعضهم يحمل أقلّ من نصاب فعليهم القطع جميعاً إذا كانت قيمة المسروقات في مجموعها تكفي لأن يصيب كلّ منهم نصاباً⁽³⁾ ، وفي هذه التّقطة يختلف أبو حنيفة مع الإمام مالك ، بحيث لا يقطع عنده إلّا من أخرج نصاباً ، ومن أخرج أقلّ يعزّر .

ثانياً : مذهب الشافعية : لا قطع عند الشافعية على الجماعة التي تشترك في سرقة التّصاب أو أكثر ما لم تكن الأنصبة بعدد الجناة ، فإذا كان عدد الجناة اثنان وقد سرقا نصابين اشتراكاً فالقطع واجب عليهما ، إلّا إذا انفرد كلّ واحد بإخراج يقطع من بلغ ما أخرجه نصاباً ، دون من لم يبلغ ما أخرجه نصاباً⁽⁴⁾ .

وخالف أبو ثور وقال بوجوب القطع على المشتركين في سرقة التّصاب ، وقد فصل صاحب المهذب في المسألة أكثر حيث قال : " وإن نقب اثنان حرزاً وسرقا نصابين قطعاً ؛ لأنّ كلّ

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 66 / المبسوط ، ج 9 ، ص 149 .

(2) الفتاوى الهندية ، ج 2 ، ص 171 .

(3) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 78 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 225 .

(4) روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 329 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 458 .

واحد منهما سرق نصاباً ، وإن أخرج أحدهما نصابين ولم يخرج الآخر شيئاً قطع الذي أخرج دون الآخر؛ لأنه هو الذي انفرد بالسَّرقَة ، فإن اشترك في سرقة نصاب لم يقطع واحد منهما ، وقال أبو ثور يجب القطع عليهما كما لو اشترك رجلان في القتل وجب القصاص عليهما ، وهذا خطأ لأن كل واحد منهما لم يسرق نصاباً ويخالف القصاص⁽¹⁾ ثم يواصل تعليله قائلاً: " فإذا لو لم نوجب على الشريكين جعل الإشارك طريقاً إلى إسقاط القصاص وليس كذلك السَّرقَة ، فإننا إذا لم نوجب القطع على الشريكين في سرقة نصاب لم يصير الإشارك طريقاً إلى إسقاط القطع ؛ لأنَّهما لا يقصدان إلى سرقة نصاب واحد لقلة ما يصيب كل واحد منهما ، فإذا اشتركا في نصابين أو جبننا القطع "⁽²⁾ .

ثالثاً: مذهب الحنابلة : عند الحنابلة إذا اشتركت الجماعة في سرقة النصاب يقطعون جميعاً ؛ لأنَّ شرط القطع الذي هو النصاب قد توفّر .

جاء في المغني: " واحتج أصحابنا بأنَّ النصاب أحد شرطي القطع ، فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد قياساً على هتك الحرز ؛ ولأنَّ سرقة النصاب فعل يوجب القطع ، فاستوى فيه الواحد والجماعة كالقصاص ، ولم يفرّق أصحابنا بين كون المسروق ثقیلاً يشترك الجماعة في حمله ، وبين أن يخرج كل واحد منهم جزء "⁽³⁾ .

ثم يواصل صاحب المغني تعليله في وجوب القطع في حقّ المشتركين في سرقة النصاب " ولنا أنَّهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج النصاب فلزمهم القطع كما لو كان ثقیلاً فحملوه ، وفارق القصاص فإنَّه يعتمد الماثلة ، ولا توجد الماثلة إلا أن توجد أفعالهم في جميع أجزاء اليد ، وفي مسائلتنا القصد الزجر من غير اعتبار الماثلة ، والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال ، وسواء دخلا الحرز معاً ، أو دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب ، ثم دخل الآخر فأخرج باقيه ، لأنَّهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج النصاب ، فلزمهما القطع كما لو حملاه معاً "⁽⁴⁾ .

وإذا دخل رجلين داراً ، أحدهما في سفلهما جمع المتاع وشده بحبل ، والآخر في علوها مدّ الحبل فرمى به وراء الدار ؛ فإنَّ القطع يجب في حقَّهما لأنَّهما اشتركا في إخراج النصاب ، وكذلك إن دخلا جميعاً فأخرج أحدهما المتاع وحده فالقطع عليهما ، والحكم نفسه إذا

(1) (2) المهذب ، ج 2 ، ص 277 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 458 .

(3) (4) المغني ، ج 10 ، ص 289 .

أخرج أحدهما دون التّصاب ، والآخر أكثر من نصاب فتّمّا نصابين ⁽¹⁾ .

وإنّ نقبا حرزاً ودخل أحدهما فقرب المتاع من الثّقب وأدخل الخارج يده فأخرجه ، فالقطع عليهما جميعاً لأنّهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج المتاع ، كما لو حملاه معاً فأخرجاه ⁽²⁾ .

وإن كان أحد الشّريكين ثمن لا قطع عليه ، كأبي المسروق منه ، ففي المذهب قولان : الأوّل يقطع شريكه كما لو شاركه في قطع يد ابنه ، والثّاني : لا يقطع .

والرّاجح في المذهب القول الثّاني ؛ لأنّ سرقتهما جميعاً صارت علّة لقطعهما ، وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع ؛ لأنّه أخذ ما يجوز له أخذه ، فالأمر في السرقة يختلف عنه في القصاص؟ فالقصاص يسقط لفضيحة الأب لا لمعنى في فعله الذي اتّصف بالعدوان ، بينما فعله في السرقة قد تمكّنت الشبهة منه ، فوجب أن لا يجب القطع به كاشتراك العامد والخاطئ ⁽³⁾ .

وإن أخرج كلّ واحد منهما نصاباً ، وجب القطع على شريك الأب ، لأنّه انفرد بما يوجب القطع ، وإن أخرج الأب نصاباً وشريكه دون التّصاب ، ففيه الوجهان ⁽⁴⁾ .

رابعاً : مذهب المالكية : إذا اشترك في السرقة اثنان ، فدخل أحدهما الحرز وبقي الثّاني في خارجه ، وناول الدّاخل للخارج المسروق من وراء جدار ، أو من فتحة الباب ، أو من نقب في الحائط ؛ فالأخذ يعتبر تاماً بالنسبة للدّاخل فقط ، أمّا الخارج فلا يعتبر الأخذ تاماً في حقّه ؛ لأنّه لم يخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المنجي عليه فلا قطع عليه ⁽⁵⁾ .

وإن دخل أحدهما إلى الدّار فربط المسروقات بجبل وكان طرف الجبل مع آخر في الخارج ، فجبرّ المسروقات حتّى أخرجها من الحرز ؛ فالأخذ غير تامّ بالنسبة للخارج ، فإذا دخلا معاً في الحرز ، فصعد أحدهما إلى سطح المنزل ، وجمع الثّاني المتاع المسروق فربطه بجبل فجبرّه على السّطح وألقى به إلى الخارج ؛ فالأخذ تامّ بالنسبة لكليهما عند مالك ⁽⁶⁾ .

(1) المصدر السّابق ، ص 291 – 292 .

(2) المصدر السّابق ، ص 292 .

(3) (4) المغني ، ج 10 ، ص 290 – 291

(5) مواهب الجليل ، ج 8 ، ص 424 / شرح الزّرقي ، ج 8 ، ص 104 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص

527)

(6) المدوّنة ، ج 6 ، ص 2860 .

الفقرة الثانية : حكم القانون في مسألة تعدّد الجناة : إذا كان هذا حكم تعدّد الجناة في جريمة السرقة شرعاً فإنّ قانون العقوبات الجزائري تعرّض أيضاً لهذه المسألة واعتبر التعدّد ظرفاً مشدّداً ، وذلك كما هو ظاهر من نص المادة 353 ، حيث جاء فيها : "يعاقب بالسّجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كلّ من ارتكب السرقة مع توافر ظرفين على الأقل من الظروف الآتية :

1/ إذا ارتكبت السرقة مع استعمال العنف أو التهديد به .

2/ إذا ارتكبت السرقة ليلاً .

3/ إذا ارتكبت السرقة بواسطة شخصين أو أكثر...⁽¹⁾ إذن فتطبيق هذه العقوبة تتطلّب اجتماع ظرفين على الأقل .

ونرى من خلال هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري قد جعل من تعدّد الجناة ظرفاً مشدّداً ، والحكمة من التشديد تتمثّل في⁽²⁾ :

– لأنّ التعدّد يدلّ على الخطورة خاصّة لدى القائمين بالجريمة .

– لأنّه يسهّل على الجناة ارتكاب الجريمة .

– لأنّه يقلّل مقاومة المجني عليه لما فيه من إرهاب له .

– لأنّه يفيد الاتفاق الجنائي وترتيب سابق للجريمة .

" ويراد بالتعدّد ارتكاب الجريمة بواسطة شخصين فأكثر ، ويكون هذا التعدّد موجوداً كلّما ارتكب السرقة شخصان على الأقل بصفة فاعلين أصليين – على الرّاجح – وكذلك يوجد التعدّد متى كان للفاعل الأصلي شريك واحد على الأقل اشترك معه وساعده عند تنفيذ الجريمة كما لو وقف مترتبصاً على الأقل اشترك معه وساعده عند تنفيذ الجريمة ، كما لو وقف مترتبصاً عند مكان الجريمة ليدراً عنه خطر القبض أو ليحمل معه المتاع المسروق ...، أمّا إذا كان فعل الشريك قاصراً على التحريض أو الاتفاق أو إعداد الفاعل الأصلي بالأسلحة أو الأدوات اللازمة أو مساعدته بأية طريقة أخرى في الأعمال المجهّزة أو المسهّلة لارتكاب الجريمة ، فلا يعتبر ظرف

(1) قانون العقوبات الجزائري ، ص 102 .

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم الخاص – ص 228 / شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم الخاص – محمد صبحي نجم ، ص 130 / جرائم السرقات ، ص 44 / جريمة السرقة ، ص 129 .

التعدّد موجوداً عندئذ، ولا محلّ لتشديد العقاب لأنّ التنفيذ تمّ على يد شخص واحد⁽¹⁾ .

إذن " فالتعدّد المكوّن للظرف المشدّد يفترض قيام المساهمة الجنائية الأصلية بين الجناة ، فإذا انتفت المساهمة الجنائية بأن ارتكب الجريمة أكثر من شخص كلاً لحسابه ، بدون أن تتوافر لدى أيّاً منهم نيّة التداخل في جريمة الآخر ، فلا يتوافر الظرف المشدّد ، وبحسب ضمن العدد اللازم لتوافر الظرف المشدّد ، كلّ من ساهم مادياً بسلوك يضيف عليه صفة الفاعل بغضّ النظر عن مسؤوليته الجنائية ، أو عن استحقاقه للعقوبة ، أو عن إمكانية رفع الدّعى الجنائية عليه من عدمه"⁽²⁾ .

فالقانون الوضعي نظر في تعدّد الجناة إلى خطورة التعدّد لهذا اعتبره ظرفاً مشدّداً ، أمّا التشريع الجنائي الإسلامي فقد بنى المسألة على توفّر التّصاب ونقب الحرز ، لهذا كثيراً ما يخفّف الأمر عن الشّريك ، فكلّما أصاب الشّريك نصاباً قطع وإلاّ فلا - أي عزّر - وكذا إذا اشتركا في حمل التّصاب ينظر أيّهما نقب الحرز يقطع ، والثّاني يعزّر ، وهكذا على الخلاف السّابق بين المذاهب ، ماعدا الحنابلة الذين يوجبون القطع على الشّركاء جميعاً دون تمييز بين من نقب الحرز أو أخرج التّصاب .

(1) الأستاذ أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ط (1922) ص 429 (نقلاً عن جرائم السرقة في ضوء الفقه والقضاء ، ص 46 - 47) / انظر أيضاً جرائم السرقات ، ص 44 .
(2) جرائم السرقات ، ص 44 .

المطلب الرابع

حكم خطف الأطفال وسرقة القوى الطبيعية شرعاً وقانوناً

بعد اشتراط كون محل السرقة مالا متقوماً شرعاً وقانوناً ، فهل جريمة خطف الأطفال تدخل ضمن جريمة السرقة ؟ وكذا القوى الطبيعية المختلفة هل تصلح محلاً للسرقة ؛ وبالتالي يعتبر الاستلاء عليها جريمة يعاقب مرتكبها بعقوبة السرقة شرعاً وقانوناً ؟ في هذا المطلب إن شاء الله تعالى ستم مناقشة هاتين المسألتين ، وذلك من خلال فرعين : الأول منهما أوضح فيه مسألة حكم خطف الأطفال شرعاً وقانوناً ، والثاني منهما أبين فيه حكم سرقة القوى الطبيعية شرعاً وقانوناً أيضاً .

الفرع الأول

حكم خطف الأطفال شرعاً وقانوناً

لقد انتشرت ظاهرة خطف الأطفال في وقتنا الحاضر ، وأغراض الخطف تختلف وتعدد ، لكن بغض النظر عن غرض الخطف ، هل يعتبر الفعل مجرداً جريمة سرقة يعاقب الفاعل بموجبها بعقوبة السرقة المقررة شرعاً وقانوناً ؟ خاصة وأن محل السرقة يشترط فيه أن يكون مالا متقوماً في كلا التشريعين ، وبناء عليه ستكون مناقشة هذه المسألة في فقرتين ، الأولى خصّصت للجانب الشرعي ، والثانية خصّصت للجاني القانوني .

الفقرة الأولى : حكم خطف الأطفال شرعاً : لا محل للسرقة في الوقت الحاضر إلا للمال ، أما قبل إبطال الرّق فكان العبيد والإماء في الشريعة الإسلامية محلاً للسرقة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه ككل مال ، وإن كانوا من وجه آخر آدميين ، وهكذا كان الشأن في القوانين الوضعية أيضاً ، أما بعد إبطال الرّق فلا يمكن أن يكون الإنسان محلاً للسرقة عند جمهور الفقهاء ، أما مالك والظاهرية فيرون أن الطفل غير المميز محل للسرقة حتى ولو كان حراً ، وعلى من يأخذه عقوبة القطع كسارق المال ⁽¹⁾ .

(1) التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 542 بتصرف .

هذا الذي سيفصل عند عرض آراء الفقهاء ، ورغم أن نظام الرّق قد أبطل في الشريعة الإسلامية ، إلا أنه سيتم بيان سرقة الأطفال غير الأحرار والأحرار معاً استيفاءً لهذه المسألة .

أولاً : مذهب الأحناف : إن سرق صبيّاً عبداً يعبر عن نفسه لا يقطع بالإجماع ؛ لأنّ هذا خداع لا سرقة ؛ ولأنّ من يعبر عن نفسه وإن كان مالا من كلّ وجه لكنه في يد نفسه ، وذلك مانع من تقرير وثبوت يد السارق عليه للتنافي ، فلا يتحقّق فيه ركن السرقة وهو الأخذ ، والحكم نفسه لو كان على الصبي حليّ ؛ لأنّ مثل ما له يداً على نفسه له يداً على ما عليه من الحليّ⁽¹⁾ .

وإن سرق صبيّاً عبداً لا يعبر عن نفسه ولا يعقل ففي المذهب خلاف ؛ حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله تعالى إلى قطع السارق ؛ لأنّ المسروق في هذه الحالة يعتبر مال متقوم من كلّ وجه لوجود معنى المالّة فيه على الكمال ، ولا يد له على نفسه فيتحقّق ركن السرقة ، فهو بمنزلة الدابة ، وكونه آدمياً لا ينفي كونه مالا فهو آدمي من كلّ وجه ومال من كلّ وجه لعدم التنافي ، فيتعلّق القطع بسرقة من حيث أنّه مال لا من حيث أنّه آدمي⁽²⁾ .

وخالف أبو يوسف فقهاء المذهب ، وقال أستحسن أن لا أقطعه ، ووجه ما ذهب إليه أن العبد ليس بمال محض ؛ بل هو مال من وجه ، آدمي من وجه آخر ، فكان محلّ السرقة من وجه دون وجه ، فلا تثبت المحلّة بالشكّ فلا يقطع كالصبي العاقل ؛ ولأنّ المملوك من جنس الحرّ والجنسيّة لا تبدّل بالرّق ، وإذا كان لا يقطع بسرقة جنسه من الأحرار يصير ذلك شبهة ؛ ولأنّ إحرازه لم يتمّ فإنّ الصغير الذي لا يعقل يخرج إلى السكّة ، وقد يوضع في السكّة ويترك حراً كان أو مملوكاً ، وما لا يتمّ إحرازه عادة فهو تافه في حكم القطع⁽³⁾ .

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا: التّافه ما يوجد جنسه مباح الأصل في دار الإسلام غير مرغوب ، وذلك لا يوجد في الممالك خصوصاً في الصّغار منهم⁽⁴⁾ .

أمّا إذا سرق صبيّاً حراً سواء كان يعبر عن نفسه أو لم يكن فإنّه لا يقطع ؛ لأنّ الحرّ ليس بمال حتّى ولو كان عليه حليّ بالإجماع ، فإذا كان يعبر عن نفسه معنى هذا أنّ له يداً على

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 67 - 79 / المبسوط ، ج 9 ، ص 161 - 162 .

(2) المصادر نفسها ، والصّفحات نفسها .

(3) المصادر نفسها ، الصّفحات نفسها .

(4) المبسوط ، ج 9 ، ص 162 .

نفسه وعلى ما عليه من الحلّي ، فلا يكون أخذه سرقة بل خداعاً فلا يقطع ⁽¹⁾ .

ثانياً : مذهب الحنابلة : إن سرق عبداً صغيراً غير ممّيز عليه القطع لأنّه سرق مالاً مملوكاً تبلغ قيمته نصاباً ، أمّا إذا كان ممّيزاً كبيراً لم يقطع سارقه لأنّ هذا خداعاً إلا أن يكون نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً لا يميّز بين سيّده وبين غيره في الطّاعة فيقطع سارقه .

وإن كان المسروق أمّ ولد ، ففي قطع سارقها وجهان : أحدها لا يقطع ؛ لأنّها لا يحلّ بيعها ونقل الملك فيها ، فأشبهت الحرّة . والثاني يقطع ؛ لأنّها مملوكة تضمن بالقيمة ، فأشبهت القن⁽²⁾ .

أمّا سارق الحرّ ، فظاهر مذهب الحنابلة أنّه لا يقطع صغيراً كان أو كبيراً ؛ لأنّه ليس بمال ، وعند أحمد رواية ثانية أنّه يقطع بسرقة الحرّ الصّغير ؛ لأنّه غير ممّيز أشبه العبد⁽³⁾ .

وإذا ثبت عند الحنابلة عدم قطع سارق الحرّ ، فإنّه إذا سُرّق وكانت عليه حلّي أو ثياب تبلغ التّصاب ليس فيه قطع ؛ لأنّه تابع لما لا قطع في سرّقه ، أشبه ثياب الكبير ؛ ولأنّ يد الصّبي على ما عليه بدليل أنّ ما يوجد مع اللّقيط يكون له⁽⁴⁾ .

ثالثاً : مذهب الشافعية : لو سرق عبداً صغيراً لا يميّز لعجمة ، أو جنون قطع إن كان محرّزاً ، وإنّما يكون محرّزاً إذا كان في دار السيّد أو بفناء داره ، فإن بعد عنها ودخل سكّة أخرى فليس بمحرّز ، وسواء في الحرّز بفناء الدّار كان وحده أو كان يلعب مع الصّبيان ؛ لأنّه في هذه الحالة لا يعدّ مضيعاً ، وسواء حمله السّارق نائماً أو مستيقظاً أو دعاه فأجابه ؛ لأنّه كالبهيمة يساق ، وإن كان الصّغير ممّيزاً فسرقه نائماً أو سكراناً أو مضبوطاً ، فحكمه حكم ما سبق ، لكن إذا دعاه وخدعه فتبعه باختياره فلا قطع ؛ لأنّ هذا خداعاً وخيانة وليس سرقة ، وإذا أكره بالسيف حتّى خرج من الحرّز قطع على الأصحّ .

ولو حمل عبداً قوياً قادراً على الامتناع ، فلم يمتنع فلا قطع ، ولو حمله نائماً أو سكراناً ففي

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 67 - 79 .

(2) المغني ، ج 10 ، ص 242 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 130 .

(3) المغني ، ج 10 ، ص 240 .

(4) المغني ، ج 10 ، ص 241 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 130 .

القطع تردّد ، ومثل هذا العبد محرز بيده وقوّته⁽¹⁾ وإن سرق أمّ ولد نائمة ففيه وجهان :

أحدهما : أنّه يقطع ؛ لأنّها تضمن باليد فقطع بسرقتها كسائر الأموال .

ثانيهما : أنّه لا يقطع ؛ لأنّ معنى المال فيها ناقص لأنّه لا يمكن نقل الملك فيها⁽²⁾ .

أمّا الحرّ لا يضمن باليد ، فلا قطع بسرقة وإن كان طفلاً ؛ لأنّه ليس بمال ، وإن سرقه وعليه حليّ بقدر التّصاب ففيه وجهان :

أحدهما : أنّه لا يقطع ؛ لأنّه قصد سرقة ما عليه من المال .

ثانيهما : أنّه لا يقطع ؛ لأنّ يده ثابتة على ما عليه ، ولهذا لا يضمن سارقة ما عليه ، ولو نُزع منه المال قطع لإخراجه من حرزه ، وما صرّح به بعض فقهاء الشّافعية أنّه إن نزعها منه خفية أو مجاهرة ولو يمكنه منعه من النّزع قطع ، وإلاّ فلا⁽³⁾ .

وهناك مسألة أدرجها الشّافعية هنا وهي : لو نام على بعير عليه أمتعة ، فجاء سارق فأخذ بزمامه وأخرجه عن القافلة وجعله في مضیعة ، وفيه أربعة أوجه :

أحدها : يجب القطع ؛ لأنّه أخرج نصاباً من الحرز والمأمن إلى المضیعة .

الثاني : لا قطع ؛ لأنّ البعير وما عليه محرز بالراكب ، ولم يخرج من يده .

الثالث : إن كان الراكب قوياً لا يقاومه السّارق لو انتبه فلا قطع ، وإن كان ضعيفاً قطع .

الرابع : وهو الأصحّ ، إن كان الراكب حرّاً فلا قطع ؛ لأنّ المتاع والبعير في يده ، وإن كان عبداً قطع ؛ لأنّ العبد في نفسه مسروق يتعلّق به القطع⁽⁴⁾ .

رابعاً : مذهب المالكية : يرى المالكية أنّ الطّفل غير المميّز محلّ للسّرقه ، ولو كان حرّاً وعلى من يأخذه عقوبة القطع كسارق المال ، ومع أنّ المالكية يعترفون بأنّ السّرقه لا تقع إلّا على المال ، فإنّهم يستثنون الطّفل غير المميّز ، ويجعلون خطفه في حكم سرقة المال⁽⁵⁾ .

خامساً : مذهب الظّاهرية : ذهب الظّاهرية إلى وجوب قطع سارق العبد الصّغير ؛ لأنّه مال

(1) نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 460 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 349 - 350 .

(2) المهذّب ، ج 2 ، ص 281 .

(3) المهذّب ، ج 2 ، ص 281 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 350 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 460 .

(4) روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 351 .

(5) الخرشي ، ج 8 ، ص 94 / التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 542 .

حيث قال ابن حزم : لا نعلم خلافاً في أنّ من سرق عبداً صغيراً لا يفهم أنّ عليه القطع⁽¹⁾ .

أما العبد الكبير الذي يتكلم ، فإن سرقه وهو نائم أو سكران أو مغمى عليه أو متغلباً متهدداً بالقتل لا يقدر على الامتناع ولا على الاستغاثة فإذا كان هذا ، فهي سرقة صحيحة قد تمت منه ، وإذا هي صحيحة ، فالقطع عليه بنص القرآن .

أما سرقة الحرّ الصغير ، فيرى أهل الظاهر فيه القطع ، ولو لم تتحقق فيه المالّة ، واستدلوا على ذلك بأدلة :

– ما روي عن الحسن البصري أنّه قال : "من سرق صغيراً حرّاً ، أو عبداً قطع"⁽²⁾ .

– عن عبد الرزاق عن ابن جريج قال : أخبرني أنّ عليّاً قطع البائع – بائع الحرّ – وقال : "لا يكون الحرّ عبداً"⁽³⁾ .

– عن عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله ﷺ " أتى برجل كان يسرق الصبيان ، فأمر به فقطع"⁽⁴⁾ ، قال ابن حزم رحمه الله : فليس فيه تخصيص حرّ من عبد⁽⁵⁾ .

وخلاصة القول في هذه المسألة : أنّ سرقة العبد الصغير يقطع سارقه بإجماع الفقهاء ، أما الكبير فيشترط لقطع سارقه أن يكون العبد تحت تأثير سكر أو جنون أو نوم أو إكراه ، وإلا فلا قطع .

أما الحرّ الصغير فلا قطع عند جمهور الفقهاء على سارقه ، وفيه القطع عند المالكية والظاهرية كما سبق بيانه .

(1) ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 324 .

(2) البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب السرقة ، باب ما جاء فيمن سرق عبداً صغيراً من حرز ، ج 8 ، ص 268 ، رقم 16707

(3) ابن حزم ، المحلى ، كتاب السرقة ، ج 12 ، ص 324 ، مسألة : فيمن سرق حرّاً صغيراً ، رقم : 1634

(4) رواه الدارقطني في سننه ، كتاب الحدود والديات وغيره ، رقم : 3426 ، ج 2 ، ص 125

(5) المحلى ، ج 12 ، ص 324 – 325

والذي يظهر لي والله أعلم ، أنّ ما ذهب إليه الجمهور هو الصّواب ، فلا قطع على سارق الحرّ؛ لأنّه ليس بمال ، وما ورد من قطعه عليه السلام سارق الصّبيان ضعيف أو محمول على الأرقاء⁽¹⁾ .

وقال ابن عبّاس عليه السلام : ليس عليه قطع ، وعليه شبهه بالقطع - الحبس⁽²⁾ إذن فعلى سارق الصّبيان التّعزير ، ونظراً لشناعة هذه الجريمة ، فإنّه للحاكم أن يعزّر السّارق بأقصى عقوبة من عقوبات التّعزير ، حتّى يسدّ الباب أمام اللّصوص المجرمين ، خاصّة وأنّ خطف الأحرار صغاراً أم كباراً يستخدمها اللّصوص كوسيلة للحصول على مبتغاهم في عصرنا هذا .

(الفقرة الثّانية : حكم سرقة الأطفال في قانون العقوبات الجزائري : بعد أن تقرّر في قانون العقوبات الجزائري وجوب كون محلّ السرقة مالاً منقولاً ، والمال هو كلّ شيء قابل للملك الخاص وتكون له قيمة ، فإنّ الاختلاس لا يقع إلّا على شيء ، وبناء عليه لا يمكن أن يكون الإنسان محلاً للسرقة؛ بل للاختطاف أو محلاً للحبس أو القبض... الخ⁽³⁾ .

إذن فنحن بصدد جريمة أخرى مغايرة تماماً لجريمة السرقة وهي : جريمة خطف القصر " لقد عاقب القانون على جرائم خطف القصر واعتبرها من الجنايات الخطيرة ، وشدّد العقوبات عليها إذا توافرت الظروف المشدّدة ، والحكمة من ذلك هي حماية الأشخاص القصر الذين بحاجة إلى من يحميهم من التّغريب بهم ، والاعتداء عليهم بسبب عدم بلوغهم سنّ الرّشد ، وسهولة إغرائهم والسيطرة عليهم ، فنجد القانون قد اعتبر جرائم الخطف من ضمن الجنايات تارة ، وتارة أخرى من ضمن الجنح على التّحو التّالي"⁽⁴⁾ :

لقد نصّت المادّة 326 من قانون العقوبات الجزائري على مايلي : " كلّ من خطف أو أبعد قاصراً لم يكمل الثّامنة عشر ، وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل ، أو شرع في ذلك ، فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار ..."⁽⁵⁾ .

(1) نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 460 .

(2) ذكر الأثر في الخلل ، ج 12 ، ص 324 ، ولم أقف على تخريجه .

(3) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - محمد صبحي نجم ، ص 121 .

(4) المرجع السّابق ، ص 66 - 69 .

(5) قانون العقوبات الجزائري ، ص 93 .

الأول : جنح خطف القصر : قرّرت هذه المادة أنّ خطف الطّفل مع انعدام العنف ، والقوّة والإكراه ، والتّهديد ، واللّجوء إلى العُشّ ، والتّحايّل يعتبر جنحة يعاقب عليها القانون بالعقوبة الموصوفة في نصّ المادة المذكورة ، فيكون الفعل هنا تحت موافقة وعدم ممانعة القاصر الذي يجهل مصلحته بعد ، كما لا يفهم خطورة ما يتعرّض له في مثل هذه الأفعال ، لذلك اعتبر المشرّع هذه الجريمة جنحة ، وعقوبتها الحبس والغرامة المقرّرة للجنح .

ثانياً : جنابات خطف القصر : نستنتج من مفهوم نصّ المادة السّابقة الذّكر أنّ كلّ من خطف ، أو أبعد قاصراً لم يكمل الثّامنة عشرة مع استعمال العنف ، والتّهديد ، والتّحايّل ، أو شرع في ذلك ، أنّه يعاقب بعقوبة أشدّ من العقوبة المذكورة في نصّ المادة 326 ، لما في ذلك من خطورة الفعل وشناعته ، وبالتالي يكون الفعل جنابة وليس جنحة .

وجريمة الخطف لها أركانها التي تميّزها عن باقي الجرائم ، والتي يجب توفّرها حتّى تتحقّق وتستوجب العقوبة المنصوص عليها في المادة 326 ، وتتمثّل هذه الأركان في مايلي ⁽¹⁾ :

1/ الرّكن المادّي : لكي يتحقّق الرّكن المادّي لجريمة خطف القصر ، لا بدّ وأن تتوافر فيه ثلاثة عناصر :

العصر الأول : النشاط الإجرامي : وهو الفعل الذي يقوم به الجاني لتحقيق النتيجة المعاقب عليها ، ويكفي أن يخطف الجاني الطّفل ، أو يستدرجه ويغريه دون الاعتداء عليه ، أو يقوم بإبعاده أو نقله كليّة من المكان الذي أعدّ له دون اللّجوء إلى التّهديد والعنف والتّحايّل ، أو مع اللّجوء إلى ذلك حيث تشدّد العقوبة .

وقد يلجأ الجاني إلى الحصول على مقابل مادّي من ذوي المخطوف القاصر ، لكي يرشدهم إلى مكانه ، أو يعيد القاصر فعلاً إلى مكانه الذي كان فيه سابقاً ، وذلك عند من يتّخذ الخطف وسيلة لابتزاز الأموال من الأبرياء ، وهذا يعتبر سبب من أسباب تشديد العقوبة .

العصر الثاني : تحقيق النتيجة التي يعاقب عليها القانون ، وهي الخطف ، أو الإبعاد ، أو التّقل الذي يقع على القاصر ، وهو الأمر المترتّب على سلوك الجاني ، وبه تتمّ جريمة الخطف العمد .

(1) المرجع السّابق ، ص 67 - 68 .

العصر الثالث : رابطة السببية بين النشاط الإجرامي الذي قام به الجاني ، والنتيجة التي حصلت وهي مسألة موضوعية بحتة تدخل في السلطة التقديرية للقاضي ، بناء على الدلائل المتوفرة لديه .

2/ الركن المعنوي : ويتمثل في القصد الجنائي ، وجناية الخطف من الجرائم العمدية التي يشترط لتحقيقها توافر القصد الجنائي ، ويتحقق هذا الأخير بانصراف إرادة وعلم الجاني إلى عناصر الجريمة - الخطف - ، وكذا وجوب معاصرة قصد الجاني للخطف ، أو الإبعاد ، أو التقل من مكان إلى آخر .

وبعد هذا نلاحظ أنّ قانون العقوبات الجزائري قد اعتبر خطف الأطفال جريمة مستقلة متميزة بأركانها وعناصرها عن جريمة السرقة ، فهي لا تمدّ لها بصلة لا من قريب ولا من بعيد ، على خلاف ما هو جارٍ في التشريع الجنائي الإسلامي ، حيث اعتبر المالكية وأهل الظاهر أنّ سرقة الأطفال الأحرار معاقب عليها بعقوبة القطع ، وجمهور الفقهاء قيّدوا ذلك بما إذا كان الطفل حاملاً للتصاب .

لكن بما أنّ من قال بالقطع مطلقاً اعتمد على نصوص من السنة ، إمّا أنّها غير ثابتة ، وإمّا أنّها محمولة على العبيد من الصبيان ، وقد ترجّح قول من قال بالتعزير دون القطع ، وبناءً عليه فإنّ كلّ جريمة استوجبت التعزير لا مانع من إدراجها ضمن الجريمة التي تناسبها إذا اقتضت المصلحة ذلك ، فلا مانع من إدراج سرقة الأطفال ضمن جريمة خطف القصر المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري ، وإخراجها من موضوع جريمة السرقة تماماً ، طالما أنّ نظام الرّق قد انتهى ، وحمل التصاب من طرف الطفل المسروق تكون فيه العقوبة بالقطع لأجل توفر التصاب وليس لحماية الطفل ، فلا بدّ من قانون يحمي الأطفال من هذا الجانب ، ولا تنافي بين التعزير والعقوبة القانونية هاهنا ، والله أعلم .

الفرع الثاني

حكم سرقة القوى الطبيعية شرعاً وقانوناً

إنّ سرقة القوى الطبيعية تعتبر من السرقات المعاصرة جداً خاصة سرقة الكهرباء ، إمّا عن طريق توصيل سلك كهربائي ، وإمّا عن طريق التزوير في جهاز العداد ، ومهما كان الأمر

واختلف ، ما هو حكم هذا الفعل في ميزان الشرع والقانون ؟ للإجابة عن هذا التساؤل لابد من فقرتين اثنتين ، الأول منهما لحكم المسألة شرعاً ، والثاني منهما لحكم المسألة في قانون العقوبات الجزائري .

(الفقرة الأولى : حكم سرقة القوى الطبيعية شرعاً : لم يتعرض علماء الفقه الإسلامي القدامى في كتبهم لمسألة سرقة القوى الطبيعية ، لكون هذه السرقة معاصرة ، خاصة سرقة الكهرباء ، إلا فيما يتعلق بسرقة الماء فقد سبق الكلام عنه ، وذلك لورود حديث " المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار " ⁽¹⁾ ؛ حيث هناك من حكم بظاهر الحديث وحرم تمليك وبيع هذه الأمور الثلاثة ، إلا أن المشهور بين العلماء عدم التحريم ؛ لأن المراد بالكلاء في الحديث الكلاء المباح الذي لا يختص بأحد ، وبالماء ماء السماء والعيون والأنهار التي لا مالك لها ، وبالنار الشجر الذي يحتطب به الناس من المباح فيوقدونه ، فالماء إذا أحرزه الإنسان في إناء وملكه يجوز بيعه وكذا غيره ... ⁽²⁾ ، وبالتالي لا يجوز التعدي عليه بالسرقة

هذا وقد تعرض صاحب التشريع الجنائي الإسلامي لهذه المسألة بإجمال ودون تفصيل ، مبيناً بأنه ليس في الشريعة الإسلامية ما يمنع كون القوى الطبيعية والأشياء المباحة أصلاً محلاً للسرقة ، كالضوء والحرارة والبرودة والماء والهواء ، والعبرة في ذلك كله ... إمكان احتياز الشيء والتسلط عليه ، فكل من استطاع أن يحتاز شيئاً من هذه الأشياء المباحة الأصل يصبح مالِكاً لها ، وإن كان احتياز هذه الأشياء وأمثالها والتسلط عليها يجعلها منقولاً يعاقب على سرقة كما يعاقب على سرقة أي منقول آخر ، وعلى هذا فليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكهرباء محلاً للسرقة ؛ لأن احتيازها والتسلط عليها ونقلها من مكان إلى آخر في حيّز الإمكان ⁽³⁾ .

ويفهم من كلام صاحب التشريع الجنائي الإسلامي أن سارق القوى الطبيعية تقطع يده إذا بلغ المسروق نصاباً.

(1) أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب الرهون ، باب المسلمون شركاء في ثلاث ، ج 2 ، ص 29 ، رقم : 2472 / وأخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الإجارة ، باب في منع الماء ، ج 2 ، ص 146 ، رقم : 3477 / وأخرجه الإمام أحمد في مسنده من طريق أبي خراش من أحاديث رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، ج 2 ، ص 29 ، رقم : 23144 ، طبعة دار الفكر ، وفي إسناده عبد الله بن خراش وقد أشار صاحبي الزوائد إلى ضعفه / ورواه البيهقي في سننه الكبرى ، باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة ، ج 6 ، ص 150

(2) سنن ابن ماجة ، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، طبعة دار الفكر _ بيروت ، ج 2 ، ص 825

(3) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 544 .

هذا وقد انتشرت في الوقت الحاضر ظاهرة سرقة الكهرباء والماء ، حيث يقوم السارق بعملية تزوير في العدّاد الكهربائي أو عدّاد المياه ، ويظن أنّ مثل هذا العمل جائز شرعاً ، مبرّراً فعله بأنّ مبلغ الفاتورة يفوق بكثير كمية الكهرباء المستهلكة ، أو الماء المستهلك ، قائلاً : "أنا لم أسرق ولكنني أسترجع حقّي الضائع" ، خاصّة إذا كان هذا الأخير قد طالب بحقه من الجهات المعنية ولم يُصغى إليه .

إلا أنّ مثل هذا التصرف لا يقبله الشرع مهما كانت المبررات ؛ لأنّه من قبيل تغيير المنكر بالمنكر ، كما أنّه قد تسوّّل له نفسه استهلاك هذه القوى بهذه الطريقة غير المشروعة ، وربّما بكميّة تفوق حقه الضائع ، خاصّة وأنّ القانون يمنع ذلك ويعاقب عليه ، وكلّ ما يعاقب عليه القانون ويمنعه ، ولا يتعارض مع أصول الشريعة يأثم مخالفه ، لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَطِيعُوا الشَّيْطَانَ وَالْطَّاغُوتَ الرَّسُولَ وَالْأُولَىٰ وَالْأُولَىٰ ... ﴾ النساء / 59 .

والذي يظهر لي والله أعلم أنّ سارق الكهرباء والماء بهذه الطريقة لا قطع عليه وإنّما عليه التعزيز لشبهة استرجاع حقه .

أمّا إذا كانت سرقة الكهرباء أو الماء مباشرة من الشركة المالكة ، وذلك عن طريق إجراء توصيله كهربائية ببعض الأسلاك قبل مرور الكهرباء بالعدّاد ، أو توصيل مواسير بقنوات المياه الرئيسيّة ، وكذلك قبل مرور الماء والكهرباء بالعدّاد ، حتّى لا يثبت العدّاد الكميّة الحقيقيّة للكهرباء أو الماء المستهلكين من طرف الجاني ، فالأمر هنا يختلف لعدم وجود شبهة ، وكذلك الأمر إذا جعل الجاني توصيلة كهربائية ببعض أسلاك إحدى الشقق وتكون السرقة من أحد السكّان ؛ لأنّ هذا الأخير هو الذي يدفع تكلفة الاستهلاك والحكم نفسه لسرقة الماء بهذه الطريقة ، وبهذا يكون الجاني قد أخذ مالاّ منقولاً متقوماً مملوكاً للغير من حرز بلا شبهة إذا بلغ الاستهلاك نصاباً ، ويكون سارقاً مرتكباً لجريمة تستوجب القطع ، وحرز الكهرباء هنا أسلاكها وحرز المياه مواسيرها وقنواتها ، والله أعلم .

أمّا إذا كانت السرقة عن طريق العدّاد الكهربائي أو عداد المياه الذي يجعل أمام البيت ، وذلك بأنّ يعبث المستهلك بالعدّاد حتّى لا يثبت الرّقم الحقيقي الدّال على كميّة الكهرباء أو المياه المستهلكين بلا شبهة استرجاع حقّ ، فإنّ مثل هذا التصرف تحايل على الشركة وغشّ ولم تتوفّر فيه أركان جريمة السرقة المقرّرة ؛ لأنّ الأخذ بعد المرور من العدّاد يعتبر بمثابة التسليم المانع من القطع فيعزّر الغاشّ أشدّ التعزير .

إذن فسارق الكهرباء يضيء بيته بالحرام ، ويدير الآلات الكهرومترية الموجودة في بيته بالحرام ، فلا فرق بين من يسرق الكهرباء ، وبين من يكون مأكله من حرام ومشربه من حرام ، ثم يرفع يديه للدعاء فلا يستجاب له ؛ لأنّ فعله كان سبباً لغضب الله عزوجل ، وبالتالي لردّ الدعاء ، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " آيها الناس إنّ الله طيب لا يقبل إلّا طيباً ، وإنّ الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين ، فقال : ﴿ يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَلاَ تَحْمِلُوا صَالِحَهَا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾ المؤمنون / 51 وقال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ ﴾ البقرة / 172 ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر ثمّ يمدّ يديه إلى السماء يا ربّ ، يا ربّ ، ومطعمه حرام ، ومشربه حرام ، وملبسه حرام ، وغذي بالحرام ، فأنى يستجاب لذلك " ⁽¹⁾ .

هذا وقد أصدر علماء الشريعة الإسلامية المعاصرين فتاوى تحرم سرقة القوى الطبيعية ، لكنني لم أقف على كثير منها وهي موقّعة حتّى أدعم بها هذا المبحث ، حيث سئلت اللجنة الدائمة هل يجوز التحايل للامتناع عن دفع فاتورة الماء أو التلفون أو الغاز وأمثالها ؟ علماً بأنّ معظم هذه الأمور تتولّاها شركات مساهمة يمتلكها عامّة الناس . فأجابت : لا يجوز لما فيه من أكل لأموال الناس بالباطل ⁽²⁾ .

(الفقرة الثّانية : حكم سرقة القوى الطبيعية قانوناً : ذهب بعض الشّراح ⁽³⁾ إلى أنّ القوى الطبيعية كالضوء والحرارة والبرودة غير قابلة للسرقة ؛ لأنّها تدخل في حكم الأشياء المعنوية ... ، ويرى البعض الآخر ⁽⁴⁾ غير ذلك ؛ لأنّ كلمة شيء قد استعملها المشرّع الفرنسي بمعنى (المال) ، والشّيء يعتبر مالاً بالمعنى القانوني لهذه الكلمة متى تملكه الإنسان ، وبما أنّ القوى الطبيعية يمكن تملكها فيجوز أن تكون محلاً للسرقة ⁽⁵⁾ ، وإلى هذا الرأي الأخير ذهب كثير من الشّراح ⁽⁶⁾ .

وسأطرق هنا إن شاء الله تعالى لحكم سرقة الكهرباء والماء في القانون الوضعي بصفة عامّة ثمّ أنهي الكلام بموقف قانون العقوبات الجزائي من ذلك ، وهذا من خلال عرض

(1) رواه الإمام أحمد في مسنده ، مسند أبي هريرة ، ج 2 ، ص 628 ، رقم : 8148 .

(2) فتاوى اللجنة الدائمة ، ج 23 ، ص 441 وما بعدها ، وما قبلها فتاوى تشبهها .

(3) يقصد صاحب الموسوعة الجنائية ببعض الشّراح : جارسون ، وأحمد بك أمين .

(4) يقصد صاحب الموسوعة الجنائية ببعض الآخر : جارو ومن نحى نحوه .

(5) الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 203 .

(6) انظر جرائم السرقات ، ص 17 .

عبارات شرّاح القانون .

أولاً : حكم سرقة الكهرباء قانوناً : من المسائل التي كانت ولا تزال موضع خلاف في بعض البلدان ، مسألة معرفة ما إذا كانت الكهرباء قابلة للسرقة أم لا ⁽¹⁾ :

– ففي فرنسا ، جرت المحاكم على اعتبار الكهرباء قابلة للسرقة ...

– وأمّا في ألمانيا ، فالرأي السائد أنّ الكهرباء لا يمكن سرقتها ، وبناء على ذلك قضت المحكمة العليا للأمبراطورية في 20 أكتوبر 1896 بعدم تطبيق أحكام السرقة على اختلاس الكهرباء . وقد اضطرّ المشرّع الألماني إلى إصدار قانون خاص في 9 أبريل 1900 لمعاقبة من يختلس الكهرباء .

– أمّا إيطاليا ، فقد حكمت محكمة النقض في 13 جويلية 1898 بالحكم بالعقاب طبقاً لأحكام السرقة ، ثمّ جاء قانون العقوبات الإيطالي الصادر 1930 ، وأضاف إلى تعريف السرقة فيما يتعلّق بتطبيق قانون العقوبات ، أنّه يعتبر من الأشياء المنقولة الكهرباء وكلّ قوّة أخرى لها قيمة مائيّة .

– أمّا في إنجلترا ، فقد نصّ المشرّع في المادة 10 من قانون السرقة الصادر سنة 1916 على اعتبار اختلاس الكهرباء نوعاً من أنواع السرقة .

– أمّا في مصر ، فقد حكمت محكمة النقض والإبرام المصريّة في حكم لها ، بأنّ التيار الكهربائي منقول قابل للملك والحيازة ؛ فهو إذن من الأشياء التي يمكن اختلاسها .

ويقول صاحب الموسوعة الجنائية مؤكّداً على اعتبار الكهرباء مالاً منقولاً يصلح محلاً لجريمة السرقة "... ومن حيث أنّ علّة العقاب على السرقة هو منع الإخلال بأحكام القانون المدني التي سنّت طرق التعامل بالأموال ، وكيفية تداولها على الوجه المشروع ، فالواجب إذن الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة المعنى الموضوع للأموال المنقولة ، ومن حيث أنّ المال المنقول طبقاً لأحكام هذا القانون هو كلّ شيء ذي قيمة مائيّة ، يمكن تملكه وحيازته ونقله ، وهذه الخصائص متوفّرة في الكهرباء ؛ إذ لتيّارها قيمة ويمكن ضبطه وحيازته ونقله من حيز إلى آخر... ومتى كان كذلك فالكهرباء ممّا تتناوله كلمة منقول – التي صرّح بها قانون العقوبات – ولا محلّ لإخراج اختلاسها من حكم السرقة " ⁽²⁾ .

(1) الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 204 .

(2) المصدر نفسه ، الجزء نفسه ، ص 205 .

وجاء في كتاب آخر من كتب القانون عبارات تؤكد أيضاً على اعتبار الكهرباء مالاً منقولاً يصلح محلاً لجريمة السرقة ، وذلك كما يلي : ... وقد ثار الخلاف بشأن الكهرباء ، هل تعتبر منقولاً أم لا ؟ والرّاجح أنّ التيار الكهربائي يعتبر منقولاً ويصلح محلاً للسرقة ، وهذا ما طبقه القضاء ؛ لأنّ وصف المال المنقول لا يقتصر على ما كان مجسماً متميّزاً قابلاً للوزن طبقاً لنظريات الطبيعة ؛ بل هو يتناول كلّ شيء مقوم قابل للتّملك والحيازة والتّقل من مكان إلى آخر ، فالتيار الكهربائي هو ممّا تتوافر فيه هذه الخصائص ، ومن الأموال المنقولة المعاقب على سرقتها ... ، وعلى ذلك فمن يضع خلسة توصيلة لاختلاس التيار الكهربائي بدون مقابل ، يعتبر سارقاً سواء أكان التيار المختلس مأخوذ من الأسلاك الرّئيسة للشركة ، أو مأخوذ من أحد المشتركين لديها بدون رضا ⁽¹⁾ .

ونجد أيضاً عبارة أخرى في كتاب آخر " التيار الكهربائي هو ممّا تتناوله كلمة منقول ... ؛ إذ المنقول هو كلّ شيء ذي قيمة مائيّة يمكن تملكه وحيازته ونقله ، وهذه الخصائص متوفرة في الكهرباء ، ولا يشترط في المنقول أن يكون جسماً متحيّزاً قابلاً للوزن ⁽²⁾ " إذن " فالتيار الكهربائي منقول قابل للملك والحيازة وبالتالي للسرقة ، فلذلك يعتبر سارقاً من يختلس بواسطة غشّ العدّاد كمّيّة من التّور الكهربائي إضراراً بشركة الكهرباء ⁽³⁾ .

وجاء في شرح قانون العقوبات الجزائري ما يؤيد الحكم السّابق ⁽⁴⁾ " لا أهمّيّة لشكل ونوع وطبيعة المال أو الشّيء محلّ السرقة ، فقد يكون جسماً صلباً أو سائلاً أو غازاً أو تيّاراً كهربائياً... الخ . وهذا ما نصّت عليه صراحة المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري في فقرتها الأخيرة ، حيث نصّت على (وتطبّق العقوبات ذاتها أيضاً على مختلس المياه والغاز والكهرباء) ⁽⁵⁾ "

وجاء في شرح آخر لقانون العقوبات الجزائري " ... ويستوي في ذلك أن يكون المال جسماً صلباً ، أو سائلاً أو غازاً . وقد تقرّر بأنّ التيار الكهربائي هو ممّا يجوز فيه السرقة ؛ لأنّه قابل للحيازة والتّملك والتّقل ، مثل ما جاء المادة 350 ، الفقرة الأخيرة ⁽⁶⁾ .

(1) د/ عبد المهيمن بكر في القسم الخاص في قانون العقوبات ، ط 7 ، سنة 1977 ، ص 77 (نقلاً عن جرائم السرقة في ضوء الفقه والقضاء ، ص 11 - 12)

(2) (3) جرائم السرقات ، ص 83 - 84 .

(4) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - محمد صبحي نجم ، ص 122 .

(5) قانون العقوبات الجزائري ، ص 101 .

(6) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - ص 218 .

صور سرقة الكهرباء⁽¹⁾ : و يتصور سرقة الكهرباء كمايلي:

أ/ من الشركة المالكة لها عن طريق توصيله كهربائية ببعض الأسلاك قبل مرور الكهرباء على العداد ، حتى لا يثبت المستهلك الكمية الحقيقية للكهرباء التي استعملها .

ب/ وقد تتم السرقة من أحد السكّان بإجراء توصيله كهربائية ببعض أسلاك إحدى الشقق ، بعد مرور الكهرباء بعدد هذه الشقة ، مما يجعل السارق يختلس الكهرباء التي احتبسها هذا العداد على الساكن .

ج/ وقد يتم توصيل الكهرباء إلى المسكن بطريق العداد ، ثم يعبث المستهلك بهذا العداد حتى يعبر عن كمية أقل من الكمية التي كانت مسجلة .

ففي النوع الأول والثاني يعتبر الفعل جريمة سرقة ، أمّا في النوع الثالث فيعتبر الفعل جريمة نصب ؛ لأنّ في الحالة الأولى والثانية حصل الاختلاس ، أمّا في الحالة الثالثة فلا يمكن القول بحصول الاختلاس ؛ لأنّ الحصول على الكهرباء قد تمّ عن طريق العداد ، وشأن هذا العداد هو شأن مندوب الشركة ، و هو إذا سجّل الكمية المستهلكة يكون قد سلّمها إلى المستهلك تسليمًا ناقلاً للحيازة - أي مانعاً من حصول الاختلاس - أمّا ما أتاه المستهلك من العبث بالبيانات التي أثبتتها العداد بعد ذلك ، والتمكّن بذلك من الاحتيال على شركة الكهرباء لدفع مبلغ أقلّ ممّا يستحقّ ، فهو ممّا يعدّ جريمة نصب .

ثانياً : سرقة المياه : لقد تقرّر في القانون الوضعي بما فيه قانون العقوبات الجزائري ، أنّ الماء وإن كان مباحاً في أصله بين جميع الناس ، إلّا أنّه إذا حازه شخص ما وصار مالكا له ؛ فإنّه يعدّ مالاّ منقولاً قابلاً للسرقة ، ويدلّ على ذلك العبارات المختلفة لشراح القانون ، فضلاً عن شراح قانون العقوبات الجزائري .

حيث جاء في عبارة الشراح ما يؤكّد ذلك " كلّ شيء مادّي ذي قيمة ويقبل الانتقال من حيز لآخر يصلح محلاً للسرقة ، سواء أكان من الأجسام الصلبة أو السائلة أو الغازية ، فغاز الاستصباح والماء إذا حازه شخص ، وأصبح مالكا له يعدّ منقولاً قابلاً للسرقة ، وقضي بأنّ من يستولى على كمية من مياه الشركة ، أو البلديّة بطريقة "غش" معاصرة لأخذ الماء ، كأن يضع

(1) د/ محمد مصطفى القللي ، جرائم الأموال ، ط سنة 1939 ، ص 30 (نقلاً عن جريمة السرقة ، ص 33 - 34) / وكذا د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - ط سنة 1979 ، ص 716 (نقلاً عن جريمة السرقة ، ص 34)

ماسورة قبل العدّاد حتّى يخرج من المقاس الماء الذي يمرّ منها ، يعتبر سارقاً...⁽¹⁾ .

وجاء في عبارة أخرى " إنّ الماء وإن كان في الحقيقة عامّ المنفعة ، وهو في فراش بحرة ونهره متى فصل منه ووضع في حرز كالمواسير والإناء مطلقاً ، بحيث يمكن شموله بحقّ الملك فيصير كغيره من الأشياء المماثلة له ملكاً بأن وضع اليد عليه ، وبناء على ذلك يكون كلّ تعدّد عليه واختلاس شيء منه خفية من قبيل السرقة المنوّه عنها في المادّة - التي تحرّم ذلك - ...⁽²⁾ .

وجاء في عبارات من الموسوعة الجنائية " الماء إذا احتازه إنسان وأصبح بذلك ملكاً خاصاً له يعدّ مالاً منقولاً قابلاً للسرقة ، فيعدّ سارقاً ويعاقب بعقاب السرقة من يستولي على كمّية من مياه الشركة ، أو البلدية أكثر ممّا يحوّله له عقد اشتراكه ، باستعماله طريقة من طرق الغشّ معاصرة لأخذ الماء ، كأن يحدث تغييراً في جهاز التوزيع من شأنه زيادة مقدار الماء الذي يستهلكه ... ، أو يضع ماسورة قبل العدّاد حتّى يخرج من المقاس الماء الذي يمرّ من هذه الماسورة ... ، ولكن المشترك الذي يؤخر إبرة العدّاد ليجعل الرقم المبين به أقلّ من كمّية الماء الذي استهلكه ، يعدّ مرتكباً لجريمة الغشّ في مقدار الشيء المبيع لا مرتكباً لجريمة سرقة ؛ لأنّ أخذ الماء في هذه الحالة قد حصل بطريقة مشروعة ، وإنّما وقع الغشّ بعد ذلك لينقص المشترك من قيمة دينه "⁽³⁾ .

أمّا في قانون العقوبات الجزائري ، فالمادّة 350 منه واضحة وصريحة في تجريم سارق المياه مثله في الحكم مثل سارق الكهرباء ، فقد جاء فيها : "... وتطبق العقوبات ذاتها على مختلس المياه والغاز والكهرباء "⁽⁴⁾ ؛ لأنّه لا أهمية لشكل ونوع وطبيعة المال ، أو الشيء محلّ السرقة ، فلا مانع من كونه سائلاً كالماء طالما هو قابل للتّقل والمملك والحيازة ، كما أنّه ذو قيمة في نظر القانون⁽⁵⁾ .

إذن سارق القوى الطّبيعة يعاقب بعقوبة السرقة في قانون العقوبات الجزائري كلمة واحدة ، وبالتالي لا تنافي بين التشريع الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي في تجريم السّارق هنا ، طالما هذه القوى تقدّر بقيمة مالية وقابلة للتّقل والحيازة والمملك إذا بلغت النّصاب .

(1) د/ عبد المهيمن بكر في القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 77 (نقلاً عن جرائم السرقة في ضوء الفقه والقضاء ، ص 11-12)

(2) جرائم السرقات ، ص 94 .

(3) الموسوعة الجنائية ، ج 4 ، ص 203 .

(4) قانون العقوبات الجزائري ، ص 101 .

(5) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاصّ - محمد صبحي نجم ، ص 122 / دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاصّ - ص 218 .

الفصل الثالث

**التعزير في جريمة السرقة عند وجود
شبهة دارة للحد ، وبيان حكم التكرار
وفوات محل القطع**

تمهيد :

نظراً لكون الحدود عقوبات شديدة ، فقد أحاط الشارع الحكيم لإثباتها على المتهم ، وخرج بذلك على القواعد العامة في الإثبات ، ووضع قاعدة رئيسة هامة وهي قاعدة "درء الحدود بالشبهات" ، قال عليه الصلاة والسلام : " ادروا الحدود بالشبهات " (1) .

فمثلاً يجب على القاضي الذي يريد تطبيق العقوبة على الجاني ، أن يتحرى حتى يتأكد من ثبوت الجريمة وكما لها من حيث الأركان والشروط ، يجب عليه أيضاً أن يجتهد في الكشف عن الشبهات التي تدرأ بها الحدود إن وجدت ، إقتداءً بالنبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم ؛ فقد بلغ توقيهم وحرصهم عن إيقاع الحدود في غير محلها ، وأفضلية درئها بالشبهات أن يقولوا لمن أتى به سارقاً : أسرقت ؟ قل : لا ، ولمن زنى : لعنك غمزت ، لعنك قبلت ...

فالشبهة تدرأ الحد في الزنى سواء كانت في الفاعل _ كمن وطئ امرأة ظنّها حليته _ أو في المحلّ بأن يكون للواطئ فيها ملك _ كالآمة المشتركة والمكاتب _ أو في الطريق بأن يكون حلالاً عند قوم ، حراماً عند آخرين _ كنكاح المتعة ، والتكاح بدون وليّ أو بدون شهود _ وكلّ نكاح مختلف فيه .

كما يدرأ الحد في الشرب عمّن شرب الخمر للتداوي أو كان في مخمصة ، وكذا يدرأ الحد بقذف من شهد أربعة بزناها ، وأربع أنّها عذراء لاحتمال صدق بيّنة الزنى ، وكذا يدرأ الحد بسرقة مال أصله وفرعه وسيّده لشبهة استحقاق التفقة ، وسرقة ما ظنّه ملكه أو ملك أبيه أو ابنه .

ويدرأ الحد عمّن نطق بكلمة الكفر والتطرق بها ردّة ، إذا كان في حالة إكراه ﴿لَا مَسَاسَ لَهُ﴾ وَقَلْبُهُ مُكْمِنٌ بِالْإِسْلَامِ ﴿التحل / 106 . لشبهة الإكراه ، ويسقط القصاص أيضاً بالشبهة إذا قتل الحرّ المسلم من لا يدري أمسلم هو أم كافر حربي ؟ فلا قصاص للشبهة .

وكلّ هذا مبسوط في كتب الفقه ، يطّلع عليه العامّ والخاصّ ، وبما أنّ موضوع البحث في هذا الفصل يتعلّق بدرء حدّ السرقة بالشبهة ، فسوف ينصبّ اهتمامي على هذا الجانب إن شاء

(1) سوف يأتي تخرجه لاحقاً .

الله تعالى ، ابتداء من تعريف الشبهة وآراء العلماء فيها ، ومدى تقريرهم لهذه القاعدة الجنائية الشرعية ، وفي النهاية يتضح حتماً أثر تطبيق هذه القاعدة في درء القطع عن السارق ، وتعزيزه عند عدم براءته نهائياً .

هذا وفي نهاية هذا الفصل ، أتطرق أيضاً إلى حكم التكرار في جريمة السرقة ، وكذا فوات محل القطع بذهاب الطرف .

ففي المسألة الأولى أناقش حالة سرقة السارق أكثر من مرة ، فإذا سرق في المرة الأولى وقطعت يمينه ، ثم عاد إلى السرقة فهل تقطع رجله اليسرى ؟ ثم إذا قطعت رجله اليسرى وعاد إلى السرقة في المرة الثالثة والرابعة ، هل يعزّر ؟ أم تكون أربعة السارق محلاً للقطع ، والتعزير لا يكون إلا في المرة الخامسة ؟

وفي المسألة الثانية أناقش حالة السارق إذا وجب عليه القطع ويمناه قد قطعت قبل تنفيذ الحدّ، بغضّ النظر عن كونها قطعت بفعل سماوي أو بفعل جنائية ، هل يعزّر الجاني في هذه الحالة أم ينتقل القطع إلى اليد اليسرى ، أم إلى الرجل اليسرى ؟ وكذا إذا كانت اليد اليسرى قد أتلّفت أو شلت قبل تنفيذ العقوبة ، ما الحكم ؟ وإذا أخطأ الحدّاد في تنفيذ العقوبة ؛ بحيث قطع عضواً غير العضو المطلوب في السرقة ، هل يجزأ ذلك ولا ضمان على السارق ؟ أم على السارق الضمان ؛ لأنّ القطع لم يصب محله ؟

كما سأعرض لكلّ مسألة لها نظير في قانون العقوبات الجزائري بدراسة نقدية ما أمكن ذلك، وإلا سأكتفي بالجانب الشرعي فقط ، كما جرى العمل في بعض المسائل السابقة .

وبناء عليه يكون محتوى هذا الفصل وهو الثالث من هذه الأطروحة المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : مفهوم الشبهة وتعلّقها بقصد الجاني وإدراكه .

المطلب الأول : تعريف الشبهة وأدلة الفقهاء على العمل بها .

المطلب الثاني : المناقشة والترجيح .

المطلب الثالث : تعلّق الشبهة بالقصد الجنائي .

المطلب الرابع : تعلّق الشبهة بإدراك الجاني .

المبحث الثاني : تعلّق الشبهة بالإباحة .

- المطلب الأول : شبهة الملك تعريفها وضوابطها .
- المطلب الثاني : تطبيقات فقهية لشبهة الملك (الخاص) .
- المطلب الثالث : تطبيقات فقهية لشبهة الملك (العام) .
- المطلب الرابع : شبهة العقد وما يتعلق بها من تطبيقات فقهية .

المبحث الثالث : تعلق الشبهة بالإثبات وبيان مسائل هامة متعلقة بالسرقه .

- المطلب الأول : شبهة الإقرار والتطبيقات الفقهية المتعلقة بها .
- المطلب الثاني : الشبهات المتعلقة بالشهادة والتطبيقات الفقهية المتعلقة بها .
- المطلب الثالث : حكم التكرار في السرقه .
- المطلب الرابع : فوات محل القطع .

المبحث الأول

مفهوم الشبهة وتعلّقها بقصد الجاني وإدراكه

تَمْهِيد :

في هذا المبحث إن شاء الله تعالى سائين مفهوم الشبهة ، وأوضح الخلاف الجاري بين الفقهاء حول مدى اعتبار الشبهة كمؤثر شرعي في درء الحد ، وعدم اعتبارهم لها ، مدعمة ذلك بالأدلة الشرعية التي اعتمدها كل فريق ، ثم مناقشة هذه الأدلة وبيان الرأي الراجح في المسألة .

ثم بعد ذلك أوضح مسألة أثر تعلق الشبهة بقصد الجاني واختياره ، كالمكره والمضطر ، ومن خلال ذلك نتعرف على حكم ارتكاب المكره لجريمة السرقة ، وكذا حكم ارتكاب المضطر لجريمة السرقة .

كما أوضح مسألة أثر تعلق الشبهة بإدراك الجاني ، كالجهل والسكر ، ومن خلال ذلك نتعرف على حكم ارتكاب الجاهل لجريمة السرقة ، وكذا حكم ارتكاب السكران لجريمة السرقة ، كما سأعرض بالضرورة في مسألة حكم السرقة مع الإكراه والجهل والسكر، إلى موقف المشرع الجزائي من السرقات التي تقع تحت هذه المؤثرات وذلك بإيجاز ؛ لقلة المادة العلمية في ذلك ، وكل هذا يتم من خلال المطالب الأربعة الآتية :

المطالب الأربعة

تعريف الشبهة وأدلة الفقهاء على العمل بها

في هذا المطلب سأتناول تعريف الشبهة لغة وشرعاً ، ثم أبين أقوال الفقهاء فيها ، ومدى اعتبارهم لها ، وما هي أدلة الفقهاء الذين اعتبروا الشبهة سبباً لدرء الحدود ، وما هي أدلة من خالفهم في ذلك . وسأتناول هذه المسائل في فرعين : الأول منهما لتعريف الشبهة ، وأقوال الفقهاء فيها ، والثاني منهما : لعرض أدلة الفقهاء على اعتبار الشبهة وعدم اعتبارها .

الفرع الأول

تعريف الشبهة وأقوال الفقهاء فيها

سأتناول في هذا الفرع تعريف الشبهة لغة وشرعاً ، وعرض أقوال الفقهاء في الشبهة ؛ لبيان مدى اعتبارهم لها وعدم ذلك ، أي هل للشبهة أثر في درء حد القطع عن السارق ، أم ليس لها أي أثر ، والسارق يقطع في جميع الأحوال ؟

الفقرة الأولى : تعريف الشبهة لغة وشرعاً :

أولاً : تعريف الشبهة لغة : الشبهة لغة من شبه يشبه ، وشبهت الشيء بالشيء أقمته مقامه لصفة جامعة بينهما ذاتية معنوية ، وتشابهت الآيات إذا تساوت ، والشبهة أيضاً من الاشتباه الالتباس ، شبه عليه الأمر تشبيهاً : لبس عليه ، وتشابها واشتبه : أشبه كل منهما الآخر حتى التباسا ، واشتبهت الأمور وتشابهت : إذا التبت ولم تتميز ، ولم تظهر ، ومنه اشتبهت القبلة ونحوها ، والشبهة في العقيدة المأخذ والملبس ، وسميت شبهة لأنها تشبه الحق ، والجمع شُبُهَة وشُبُهَات ⁽¹⁾ .

ثانياً : تعريف الشبهة شرعاً : عرّفت الشبهة في اصطلاح الشرع بعدة تعاريف منها :

- 1/ الشبهة هي : ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً ⁽²⁾ .
- 2/ وعرّف الحنفية الشبهة بقولهم : هي ما يشبه الثابت وليس بثابت ⁽³⁾ .
- 3/ وعرفها الشافعية بقولهم : هي التردد بين الحلال والحرام ⁽⁴⁾ .
- 4/ وعرفها الحنابلة بقولهم : هي وجود المباح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته ⁽⁵⁾ .
- 5/ وعرّفت كذلك بأنها " الحال التي يكون عليها المرتكب ، أو تكون بموضوع الارتكاب ، ويكون معها المرتكب معذوراً في ارتكابها ، أو يعدّ معذوراً عذراً يسقط الحدّ ، ويستبدل به عقاب دونه ، على حسب ما يرى الحاكم ⁽⁶⁾ .

فمن خلال هذه التعاريف نجد أنّ الشبهة هي كلّ صفة تعلّقت بالجاني أو بالتّص ، وأدّى تعلّقها إلى درء العقاب عن المرتكب وبراءته تماماً ، أو تخفيف العقاب ، وتكون هذه الصّفة معتبرة شرعاً .

(1) المصباح المنير ، ج 2 ، ص : 303 - 304 / ترتيب القاموس المحيط ، مادة شبه ، ج 2 ، ص : 670 .

(2) التعريفات ، ص 165 .

(3) لا يقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط ، وإنّما يقصد بالثبوت معناه العامّ ، فيشمل ثبوت الفعل وثبوت الحكم (شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 140) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 69)

(4) حدود الألفاظ المتداولة في أصول الفقه والدين ، زكريا الأنصاري ، تحقيق فاروق حمادة ، طبع ضمن مجلّة دار الحديث الحسنية - العدد الثّالث سنة 1402 هـ ، ص 246 .

(5) المغني ، ج 10 ، ص 152 .

(6) محمد أبو زهرة ، فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي ، ط (1960) ، معهد الدّراسات العالية ، القسم 2 ، ص 13 - 14 .

الفقرة الثانية : أقوال الفقهاء في الشبهة :

أولاً : الرأي الأول : وهو رأي الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، حيث ذهب هؤلاء إلى أن الحدود تسقط بالشبهات ، واعتبارها مسقط للحدود واجب ، فإذا وجدت الشبهة لا يمضي الحاكم العقوبة بل يتحرى ، فإذا كانت الشبهة قوية لم يمض الحد ، وإن كان يجب على الجاني الضمان أو الدية ، أو يستبدل الحد بعقوبة يراها مناسبة كالتعزير ؛ إذ أن سقوط الحد عن المرتكب في حالة وجود الشبهة لا يعني إفلاته من العقاب كلية ، بل لابد من معاقبته بعقوبة تعزيرية ، إلا في حالات معينة .

ثانياً : الرأي الثاني : وهو رأي ابن حزم ، حيث خالف جمهور الفقهاء وذهب إلى عدم اعتبار الشبهة دائرة للحدود ؛ فيرى أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ، ولا أن تقام بشبهة ، فالحدود لله يجب إقامتها ، ولا يحل إسقاطها بأي حال من الأحوال ، وإذا لم يثبت الحد لا يحل أن يقام بشبهة⁽¹⁾ .

الفرع الثاني

أدلة الفقهاء على اعتبار الشبهة وعدم اعتبارها

بعد عرض أقوال فقهاء المذاهب وآرائهم حول كون الشبهة دائرة للحد ، وعدم كونها كذلك ، سأعرض بالضرورة إلى عرض الأدلة التي اعتمدها كل فريق ، وذلك في الفقرتين الآتيتين :

الفقرة الأولى : أدلة الجمهور على اعتبار الشبهة : أول ما يستدل به الجمهور على ذلك ، حديث الرسول ﷺ " ادفعوا الحدود بالشبهات " وهذا الحديث متفق عليه ، كما أنه قد تلقته الأمة بالقبول ، إلا أن الحديث قد روي من طرق مختلفة ، وبالتالي كثر الكلام حوله ، فهناك من ضعفه ، وهناك من صححه ، وخاصة الظاهرية الذين قالوا بأن الحديث غير مرفوع ، وأنه لم يثبت عن النبي ﷺ شيء من هذا ، ولهذا لابد من بيان الروايات المرفوعة ، والروايات الموقوفة مع آراء العلماء في ذلك .

(1) ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 57 .

أولاً : الروايات المرفوعة : هناك عدّة روايات مرفوعة تتعلّق بحديث "ادرعوا الحدود بالشّبهات" منها :

1/ عن عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله ﷺ قال : " ادرعوا الحدود بالشّبهات ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلّوا سبيله ، فإنّ الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة " (1) .

وفي إسناده هذا الحديث " يزيد بن زياد ، قال فيه الترمذي ضعيف الحديث ، وقال البخاري منكر الحديث ، وقال فيه التّسائي : يزيد بن زياد الشّامي متروك " (2) .

وروي هذا الحديث عن عائشة رضي الله عنها من طريق آخر (3) ليس في سنده يزيد بن زياد، وإنّما راوٍ آخر وهو راشد بن سعد الذي قال فيه العلماء : أنّه ضعيف وليس بشيء ، وسيء الحفظ غير معتمد ومتروك (4) .

2/ عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه قال : قال الرسول ﷺ : " ادرعوا الحدود ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود " (5) .

(1) أخرجه الترمذي ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ، ج 3 ، ص 115 ، رقم : 1429 ، وقال فيه حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزّهرري عن عروة عن عائشة ، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه ورواية وكيع أصحّ ، وقد روي نحوه هذا عن غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم / ورواه الحاكم في المستدرك ، كتاب الحدود ، ج 4 ، ص 384 ، وقال صحيح الإسناد ولم يخرّجاه ، إلا أنّ الذهبي تعقبه بقوله : " قال التّسائي يزيد بن زياد الشّامي متروك " / وأخرجه البيهقي في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود بالشّبهات ، ج 8 ، ص 283 ، وقال : " تفرد به يزيد بن زياد الشّامي وفيه ضعف " .

(2) تهذيب التهذيب ، ج 11 ، ص 328 _ 329 / نصب الرّاية لأحاديث الهداية ، للزّيلعي ، مطبوعات المجلس العلمي ، بيروت ، ط 2 ج 3 ، ص 309 / المستدرك على الصّحاحين ، ج 4 ، ص 384 .

(3) أخرجه البيهقي في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود بالشّبهات ، ج 8 ، ص 238 ، وقال : فيه راشد بن سعد وهو ضعيف .

(4) انظر تلخيص الخبير في تخريج أحاديث الرّافعي الكبير ، ج 4 ، ص 56 / نيل الأوطار من أحاديث سيّد الأخبار شرح منتقى الأخبار ، محمد بن علي الشّوكاني ، ط دار الحديث - القاهرة ، مج 4 ، ج 7 ، ص 105 / المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة ، السّخاوي ، تحقيق محمد عثمان الخشت ، دار الكتاب العربي - بيروت ، ط 1 (1405 هـ / 1985 م) ص 74 / تهذيب التهذيب ، ج 2 ، ص 49 _ 50 .

(5) أخرجه البيهقي في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود بالشّبهات ، ج 8 ، ص 238 ، وقال المختار بن نافع منكر الحديث .

وجه الدلالة من الحديث أنه ﷺ أمر بدرء الحدود ، والحدود لا تدرأ إلا بالشبهات ، واحتياطاً من أن يفهم الناس أن المراد من درء الحدود إسقاطها تماماً وتعطيلها ولو لم تكن هناك شبهات ؛ قال : ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود متى استوفت أركانها وشروطها .

وفي سند الحديث راوٍ ضعيف وهو المختار بن نافع ، قال فيه العلماء : إنه منكر الحديث⁽¹⁾ .

3/ عن علي بن أبي طالب ﷺ قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " ادفعوا الحدود " ⁽²⁾ وفي سند الحديث كذلك مختار بن نافع ، وهو ضعيف ومنكر الحديث ، والحديث فيه أمر بوجوب درء الحدود ، والحدود لا تدرأ إلا بالشبهات .

4/ حديث أبي هريرة ﷺ أن الرسول ﷺ قال : " ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً " ⁽³⁾ .

وفي سنده إبراهيم بن الفضل المخزومي ، قال فيه أحمد بن حنبل ضعيف الحديث ليس بقوي في الحديث ، وليس حديثه بشيء ، وقال فيه البخاري والنسائي منكر الحديث ، وقال الترمذي يضعف في الحديث وهو فاحش الخطأ ، زاد النسائي ليس ثقة ولا يكتب حديثه ، وهو عندي ممن لا يجوز الاحتجاج بحديثه ⁽⁴⁾ .

هذه هي الأحاديث المرفوعة التي تناولت درء الحدود بالشبهات ، وكلها روايات ضعيفة لوجود رواة تكلم عنهم العلماء الثقات ، كما تبين أن أسانيد هذه الأحاديث فيها ضعف ؛ لوجود راوٍ ضعيف ، أو منكر الحديث ، كيزيد بن زياد ، أو راشد بن سعد ، أو مختار بن نافع ، أو إبراهيم بن الفضل .

ثانياً : الروايات الموقوفة : أما الروايات الموقوفة المتعلقة بحديث درء الحدود بالشبهات فنجد ما يلي :

(1) انظر التلخيص الحبير ، ج 3 ، ص 53 / المقاصد الحسنة ، ص 74 / تهذيب التهذيب ، ج 10 ، ص 69 _ 70 / نصب الرأية ، ج 3 ، ص 309 .

(2) أخرجه البيهقي ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ، ج 8 ، ص 238 ، وقال حديث ضعيف الإسناد .

(3) أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود ، ج 2 ، ص 52 ، رقم : 2545 .

(4) سنن ابن ماجه ، ج 2 ، ص 850 / نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 105 / تهذيب التهذيب ، ج 1 ، ص 151 .

1/ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : "فإني أن أخطئ في العفو أحب إليّ من أن أخطئ في العقوبة"⁽¹⁾.

وهذا الأثر يدلّ - رغم ضعف سنده - على أنّ الخليفة عمر بن الخطاب ، يعتبر أنّ الشبهة التي يدّعيها مرتكب الحدّ دائرة لهذا الحدّ ، وأنّ الخطأ الذي يرتكبه الإمام في درء الحدود ، والعفو عن المرتكب ، أولى من الخطأ الذي يرتكبه بإجراء العقاب على الأبرياء ، والشبهة إذن تفصل بين البريء والمجرم .

2/ عن إبراهيم قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : "لئن أعطت الحدود بالشبهات أحبّ إليّ من أن أقيمها بالشبهات"⁽²⁾ .

بيّن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّ الشبهة معتبرة شرعاً ، والأخذ بها لابدّ منه ، فمثلاً لا يجوز إقامة الحدود مع وجود الشبهات ، فكذلك لا يجوز إسقاطها عند انعدام الشبهات ، والخطأ في درء الحدود بالشبهات أولى من إقامتها بالشبهات .

3/ عن عبد الله بن مسعود رضي عنهما قال : " ادفعوا الحدود بالشبهات ، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم"⁽³⁾ .

وقال البخاري وابن حجر والبيهقي : أصحّ ما فيه حديث عبد الله بن مسعود ، وأثّه حديث موصول⁽⁵⁾ لقد اتفق أكثر العلماء على أنّ هذا الأثر موصول لا انقطاع في سنده .

(1) أخرجه البيهقي في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات ، ج 8 ، ص 238 ، وقال : حديث منقطع وموقوف ، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ، ج 3 ، ص 56 " قلت ورواه محمد بن حزم في كتاب الإيصال من حديث عمر موقوفاً عليه بإسناد صحيح " .

(2) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الحدود ، باب في درء الحدود بالشبهات ، ج 6 ، ص 514 ، رقم : 71 ، وقال ابن حزم في كتابه المحلى " هذا الحديث رواه إبراهيم التيمي عن عمر بن الخطاب ، ولم يولد إبراهيم إلّا بعد موت عمر بنحو خمسة وعشرين عاماً " (المحلى ، ج 12 ، ص 59) وقال الشوكاني في نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 105 : إسناده صحيح .

(3) أخرجه البيهقي في سننه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات ، ج 8 ، ص 238 ، وقال : هذا موصول / وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، كتاب الحدود ، باب درء الحدود بالشبهات ، ج 7 ، ص 402 ، رقم : 13640 .

(5) انظر تلخيص الحبير ، ج 3 ، ص 56 / نصب الرأية ، ج 3 ، ص 309 / المقاصد الحسنة ، ص 74 .

4/ عن عائشة رضي الله عنها قالت : " ادركوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإذا كان له مخرج فخلّوا سبيله " (1) .

وقال الترمذي بعد ما روى هذا الأثر " وقد روي نحو هذا عن غير واحد من أصحاب النبي ﷺ أنهم قالوا مثل ذلك " (2)

إذن هذه هي الروايات المرفوعة والموقوفة التي تناولت موضوع درء الحدود بالشبهات ، ورغم كثرتها واختلاف ألفاظها إلا أنها على إيجاد مخرج شرعي للجاني يحول دون عقابه ، ومن خلال هذا العرض يمكن استنتاج مايلي :

أ/ كلّ الروايات المرفوعة رغم ضعف أسانيدها ، إلا أنها رويت من طرف كبار الصحابة ، وممن عرفوا بكثرة الرواية ، واشتهروا بالفقه والفتيا .

ب/ كلّ الروايات الموقوفة رويت من طرف كبار الصحابة أيضاً كعمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود ، ومعاذ بن جبل ، وعقبة بن عامر رضي الله عنهم ، وهذا إن دلّ على شيء فإنما يدلّ على أنه للحديث أصل ، ومعمول به .

ج/ صحّح العلماء بعض الروايات الموقوفة ومنها :

- رواية عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، حيث صحّحها البخاري ، وابن حجر والبيهقي ، وقالوا أصحّ ما فيه حديث عبد الله بن مسعود ، وأنه حديث موصول ، وقد سبق ذكر هذا (3) .
- رواية عمر ابن الخطاب الأولى صحّحها ابن حجر ، حيث قال : قلت ورواه بن حزم في كتاب الإبصال من حديث عمر موقوفاً عليه بإسناد صحيح (4) .

(1) سبق تخريجه ، ص 378 .

(2) سنن الترمذي ، ج 2 ، ص 115 .

(3) تلخيص الحبير ، ج 3 ، ص 56 / نصب الرّاية ، ج 3 ، ص 309 / المقاصد الحسنة ، ص 74 .

(4) تلخيص الحبير ، ج 3 ، ص 56 .

- رواية عمر ابن الخطاب الثانية ، قال فيها الشوكاني⁽¹⁾ أنّها صحيحة السند⁽²⁾ .
- رواية عائشة رضي الله عنها الموقوفة صحّحها الترمذي ، حيث قال : ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه ، ورواية وكيع أصح⁽³⁾ .

فهذه الأحاديث وإن كانت أسانيداً لا تخلو من مقال ، إلا أنّ مجموعها يدلّ على أنّه للحديث أصل ، ونظير هذا كثير عند العلماء ، فقد قال مالك : " شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحّة مسنده " ⁽⁴⁾ .

فالروايات الموقوفة التي صحّحها العلماء ، تعضّدها الروايات المرفوعة وتقويها ، وتجعلها صالحة للاستدلال على درء الحدود بالشبهات .

(الفقرة الثانية : أدلة ابن حزم : استدللّ ابن حزم رحمه الله بعدّة أدلة تدعيماً لرأيه في عدم اعتبار الشبهة دائرة للحد منها :

أولاً : قوله سبحانه وتعالى : ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ البقرة / 229 ؛ فحدود الله معتبرة شرعاً ، ولا يحلّ تعديها ، ولا انتهاكها ، ولا إسقاطها " فإذا ثبت الحدّ لم يحلّ أن يدرأ بشبهة " ⁽⁵⁾ .

ثانياً : حديث الرسول ﷺ : " الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتهيات لا يعلمها كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات كراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يواقع ، ألا إنّ لكلّ مالك حمى ، ألا إنّ حمى الله محارمه " ⁽⁶⁾ .

(1) هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ، فقيه مجتهد ، محدث أصولي ، ولد سنة 1173 هـ ، أخذ العلم على يد والده وأهل العلم في بلدته ، من شيوخه الحافظ عبد القادر الكوكبي وأحمد بن محمد الحراري ، تصدرّ التدريس في جامع صنعاء وتولى القضاء الأكبر ، توفي سنة 1255 هـ بصنعاء ، من مؤلفاته إرشاد الفحول _ فتح الدير _ السيل الجرار (الأعلام للزركلي ، ج 6 ، ص 218)

(2) نيل الأوطار ، ج 7 ، ص 105 .

(3) سنن الترمذي ، ج 2 ، ص 442 .

(4) سنن الدارقطني ، ج 2 ، ص 44 .

(5) المحلى ، ج 12 ، ص 58 .

(6) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الإيمان ، باب فضل من استبرأ لدينه (فتح الباري ، ج 1 ، ص 126) / وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب أخذ الحلال وترك الشبهات (شرح صحيح مسلم للتووي ، ج 11 ، ص 27)

استدلّ ابن حزم بهذا الحديث ، مبيّناً أنّه يجب على الإنسان أن يتحرّى الحلال ويترك الحرام ، ومنه القاضي مطالب ألا يقع في الشبهات ، بل يتحرّى الحلال ، ويترك إقامة الحدّ إذا جهل أو جَبَّ أم لم يجب ؛ لأنّ أعراض الناس ودماءهم حرام ، فيقول رحمه الله " ... وهكذا نقول أنّ من جهل أحرام هذا الشيء أم حلال ؟ فالورع له أن يمسك عنه ، ومن جهل أفرض هو أم غير فرض ؟ فحكمه ألا يوجبه ، ومن جهل أوجب الحدّ أم لم يجب ففرضه أن لا يقيمه ؛ لأنّ الأعراض والدماء حرام " (1) .

كما يرى أنّ الحدود حقوق الله تعالى ، ولا مزيد على ذلك ، فيقول : " ذهب أصحابنا إلى أنّ الحدود لا يحلّ أن تدرأ بشبهة ، ولا أن تقام بشبهة ، وإلّا ما هو حقّ الله تعالى ، ولا مزيد ، فإن لم يثبت الحدّ لم يحلّ أن يقام بشبهة " (2) .

ثالثاً : ومن جهة أخرى ، يعتبر ابن حزم الحديث الذي استدلّ به الجمهور ، وتمسّكوا به لا أصل له ، ولا يصلح للاحتجاج ؛ حيث يقول : " فحصل لما ذكرنا أنّ اللفظ الذي تعلّقوا به لا نعلمه روي عن أحد أصلاً ، وهو " ادعوا الحدود بالشبهات " لا عن صاحب ولا عن تابع ... " (3) .

رابعاً : كما يعتبر ابن حزم أنّ الأخذ بمبدأ - درء الحدود بالشبهات - يؤدّي إلى تعطيل الحدود حيث يقول " ... وأدّى إلى إبطال الحدود جملة على كلّ حال ، وهذا خلاف إجماع أهل الإسلام ، وخلاف الدّين ، وخلاف القرآن والسّنن ؛ لأنّ كلّ أحد هو مستطيع على أن يدرأ كلّ حدّ يأتيه فلا يقيمه " (4) .

خامساً : كما يعتبر ابن حزم رحمه الله أنّ حديث " ادعوا الحدود بالشبهات " والتّصوص الأخرى لم توضّح معنى الشبهات وأنواعها ولم تضبطها ، وهذا يؤدّي إلى وجود خلاف كبير بين العلماء ، فهذا يراها شبهة ، والآخر لا يراها كذلك ، ويقول : " فليس لأحد أن يقول في شيء يريد أن يسقط به حدّاً (هذا شبهة) إلّا كان لغيره أن يقول : ليس بشبهة ، ولا كان لأحد أن يقول في شيء لا يريد أن يسقط به حدّاً : ليس هذا شبهة ، إلّا كان لغيره أن يقول : بل هو شبهة ، ومثل

(1) الخُلّي ، ج 12 ، ص 60 .

(2) المصدر نفسه ، ص 57 .

(3) المصدر نفسه ، ص 59 .

(4) المصدر نفسه ، الصّفحة نفسها .

هذا لا يحلّ استعماله في دين الله تعالى ، إله لم يأت به قرآن ، ولا سنة صحيحة ، ولا سقيمة ، ولا قول صاحب ، ولا قياس ، ولا معقول مع الاختلاط الذي فيه ⁽¹⁾ .

المطلب الثاني

مناقشة أدلة الفقهاء على العمل بالشبهة مع الترجيح

لقد سبق القول بأن ابن حزم رحمه الله ردّ دليل جمهور الفقهاء الذي اعتمدوا عليه في درء الحدود بالشبهات ، واعتبره لا أصل له ، وأنه لم يرو عن صاحب ولا تابع ، لكن الجمهور لهم أدلة كثيرة وصحيحة تؤيد ما ذهبوا إليه وتقوي مبتغاهم ، وفي المقابل ناقشوا أدلة ابن حزم وأبطلوا ما ذهب إليه ، وهذا ما سيوضح في هذا المطلب إن شاء الله تعالى ، وبالتالي تكون هذه المناقشة في فرعين : الفرع الأول لمناقشة أدلة ابن حزم وإبطال ما ذهب إليه ، والفرع الثاني : لبيان الأدلة التي تؤيد ما ذهبوا إليه .

الفرع الأول

مناقشة الجمهور لأدلة ابن حزم وإبطال ما ذهب إليه

أتناول هذا الفرع من خلال فقرتين ، الأولى لمناقشة أدلة ابن حزم والردّ عليها ، وأغلب الردود كانت متعلّقة بتمسّكه بمبدئه في عدم اعتبار الشبهة ، والفقرة الثانية : للردود المتعلّقة بعدم ثبوت حديث درء الحدود بالشبهات .

الفقرة الأولى : مناقشة أدلة ابن حزم والردّ عليها ⁽²⁾ :

أولاً : بالنسبة لاستدلّاله بالآية الكريمة من سورة البقرة ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَرُوهَا ﴾ باعتبار أنّ حدود الله لا يجوز تعديها بأيّ حال من الأحوال ، وهذا باتّفاق جميع العلماء ، وإسقاط الحدود بالشبهات تعدي على حقّ الله .

(1) المصدر السابق ، ص 60 .

(2) استعنت في هذه المناقشة برسالة ماجستير تحت عنوان " الشبهات المسقطة للحدود _ دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية _ " للباحثة عقيلة حسين ، سنة 1416 هـ / 1996 م بالمعهد الوطني العالي لأصول الدين - الجزائر ، ص 45 _ 46 _ 47 .

ناقش جمهور العلماء هذا الاستدلال ، وذلك بأن إقامة الحدود مع وجود مبررات سقوطها ، والأعذار المعتبرة شرعاً ، ووضعها في غير محلها ، هي عين التعدي على حقوق الله وحدوده ؛ لأنّ المقيم للحدّ في هذه الحالة قام بتنفيذه قبل الأمر بذلك ، فلا بدّ للقاضي إذن قبل التنفيذ من أن يستفسر على كلّ ما يتعلّق بالجريمة ، فإذا وجد عذراً معتبراً شرعاً خلّى سبيل المجرم ؛ لأنّه ليس محلاً للعقوبة ، وإذا أقامها في هذه الحالة يكون قد ظلم وتعدّى على حدود الله ، فالآية حجة عليه وليست له .

ثانياً : قال ابن حزم رحمه الله : " ... لا يحلّ أن تدرأ الحدود بشبهة ، ولا أن تقام بشبهة ، وإن لم يثبت الحدّ لم يحلّ أن تقام بشبهة " ⁽¹⁾ فابن حزم لا يعتبر الشبهة في درء الحدّ ، لكنّه يعتبرها في تنفيذ الحدّ ، بحيث لا يقام بشبهة حتّى لا تتوسّع دائرة الحدود والعقوبات . فكان ينبغي له أن يعتبر الشبهة في درء الحدّ حتّى لا يؤدّي ذلك إلى توسّع دائرة الظلم ، واتّهام الأبرياء ، وفي هذا الشأن يقول عليه الصلّاة والسّلام : " لو كنت راجعاً أحداً بغير بينة لرحمت فلانة ، فقد ظهر منها الرّيبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها " ⁽²⁾ .

وأقول أنّه لا فائدة من التفرقة بين درء الحدّ بالشبهة ، وعدم إقامة الحدّ بالشبهة ؛ إذ كلا المبدئين وجهين لعملة واحدة - والله أعلم -

ثالثاً : رغم تمسّك ابن حزم - رحمه الله - بمبدئه في عدم اعتبار الشبهة ، وردّه للحديث الّذي تمسّك به الجمهور بدعوى أنّ الأخذ به يؤدّي إلى تعطيل الحدود ، وبالتالي انتشار الفساد في الأرض ، إلّا أنّ المتتبّع لما جاء في الحلّي يجد أنّه - رحمه الله - أخذ بالمبدأ في مواضع كثيرة من كتابه ، فعلى سبيل المثال ، قال في المكروه على شرب الخمر : " ... من أكره على شرب الخمر ، ففتح فمه كرهاً بأكاليل ، وصبّ فيه الخمر حتّى سكر ، فإنّ هذا لا خلاف في أنّه غير آثم ، ولا في أنّه لم يدخله على نفسه ، فينبغي أن يكون حكمه بخلاف حكم من أدخله على نفسه ، فلا يلزم هذا المكروه شيئاً ممّا قال في ذلك السّكر ... " ⁽³⁾ .

(1) الحلّي ، ج 12 ، ص 57 .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب التمتّي ، باب ما يجوز من اللّو (فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج 13 ، ص 224) / وأخرجه أيضاً في كتاب الطّلاق ، باب اللّعان (فتح الباري ، ج 6 ، ص 180)

(3) الحلّي ، ج 12 ، ص 263 .

ويقول في موضع آخر : " وكذلك من اضطرّ إلى الخمر لعطش ، أو لاختناق ، فشرب منها مقدار ما يزيل عطشه ، أو اختناقه - وذلك حلال له - فسكر من ذلك لا حدّ عليه " (1) .

فالمكره على شرب الخمر أو المضطر إلى ذلك لا حدّ عليه ، والإكراه والاضطرار شبهتان عند جمهور الفقهاء ، فلا دليل أقطع من هذا على أنّ ابن حزم يأخذ بمبدأ درء الحدود بالشبهات .

وقال أيضاً : " إلاّ أنّ من فعل هذا من الصّبيان ، أو المجانين ، أو السّكارى : في دم ، أو جرح ، أو مال : ففرض ثقافه في بيت ليكفّ أذاه ، حتّى يتوب السّكران ، ويفيق المجنون ، ويبلغ الصّبي ، لقوله تعالى ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُرْوَةِ ﴾ المائدة / 2 وتنقيفهم تعاون على البرّ والتقوى ، وإهمالهم تعاون على الإثم والعدوان " (2) .

فلم يصرّح ابن حزم بوجوب الحدّ على الجاهل أو السّكران ؛ بل اعتبر الجهل شبهة ، ووضع ضوابط له ، وكذلك السّكران لم يجعله مؤاخذاً فيما ارتكب من جنایات .

رابعاً : برّر ابن حزم عدم أخذه بالشّبهات ، اختلاف الفقهاء حولها ، وعدّ انضباطها ، فما اعتبره البعض شبهة لم يعتبره البعض الآخر كذلك ، وهذا من شأنه أن يعطل الحدود (3) .

إلاّ أنّ الفقهاء لم يأخذوا بالشّبهة إذا لم تكن قويّة ومعتبرة شرعاً ، ومدعّمة بالأدلة الصّحيحة من الأحاديث النبوية والآيات القرآنيّة ، وأفعال الصّحابة وأقوالهم ، ولا خلاف بين الجمهور وابن حزم في اعتبار كثير من الشّبهات والأخذ بها ، عندما تكون مدعّمة بالأدلة الصّحيحة .

ومن جهة أخرى ، فإنّ جمهور الفقهاء لا يأخذون بمبدأ درء الحدود بالشّبهات بناء على هوى ؛ بل بناء على ضوابط شرعيّة دقيقة ، وفي هذا يقول السيوطي (4) رحمه الله : " ولا يراعى

(1) المصدر السّابق ، ص 380 .

(2) المصدر السّابق ، ج 10 ، ص 220 .

(3) المصدر السّابق ، ج 12 ، ص 58 .

(4) هو عبد الرحمن بن الكمال أبي بكر بن محمد الحضري السيوطي ، جلال الدين ، ولد سنة 849 هـ ، من شيوخه البلقيني والمناوي وغيرهم ، توفي سنة 911 هـ ، له مصنّفات كثيرة جداً في شتى العلوم والفنون ، منها الإتقان في علوم القرآن - تاريخ الصّحابة - حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة (انظر ترجمته في : الكواكب السائرة في أعيان المائة العاشرة ، ج 1 ، ص 226 _ 227) .

في الشبهة الخلاف غير الموافق لرأي الجمهور كخلاف عطاء في إباحة الجوارى للوطء ، وفي سرقة مباح الأصل ، كالخطب ونحوه إذا أحرز ، وفي القذف على صورة الشهادة ، ومن شرب التبيذ يحد ، ولا يراعى خلاف أبي حنيفة⁽¹⁾ .

خامساً : قال ابن حزم رحمه الله : " أن مبدأ الأخذ بالشبهات من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل الحدود ، وهذا خلاف الإجماع " فكما أن خلاف الإجماع تعطيل الحدود وإسقاطها عند الأخذ بمبدأ درء الحدود بالشبهات ، فكذلك إقامتها مع الشبهات ووجود الأعذار الشرعية الدائرة لها خلاف الإجماع " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهات "⁽²⁾ .

(الفقرة الثانية : الردود المتعلقة بعدم ثبوت حديث " درأ الحدود بالشبهات : أما ردّ بن حزم
لحديث درء الحدود بالشبهات باعتبار أنه لا أصل له ، ولم يرو عن صاحب ولا عن تابع ، فمناقشته تكون من وجوه .

أولاً : لقد سبق ذكر الروايات المرفوعة والموقوفة التي تناولت موضوع درء الحدود بالشبهات ، وهي كثيرة ومختلفة الألفاظ ، خاصة وأن علماء الجرح والتعديل قد صحّحوا كثيراً منها ، وهذا إن دلّ على شيء فإنما يدلّ على أن الحديث له أصل في الجملة .

ثانياً : الحديث تلقته الأمة بالقبول وعملت به ، ولم يثبت عن الصحابة ولا عن التابعين ولا عن الفقهاء من بعدهم أنهم أقاموا الحدود مع وجود الشبهات ، بل الثابت هو العكس تماماً ، حيث " ثبت أن عبداً من رقيق الإمارة وقع على وليدة فاستكرهها حتى افتضّتها فجلده عمر الحدّ ونفاه ولم يجلد الوليدة من أجل أنه استكرهها "⁽³⁾ .

فالملاحظ أن الصحابي الجليل عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قد أعمل مبدأ درء الحدود بالشبهات في اعتباره أن الإكراه شبهة قويّة ، وبالتالي لم يقيم الحدّ على وليدة .

(1) الأشباه والتظانير للسيوطي ، ط (د ت ن) مطبعة مصطفى محمد - مصر - ص 92 - 96 .

(2) الإجماع ، محمد بن إبراهيم بن المنذر ، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد ، ط 2 (1407 هـ / 1987 م) قطر ، ص 112 .

(3) الخراج لأبي يوسف ، ص 191 .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - "... لقد كان يبلغ من توقّي رسول الله ﷺ الحدود في غير مواضعها ، وما كانوا يرون في درئها بالشبهات أن يقولوا لمن أتى به سارقاً ، أسرت ؟ قل : لا" (1)

ثالثاً : صحيح أن جميع الروايات المرفوعة لحديث " ادعوا الحدود بالشبهات " ضعيفة السند ، والمعلوم في علم الحديث ، أن الضعيف ضعفاً غير فاحش إذا ورد من عدّة طرق ، فإنّه يتقوّى ويعضدّ بعضه بعضاً ؛ فيرتقي إلى درجة القبول ، خاصّة إذا تلقّته الأئمة بالقبول ، وكان عليه عمل الجمهور ، فيجب العمل بمدلوله ، وفي هذا السياق يقول ابن حجر : " إن اتفاق الأئمة على تلقّي خبر غير ما في الصحيحين بالقبول ، ولو كان ضعيفاً يوجب العمل بمدلوله " (2) .

وقال السيوطي : " قال بعضهم يحكم للحديث بالصحة إذا تلقّاه الناس بالقبول ، وإن لم يكن له إسناد صحيح " (3) .

وقال السخاوي (4) - رحمه الله - " إذا تلقّت الأئمة الضعيف بالقبول ، يعمل به على الصحيح ، وحديث درء الحدود بالشبهات من هذا الباب " (5) .

فحديث " ادعوا الحدود بالشبهات " ضعيف ، وغير موجود في الصحيحين ، فإذا تمّ التسليم أنّه برواياته المرفوعة والموقوفة يبقى ضعيفاً ولا يتعضدّ بكثرة طرقه ، فإنّ الأئمة قد تلقّته بالقبول ، كما عمل به كبار الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة ، فيصبح ذلك تصحيحاً له ، وشهرته أغنت عن النظر في سنده ، فيأخذ حكم الصحيح ، كما قال علماء الحديث ، ويعمل به وجوباً .

(1) الخراج لأبي يوسف ، ص 191 .

(2) التكت على ابن الصلاح لابن حجر ، تحقيق ربيع بن هادي عمير ، ج 1 ، ص 288 .

(3) جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، تدريب الراوي شرح تقريب التنوي ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، ط 2 (1388 هـ) مطبعة السعادة ، ج 1 ، ص 67 .

(4) هو محمد بن عبد الرحمن بن محمد شمس الدين السخاوي المؤرّخ والمحدّث والمفسّر ، ولد سنة 831 هـ ، وهو تلميذ ابن حجر العسقلاني ، توفي سنة 902 هـ ، له مؤلّفات كثيرة منها : الضوء اللامع في أعيان القرن التاسع _ المقاصد الحسنة _ شرح ألفية العراقي ، وغيرها (انظر ترجمته مفصلة في كتاب الضوء اللامع ، ج 8 ، ص 2 ، 3 _ الكواكب السائرة في أعيان المائة العاشرة ، ج 1 ، ص 53 _ 54) .

(5) فتح المغيث شرح ألفية الحديث ، للسخاوي ، ط 3 (1377 هـ / 1958 م ، مطبعة العاصمة ، ج 1 ، ص 268 .

رابعاً: بالنسبة للروايات الموقوفة لحديث " ادركوا الحدود بالشبهات " روايات قد تمّ تصحيح أغلبها ، وهذه الروايات هي عبارة عن أقوال لصحابة كعمر ابن الخطاب ، وعبد الله ابن مسعود ، ومعاذ ابن جبل ، وعقبة ابن عامر ، وعائشة رضي الله عنهم أجمعين ، فهل قول الصحابي حجة ؟

قال ابن القيم - رحمه الله - في حجية قول الصحابي : " إنّ الصحابة كما قال الشافعي أدوا إلينا سنن رسول الله ﷺ ، وشاهدوا الوحي يتزل عليه ، فعلموا ما أراد رسول الله ﷺ - عاماً وخاصاً وعزماً وإرشاداً - وعرفوا من سنته ما عرفنا وجهلنا ، وهم فوقنا في كلّ علم واجتهاد ، وورع وعقل وأمر استدرك به علم واستنبط ، وآرائهم لنا أحمد ، وأولى بنا من رأينا ... وهكذا نقول ولم نخرج عن أقاويلهم ، وإن قال أحد هم ولم يخالفه غيره أخذنا بقوله " (1) .

لا خلاف في أنّ قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي والعقل يكون حجة على المسلمين ؛ لأنه لا بدّ أن يكون قاله عن سماع من الرسول ﷺ ، كقول عائشة رضي الله عنها : لا يمكث الحمل في بطن أمه أكثر من سنتين قدر ما يتحوّل ظلّ المغزل ، فمثل هذا ليس مجالاً للاجتهاد والرأي ، فإذا صحّ فمصدره السماع من الرسول ﷺ ، وهو من السنة ، وإن كان في ظاهر الأمر من قول الصحابي (2) .

ولا خلاف أيضاً في أنّ قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف من الصحابة يكون حجة على المسلمين ، لأنّ اتفاقهم على حكم في واقعة مع قرب عهدهم بالرسول ﷺ ، وعلمهم بأسرار التشريع واختلافهم في وقائع كثيرة غيرها ، دليل على استنادهم إلى دليل قاطع ، وهذا لما اتفقوا على توريث الجدّات السدس كان حكماً واجباً أتباعه ، ولم يعرف فيه خلاف بين المسلمين (3) .

فقول الصحابي إذن حجة باتّفاق إذا لم يخالفه صحابي آخر ، أو كان قوله ممّا لا مجال للرأي فيه ، وحديث " ادركوا الحدود بالشبهات " رواه صحابة كثيرون وقد سبق ذكرهم ، ولم يكن بينهم مخالف لذلك ، كما أنّ درء الحدود بالشبهات ممّا لا مجال للرأي فيه ، وقد قال الترمذي رحمه الله " وقد روي نحو هذا عن غير واحد من أصحاب الرسول ﷺ أنّهم قالوا

(1) إعلام الموقعين عن ربّ العالمين لابن القيم ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، ط 1 (1374 هـ / 1955 م) مطبعة السعادة ، مصر ، ج 1 ، ص 80 .

(2) علم أصول الفقه لعبد الوهّاب خلّاف ، ط 2 (1406 هـ / 1986 م) دار القلم للطباعة والنشر ، الكويت ، ص 95 .

(3) المرجع نفسه ، الصّفحة نفسها .

مثل ذلك ⁽¹⁾ ، وبما أنه لا يعلم صحابي مخالف لهذه الأحاديث والآثار ، فهذا يقوّي حجة قول الصحابي في درء الحدود بالشبهات .

وكم هو معلوم أنّ الحدود عقوبات مقدّرة ؛ إذ لا يجوز للحاكم أن يجتهد فيها بزيادة أو نقصان ، هذا فضلاً عن إسقاطها إلّا بوجود شبهة قويّة ، والإمام لا يجتهد في الشبهة وإنّما يجتهد في الكشف عنها وبيان مشروعيّتها ، فلا مجال للرأي إذن في إسقاط الحدود بالشبهات ، ولا إقامتها بالشبهات إلّا إذا استند في ذلك إلى نصّ شرعي من الكتاب أو السنّة أو إلى الإجماع ، ومعنى هذا أنّ أسباب درء الحدود مشروعة لا اجتهد فيها ، وبناء على هذا حديث " ادركوا الحدود بالشبهات " له أصل في الشرع يستند إليه ، وعليه عمل المسلمين .

قال القرافي - رحمه الله - " قلت لبعض الفضلاء : الحديث الذي يستدلّ به الفقهاء ، وهو ما يروى " ادركوا الحدود بالشبهات " لم يصحّ ، وإذا لم يكن صحيحاً ، ما يكون معتمداً في هذه الأحكام ؟ قال لي : يكفيني أن نقول حيث أجمعنا على إقامة الحدّ كان سالماً عن الشبهة ، وما قصر عن محلّ الإجماع لا يلحق به عملاً بالأصل بدل دليل على إقامة الحدّ في صور الشبهات ، وهو جواب حسن ⁽²⁾ .

وهناك من أعذار ابن حزم في عدم أخذه وعمله بمبدأ درء الحدود بالشبهات ، باعتبار أنّ المبدأ لا يمثّل قاعدة نصيّة بل قاعدة فقهية .

قال الدكتور سليم العوا في كتابه " النظام الجنائي الإسلامي " ... إنّما تعتبر قاعدة فقهية ⁽³⁾ لذهاب جمهور العلماء إلى الأخذ بها ، وجعلهم إيّاها جزءاً لا ينفصل عن نظام الإثبات الجنائي ... وأنّ مستند هذه القاعدة هو إجماع الفقهاء على إقامة الحدّ عند انعدام الشبهة ... وإذا تبين أنّه قاعدة فقهية لا نصيّة ، فإنّه لا حرج على من لم يأخذ بها من الفقهاء - كما فعل ابن حزم الظاهري ⁽⁴⁾ .

(1) سنن الترمذي ، ج 2 ، ص 125 .

(2) الفروق للقرافي ، ط (1344 هـ / 1924 م ، دار إحياء الكتب ، القاهرة ، ج 4 ، ص 174 .

(3) القاعدة الفقهية اصطلاحاً هي : " حكم أغلبي أو أكثر يبنطبق على معظم جزئياته لتعرف أحكامها " (الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، محمد صدقي ، البورنو ، مؤسسة الرسالة)

(4) النظام الجنائي الإسلامي ، محمد سليم عوا ، ط (دت ن) دار المعارف - بيروت ، ص 87 - 88 .

إلا أنه من خلال كل ما تقدّم ، يتضح جلياً أنّ درء الحدود بالشبهات قاعدة نصيّة ثابتة بالتصوص والآثار ، وليست قاعدة فقهية ناتجة عن اجتهاد الفقهاء ، فلا عذر لابن حزم الظاهري .

الفرع الثاني

بيان الأدلة التي تؤيد ما ذهب إليه الجمهور

إنّ حديث " ادركوا الحدود بالشبهات " فضلاً عن كونه ورد من عدّة طرق عضّد بعضها البعض ، فضلاً عن كونه تلقته الأمة بالقبول ، وآنه من قول الصحابي الذي لم يثبت له معارض ؛ فإنّه هناك أدلة كثيرة وصحيحة من الكتاب والسنة وآثار الصحابة ، فما يقوّي معنى الحديث ويؤكد وجوب العمل به ، ومن هذه الأدلة مايلي :

الفقرة الأولى : الأدلة من القرآن :

1/ قوله ﷻ : ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللّٰهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صِرَافًا فَعَلَيْهِمْ نَجَسٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ النحل / 106

فآية الكريمة بيّنت لنا جزاء من ارتدّ عن دين الله ، وكفر بعد إيمانه ، ونطق بكلمة الكفر بانسراح الصدر ، وهذا الجزاء هو العذاب العظيم والعياذ بالله ، ولكن جاء في الآية استثناء من كفر ونطق بكلمة الكفر تحت تأثير الإكراه مع اطمئنان القلب بالإيمان ، وبما أنّ التّطيق بكلمة الكفر للمكروه كان رخصة شرعية ، فالإكراه إذن شبهة قويّة تدرأ الحدّ بنص الآية الكريمة ؛ فالمرتدّ تحت تأثير الإكراه ، لا يقيم عليه حدّ الردّة ، ولا تطلق زوجته ، ويورث ماله بعد موته "فلما سمح الله عز وجل بالكفر...وهو أصل الشريعة عند الإكراه ، ولم يؤاخذ به ، حمل العلماء عليه فروع الشريعة"⁽¹⁾.

2/ قوله ﷻ : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ تَوَقَّعُوا السَّلَاطَةَ ظَالِمِينَ أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَعْصِفِينَ مِنْ أَلَدِّ رَضِيَ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ أَرْضَهُ اللَّهُ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَٰئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَسَاءَ مَقَرٌ

(1) الجامع لأحكام القرآن ، ج 10 ، ص 180 - 181 .

مَصِيرًا . إِلَّا الْمُسْتَضْعِفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِمْلَهُ وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا .
فَأُولَئِكَ يَحْتَمِي اللَّهُ لَهُمْ يَغْفِرَ عَنْهُمْ وَكَانَ اللَّهُ مُخَفِّزًا خَفُورًا ﴿ النساء 97-98-99

بينت الآية الكريمة أنّ مصير الذين امتنعوا عن الهجرة من أرض العدو ، وهم قادرون على ذلك حتّى فتنوا في دينهم ، وماتوا على كفرهم : أنّ مصيرهم جهنّم ، لكن استثنى الشّارع الحكيم من وعيده في هذه الآية : من كان مستضعفاً حقيقة من زمنى الرّجال ، وضعفه النّساء والولدان الذين لم يجدوا سبيلاً للنّجاة⁽¹⁾ .

3/ قوله ﷻ : ﴿ وَالزَّيْنِ بَرْمُوهَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَأَجْلَدُوهُمْ مَنَاسٍ جُمْلَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ خَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ النور/4-5

فهذه الآية الكريمة بينت لنا عقوبة القاذف ، وهي ثمانون جلدة ، وعدم قبول شهادته لنفسقيه ، وهذه العقوبة الشرعية لا تنفّذ على القاذف إذا أتى بأربعة شهداء عدول يشهدون على فعل الزّنا ، فإذا شهد الجميع على الزّنا درأ الحدّ عن القاذف ، وإذا نقص العدد عن أربعة صار الحدّ في حقّ القاذف .

4/ قوله ﷻ : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ . فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ خَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ المائدة/38-39

فالآية الكريمة بيّنت لنا عقوبة السّارق وهي قطع اليد ، إلّا أنّ حدّ السرقة لا يقام إلّا بتوفر الأركان والشّروط المتفق عليها بين الفقهاء ، وقد سبق بيان هذا إذ لا قطع بوجود شبهة ملك أو استحقاق فيما سرق .

قال سعيد رمضان البوطي " حديث - ادرءوا الحدود بالشبهات - مخصّص لكافة الآيات التي شرّعت الحدود ، ومنها السرقة ، ولم يخالف احد من الأئمة المجتهدين في كلّ عصر أنّ

(1) انظر المصدر السّابق ، ج 5 ، ص 346 .

حدّ السرقة يسقط بوجود شبهة حقّ للسارق فيما سرق⁽¹⁾ .

5/ قوله ﷺ : ﴿ إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْلَمُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُوا مِنْ قَرِيبٍ فَأُولَئِكَ

يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ النساء / 17

6/ وقال أيضاً : ﴿ وَإِذَا جَاءَكَ الْذَنِينَ يُزِمُّونَ بِأَيَاتِنَا فَقُلْ سَلِّحُوا خَلْدِيكُمْ كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ

أَنَّهُ مَنْ مَحَلَّ مِنْكُمْ سُوءٍ أَوْ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ فَأَنَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ الأنعام / 54

بيّنت لنا الآية الكريمة ، أنّ الجاهل الذي لا يعرف أحكام الشرع ، ثم يرتكب السوء بجهالة، قد تعهده الشارع الحكيم بقبول توبته ، وبالتالي كان الجهل عذراً شرعياً في جميع المخالفات الشرعية ؛ لأنّ كلمة السوء في الآية تشمل جميع السيئات ، فتدراً الحدود عن الجناة الجاهلون بتحريم الجرائم المقترفة لديهم .

الفقرة الثانية : الأدلة من السنة : أمّا بالنسبة للأحاديث التي تؤيد حديث درء الحدود بالشبهات فمنها :

1/ أنّ رجلاً من أسلم جاء إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فقال : إنّ الآخر زنى فقال له أبو بكر : هل ذكرت هذا لأحد غيري ؟ قال : لا ، فقال له أبو بكر : فتب إلى الله ، واستتر بستر الله ، فإنّ الله يقبل التوبة عن عباده ، فلم تقرّ نفسه حتّى جاء إلى الرسول ﷺ ، فقال له : إنّ الآخر زنى ، فأعرض عنه رسول الله ﷺ ثلاث مرّات حتّى أكثر عليه ، فبعث إلى أهله ، فقال : " أيشتكى أم به جنة ؟ فقالوا : والله إنّّه لصحيح ، فقال عليه الصلوة والسلام : أبكر أم تيب ، قالوا : بل تيب ، فأمر برجمه " (2) .

نجد في هذا الحديث أنّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه لم يسارع إلى إبلاغ النبي ﷺ بأمر الجاني الذي اعترف بذنبه ، بل أرشده إلى الستّر على نفسه والتوبة إلى الله ، وهذا يدلّ على أنّ التوبة قبل

(1) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، محمد سعيد رمضان البوطي ، ط 2 (1393 هـ / 1973) مؤسسة الرسالة - بيروت ، ص 146 .

(2) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب الحدود ، ما جاء في رجم ماعز ، ص 456 _ 457 ، رقم 1493 .

الوصول إلى الإمام تدرأ الحدّ عن الجاني ، ثم أنّ الرسول ﷺ عندما اعترف الجاني أمامه لم يسارع إلى تنفيذ الحدّ ، بل أعرض عنه مراراً لعلّه يرجع عن إقراره ، والرجوع عن الإقرار شبهة درائه للحدّ .

2/ أتى رسول الله ﷺ بلصّ اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه متاع ، فقال له رسول الله ﷺ : ما أخالك سرقت ؟ قال : بلى ، قال عليه الصّلاة والسّلام اذهبوا به فاقطعوه ثمّ جيئوا به إليّ ، فاقطعوه ثمّ جاءوا به ، فقال له : قل أسْتَغْفِرُ الله وأَتُوبُ إليه ، فقال : استغفر الله وأتوب إليه ، قال اللهمّ تب عليه " (1) .

دلّ هذا الحديث على مشروعيّة تلقين الجاني الرجوع عن إقراره ، ولو رجع السّارق في هذا الحديث عن إقراره لخلى سبيله ولما أقام عليه الحدّ لإمكان وجود شبهة في إثبات الجريمة ، هكذا كان حرص الرسول ﷺ وصحابته على إقامة الحدّ في محله ، وفي هذا السّياق قال أبو يوسف رحمه الله : "... فقد بلغ من توقّي أصحاب رسول الله ﷺ الحدود في غير مواضعها وما كانوا يرون من الفضل في درئها بالشّبهات ، أن يقولوا لمن أتى به سارقاً ، أسرقت ؟ قل لا " (2) .

3/ قال عليه الصّلاة والسّلام : " لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة ، فقد ظهر منها الرّيبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها " (3) . فهذا الحديث يبيّن لنا أنّ الرسول ﷺ وهو الحاكم والقاضي ومعلّم الأُمّة ، لم يبادر إلى رجم من ظهرت منها الرّيبة ؛ لأنّ الجريمة لم تثبت لا بشهادة ولا بإقرار ، فقد درأ عنها حدّ الرّجم لعدم ثبوت الجريمة ، وعدم اكتمال شروطها وأركانها ، وهذا إن دلّ على شيء فإنّما يدلّ على أنّ خير البريّة محمّد عليه الصّلاة والسّلام ، أوّل من أخذ وعمل بمبدأ درء الحدود بالشّبهات . جاء في الرّوضة النّديّة : " إنّ هذا الحديث ما يؤيّد ويقوّي حديث - ادروا الحدود بالشّبهات - الذي فيه من الرّوايات ما يعضّد بعضه بعضاً " (4) .

جاء في شرح فتح القدير : " لم يشب أنّ فعله ﷺ في جانب المعاملات المدنيّة ، ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعلّه كان وديعة عندك فضاعت ونحو ذلك " (1) وذلك لسبب ، هو أنّ الحدود تدرأ بالشّبهات .

(1) أخرجه التّسائي في سننه ، كتاب السّرقّة ، باب تلقين السّارق ، (سنن النّسائي بشرح السيوطي ، ج 8 ، ص 67)

(2) الخراج لأبي يوسف ، ص 191 .

(3) سبق تخريجه في ص 385 .

(4) الرّوضة النّديّة شرح الدّرر البهيّة ، لصديق خان ، تحقيق أحمد شاکر ، ط (دت ن) دار ابن تيمية ، ج 2 ، ص 270 .

وجاء في المبسوط "... إن القاضي مندوب إلى الاحتياط لدرء الحد... ومن أسباب احتيال الدرء أن يستقصي مع الشهود ، ولأن المتعلق بهذه الشهادة ، ما إذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه ، فيستقصي التحرز على ذلك" (2) .

(الفقرة الثالثة : من أقوال الصحابة وأفعالهم : أما بالنسبة لأقوال الصحابة وأفعالهم التي تدل على أنهم كانوا يأخذون بمبدأ درء الحدود بالشبهات ، فسوق يتم عرض بعضها :

1/ حديث في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو خليفة المسلمين " أن إمرة بمني⁽³⁾ كانت على حمار تبكي ، وقد كاد الناس أن يقتلوها من الزحمة عليها وهم يقولون لها ، زيت ، زيت ، فلما انتهى إلى عمر قال : ما شأنك ؟ إن المرأة ربما استكرهت ، فقالت : كنت إمرة ثقيلة الرأس ، وكان الله يرزقني من صلاة الليل ، فصليت ليلة ثم نمت ، فوالله ما أيقظني إلا رجل قد ركبي ، ثم نظرت إليه مقعياً ما أدري من هو من خلف الله ، فقال عمر : لو قتلت هذه لخشيت على الأخشبين⁽⁴⁾ النار ، ثم كتب على الأمصار ، ألا تقتل نفس دونه - أي دون إكراه - " (5) .

فمن خلال هذا الأثر ، يتبين لنا أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وهو خليفة المسلمين ، أنه لم يسارع إلى إقامة الحد على المرأة التي اتهمها الناس بالزنا ؛ بل سألها ابتداءً عن قصدها في ذلك ، فبعد أن تبين له أنها كانت نائمة والتائم لا تكليف عليها ، وأنها مغلوب على أمرها ، خلى سبيلها ، وكتب إلى الأمصار يعلمهم بأن يراعوا في تطبيق الحدود مثل هذا ؛ فانعدام القصد الجنائي شبهة درائه للحد ، وعمل بما الصحابي الجليل عمر ابن الخطاب رضي الله عنه .

(1) شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 140 .

(2) المبسوط ، ج 9 ، ص 38 .

(3) مئى : اسم مكان من مهبط العقبة إلى محشر ، وموقف المزدلفة من محشر إلى أنصاب الحرم وموقف عرفة في الحل لا في الحرم . وهي بلدة على فرسخ من مكة طولها ميلان ، تعمر أيام الموسم ، وتخلو بقية السنة ، ومنها على رأس من نحو مكة عقبة ترمى

عليها الجمرة يوم النحر (انظر معجم البلدان ، ج 5 ، ص 198 - 199)

(4) الأخشبان : تننية الأخشب وهما جبلان يضافان تارة إلى مكة وتارة إلى مئى ، أحدهما أبو قيس ، والآخر قعقعان ، ويقال هما أبو قيس والجبل الأحمر ، وقال ابن وهب الأخشبان الجبلان اللذان تحت العقبة بمني (معجم البلدان ، ج 1 ، ص 149)

(4) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الحدود ، في درء الحدود بالشبهات ، ج 6 ، ص 515 .

2/ كانت لرجل جارية قد صلت وصامت وهي أعجمية لم تفقه - أي جاهلة جهلاً مطبقاً - فلم يره إلا حملها وكانت ثيباً ، فذهب إلى عمر ابن الخطاب فرعاً ، فحدثه ، فقال له : أنت رجل لا تأتي بخير فأرسل إليها عمر ، فسأها أحبلت ؟ قالت : نعم من مرعوش بدرهين ، فصادف عنده عثمان بن عفان ، وعلي بن أبي طالب ، وعبد الرحمن بن عوف ، فقال : أشيروا علي ، وكان عثمان جالساً فاضطجع ، فقال علي وعبد الرحمن : قد وقع عليها الحد ، فقال : أشر علي يا عثمان ، قال : قد أشار عليك أخواك ، قال أشر علي أنت ، قال عثمان : أرها تستهلّ به كأنها لا تعرفه ، فليس الحد إلا على من علمه ، فأمر بها عمر فجلدت مائة ، ثم غرّ بها ، ثم قال : صدقت - والذي نفسي بيده - ما الحد إلا على من علمه ⁽¹⁾ .

فهذا الأثر يبين لنا بأن الحد لا يقام إلا على من علمه والجهل شبهة قوية لدرء الحد .

3/ أتى عليّ ﷺ بامرأة زنت ، فقال لها : لعلك استكرهت ، لعل زوجك أتك ، لعلك ، لعلك ؟ قالت : لا ، فلما وضعت ما في بطنها جلدتها ثم رجّحها ، فقيل له جلدتها ثم رجّحها ؟ قال : جلدتها بكتاب الله ، ورجّحتها بسنة رسول الله ﷺ ⁽²⁾ .

في هذه الحادثة الصحابي الجليل عليّ ﷺ يقتدي بالرسول ﷺ في تلقين الجاني الرجوع عن الإقرار ، والتحايل لدرء الحد ، فلن المرأة الزانية الرجوع عن إقرارها ، وذلك باستفسارها في أمرها التماساً للشبهة ، ومحلّ الشاهد في ذلك قوله ﷺ : " لعلك استكرهت ، لعل زوجك أتك " ولما لم تدع شبهة وأصرّت على إقرارها ، أقام عليها الحد وهو مطمئن على إقامة الحد في محلّه ، وموضوعه المشروع .

4/ أتى رجل من امرأته ثم غاب ، ثم قدم خمسة أشهر ، فوقع عليها ، ثم خرج إلى أصحابه ، ورأسه يقطر ماء ، فقالوا : أصبت من فلانة ؟ قال : نعم ، قالوا : ألم تب منها ؟ قال : بلى ، قالوا : تراها قد بانت منك ، فذكروا لعبد الله ابن مسعود أمره وأمرها ، فقال : أخبرها أنها قد بانت منك واخطبها ، ففعل ، وأصدقها مثنائين فصّة ⁽³⁾ .

(1) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، كتاب : لا حد إلا على من علمه ، ج 7 ، ص 402 ، رقم 13642 / وكذا البيهقي في كتاب

الحدود ، باب : لا حد إلا على من علمه ، ج 8 ، ص 238

(2) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ، ج 2 ، ص 1194 _ 1319

(3) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، ج 6 ، ص 459 ، رقم 11667

فهذا الأثر يبيّن لنا بأنّ الرّجل قد أتى زوجته الّتي بانت منه ، فكان إتيانه لها زنى ، إلّا أنّه لم يقام عليه الحدّ ، ولم يأخذ في ذلك ؛ لأنّه كان يجهل أنّ زوجته قد بانت منه ، ولم يكن يعلم أنّ إتيانها محرّم عليه ؛ فطلب منه تصحيح العقد من جديد .

وخلاصة القول : أنّ مبدأ درء الحدود بالشّبّهات ، مبدأ شرعيّ مجمع عليه بين جمهور الفقهاء ، ولا يعتدّ برأي من خالف ، خاصّة بعد إبطال كلّ الشّبّهات الّتي أثارها حول الموضوع وضحدها ، وخاصّة لتعدّد طرق ورود حديث درء الحدود بالشّبّهات ، وصحّة متنه الّذي أيّد بالأدلة الكثيرة الثّابتة والصّحيحة من الآيات والأحاديث والآثار ، ولاشتهار العمل به منذ عهد الصّحابة الأخيار الّذين عايشوا نزول الوحي ، وفقهوا مقصد الرّسالة الحمّدية ، وتلقّوا الأمانة له بالقبول ، فمن أقام الحدّ مع وجود الشّبهة يكون قد جعله في غير محله ، ويكون قد خالف هدي السّلف ، وتعدّى على حدود الله وظلم .

أقول بعد أن ثبت اعتبار الشّبهة شرعاً ، ووجب أخذها بعين الاعتبار قبل تنفيذ الحدّ ؛ فإنّ العلماء جعلوا لها ضابطاً توجد بوجوده ، وتنعدم بانعدامه ، وهذا الضّابط هو : القوّة . فلا تكون الشّبهة شبهة إلّا إذا كانت قويّة ، وهذه القوّة تكمن فيما تتعلّق به ؛ إذ قد تتعلّق الشّبهة بقصد الجاني ، وقد تتعلّق بإدراكه ، وقد تتعلّق بالإباحة لوجود صورة المبيح للفعل ، وقد تتعلّق بالإثبات - أي بالوسائل الّتي تثبت بها الجريمة - وهذا ما سيتمّ بيانه في المطلبين الآتيين ، والمباحث القادمة من هذا الفصل إن شاء الله تعالى .



تعلق الشبهة بالقصد الجنائي

ينفذ الحد في حق الجاني متى كان قاصداً للفعل مختاراً في فعله ، فإذا تعلقت الشبهة بقصد الجاني واختياره كانت قوية يدرأ بها الحد ؛ فانعدام اختيار الجاني وقصده كأن يكون مكرهاً على ارتكاب الفعل المحرم ، أو مضطراً إلى ذلك يعتبر شبهة قوية لدرء الحد .

فالقصد الجنائي لإتيان الفعل المحرم ، يتجلى في كون المجرم له مطلق الإرادة والاختيار في ارتكاب جريمة من جرائم الحدود ، ويعلم مسبقاً أن ذلك حرام ومعاقب عليه ، لكنه يصبر على الفعل ، أما عديم الاختيار فإنه لا يقصد الفعل ، ولم يعقد نيته عليه ، ولا الإصرار على الاستمرار فيه ؛ إذ بمجرد زوال السبب الذي أفقده اختياره عاد إلى التزامه وورعه ؛ لذلك وجدت شبهات تعلقت باختيار الجاني وهي شبهة الإكراه وشبهة الاضطرار ، فليس للقاضي أن يقيم الحد على الجاني إلا بعد أن يستفسر عن قصده الجنائي . وبهذا تكون دراسة هذا المطلب من خلال فرعين : الأول يتعلق بشبهة الإكراه ، والثاني يتعلق بشبهة الاضطرار .

الفرع الأول

شبهة الإكراه

لا عقاب على الجاني إلا إذا كان مختاراً للفعل المحرم ، فبتوفر الاختيار يتحقق القصد الجنائي الذي هو ركن من أركان الجريمة ، وبانعدام الاختيار يختل القصد الجنائي ، والذي ينعدم اختياره يكونه مكرهاً ، والإكراه يكون من طرف من له قوة التنفيذ لما توعد به ، فهل يعاقب من ارتكب جريمة السرقة وهو تحت التهديد والإكراه ؟ أم يدرأ عنه الحد ؟ وإذا درأ عنه الحد هل يعاقب بعقوبة بدلية ؟ أم تبرأ ذمته نهائياً ؟ قبل الإجابة عن هذا لابد من تعريف الإكراه لغةً وشرعاً ، وبيان ضوابط شبهة الإكراه وما يتعلق بذلك .

ومن جهة أخرى ما هو موقف المشرع الجزائري من الإكراه ؟ هل له أثر في جريمة السرقة ؟ فيعفى الفاعل من العقوبة ، أم وجوده واقتترانه بالفعل الممنوع وعدمه سيان ؟ إن توضيح هذا الفرع يستوجب فقرتين : الأولى منهما لتعريف الإكراه لغةً وشرعاً ، والثانية منهما لضوابط

الأخذ بشبهة الإكراه ، وحكم ارتكاب المكره لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً .

الفقرة الأولى : تعريف الإكراه لغة وشرعاً :

أولاً : تعريف الإكراه لغة : الإكراه من الكره والكره ، فيقال الكره والكره ، كرهته وأكرهه كرهاً بضم الكاف وفتحها ضدّ أحببته فهو مكروه و(الكره) بالفتح المشقة ، وبالضمّ القهر ، وأكرهته على الأمر إكراهاً حملته عليه قهراً ، ويقال فعلته كرهاً بالفتح أي إكراهاً ، وعليه قوله تعالى : ﴿ طَوْعاً وَكَرْهاً ﴾ آل عمران / 83 فقابل بين الضدين⁽¹⁾ .

ثانياً : تعريف الإكراه شرعاً : عرّف الإكراه في اصطلاح الشرع بعدّة تعاريف أذكر منها مايلي :

1/ عرّف الحنفية الإكراه بأنّه " اسم لفعل المرء بغيره ، فينتفي رضاه ، أو يفسد به اختياره ، من غير أن تنعدم به الأهلية في حقّ المكره ، أو يسقط عنه الاختيار "⁽²⁾ .

2/ وعرّف المالكية المكره بقولهم " هو الذي لم يُخلّ وتصريف إرادته في متعلقاتها المحتملة لها ، فهو مختار بمعنى أنّه بقي له في مجال إرادته ما يتعلّق به على البدل ، وهو مكره ، بمعنى أنّه حذف له من متعلقات الإرادة ما كان تصرفها يجري عليه قبل الإكراه ، وسبب حذفها قول أو فعل ؛ فالقول هو التهديد ، والفعل هو أخذ المال أو الضرب ، أو السجن "⁽³⁾ .

3/ وعرّف الإمام الشافعي - رحمه الله - الإكراه بقوله : " الإكراه أن يصير الرّجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لصّ أو متغلّب على واحد من هؤلاء ، ويكون الإكراه يخاف خوفاً عليه ، دلالة أنّه إن امتنع من قول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم ، أو أكثر منه ، أو إتلاف نفسه "⁽⁴⁾ .

4/ ورد في المغني لابن قدامة الحالة التي يكون فيها المكره مكرهاً " ولا يكون مكرهاً حتّى

(1) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 531 - 532 .

(2) التعريفات للجرجاني ، ص 50 .

(3) أحكام القرآن لابن العربي ، ج 3 ، ص 236 .

(4) الأم للشافعي ، ج 3 ، ص 236 .

ينال بشيء من العذاب ، مثل الضرب ، أو الخنق ، أو عصر الساق ، وما أشبه " (1) .

5/ وعرف ابن حزم الإكراه بأنه " كل ما سمي في اللغة إكراهاً ، وعُرف بالحسّ أنه إكراه كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه إنفاذ ما توعد به ، أو الوعيد بالضّرر كذلك ، أو الوعيد بالسّجن ، أو الوعيد بإفساد المال أو وعيد في مسلم غيره بقتل ، أو ضرب ، أو سجن ، أو إفساد مال ، وكلّ ما كان ضرراً في جسم ، أو مال ، أو توعد به المرء في ابنه أو أبيه أو أهله ، أو أخيه فهو مكروه " (2) .

وخلاصة القول أنّ جميع التعاريف اتفقت على : أنّ الإكراه هو حمل الإنسان على ما يكرهه من طرف من يملك القدرة على تنفيذ الوعيد ، كحصّ أو سلطان أو غيرهما ، وأنّ التهديد إمّا أن يكون مادياً كالضرب والحبس ، أو معنوياً كالتهديد بما سبق .

(الفقرة الثانية : ضوابط شبهة الإكراه ، وبيان أثرها في جريمة السرقة شرعاً وقانوناً :

أولاً : ضوابط الأخذ بشبهة الإكراه شرعاً وقانوناً : لا يكون الإكراه شبهة دائرة للحدّ ، إلّا بتوفّر ضوابط وشروط حدّدها العلماء ، تجعل من الإكراه شبهة دائرة للحدّ ، وكذا في القانون .

1/ ضوابط الأخذ بشبهة الإكراه شرعاً :

أ/ قدرة المكره : لا يكتمل الإكراه إلّا إذا كان المكره قادراً على تنفيذ ما توعد به المكره ، فإذا كان عاجزاً عن ذلك فلا إكراه .

ويتفق الأئمة الثلاثة عدا أبا حنيفة - رحمه الله - على أنّ الإكراه يتحقّق من السلطات ومن غيره ، كاللصوص ومن في قدرتهم إلحاق الضّرر بالمكره ، سواء في نفسه أو ماله أو أقربائه ، بينما الإمام أبا حنيفة لا يرى تحقّقه من سوى السلطان ؛ إذ هو القادر وحده على أن يلحق ضرراً بالمكره ، معلّلاً ذلك بقوله " لأنّ المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه ، فإذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثاً " (3) إلّا أنّ ما ذهب إليه أبو حنيفة كان بناءً على زمانه ؛ إذ لا قادر على الإكراه

(1) المغني لابن قدامة ، ج 7 ، ص 383 .

(2) المحلّى ، ج 12 ، ص 41 .

(3) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 176 .

آنذاك إلا السلطان ، جاء في البدائع تعقيماً على قول أبي حنيفة " ففي زمن أبي حنيفة لم يكن لغير السلطان قدرة على الإكراه ، ثم تغير الحال ... فغيرت الفتوى حسب الحال " (1) .

ب/ تحقيق الوعيد : أن يتحقق المكره ، أو يغلب على ظنه ، أن ما توعد به من عقاب كقتل ، أو إتلاف عضو ، أو ضرب ، أو أخذ مال سيتحقق إذا لم يرتكب حداً من الحدود (2) .

ج/ كون ما يكره عليه محرماً شرعاً : لكي يدرأ الحد بشبهة الإكراه ، يجب أن يكره الشخص على أقوال وأفعال حرّمها الشارع تتعلق بحقه تعالى ، مثل الردّة ، والقذف ، والزّنى ، والسّرقه ، وشرب المسكر ، أو الخرابة ...

" وذلك بأن يكون الإكراه في أقوال وأفعال محرمة أصلاً من قبل الشارع ، والمكره ممتنعاً عن إيقاعها قبل الإكراه ، والذي يلحقه وهو حرام قبل الإكراه كبيع ماله ، وما يلحق غيره كإتلاف مال الغير ، وما يلحق الشرع كشرب الخمر ، والزّنى ، ونحو ذلك " (3) .

د/ أن يكون تنفيذ التهديد عاجلاً : إذا تحقق المكره أن العمل الذي يقوم به دون رضاه محرماً شرعاً ، لا يجوز له الإقدام عليه ، إلا إذا تأكّد أو غلب على ظنه أن المكره سينفذ ما توعد به فوراً .

" فإن قيل له طلق زوجتك وإلا قتلتك غداً ، أو قيل له إن لم تفعل كذا ضربتك غداً ، فهذا ليس بالإكراه ، ويستثنى من ذلك ما لو ذكر زمناً قريباً جداً ، أو جرت العادة بأنّه لا يخلف " (4)

هـ/ العجز على دفع التهديد : يكون الإكراه شبهة دائرة للحد إذا وقع التهديد على المكره من طرف جماعة تملك قوة يعجز المكره عن دفعها ، كأن يقع عليه الإكراه وهو مسجوناً ، لكن إذا وقع عليه الإكراه وهو في ظرف يستطيع أن يقاوم ، ويدفع الضرر عن نفسه بنحو هرب ، أو استغاثة ، فلا يدرأ عنه الحد (5) .

(1) المصدر السابق ، ج 7 ، ص 176 _ 177 / فتح الباري ، ج 12 ، ص 311 .

(2) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 176 / الأشباه والتّظانن للسيوطي ، ص 229 / منتهى الإرادات ، ج 2 ، ص 248 / أحكام القرآن لابن العربي ، ج 2 ، ص 24 .

(3) حاشية ابن عابدين ، ج 5 ، ص 109 / الأشباه والتّظانن للسيوطي ، ص 229 .

(4) المبسوط ، ج 24 ، ص 39 / الأشباه والتّظانن ، ص 230 / فتح الباري ، ج 12 ، ص 311 .

(5) الأشباه والتّظانن للسيوطي ، ص 230 / فتح الباري ، ج 12 ، ص 311 .

و/ أن لا يظهر من المأمور - المكره - ما يدل على اختياره : " كمن أكره على الزنى فأولج وأمكنه أن يترع ويقول أنزلت ، فيتمادى حتى يتزل ، وكمن قيل له طلق ثلاثا فطلق واحدة ، وكذا عكسه (1) .

2/ الشّروط الواجب توافرها في الإكراه قانوناً : يشترط لقيام الإكراه في قانون العقوبات الجزائري شرطان : (2)

1/ أن تكون القوّة التي صدر عنها الإكراه غير متوقّعة .

2/ أن تكون تلك القوّة من القوى التي لا يمكن ردّها .

فيشترط أن تكون القوّة التي جعلت المرء يرتكب الجريمة ، قوّة غير متوقّعة من المكره ، ولا يد له في حدوثها ، وعلى عكس ذلك فإنّ من يتوقّع هذه القوّة ، أو يتدخل ولو بنصيب قليل لإحداثها بعدّ مسؤولاً ، وذلك لأنّه كان بوسعه إيجاد الطّريق للتخلّص من الخطر .

كما يشترط أن تكون هذه القوّة ممّا لا يمكن للمكره ردّها أو دفعها بحال ، فإذا ثبت أنّ الجاني كان بوسعه ردّ هذه القوّة أو دفعها ، فلا يجوز له أن يلجأ إلى ارتكاب الجريمة ، والاحتجاج بعد ذلك بأنّه مكره . فإذا فعل فإنّه مسئول وليس مكرهاً .

وإذا تقرّر اشتراط أن لا يمكن دفعه إطلاقاً - أي الإكراه - من قبل الجاني ، فإنّه لا ينظر إلى الاستحالة بالنظر إلى التصرف الصّادر من الشّخص المتوسّط الحرص الموضوع في الطّروف نفسها - أي بصفة مجرّدة - بل ينظر إلى الشّخصية المميّزة للمتهم كما هو ، بنقاط قوّته وضعفه - أي بصفة واقعيّة -

ثانياً : حكم ارتكاب المكره لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً

1/ حكم ارتكاب المكره لجريمة السرقة شرعاً : قد يكره الإنسان على السرقة ، ويهدّد تهديداً شديداً على أخذ أموال الغير ، وإن لم يحضرها ينفذ فيه الوعيد ، إلّا أنّه لا عقاب على السرقة في حالة الإكراه المادّي أو المعنوي ؛ لأنّ الإكراه شبهة دائرة للحدّ ، وقد ثبت أنّ عمر رضي الله عنه أتى

(1) فتح الباري ، ج 12 ، ص 311 - 312 .

(2) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - ج 1 ، ص 323 / مبادئ القانون الجزائري العام ، ص 109 .

بسارق قد اعترف فقال : " أرى يد رجل ما هي بيد سارق ، قال الرجل : والله ما أنا بسارق ولكنهم تهددوني ، فخلّى سبيله ولم يقطعه " (1) .

ويستفاد من هذا أنّ المكره على السرقة يدرأ عنه الحد ولا يعزّر ، فتكون براءته تامّة من العقاب ... " اعلم أنّ القطع يسقط بالإكراه مطلقاً ، ولو كان بضرب أو سجن ؛ لأنّه شبهة تدرأ الحد " (2) .

" فإذا خاف هذا - أي المكره - سقط عنه حكم ما أكره عليه من قول ، ما كان القول شراءً ، أو بيعاً ، أو إقراراً لرجل بحق ، أو حدّ ، أو إقراراً بنكاح ... " (3) . ولما كان قطع السارق من الحدود سقط إذا كان السارق مكرهاً .

فالظاهر أنّ الإكراه عذر يسقط التكليف ، بدليل قوله تعالى ﴿إِلَّا مَن أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ

بِالْإِيمَانِ﴾ النحل / 106 . وفي الحديث " إنّ الله تجاوز لي عن أمّتي الخطأ والتّسيان وما استكروها عليه " (4) .

فإذا كان هذا في أصل الدّين فمن باب أولى في فرعه ، قال الشّافعي - رحمه الله - " في الأسير يكره على الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان ، لا تبين منه امرأته وإن تكلم بالشّرك ، ولا يحرم ميراثه من المسلمين ، ولا يحرمون ميراثهم منه إذا علم أنّه إنّما قال ذلك مكرهاً ... وإذا وضع عنه الشّرك بالكره وضع عنه ما دونه ... ولو أكرهوه على أن يقتل مسلماً لم يكن له أن يفعل " (5) .

2/ حكم ارتكاب المكره لجريمة السرقة في قانون العقوبات الجزائري : إنّ القانون إذ يخاطب النّاس ، فإنّما يتوجّه بخطابه إلى الأشخاص القادرين على فهم الخطاب ، المتمتّعين بقدرة التّمييز في أفعالهم ، والمدركين للنتائج المترتبة عليها ، والذين يصحّ أن يكونوا أهلاً للمسؤوليّة ، ويتحمّلوا نتائج

(1) كثر العمّال ، ج 5 ، ص 541 ، رقم 13874

(2) أحمد الدردير ، الشّرح الصّغير ، ج 4 ، ص 486

(3) الشافعي ، الأمّ ، ج 3 ، ص 236 .

(4) الشنقيطي ، مذكرة أصول الفقه ، ص 33 / الحديث رواه ابن ماجه في سننه عن أبي ذرّ ، كتاب الطّلاق ، باب طلاق المكره والنّاسي ، ج 1 ، ص 642 ، رقم : 2043 / ورواه البيهقي في سننه الكبرى عن ابن عباس ، باب ما جاء في طلاق المكره ، ج 7 ، ص 356 ، ط 1 ، سنة 1344 هـ ، وكذا في باب من زنى بامرأة مستكرهة ، ج 8 ، ص 235 / ورواه الطبراني في الأوسط عن ابن عمر .

(5) الشافعي ، الأمّ ، ج 4 ، ص 285 .

أفعالهم عن إدراك وإرادة⁽¹⁾ .

والإرادة يشترط لتوفرها التمييز وحرية الاختيار ، وبالتالي هذه الأخيرة تنعدم مع وجود الإكراه ، إذ يعتبر الإكراه مانع من موانع المسؤولية الجنائية ، فقد نصّت المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري على أن " لا عقوبة على من اضطرّته إلى ارتكاب الجريمة قوّة ، لا قبل له بدفعها " (2) .

إلا أن المتمنّ في نصّ هذه المادة ، يجد بأنّ حالة الإكراه تعدّ في القانون الجزائري مانعاً من موانع العقاب ، وليس مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية ، فالحكمة الجزائية تفضي بالإدانة على الشخص المرتكب لجريمة ما ، وكان في حالة إكراه ، ولكن تقرر عدم عقابه (2) .

فالشخص لم يرد التصرف بسوء ؛ إذ ألزم بالتصرف تحت تأثير قوّة لا قبل له بدفعها ، وأصبح مجرد أداة لتلك القوّة (Instrument) ؛ فينعدم العنصر المعنوي للجريمة تماماً⁽³⁾ .

فالإكراه تنتفي معه الإرادة ، وهي قوّة نفسية تتحكّم في سلوك الإنسان ، ولإرادة أهمية قصوى في نطاق القانون الجنائي ، فالقانون يعني بالأعمال الإرادية ، فإذا تجرّد فعل الإنسان من الإرادة ، فلا يعتدّ به ولو أصاب المجتمع بأفدح الخسائر .

إذن فالإرادة تؤلّف العنصر الأساسي في القصد الجنائي ، وفي الركن المعنوي على وجه العموم⁽⁴⁾ .

والإكراه تنتفي معه الإرادة ، سواء كان مادياً أو معنوياً⁽⁵⁾ .

أ/ الإكراه المادي : كأن يتعرّض المرء لقوى مادية خارجية ، تعدم إرادته وتحمله على القيام بالواقعة الإجرامية ، ولذا فإنّه لا يمكننا أن ننسب الجريمة إليه ، فالملكه ينفذ الجريمة بجسمه وليس بعقله .

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - ج 1 ، ص 298 .

(2) قانون العقوبات الجزائري ، ص 13 .

(3) مبادئ القانون الجزائي العام ، ص 110 .

(4) المرجع نفسه ، ص 109 .

(5) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - ج 1 ، ص 258 .

(6) المرجع نفسه ، ص 319 - 321 - 322 / مبادئ القانون الجزائي العام ، ص 109 - 110 .

فالإكراه المادّي هو نوع من الضّغط المادّي ، يسلب إرادة المكره بصفة مطلقة لإكراهه على القيام بعمل إيجابي أو سلبى ، وبهذا المعنى فإنّ الإكراه المادّي لا يحو الرّكن المعنوي للجريمة فحسب ؛ بل يحو الرّكن المادّي أيضاً .

ب/ الإكراه المعنوي : إذا كان الإكراه المادّي يتميّز بالقوّة الماديّة التي تسحق إرادة المكره ، فلا يستطيع مقاومتها إذ تحوّلته إلى مجرد أداة مسخرة ، فإنّ الإكراه المعنوي يتميّز بالقوّة المعنويّة التي تضعف إرادة المكره على نحو يفقدها الاختيار ، وهو يتمّ باستعمال أحد الأشخاص التهديد لحمل شخص آخر وهو المكره على ارتكاب الجريمة ، وعليه فإنّ الإكراه المعنوي يتوجّه إلى إرادة المكره ، أو نفسيّته لحمله على ارتكاب الجريمة مرغماً ومقهوراً .

ويتمثّل التهديد بإنزال شرّ جسيم بنفس المهدّد أو بماله إذا لم يرتكب الجريمة ، فيرتكب المهدّد الجريمة ؛ إذ يرى أنّ ضررها أهون عليه من وقوع الضّرر المهدّد به .

فالضّرر الجسيم المهدّد به ينتقص من حريّة الاختيار انتقاصاً شديداً ، من شأنه أن يدفع الرّجل العادي إلى اختيار الجريمة ، ولكنه لا ينفي أركان الجريمة ، فالجريمة المرتكبة بتأثير الإكراه المعنوي - على خلاف الجريمة المرتكبة بحالة الإكراه المادّي - حيث تقوم على توافر ركني الجريمة المادّي والمعنوي أيضاً ، ولو أنّ الرّكن المعنوي قد لحقه انتقاص جسيم في حريّة الاختيار .

فالمهدّد بالإكراه المعنوي يستطيع أن يخالف التهديد إذا فضّل وقوع الخطر الجسيم المحدق به ، وعليه فإنّ إرادة المكره لا تتمحي كلياً ، إذ يبقى لديه فسحة ولو ضيّقة جداً من الاختيار .

وبما أنّ السرقة جريمة من الجرائم العمدية ، فهي تستلزم ابتداء لقيامها توافر القصد الجنائي العام ، الذي يتمثّل بعلم الجاني وقت الفعل ، واتّجاه إرادته الحرّة ، وإدراكه السليم بجميع أركان الجريمة كما وضّحها القانون ، مع اشتراط القصد الخاصّ المعروف بسوء النية ، أو الإضرار بالغير عن طريق اختلاس ممتلكاته المنقولة⁽¹⁾ .

فالسارق المكره الذي انتفت عنده حريّة الاختيار ، وبالتالي الإرادة الحرّة ، وكان بمثابة أداة لقوّة الإكراه ، افتقد فعله الموصوف ظاهره بالإجرام إلى الرّكن المعنوي للقصد الجنائي ، فلا عقاب في

(1) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاصّ - ص 222 / شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاصّ - محمد صبحي نجم ، ص 125 - 126 .

قانون العقوبات الجزائي على السارق المكره إطلاقاً ، إذا توفرت الشروط المعتمدة في الإكراه السابقة الذكر .

وبهذا يتساوى ويتفق كل من التشريع الجنائي الإسلامي ، وقانون العقوبات الجزائي في اعتبار شبهة الإكراه مانعاً من عقاب السارق المكره كلية .

الفرع الثاني

شبهة الاضطرار

قال ابن تيمية : " من استقرأ الشريعة في مواردها ومصادرها وجدها مبنية على قوله تعالى :

﴿ فَسِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ البقرة / 173 ، وقوله تعالى ﴿ فَسِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ

غَيْرِ مُجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّهُ لَمَّا غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ المائدة / 3 ، فكل ما احتاج الناس في معاشهم ولم يكن

سببه معصية ، وهو ترك واجب ، أو فعل محرم ، لم يحرم عليهم ؛ لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد ⁽¹⁾ .

وبما أن أهمية الضرورة في الشرع بلغت هذا المبلغ ، واعتبرت هذا الاعتبار ، فهل يعاقب من ارتكب جريمة السرقة وهو مضطر ، أم يدرأ عنه الحد ؟ وإذا درأ عنه الحد هل يعاقب بعقوبة بدلية ، أم تبرأ ذمته تماماً ؟ قبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من تعريف الضرورة لغة وشرعاً ، وبيان ضوابط شبهة الاضطرار وما يتعلق بها . ومن جهة أخرى ، ما هو موقف المشرع الجزائي من الضرورة ؟ هل لها أثر في جريمة السرقة ؟ من هنا كان توضيح هذا الفرع من خلال فقرتين : الأولى منهما لتعريف الضرورة وبيان ضوابط الأخذ بها ، والثانية منهما : لبيان حكم سرقة المضطر شرعاً وقانوناً .

الفقرة الأولى : تعريف الضرورة وبيان ضوابطها

أولاً : تعريف الضرورة لغة وشرعاً وقانوناً

1/ تعريف الضرورة لغة : الضرورة لغة الضر : الفاقة والفقر بضم الصاد - وبفتحها مصدر ضره

(1) مجموع فتاوى أحمد بن تيمية ، ج 29 ، ص 64 .

يضرّه من باب قتل إذا فعل به مكروهاً ، وكلّ ما كان سوءً حالٍ وفقراً وشدةً في بدنٍ فهو ضرٌّ ، والضرّ بالفتح ضدّ التّفع ، وفي التّزليل ﴿مَنْعِي الضَّرَّ﴾ الأنبياء / 83 أي المرض ، والاسم الضّرّ ، وقد أطلق على نقص يدخل الأعيان ، وضرّه إلى كذا واضطرّه بمعنى أحوجه وأجأه إليه ، وليس له منه بدٌّ ، والضرّورة اسم من الاضطراب ، والاضطرار الاحتياج إلى الشّيء ، والضرّاء نقيض السّراء - أي الزّمانة والشدة ، والتقص في الأموال والأنفس - (1) .

2/ تعريف الضرّورة شرعاً :

- عرّفها الحنفية بقولهم " مشتقة من الضّر ، وهو النازل لما لا مدفع له " (2) .
- وعرّفها المالكية " أنّ الضرّورة هي الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً " (3) .
- وعرّف الشافعية المضطرّ " هو الرّجل يكون بالموضع ، لا طعام فيه معه ولا شيء يسدّ فورة من لبن وما أشبهه ، ويبلغه الجوع ما يخاف منه الموت أو المرض ، وإن لم يخف الموت ، أو يضعفه ويضرّه ، أو يعتلّ ، أو يكون ماشياً فيضعف عن بلوغ حيث يريد ، أو راكباً فيضعف عن ركوب دابّته أو ما في هذا المعنى من الضّرّ البين ... " (4) .

إذن اتّفقت جميع التعاريف على أنّ الضرّورة هي حالة تعترض الإنسان ، يكون فيها على وشك الهلاك لشدة جوع أو عطش ، ولكنها لم تبيّن الحالة التي يجب أو يباح أن ينتقل إليها المضطرّ ؛ لهذا نجد تعريف الدكتور وهبة الزّحيلي أكثر بياناً لذلك وهو " إنّ الضرّورة هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر ، أو المشقة الشديدة ، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس ، أو العضو ، أو بالعرض ، أو بالعقل ، أو بالمال ، وتوابعها ويتعيّن أو يباح عندئذٍ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب ، أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرّورة عنه في غالب ظنّه ، ضمن قيود الشّرع " (5) .

(1) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 360 / ترتيب القاموس المحيط ، ج 3 ، ص 19 .

(2) التعريفات ، ص 180 .

(3) الشّرح الكبير للدّدير ، ج 2 ، ص 115 .

(4) الأمّ للشّافعي ، ج 2 ، ص 252 .

(5) نظرية الضرّورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، وهبة الزّحيلي ، ط 1969م ، مكتبة المغازي - دمشق ، ص 65 .

3/ تعريف الضرورة قانوناً : حالة الضرورة هي : المأزق الذي يوجد فيه شخص مجبر على الاختيار ما بين جريمة ، وخطر آخر مساوٍ للجريمة ، أو أكثر منها⁽¹⁾ .

ثانياً : ضوابط شبهة الاضطرار شرعاً وقانوناً :

1/ ضوابط شبهة الاضطرار شرعاً : إذا كانت الضرورة حالة استثنائية جعل لها الشارع الحكيم تشريعاً خاصاً لحفظ الضرورات الخمس (الدين ، والنفس ، والعقل ، والتسل ، و المال) فهل كل حالة اضطرار تعتبر شبهة ، وتدخل ضمن هذا التشريع الخاص ؟

أ/ أن تكون من أجل الحفاظ على إحدى الضرورات المقررة شرعاً : قال ابن القيم - رحمه الله - "لابد أن تكون الضرورة داخلية ضمن المقاصد التي جاء بها الشرع ، وهي لتحقيق مصالح الخلق إثباتاً وإبقاءً ، ويرعى في الضرورة المحافظة على مقاصد الشرع ، فليس له أن يرتكب الفواحش ويدعي أنه مضطر إليها كما قد يحيل للبعض"⁽²⁾ .

ب/ ألا يجد المضطر بديلاً عن الحرام : قال ابن حزم - رحمه الله - " وحد الضرورة أن يبقى يوماً وليلة لا يجد ما يأكل أو ما يشرب ، فإن خشي الضعف المؤذي ، الذي إن تمادى أدى إلى الموت ، حلّ له الأكل"⁽³⁾ .

إذن يجب على المضطر أن يجتهد في البحث عن الحلال ، ويتأكد من أنه لا يستطيع الحصول على أكل أو شرب حلال طيب ؛ فينتقل إلى تناول الحرام .

ج/ أن يكون المضطر في زمن المجاعة : إن ظهور الأزمات الاقتصادية في الدول الفقيرة إلى درجة الحدة ، يكون سبباً اضطرارياً لارتكاب المحرمات ، خاصة وأن الأزمات الاقتصادية في أغلب الأحيان تكون مصحوبة بالمجاعة الشديدة والقحط .

فالمجاعة الشديدة تعتبر من أهم أسباب حالات الاضطرار ، التي تعترض الإنسان وتجعله يقدم على ارتكاب حدّ من الحدود خاصة السرقة ، والتصوص القرآنية صريحة في ضرورة الجوع ، قال

(1) مبادئ القانون الجزائري العام ، ص 121 .

(2) إغاثة اللفهان ، ج 2 ، ص 241 _ 242 .

(3) المحلى ، ج 8 ، ص 330 .

الله تعالى ﴿فَسِ احْضُرْ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ يُخَفِّرُ رَحِمَةً﴾ المائدة / 3 . كما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال " لا تقطع الأيدي في غدق ولا سنة " ⁽¹⁾ . وقد فسّر الإمام أحمد - رحمه الله - الغدق بالنخلة ، وعام السنة بالجماعة ، وقد سئل الإمام أحمد عن قول عمر هذا ، أتقول به ؟ قال : " أي لعمرى لا أقطعه إذا حملته الحاجة والناس في شدة ومجاعة " ⁽²⁾ .

2/ شروط تطبيق الضرورة قانوناً ⁽³⁾ : توجد ثلاثة شروط لتطبيق حالة الضرورة وهي :

أ/ يجب أن تكون الضرورة حقيقية : أي أن لا يوجد أية وسيلة أخرى للخروج من المأزق ، فالخطر يجب أن يكون واقعياً وحالاً ومحققاً ، فحالة الضرورة تفترض وجود صراع ما بين حالين أو حقين ، يجب أن يختفي أحدهما قصد ضمان بقاء الآخر ، ولا يمكن التوصل إلى ذلك إلا بفعل مادي مجرم ، ومثال ذلك : شخص في حمام عمومي سرقت منه ملابسه ، فيضطر إلى سرقة ملابس غيره حتى لا يرتكب جنحة الفعل الفاضح العلني ، ففي هذه الحالة نجد بأنه لا يمكن الخروج من المأزق إلا بارتكاب جريمة السرقة ، فالخطر حال ومحقق .

ب/ يجب أن لا ترجع حالة الضرورة إلى خطأ الفاعل : مثال ذلك أن يقوم أحد الأشخاص بتبديد أمواله في القمار ، ثم يصبح بدون مال ، ولشراء الطعام لأولاده يقوم بسرقة نقود من إحدى المقاهي ، فهنا لا يعتبر في حالة ضرورة لكونه تسبّب فيها بخطئه بعدم المحافظة على ماله .

ج/ يجب أن تكون القيمة المضحى بها أقل أهمية من القيمة المحفوظ عليها أو مساوية لها ، لكن ليست أكثر أهمية منها ، ومثال ذلك الطبيب الذي يجhez المرأة إنقاذاً لحياها .

(الفقرة الثانية) : حكم ارتكاب المضرّ لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً

أولاً : حكم ارتكاب المضرّ لجريمة السرقة شرعاً : هناك آيات كثيرة تجيز للإنسان أكل المحرمات

عند الاضطرار ، وذلك بعد ذكر جملة من هذه المحرمات ، قال تعالى ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ

(1) مصنف عبد الرزاق ، ج 10 ، ص 242 ، رقم 18989 .

(2) منار السبيل لابن ضويان ، ج 2 ، ص 390 - 391 / إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 22 .

(3) مبادئ القانون الجزائي العام ، ص 123 - 124 .

وَالرَّحْمَ وَالْغَنَزِ بِرِ وَمَا أَهْلَ بِهِ لِيُغَيِّرَ اللَّهُ فَسِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا حَادٍ فَلَا يُنْمَحِلُّهُ إِلَّا اللَّهُ يَغْفُورُ

رَحْمَتُهُ ﴿البقرة / 173﴾. فبموجب هذه الآية وغيرها مما يماثلها في التشريع ، أباح الشارع الحكيم للإنسان أكل المحرمات المذكورة في الآية عند الاضطرار ، ولكنه إذا لم يجد ما يسد رمقه من هذه الأشياء ، فإنه يضطر إلى سرقة الأكل أو سرقة المال لشراء الأكل ؛ لذلك اتفق الفقهاء⁽¹⁾ على أن من اضطر إلى سرقة طعام أو مال يشتري به ما يسد رمقه ، ويدفع به غائلة الجوع عن نفسه ، وعن الذين يعولهم لا قطع عليه ، وخاصة إذا كان المضطر في زمن المجاعة ، وانتشار الفقر والعوز.

جاء في روضة الطالبين " سرق طعاماً في عام القحط والمجاعة ، فإن كان يوجد عزيزاً بثمن غال ، قطع ، وإن كان لا يوجد ولا يقدر عليه ، فلا قطع ، وعلى هذا يحمل ما جاء عن عمر رضي الله عنه : لا قطع في عام المجاعة " (2) .

وجاء في الجامع لأحكام القرآن : " الأصل المتفق عليه تحريم مال الغير إلا بطيب نفس منه ، فإن كانت هناك عادة بعمل ذلك كما كان في أول الإسلام ، أو كما هو الآن في بعض البلدان ، فذلك جائز . ويحمل ذلك على أوقات المجاعة والضرورة " (3) .

سئل الإمام مالك عن المضطر إلى أكل الميتة ، وهو يجد مال الغير قمراً أو زرعاً أو غنماً ؛ فقال: إن أمن الضرر على بدنه ؛ بحيث لا يعد سارقاً ويصدق في قوله ، أكل من أي ذلك وجد ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيئاً ، وذلك أحب إلي من أن يأكل الميتة " (4) .

وجاء في المحلى : " من سرق من جهد أصابه ، فإن أخذ مقدار ما يغيث به نفسه فلا شيء عليه ، وإنما أخذ حقه ، فإن لم يجد إلا شيئاً واحداً ففيه فضل كثير ... وفرضاً على الإنسان أخذ ما اضطر إليه في معاشه ، فإن لم يفعل فهو قاتل نفسه ، وهو عاصي لله " (5) .

(1) المحلى ، ج 12 ، ص 334 / المبسوط ، ج 9 ، ص 140 / المغني ، ج 10 ، ص 284 / تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 251 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 346 .
(2) روضة الطالبين ، ج 2 ، ص 346 .
(3) القرطبي ، ج 2 ، ص 227 .
(4) المصدر نفسه ، ص 229 .
(5) المحلى ، ج 12 ، ص 334 .

واستدلّوا على ما ذهبوا إليه بما يلي :

أ/ قوله تعالى ﴿ فَصِرَاصُطْرَفِي مَخْمَصَةِ خَيْرِ مَسْجَانِيهِ لِلَّهِ فَإِنَّهُ خَفِيزٌ رَحِيمٌ ﴾ المائدة / 3 .
والمراد بالمخمصة في الآية الكريمة هو الجوع الشديد ، والمضطرّ بسبب الجوع الشديد إلى سرقة
أموال الناس حفاظاً على نفسه من الهلاك ، لا يعتبر متعدياً على حدود الله ؛ بل إذا لم يفعل ذلك
يكون متعدياً لعدم حفاظه على نفسه .

ب/ قوله تعالى ﴿...وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ النساء / 29 . الآية الكريمة صريحة
في عدم جواز قتل الإنسان نفسه ، فإذا كان في حالة الضرورة ، وخشي الهلاك ، جاز له أن
يسرق من مال الغير ، فإذا لم يفعل وآلت حاله إلى الهلاك فمات ، يكون قد قتل نفسه .

وقد سبق ذكر قول ابن حزم - رحمه الله - في ذلك " ... وأن فرضاً على الإنسان أخذ ما
اضطرّ إليه في معاشه ، فإن لم يفعل فهو قاتل نفسه ، وهو عاصٍ لله " (1) .

ج/ قوله تعالى : ﴿...وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾
البقرة/ 195 . فمن أشرف على الهلاك ، وكان دفع الضرر بإقدامه على المحرمات ولم يفعل ، يكون
قد ألقى بنفسه إلى التهلكة ، ولم يحسن مع الله صنعا .

هـ/ " ...أن غلّمة لحاطب ابن أبي بلتعة ، سرقوا ناقة لرجل من مزينة ، فأتى بهم عمر ، فأقروا ،
فأرسل إلى عبد الرحمن بن حاطب فجاء ، فقال له : إن غلمان حاطب سرقوا ناقة رجل من مزينة
وأقروا على أنفسهم ، فقال عمر : يا كثير بن الصلت اذهب فاقطع أيديهم ، فلما ولى بهم ردّهم
عمر ثم قال : أما والله لو لا إني أعلم أنّكم تستعملونهم وتجيعونهم حتّى أن أحدكم لو أكل ما حرّم
عليه حلّ له لقطعت أيديهم ، وأيم الله إذا لم أفعل لأغرمتك غرامة توجعك ، ثم قال : يا مزي
بكم أريدت منك ناقتك ؟ قال : بأربع مائة ، قال عمر : اذهب فأعطه ثمان مائة " (2) .

(1) المصدر السابق ، الصّفحة نفسها .

(2) مصنف عبد الرزّاق ، ج 10 ، ص 239 ، رقم : 18978 .

فعمرو ابن الخطاب رضي الله عنه يسقط الحدّ عن غلمان حاطب لشبهة الاضطرار ، حيث قال لحاطب " أنكم تستعملوهم وتجيّعوهم ... " فما سرق غلمان حاطب إلاّ لضرورة الجوع والحرمان ، فكانت الضرورة شبهة قويّة لسقوط الحدّ .

قال ابن القيم " وهذا محض القياس ، ومقتضى قواعد الشرع ، فإنّ السنّة إذا كانت سنة مجاعة وشدّة ، وغلب على الناس الحاجة والضرورة ، فلا يكاد يسلم السارق من الضرورة تدعوه إلى ما يسدّ رمقه " (1) .

و/ قال عمر رضي الله عنه : " لا تقطع الأيدي في غدق ولا عام سنة " (2) . وقد سئل الإمام أحمد - رحمه الله - عن قول عمر هذا أتقول به ؟ قال : أي لعمرى لا أقطعه إذا حملته الحاجة والناس في شدّة ومجاعة " (3) .

وقد يفهم من هذا الأثر أنّ الأيدي لا تقطع وعام المجاعة مطلقاً ، إلاّ أنّ الأمر غير ذلك ، فالأثر يحمل على ما هو الغالب الأعمّ في عام المجاعة ، إذ الشّأن في السرقات التي تقع في أيام المجاعة أن تكون بدافع الحاجة والجوع ، فكأنّ عمر ابن الخطاب يقول : الغالب عدم إيقاع الحدّ في المجاعات ، نظراً للضرورة التي تدفع الكثير إلى اقتراف السرقات وهم لها كارهون .

هذا وقد أنكر أحد الكتّاب المعاصرين أن يكون عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قد عمل بمبدأ درء الحدود بالشبهات في عام المجاعة ، واتّهمه بإلغاء الحدّ الذي هو تشريع قرآني ، باعتباره غير صالح لذلك الظرف حيث قال " أمّا إسقاطه حدّ السرقة ، كما فعل زمن المجاعة ... فأيّ شيء هذا إن لم يكن إلغاء لتشريع قرآني حين اعتقد أنّ الظروف متغيّرة لم تعد تبيّنه ؟ لكن هل يجزئ علمائنا وكتّابنا على مواجهة هذه الحقيقة الصّريحة ؟ بل هم يحاولون أن يلتمسوا للتخلّص منها تأويلات متعدّدة . كأن يقولون ما فعله عمر كان من باب درء الحدود بالشبهات ، الذي ورد فيه الحديث المشهور ، لكن هناك شكّ في أنّ المواضع التي أسقط عنها العقوبة ، كانت تخضع للعقوبة حسب التشريع السابق ... " (4) .

(1) إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 22 .

(2) سبق تخرجه في ص 409 .

(3) منار السبيل ، ج 2 ، ص 390 / المغني ، ج 10 ، ص 284 .

(4) مجلّة الأدب البيروتية - مقالة محمد النويهي ، تحت عنوان " نحو ثورة في الفكر الدّيني " عدد ماي - سنة 1980 ، ص 100

فما ذهب إليه الكاتب خطير جداً ، ولا يجوز السكوت عنه ، وخطورة مذهبه تكمن في أمرين :

أولاً : أنه يتهم الشريعة الإسلامية التي هي وحي جلّها بالقصور وعدم صلاحيتها لكل زمان ومكان بدليل أن إقامة الحد على السارق الذي هو تشريع سماوي لم يكن صالحاً في عام المجاعة ولهذا ألغاه عمر ابن الخطاب بمحض عقله وينبئ على ذلك جواز إلغاء كل تشريع سماوي لا يتماشى وتطورات العصر وهكذا إلى أن تفكّ عرى الإسلام عروة عروة فيحلّ بأمة الإسلام الخزي والعار .

ثانياً : إذا كان هذا غير جائز شرعاً ، ففيه اتهام خطير للخليفة الراشد وأمير المؤمنين عمر ابن الخطاب رضي الله عنه ؛ إذ أن إلغاء حكم شرعي ، أو نسخه هو تشريع في حد ذاته ، والتشريع لا يجوز إلا من الشارع الحكيم ﴿لَا تَلْهَوْا دِينَكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا الْأَعْرَافَ﴾ / 54 ﴿إِنَّكُمْ كُنْتُمْ عَلَىٰ دِينٍ﴾ / الأنعام / 57 . فمن ادّعى ذلك يكون قد أبدع في دين الله ، والبدعة ضلالة صاحبها في النار ، والصحابي الجليل عمر رضي الله عنه من المبشرين بالجنة ، ومن المهديين الذين أمرنا الشرع بالإقتداء بهم ، واقتفاء آثارهم وسنتهم ، فهم الذين عايشوا التترييل ، وفهموا الشريعة أحسن فهم .

فما ذهب إليه صاحب المقال ، إن دلّ على شيء فإنما يدلّ على جهله ، وقصور عقله ، وقلة ورعه ؛ إذ كلّ ما في الأمر أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه انتقل من تشريع إلى تشريع ، فلم يلغى نصاً ، ولم يستعمل عقله في إثبات حكم جديد ، إذ القبح ما قبحه الشرع والحسن ما حسّنه الشرع⁽¹⁾ فلو لم يجد مسوغاً شرعياً لعدم تطبيق الحدّ في تلك الحالة لما فعل ، لكنّه عندما وجد أن شروط القطع لم تتوفر ، وظروف الجريمة لم تكتمل ، ترك التشريع الأصلي الذي هو القطع ، وطبق التشريع الاستثنائي الذي هو درأ الحدّ عن الجاني بالشبهة ، والشبهة قد تحققت ، وقويت بالمجاعة والفقحط ، فكانت السرقة ضرورة لحفظ النفس من الهلاك ، وإذا لم يعمل هذا الصّحابي

(1) قال الإمام أبو المظفر السمعاني : " أعلم أنّ مذهب أهل السنة أنّ العقل لا يوجب شيئاً على أحد ، ولا يرفع شيئاً عنه ، ولا يحظر له في تحليل أو تحريم ، ولا تحسين ولا تقبيح ، ولو لم يرد السمع ما وجب على أحد شيء ، ولا دخلوا في ثواب ولا عقاب " ثم قال " أهل السنة قالوا : الأصل في الدين الاتباع ، والمعقول تبع ، ولو كان أساس الدين على المعقول ؛ لاستغنى الخلق عن الوحي وعن الأنبياء ، ولبطل معنى المر والتهي ، ولقال من شاء ما شاء " نقلاً عن العقيدة السلفية في كلام ربّ البرية وكشف أباطيل المبتدعة الردية ، تأليف عبد الله بن يوسف الجديع ، ط 2 (1416 هـ / 1995 م) دار الإمام مالك - الرياض ، ص 35 .

الجليل بمبدأ درء الحدّ لشبهة الاضطرار المنصوص عليها في الآيات الكثيرة ، فمنذا الذي يعمل ويحرص على ذلك ، خاصّة وأنه راوي حديث " ادروا الحدود بالشبهات " وإذا لم يتق الله ويتورع في جعل الحدّ محلّه ، فمنذا الذي يتق الله في ذلك .

قال ابن القيم - رحمه الله - : " إنّ الشريعة مبنها وأساسها على الحكم والمصالح في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلّها ، ورحمة كلّها ، ومصالح كلّها ... فكلّ مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، ومن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، ومن الحكمة إلى العبث ؛ فليست من الشريعة ... ومثال ذلك سقوط الحدّ عام المجاعة للضرورة ، التي تدعو السارق إلى سرقة ما يسدّ رمقه ... وهذه شبهة قويّة تدرأ الحدّ عن المحتاج ، وهي أقوى من كثير من الشبه التي يذكرها كثير من الفقهاء " (1).

هذا وقد اتفقت عبارة الفقهاء على درء الحدّ عن السارق في عام المجاعة ، سواء منهم الجمهور الذين يقولون بالشبهة ، أو أهل الظاهر الذين لا يقولون بها ، ويشترطون جميعاً في الأخذ بها عام المجاعة أن يكون في مخمصة ؛ إذ لا يجد ما يشتريه ، أو لا يجد ما يشري به ، وأن لا يأخذ أكثر من حاجته ، ولا يعذر إذا كان الثمن غال .

جاء في المغني " قال أحمد : " لا قطع في المجاعة . يعني أنّ المحتاج إذا سرق ما يأكله ، فلا قطع عليه لأنّه كالمضطر ، وروي عن عمر أنّه قال : " لا قطع في عام سنة ، وقال : سألت أحمد عنه ، فقلت : تقول به ؟ قال : أي لعمرى ، لا أقطعه إذا حملته الحاجة والناس في شدّة ومجاعة (2) ... وهذا محمول على من لا يجد ما يشتريه ، أو لا يجد ما يشتري به ، فإنّ له شبهة في أخذ ما يأكله ، أو ما يشتري به ما يأكله ... فأما الواجد ما يأكله ، أو الواجد لما يشتري به ما يشتريه ، فعليه القطع ، وإن كان بالثمن " (3) .

وجاء في روضة الطالبين : " من سرق طعاماً في عام القحط والمجاعة ، فإن كان يوجد عزيزاً بثمان غال ، قطع ، وإن كان لا يوجد ولا يقدر عليه ، فلا قطع ، وعلى هذا يحمل ما جاء عن

(1) إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 22 - 23 .

(2) سبق تخريجه

(3) المغني ، ج 10 ، ص 284 / المبدع ، ج 9 ، ص 132 .

عمر رضي الله عنه لا قطع في عام المجاعة (1) " (2) .

وجاء في المبسوط " لا قطع في عام السنة ، وهي زمان القحط ؛ لأنّ الصّرورة تبيح التّناول من مال الغير بقدر الحاجة ، فيمنع ذلك وجوب القطع ... وقوله - أي قول عمر - لا تقطع في الغدق منهم من يروي في العرق وهو اللحم ، والأشهر الغدق وهو الكابسة ، ومعناه لا قطع في عام السنة للصّرورة والمخمصة ، وقد كان عمر رضي الله عنه في عام السنة يضم إلى أهل كلّ بيت أهل بيت آخر ، ويقول إن يهلك النّاس على أنصاف بطونهم فكيف نأمر بالقطع في ذلك " (3) .

وقال ابن حزم : " من سرق من جهد أصابه ؛ فإن أخذ مقدار ما يغيث به نفسه فلا شيء عليه وإنما أخذ حقّه ، فإن لم يجد إلّا شيئاً واحداً ففيه فضل كثير ، كثوب واحد أو لؤلؤة أو بعير أو نحو ذلك ، فأخذه كذلك فلا شيء عليه ، ... فلو قدر على مقدار قوته يبلغه إلى مكان المعاش فأخذ أكثر من ذلك وهو ممكن لا يأخذه فعليه القطع ، لأنّه سرق ذلك من غير ضرورة ، وإن فرض على إنسان أخذ ما اضطرّ إليه في معاشه ، فإن لم يفعل فهو قاتل نفسه ، وهو عاصٍ لله " (4) .

إذن فليس مجرّد زمن المجاعة بذاته مبرراً أو مسوّغاً لإسقاط الحدّ على الجميع كما قد يتوهم البعض ، فمن سرق والطّعام موجوداً ولو بالثمن العالي لا عذر له عند جميع المذاهب ، وإسقاط الحدّ سبب الفاقة والقحط ليس معناه الانفلات من العقاب نهائياً وإنّما عليه التّعزير بحسب ما يراه الإمام والله أعلم .

ثانياً : حكم ارتكاب المضطر لجريمة السرقة قانوناً : لا يوجد في قانون العقوبات الجزائري نصّ عام بحالة الصّرورة ، كما هو عليه الحال بالنسبة للدّفاع الشرعي ، لكن توجد فقط بعض التطبيقات المتفرقة فيه ، لا يتّسع المقام لذكرها استأنس بها شرّاح قانون العقوبات الجزائري ، وعالجوا من خلالها حالة الصّرورة ، ومثّلوا للسرقة الصّرورية ، وجعلوا الصّرورة من الأسباب الموضوعيّة لعدم التّسبة ، هذا من جهة .

(1) سبق تخريجه في ص 411 .

(2) روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 346

(3) المبسوط ، ج 9 ، ص 140 .

(4) المحلّى ، ج 12 ، ص 334 .

ومن جهة أخرى نظراً لعدم تنصيب القانون الجزائري على حالة الضرورة ، فقد راعى بعض الشراح ما ذهب إليه الفقه التقليدي في فرنسا ، فأنزل حالة الضرورة كسبب من أسباب الإباحة ، وهو رأي لم يقبله أحد شراح قانون العقوبات الجزائري " عبد الله سليمان " لأنه يرى أن أسباب الإباحة قد وردت على سبيل الحصر في القانون الجزائري ، مما لا يبيح إدخال حالة الضرورة فيها ، زيادة على هذا أن حالة الضرورة في رأيه نوع من الإكراه المعنوي الذي يؤثر على حرية الاختيار ، ويمنع المسؤولية الجنائية .

ثم يقول الأستاذ عبد الله سليمان " وإقفال المشرع لحالة الضرورة أمر ليس له ما يبرره ، إذ يتوجب البت بهذه المسألة الهامة ، ونقترح أن تضاف حالة الضرورة إلى موانع المسؤولية بزيادة فقرة جديدة إلى نص المادة 48 ، فيصبح النص كما يلي : (لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها ، ولا عقوبة على من أُلجأته إلى ارتكاب الجريمة ضرورة وقاية نفسه ، أو غيره ، أو ماله ، أو مال غيره من خطر جسيم يوشك أن يقع إذا لم يكن له دخل في حله ، وليس بقدرته منعه) أما بغياب النص فلا بد من التوسع في تفسير النص الحالي ، واعتبار حالة الضرورة نوعاً من القوة التي لا قبل للفاعل بدفعها " (1) .

وعلى الرغم من الإجماع على أنه لا عقاب على الجاني في حالة الضرورة ، فقد انقسم الفقه حول تكييف حالة الضرورة بين قائل بأنها مانع من موانع المسؤولية الجنائية ، وبين قائل بأنها سبب من أسباب الإباحة (2) .

وتقوم حجة من يقول بأن فعل الضرورة مانع من موانع المسؤولية على أن ، حالة الضرورة تمثل ضغطاً على إرادة الفاعل تمنعها من حرية الاختيار ، وعليه تنعدم المسؤولية الجنائية ، فعلة انعدام المسؤولية إذن هي علة شخصية ، تتصل بعيب في الاختيار لدى الفاعل .

أما أنصار القول بأن الضرورة سبب من أسباب الإباحة فحجتهم تقوم على أن ، عدم العقاب في حالة الضرورة ، يعود إلى الفعل المرتكب ذاته الذي أباحه المشرع في ظروف الضرورة التي تقع فيها ، بناءً على نظرية توازن المصالح التي يعتمدها القانون في مجال الإباحة (3) .

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - ج 1 ، ص 326 .

(2) المرجع نفسه ، ص 324 .

(3) المرجع نفسه ، ص 325 .

إذا كانت الضرورة هي المأزق الذي يوجد فيه شخص مجبر على الاختيار ، ما بين جريمة وخطر آخر مساوٍ للجريمة أو أكثر منها ، فإنه في حالة الضرورة نلاحظ أن المجرم يحتفظ بحريته في الاختيار ما بين الخطر المحدق بيه والجريمة ، بخلاف الإكراه الذي تنعدم معه حرية الاختيار تماماً .

وبما أن السرقة جريمة عمدية يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام ، المتمثل في علم الجاني وقت الفعل ، واتجاه إرادته الحرة وإدراكه السليم بجميع أركان الجريمة كما وضّحها القانون ، مع اشتراط القصد الخاص المعروف بسوء النية ، أو الإضرار بالغير عن طريق اختلاس ممتلكاته المنقولة ، فإن المضطر إذا سرق يكون قد ارتكب جريمة السرقة بكل أركانها ، وشروطها التي حددها القانون ، وليس ثمة خلل في ركن القصد الجنائي ؛ لأنه اختار بحريته ارتكاب جريمة السرقة حتى يحترز من الخطر المحدق به ، حتى وإن كان مضطراً ومجبوراً على هذا الاختيار .

فإذا ما توفّر لجريمة السرقة القصد الجنائي بجانبه العام والخاص ، فقد قام الركن المعنوي للجريمة بصرف النظر عن الباعث ، سواء كانت الجريمة قد ارتكبت بدافع الحاجة إلى المال المسروق ، أو برغبة الانتقام ... هذا من جهة تمام الجريمة وقيامها قانوناً .

أما من جهة إلحاق العقاب بالمضطر الذي يسرق ، وعدمه فإن قانون العقوبات الجزائري كغيره من القوانين الوضعية يأخذ هذا الباعث بعين الاعتبار ، إذا ما تحققت شروط تطبيق حالة الضرورة من كونها حقيقة غير راجعة إلى خطأ الجاني ، والقيمة المضحى بها أقل قيمة أو مساوية من القيمة المحفوظ عليها ، كالشخص مثلاً الذي تسرق منه ملابسه في حمام عمومي فيضطر إلى سرقة ملابس غيره حتى لا يرتكب جنحة الفعل الفاضح العلني ، ففي هذه الحالة لا يمكن الخروج من المأزق إلا بارتكاب جريمة السرقة فالخطر حال ومحقق ، أو كأن تقوم امرأة دون مداخيل بسرقة الخبز قصد إطعام طفلها حتى لا يموت جوعاً فالجريمة ترتكب لإنقاذ قيمة أكثر أهمية من الشيء المسروق⁽¹⁾ .

فنلاحظ أن جريمة السرقة رغم اعتبارها تامة الأركان والشروط في نظر القانون ، إلا أن الباعث على جريمة السرقة وهو الاضطرار والحاجة يؤخذ بعين الاعتبار ، فلا يسأل الفاعل جزائياً ، لأنه قام بفعل سرقة ضرورية ، والضرورة كانت حقيقية ، والخطر محقق وحال ، وقد يكون مميتاً

(1) انظر دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - ص 222 / وكذا شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - محمد صبحي نجم ، ص 125 - 126 .

كما في الصّورة الثّانية ، كما أنّ فقدان السّارق لملابسه في الصّورة الأولى ، لم يكن راجع إلى إهماله ، فالضّرورة والمأزق اللذان وقع فيهما خارجان تماماً عن نطاقه ، كما أنّ السرقة الّتي قام بها قيمتها أقلّ بكثير من قيمة ستر عورته ، وإمكانية اتّهامه بالفعل الفاضح العلني ، وبالتالي لا يمكن قانوناً نسبة هذا الفعل الموصوف بالإجرام إلى الفاعل ، فلا عقاب على السّارق المضطر قانوناً ، هذا دون الالتفات إلى فلسفة كون حالة الضّرورة من أسباب الإباحة ، أو من موانع المسؤولية الجنائية ، طالما حكم السّارق المضطرّ حكماً واحداً في الحالتين ، وهو عدم إلحاق العقاب بالجاني ، وبهذا يتفق التشريع الجنائي الإسلامي مع قانونان العقوبات الجزائي في عدم العقاب على السرقة الضّروية ، إذا توفّرت شروط حالة الضّرورة في التشريعين .

المطلب الرابع

تعلق الشبهة بإدراك الجاني

إنّ القصد الجنائي مثلما يتجلى في كون المجرم له مطلق الإرادة والاختيار في ارتكاب جريمة من جرائم الحدود ، فإنّه يتجلى كذلك في كون المجرم كامل الإدراك والوعي ، بأنّ العمل الذي يقوم به حرام ومعاقب عليه .

وإذا علمنا أنّ الإدراك هو " إحاطة الشيء بكماله " أو " حصول الصورة عند النفس الناطقة"⁽¹⁾ نجد أنّ الجاهل والسّكران لا إدراك لهما بالفعل المحرّم ، فالجاهل قصر إدراكه عن الفعل المحرّم بسبب فقدانه للعلم الشرعي ، الذي به يفرّق بين الحلال والحرام ، كما أنّ السّكران قصر إدراكه عن الفعل المحرّم بسبب غياب عقله ووعيه ، لذلك اعتبر الفقهاء الجهل وزوال العقل شبهتان لدرأ الحد عن الجاني ، إذن توضيح هذا المطلب يكون من خلال الفرعين الآتيين : الأوّل لتوضيح مسألة شبهة الجهل ، والثاني لتوضيح مسألة شبهة السّكر ، هذا كما أتطرّق لموقف المشرّع الجزائري من المسألتين ، فهل يعتبر الجهل والسّكر من أسباب عدم المسؤولية الجنائية قانوناً ؟

الفرع الأول

شبهة الجهل بين الشريعة والقانون

إنّ المجرم لكي يفلت من يد العقاب ، أوّل ما يتبادر إلى ذهنه ادّعاء الجهل بحكم الفعل المحرّم؛ لهذا نجد هذه الشبهة أكثر الشبهات انتشاراً ، لكن هل كلّ مدّع لشبهة الجهل يدرأ عنه الحد ؟ أم أنّه ثمة شروط وضوابط يجب اعتبارها في هذه الشبهة ؟ قبل الإجابة عن هذا التّساؤل ، لا بدّ أولاً من تعريف الجهل لغة واصطلاحاً .

ومن جهة أخرى ، ما هو موقف المشرّع الجزائري من الجهل ؟ هل للجهل أثر في جريمة السرقة قانوناً ؟ فيعفى الفاعل من العقاب ، أم اقترانه بالفعل كعدمه ؟ من هنا كان تقسيم

(1) الجرجاني ، التعريفات ، ص 29 .

هذا الفرع إلى فقرتين : الأولى لتعريف الجهل ، وبيان ضوابط العذر به ، والثانية لحكم ارتكاب الجاهل لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً .

الفقرة الأولى : تعريف الجهل وبيان ضوابط العذر به : في هذه الفقرة سأتناول تعريف الجهل لغةً وشرعاً ، كما أبين ضوابط الأخذ بشبهة الجهل ، ومتى يعذر الجاهل بجهله ومتى لا يعذر ، هذا طبعاً من الناحية الشرعية فقط ، أما ما يتعلق بقانون العقوبات الجزائري ، فسيجمل الكلام في الموضوع عند تناول حكم سرقة الجاهل في قانون العقوبات الجزائري .

أولاً : تعريف الجهل لغة وشرعاً

1/ تعريف الجهل لغة : الجهل نقيض العلم ، جهلت الشيء جهلاً خلاف علمته ، وجهل فلان عليّ وتجاهل أظهر الجهل ، وجهل على غيره سفه وأخطأ ، وجهل الحق أضاعه فهو جاهل ، والجاهلية الجهلاء توكيد ، وهي زمان الفترة ولا إسلام ، والمعروف من كلام العرب : جهلت الشيء إذا لم تعرفه⁽¹⁾ .

2/ تعريف الجهل شرعاً : قال ابن تيمية - رحمه الله - " ظهور الجهل هو ظهور الكلام في الدين بغير علم وهو الكلام بغير سلطان من الله ، وسلطان الله كتابه " ⁽²⁾ .

وقالوا : أن الجهل يذكر ويراد به عدم الشعور ، ويذكر ويراد به الشعور بالشيء على خلاف ما هو به ، ويذكر ويراد به السّفه⁽³⁾ قال تعالى : ﴿وَلَا تُخْزِنُ عَنْهُ الْجَاهِلِينَ﴾ الأعراف / 199 .

قال بعض العلماء " الجهل هو العمد ، وهو المعاصي ، فكل من عصى ربه فهو جاهل حتى يترع عن معصيته ، وأمور الدنيا كلها جهالة خاصة الخارجة عن طاعة الله " ⁽⁴⁾ .

(1) المصباح المنير ، ج 1 ، ص 113 / ترتيب القاموس المحيط ، ج 1 ، ص 548 / لسان العرب ، ج 11 ، مادة جهل ، ص 129 .

(2) تقي الدين أحمد بن تيمية ، الاستقامة ، تحقيق د . محمد رشاد سالم ، ط 1 ، سنة 1403هـ ، مكتبة السنة - القاهرة ، ص 457 .

(3) عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار على الأصول البزدوي ، ط (دت ن) دار الكتاب العربي - بيروت ، ج 4 ، ص 330 .

(4) الجامع لأحكام القرآن ، ج 5 ، ص 92 .

وقيل " الجاهل من لا يعلم الحلال من الحرام ، ومن جهالته ركب الأمر ، فكلّ من عمل خطيئة فهو بها جاهل " (1) .

ويستفاد من هذه التعاريف أنّ الجهل مذمومٌ شرعاً ، والمسلم مطالب بمعرفة أمور دينه من الكتاب والسنة ، فليس الجاهل الذي يجهل العلوم الدنيوية المختلفة ، وإنّما الذي يجهل الحلال والحرام ، والأمر والتّهي ؛ فالجهل يضادّ العلم الذي دلّت نصوص كثيرة على وجوب طلبه ، يقول الله تعالى ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رَجُلًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَسَلُّوا أَقْلَامَ الْوُزَرِ إِنَّهُمْ لَكُنْتُمْ لِلْعُلُمِوعِ ﴾ النحل / 43 .

ثانياً : ضوابط الأخذ بشبهة الجهل (2) : إذا كان الجهل يؤدّي إلى ارتكاب المعاصي ، وجرائم الحدود الذي هي الشّارع الحكيم عن ارتكابها ، فهل دعوى الجرم بالجهل أمام القاضي قهراً من العقوبة تقبل مباشرة ، فيدراً الحدّ عن الجاني ؟ أم لا اعتبار لهذه الشبهة إلاّ بالضوابط ؟ نعم هناك ضوابط يجب توفّرها في شبهة الجهل تتمثل فيمايلي :

1/ لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام : لا يعدّ الجهل عذراً إذا ادّعاه شخص نشأ بين المسلمين في بلاد الإسلام ؛ لاشتهار الأحكام الشرعية ، وتيسير الخطاب ، خاصّة وأنّه مطالب ابتداءً بالسؤال عن أحكام الإسلام ، قال تعالى ﴿ فَسَلُّوا أَقْلَامَ الْوُزَرِ إِنَّهُمْ لَكُنْتُمْ لِلْعُلُمِوعِ ﴾ النحل / 43

قال القرطبي: " فرض العامّي الذي لا يشغل باستنباط الأحكام من أصولها لعدم أهليّته فيما لا يعلمه من أمر دينه ، ويحتاج إليه ، أن يقصد أعلم من في زمانه وبلده ، فيسأله عن نازلته ، فيمثل فيها فتواه ... وعليه الاجتهاد في أعلم أهل وقته بالبحث عنه " (3) .

2/ انتشار الجهل وصعوبة السؤال : يكون الجهل عذراً إذا كان الشّخص يعيش ببادية بعيدة جداً عن المسلمين وعن العلماء الذين يعلمونه أحكام الشّرع أو يعجز عن طلب العلم الشرعي أو يصعب عليه السؤال لانتشار الجهل ببلده ، فمثل هذا إذا ارتكب حداً من حدود الله وادّعى الجهل بالحكم اعتبرت دعواه شبهة تدرأ عنه الحدّ .

(1) محمد أبو جعفر الطبري ، جامع البيان في تأويل آي القرآن ، تحقيق محمود محمد شاكر ، وأحمد محمد شاكر ، ط (دت ن) ، دار المعارف _ مصر ، ج 6 ، ص 436 .

(2) انظر الشبهات المسقطة للحدود ، لعقيلة حسين ، ص 133

(3) الجامع لأحكام القرآن ، ج 2 ، ص 212 .

قال حذيفة بن اليمان: " يدرس الإسلام كما يدرس وشي الثوب حتى لا يدري صلاة ولا صيام ولا نسك ولا صدقة ، وليسري على كتاب الله ﷻ في ليلة فلا يبقى في الأرض آية ، وتبقى طوائف من الناس - الشيخ الكبير والعجوز - يقولون أدركنا آباءنا على هذه الكلمة لا إله إلا الله ، فنحن نقولها " فقليل لحذيفة ما تغني عنهم لا إله إلا الله وهم لا يدرون ما الصلاة ولا صيام ولا نسك ولا صدقة ؟ فأعرض عنه حذيفة ، ثم ردها ثلاثاً ، كل ذلك يعرض عنه حذيفة ، ثم أقبل في الثالثة فقال : تنجيهم من النار ، تنجيهم من النار" (1) .

3/ **عدم بلوغ دعوى الإسلام للجاهل** : قال تعالى ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ مِمَّنْ نَبْعَثُ رَسُولًا ﴾ الإسراء/15 قال ابن حزم " نصّ الله تعالى أنّ التذارة لا تلزم إلاّ من بلغته لا من لم تبلغه ، وأنّه تعالى لا يعذب أحداً حتى يأتيه رسول من عند الله ﷻ ، فصحّ بذلك أنّ من لم يبلغه الإسلام أصلاً فإنّه لا عذاب عليه ، وكذلك من لم يبلغه باب من واجبات الدين ، فإنّه معذور لا ملامة عليه ، فقد كان جعفر بن أبي طالب وأصحابه بأرض الحبشة ، ورسول الله ﷺ بالمدينة ، والقرآن يترل ، والشّرائع تشرّع ، فلا يبلغ إلى جعفر وأصحابه أصلاً لانقطاع الطريق جملة من المدينة إلى أرض الحبشة (2) وبقوا كذلك ستّ سنين ، فما ضرهم ذلك في دينهم شيئاً إذا عملوا بالحرّم وتركوا المفروض (3) .

هذا وهناك من استثنى ما كان من أصول الدّيانات بحيث لا يعذر الجاهل بها ، قال الإمام الشّاطبي (4) " أمّا إذا نشأ في بلد يدين بغير الإسلام ثمّ اعتنقه فإنّ الأحكام التي لا يختصّ الإسلام بأصولها ، بل توجد أمثالها في الدّيانات التي نشأ الشّخص عليها وبين أهلها كحرمة القتل والزّنا والسّرقة يظلّ مكلفاً بها ، أمّا فرائض الإسلام الخاصّة كالصّلاة والصّيام فلا يكلفهما ما دام عاجزاً عن العلم بها لعدم اشتهاؤه في محلّ إقامته وخفاء أدلّتها في ذاتها عليه" (5) .

(1) أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب الفتن ، باب ذهاب القرآن والعلم ، ج 2 ، ص 512 ، رقم : 4049 / ورواه الحاكم في مستدركه ، باب الفتن والملاحم ، ج 4 ، ص 473 ، وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي .

(2) الحبشة هي منطقة في إفريقيا ، وكان يحكمها آنذاك حاكم نصراني هو التجاشي ، وكانت أوّل بلد هاجر إليه المسلمون ، وهي الآن مقاطعة من أثيوبيا ، وغالب سكّانها مسلمون (دائرة المعارف الإسلامية ، ج 6 ، ص 460)

(3) الفصل في الملل والتحل ، ج 4 ، ص 60 .

(4) هو إبراهيم بن موسى أبو إسحاق اللّخمي الغرناطي المالكي ، المؤلّف ، المحقّق ، الأصولي ، المفسّر ، الحدّث ، له مؤلّفات نفيسة اشتملت على تحريرات للقواعد ، وتحقيقات لمهمّات الفوائد ، منها : شرح جليل على الخلاصة _ الموافقات في أصول الفقه _ الاعتصام ، توفي سنة 790 هـ (انظر ترجمته في شجرة التّور الزكيّة ، لمحمد مخلوف ، ص 231)

(5) الموافقات ، ج 1 ، ص 114 .

4/ ارتكاب المجنون للحدود بعد صحوه مباشرة : إذا ارتكب المجنون بعد صحوه مباشرة جريمة من جرائم الحدود ، وكان إسلامه بعد صحوته مباشرة ، وادّعى الجهل بالحرمة ؛ فإنّ جهله شبهة قويّة تدرأ عنه الحدّ .

5/ عدم العلم باللغة العربية ، التي هي مناط معرفة الأحكام الشرعيّة : إنّ معرفة اللغة العربيّة ليس شرطاً من شروط الاجتهاد فحسب ؛ بل معرفتها شرط على الشخص غير العربي بعد إسلامه أيضاً ، حتّى يستطيع تعلّم أحكام الإسلام ، إلّا أنّ جهله بأحكام الشرع بسبب عدم معرفته اللغة العربيّة شبهة قويّة تدرأ عنه الحدّ ، خاصّة إذا كانت الكتب المترجمة لأحكام الشرع مفقودة " يرى الأصوليون أنّ من لا يعرفون اللغة العربيّة ، ولا يستطيعون فهم أدلّة التكليف الشرعية كاليابانيون وغيرهم ، لا يتمّ تكليفهم حتّى يستطيعون الفهم ، إمّا بتعلّم العربيّة ، أو ترجمة الأدلّة إلى لغاتهم ، أو بعث مسلم يفهمهم " (1) .

6/ مظنة الجهل في المرأة أقوى من الرجل : إذا ادّعت المرأة الجهل ، فعالباً ما تكون صادقة ؛ إذ أنّ مظنة الجهل في المرأة أقوى من الرجل ؛ فجهلها شبهة قويّة تدرأ عنها الحدّ خاصّة في الأمور التي لا تتمكّن من معرفتها وتعلّمها إلّا بالسّعي ، فالمرأة التي تعيش في المجتمعات المتخلّفة تكون مقهورة ولا سبيل لها في طلب العلم ، ولا الاتصال بالعلماء ، ولا حتّى الخروج إلى المساجد ، فحضر المرأة في تعلّم الدين وأحكام الشرع أقلّ من حضر الرجل الذي له فرص كثيرة ، وجهله يكون غالباً نتيجة تقصيره في ذلك ، فتكون شبهة الجهل عند المرأة أقوى منها عند الرجل .

7/ ألاّ يتعلّق الجهل بحقوق الناس : " إنّ الجاهل غير مؤاخذ إلّا فيما يتعلّق بحقوق النّاس ، فالقاعدة أنّه لا يعذر أحد بجهله حفاظاً على حقوق النّاس ، فإنّ الضّمان يجب عليه فيما أتلّف من الأموال واستهلكه بغير حقّ ، فعليه متى علم أن يردّه إلى صاحبه إن أمكن ، وأن لا يصرّ على ما فعل وهو يعلم " (2) . إذن فلا عذر بالجهل إذا تعلّق الأمر بحقوق النّاس حتّى لا تضيع .

8/ الجهل قد يتعلّق بالحكم ، وقد يتعلّق بالعين : ينقسم الجهل إلى قسمين : جهل بالحكم وجهل بالعين ، وكما يعتبر الجهل بالحكم (الحرمة) شبهة دائرة للحدّ ، فكذلك الجهل بالعين المسروقة ، أو المشروبة شبهة تدرأ الحدّ ، والجاني قد يجهل الأمرين معاً -

(1) أصول الفقه لعبد الوهّاب خلاّف ، ص 135 .

(2) المحلّى ، ج 11 ، ص 107 / الأشباه والتّظانن للسيوطي ، ص 166 - 167 / كشف الأسرار ، ج 4 ، ص 343 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 14 .

الحكم والعين - وقد يجهل الحكم فقط ، وقد يجهل العين فقط ، وفي جميع هذه الأحوال تكون الشبهة دائرة للحدّ

أمّا إذا علم الجاني الحكم و جهل العقوبة ، فإنّه لا يعذر بجهله ، فعن سعيد بن المسيّب رحمه الله ، قال : ذكرنا الزّنا بالشّام فقال رجل : زني ، قيل ما تقول ، قال : أو حرّمه الله ، ما علمت أنّ الله حرّمه ، فكتب الوالي إلى عمر بن الخطّاب ، فكتب إليه : إن كان عليم أنّ الله حرّمه فحدّوه ، وإن لم يعلم فأعلموه ، فإن عاد فحدّوه ⁽¹⁾ .

فعمر ابن الخطّاب رضي الله عنه جعل الجهل بالحكم كافياً لاعتبار شبهة الجهل ، والعذر بذلك دون النظر إلى العقوبة .

الفقرة الثّانية : حكم ارتكاب الجاهل لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً : في هذه الفقرة سأتناول حكم السّارق الجاهل في التشريع الجنائي الإسلامي ، بناءً على الضوابط السّابقة ، فهل يعذر بجهله ويسقط عنه الحدّ ؟ أم أنّه يدان مع جهله ويقام عليه الحدّ ؟ ومن جهة أخرى أبن موقف المشرّع الجزائي من الجهل بصفة عامّة ، ما هي المواطن التي يجب العلم بها حتّى يعاقب السّارق ، وما هي المواطن التي لا يجب العلم بها ، بحيث لا يعتبر الجهل بها عذراً ، ثمّ أختم بحكم السّارق الجاهل ، هل تطبّق عليه عقوبة السرقة المقرّرة قانوناً مطلقاً ؟ أم يعفى من العقاب مطلقاً ؟

أولاً : حكم ارتكاب الجاهل لحدّ السرقة : لم أقف على حكم ارتكاب الجاهل لجريمة السرقة شرعاً ، أو بعبارة أخرى على أثر الجهل في جريمة السرقة في كتب الفقه الإسلامي المختلفة ، إلّا من باب الإشارة دون تفصيل أو توضيح ، وذلك لأنّهم تناولوا موضوع العذر بالجهل بصفة عامّة دون تخصيص جريمة عن أخرى ، وبناء عليه سيتمّ استنتاج أثر الجهل في جريمة السرقة انطلاقاً ممّا سبق .

فالسّارق لكي يفلت من يد العقاب ، أوّل ما يتبادر إلى ذهنه ادّعاء الجهل كشبهة تدرأ عنه الحدّ ، وكما سبق أن ذكرت أنّ هذه الشبهة أكثر الشبهات انتشاراً ، فهل كلّ سارق ادّعى شبهة الجهل يدرأ عنه الحدّ ، الإجابة عن هذا السّؤال تستوجب الرّجوع إلى استقراء الشّروط والضوابط السّابقة ، وما يقال في حدّ السرقة يقال في باقي الحدود .

(1) كثر العمال ، كتاب الحدود ، باب الجهل بحكم الزّنا ، ج 5 ، ص 416 ، رقم : 13476 .

يشترط شرعاً في السّارق بالإضافة إلى التّكليف والاختيار توفّر القصد الجنائي ، فمثلاً لا يحدّ الجنون والصّغير والمكره ، لا يحدّ الجاهل بتحريم السرقة أو الجاهل بأنّه يأخذ مالاّ مملوك لغيره دون علم مالكة وإرادته⁽¹⁾ .

وبناء عليه إنّ السّارق قد يدّعي الجهل بالحكم - أي الحرمة - وقد يدّعي الجهل بالعين - أي العين المسروقة - وقد يدّعي الجهل بالأمرين معاً - الحكم والعين - وقد يعلم السّارق الحكم ويجهل العقوبة .

1/ إذا ادّعى السّارق الجهل بالحكم : من المبادئ الأولى في الشريعة الإسلامية ، أنّ الجاني لا يؤاخذ على الفعل المحرّم إلاّ إذا كان عالماً علماً تاماً بتحريمه ، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسؤولية الجنائية ، ويفهم من هذا الكلام أنّ السّارق لا يحدّ على فعله إذا جهل تماماً تحريم فعل السرقة شرعاً .

إلاّ أنّه يكفي في العلم بالتحريم إمكانه ، فمضى بلغ الإنسان عاقلاً ، وكان ميسراً له أن يعلم ما حرّم عليه ، إمّا برجوعه للتّصوص الموجبة للتحريم - إذا كان يفهم العربيّة - وإمّا بسؤال أهل الذّكر - إذا لم يكن بعيداً عن العلماء - اعتبر عالماً بالأفعال المحرّمة ، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل ، أو يحتجّ بعدم العلم ، ولهذا يقول الفقهاء " لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام "

كما يعتبر المكلف عالماً بالأحكام بإمكان العلم لا بتحقيق العلم فعلاً ، ومن ثمّ يعتبر النّص المحرّم معلوماً للكافة ، ولو أنّ أغلبهم لم يطلّع عليه ، أو يعلم عنه شيئاً مادام العلم ممكناً لهم ، ولم تشترط الشريعة تحقّق العلم فعلاً ؛ لأنّ ذلك يؤدّي إلى الحرج ، ويفتح باب الادّعاء بالجهل على مصراعيه ، ويعطل تطبيق التّصوص الشرعية .

فالسّارق الذي يعتذر بالجهل لحرمة السرقة ، وكان يعيش في دار الإسلام وهو قريب من سؤال العلماء ، ويفهم اللّغة العربيّة - لغة الخطاب - واطّلع على نصّ تحريم السرقة ، أو لم يطلّع لكن بإمكانه الاطّلاع والعلم وهو الذي قصّر ، فإنّه لا يعذر بجهله إطلاقاً ، ويقام عليه حدّ السرقة .

(1) صحيح فقه السّنة ، ج 4 ، ص 98 / التّشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 608 .

هذه القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها ، وإذا قبل الفقهاء العذر بالجهل ممن عاش في بادية لا يختلط بمسلمين ، أو ممن أسلم حديثاً ولم يكن مقيماً بين المسلمين ، فإنّ هذا ليس استثناء في الواقع ، وإنّما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التي تمنع مؤاخذه من يجهل التحريم حتّى يصبح العلم ميسراً له ، أمّا إذا كان مدّعي الجهل ناشئاً بين المسلمين أو أهل العلم ، فلا يقبل منه الادّعاء بالجهل طبعاً .

ويلحق الجهل بالمعنى الحقيقي للتّصوص بالجهل بذات التّصوص ، فحكمها واحد ، فلو ادّعى السّارق أنّ النصّ لا يدلّ على تحريم السرقة ، أو أنّ نصّاً آخر أباح السرقة ، فإنّ جهله بالمعنى الحقيقي للنص لا يرفع عنه المسؤولية الجنائية ، وهذا ما يسمّى في لغة القانون بالخطأ في التفسير⁽¹⁾ .

2/ إذا ادّعى السّارق الجهل بالعين المسروقة : إذا ادّعى السّارق أنّه يجهل كون المال الذي استولى عليه ملك لغيره ، أو يجهل أنّ مالكة غير عالم بهذا الأخذ وغير راضٍ ، فإنّ ذلك يعتبر شبهة دائرة للحدّ ؛ لأنّه كما تقرّر سابقاً الجهل بالعين المسروقة شبهة تدرأ الحدّ ، طبعاً بعد التحقق من ثبوت هذا الجهل حقيقة .

3/ إذا ادّعى السّارق الجهل بالحكم والعين المسروقة معاً : قد يحدث أن يدّعي السّارق جهله بجرمة السرقة ، وكذا جهله بكون المال ملك لغيره ، وأنّ مالكة غير عالم بهذا الأخذ وغير راضٍ ، فهنا يكون الجمع بين الشبهتين ، فإذا تحققتا درأ الحدّ .

4/ إذا ادّعى السّارق الجهل بالعقوبة دون الحكم : قد يدّعي السّارق الجهل بالعقوبة المقررة شرعاً لجرمة السرقة ، لكنّه يعلم بجرمة السرقة ، ويعتقد أنّ هذا ينجّيه من العقوبة ويدرأ عنه الحدّ، لكن العلم بالعقوبة غير مشروط في علم السّارق ، فلا يدرأ عنه الحدّ ؛ إذ يكفي العلم بالحكم لا قامته .

هذا وإذا كان العذر بالجهل يسقط حقّ الله تعالى ، فإنّ حقّ العبد لا يسقط ، لهذا يجب على من اعتذر بالجهل ، ودرأ عنه الحدّ ، ضمان ما أخذ لمالكه كما سبق بيانه .

ثانياً : الجهل في قانون العقوبات الجزائري ، وحكم سرقة الجاهل : بما أنّ الجهل نقيض العلم ، فلا بأس أن تعالج هذه المسألة انطلاقاً من عناصر الواقعة الإجرامية ، التي يلزم العلم بها لقيام

(1) انظر عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 1 ، ص 430 - 431 .

القصد الجنائي ، والمتمثلة في كل ما يتطلبه المشرع لإعطاء الواقعة وصفها القانوني ، وتمييزها عن غيرها من الوقائع الإجرامية الأخرى .

وإذا كان العلم شرطاً لتوافر القصد الجنائي ، فإنّ الجهل أو الغلط في الواقعة يؤدي إلى انتفائه؛ فالجهل يعني انتفاء العلم ، كما أنّ الغلط يعني العلم على نحو يخالف الحقيقة ، وفي كلتا الحالتين ينتفي العلم بحقيقة الواقعة ، وينتفي معهما القصد الجنائي⁽¹⁾ .

والأصل أن يحيط علم الجاني بكلّ الوقائع التي يتطلبها القانون لقيام الجريمة ، فلا يقتصر الأمر على العناصر السابقة على السلوك ، وإنّما يمتدّ ليشمل العناصر اللاحقة والمعاصرة للفعل ، طالما كانت ضرورية للتكوين القانوني للواقعة⁽²⁾ .

والوقائع الواجب العلم بها هي⁽³⁾ :

- 1/ موضوع الحقّ المعتدى عليه : ففي جريمة السرقة يجب أن يعلم الجاني بأنّ المال مملوك للغير ، فإذا جهل الجاني هذه الحقيقة انتفى القصد .
- 2/ العلم بخطورة الفعل على المصلحة الحميّة قانوناً .
- 3/ العلم بزمان أو مكان ارتكاب الفعل : كما في جريمة الاعتداء على المسكن ليلاً .
- 4/ العلم ببعض الصفات في الجاني أو المجنى عليه .
- 5/ توقّع النتيجة .
- 6/ العلم بالظروف المشدّدة التي تغيّر من وصف الجريمة .

أمّا الوقائع التي لا يتطلّب القانون ضرورة العلم بها⁽⁴⁾ :

- 1/ عناصر الأهلية الجنائية .
- 2/ الظروف المشدّدة المتعلّقة بجسامة النتيجة .
- 3/ الشّروط الموضوعية للعقاب .
- 4/ الظروف المشدّدة التي لا تغيّر من وصف الجريمة .

هذا بصفة عامّة ، وفي السرقة خاصّة :

- 1/ يجب العلم بأنّ المال مملوك للغير .

(1) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - ج 2 ، ص 250 .

(2) (3) المرجع نفسه ، ص 251 - 252 - 253 .

(4) المرجع نفسه ، ص 255 .

2/ العلم بأنّ المال هو في حيازة الغير .

3/ العلم بعدم رضا المالك والحائز عن الفعل .

4/ العلم بأنّ من شأن الفعل الاعتداء على الملكية والحيازة .

5/ توقع النتيجة الإجرامية .

إذن نستنتج من خلال ما سبق أنّ الجهل الذي ينفي القصد الجنائي ، هو الجهل المنصبّ على الوقائع والظروف التي تؤثر في التكوين القانوني للجريمة ، وهو الجهل الذي يسمّى جهلاً جوهرياً فينتفي القصد .

أمّا إذا انصبّ الجهل على وقائع لا يتطلّب القانون العلم بها ، فيعدّ جهلاً غير جوهري ، ولا يؤثر في القصد .

هذا كلّه إذا تعلّق الجهل بقيام الجريمة ، ولكن ما القول لو انصبّ الجهل على القانون نفسه ، فادّعى الجاني بأنّه يجهل القانون ، أو أنّه وقع في غلط عند تفسيره ؟

إنّ احتجاج الجاني بجهله القانون ، أو أنّه وقع في غلط عند تفسيره لنفيه القصد ، هو احتجاج غير مقبول . فالقاعدة أنّه لا يعذر الإنسان بجهله القانون ، فالعلم بالقانون مفترض ، ونظراً لأهمية هذه القاعدة فقد تأكّدت في نصّ دستوري⁽¹⁾ وقد شكّك البعض في عدالة هذه القاعدة . فقليل بأنّها تكلف الناس ما هو فوق طاقتهم ، خصوصاً بعد أن تزايدت التشريعات الوضعيّة ، وتعدّدت على نحو لم يعد يسمح بالقول على أنّه باستطاعة الجميع العلم بالقانون⁽²⁾ .

ولهذا فإنّ الفقه يميل إلى التخفيف من شدّة هذه القاعدة ، وذلك بالقول بأنّ القصد ينتفي عند الاستحالة المطلقة للعلم بالقانون ، وأنّه يمكن الاحتجاج بالجهل بالقانون إذا كان محلّ الجهل قانون آخر غير قانون العقوبات ، وأنّه يجوز نفي القصد في حالة الغلط دون خطأ كما يسمّيه القضاء الفرنسي⁽³⁾ .

هذا وبدون تحكيم قاعدة " لا يعذر أحد بجهل القانون " تفقد القوانين قيمتها الإلزاميّة

(1) تنصّ المادة 74 من الدّستور الحالي في الجزائر 1989 على أنّ " لا يعذر أحد بجهل القانون "

(2) الدّكتور رؤوف عبيد ، ص 236 (نقلاً عن شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - ج 1 ، ص 256 - 257)

(3) الدّكتور نجيب حسني - القسم العام - ص 628 .

وتلك القاعدة تطبق على جهل القانون المدني والجزائي على السواء ، كما تطبق على التنظيم حتى ولو كان ذلك القانون معقداً أو تقنياً⁽¹⁾ .

وبناء عليه فالسارق الذي يدعي الجهل بالوقائع والظروف المكونة قانوناً للجريمة ، كأن يدعي الجهل بكون المال مملوك للغير ، أو الجهل بكون المالك أو الحائز غير راضٍ عن الفعل ، أو الجهل بتحقيق النتيجة الإجرامية ، فهنا ينتفي القصد الجنائي لدى السارق ، ولا يلحق به عقاب السرقة .

أما إذا ادعى السارق الجهل بالوقائع التي لا يتطلب القانون من الجاني العلم بها ، بحيث علمه بها وعدمه سيان ، فإن القصد الجنائي يبقى قائماً ، ويعاقب السارق بعقوبة السرقة المقررة قانوناً .

أما إذا ادعى السارق جهله بكون فعل السرقة ممنوع قانوناً وبأنه قد شرع له من العقوبة المتنوعة ما يجمله ، فإن هذا لا ينفعه في شيء ، ولا يسقط عنه العقاب ؛ بل يعاقب كأبي سارق قام بفعل السرقة التامة الشروط والأركان ، عملاً بالقاعدة القانونية السابقة الذكر " لا يعذر الإنسان بجهله القانون " .

وبهذا يتفق قانون العقوبات الجزائري تمام الاتفاق مع الشريعة الإسلامية ، فيما يخصّ بأثر الجهل على المسؤولية الجنائية ، فالقاعدة في القوانين الوضعيّة أنّ الإنسان لا يعذر بجهل القانون ، وأنّ عبارة الجهل بالقانون تشمل العلم به والخطأ في فهمه وتفسيره ، ولكن إذا كان الإنسان في ظروف يستحيل معها العلم بصدور قانون ، فله أن يحتجّ بالجهل ، وأساس الخروج على القاعدة أنّ هؤلاء لم يتيسّر لهم العلم بالقانون ، وفي الشريعة " لا يعذر جاهل بجهله في دار الإسلام " وحالات خاصّة جدّاً تلك التي يعذر فيها بالجهل في الحكم ، كما سبق بيانه .

الفرع الثاني

شبهة السكر

قد يرتكب الشخص جريمة السرقة ، أو أيّ حدّ من الحدود الأخرى ، ويدعي زوال عقله أثناء ارتكابه الحدّ بسبب شربه للمسكر ، فهل يقام عليه الحدّ باعتبار أنّ السكران مكلف شرعاً؟

(1) مبادئ القانون الجزائري العام ، ص 110 .

أم يدرأ عنه الحدّ باعتبار أنّ السّكران لا تكليف عليه ؟ قبل التطرّق لهذه المسألة لابدّ من تعريف السّكر لغة وشرعاً ، وبيان ضوابط شبهة السّكر المعتبرة شرعاً . كما أتطرّق من جهة أخرى لموقف المشرّع الجزائري من السّكر ، هل له أثر في جريمة السرقة قانوناً ؟ أم تثبت المسؤولية الجنائية للسّارق رغم ارتكاب السرقة تحت تأثيره ؟ من هنا كان تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين ، الأولى لتعريف السّكر ، وبيان ضوابط شبهة السّكر شرعاً ، والثانية لبيان حكم ارتكاب الجاهل لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً .

الفقرة الأولى : تعريف السّكر ، وبيان ضوابط شبهة السّكر : في هذه الفقرة أتناول تعريف السّكر لغة وشرعاً ، كما أتناول ضوابط الأخذ بشبهة السّكر ، هل تناوله الجاني عمداً ، أم ضرورة ، أم كرهاً ، أم جهلاً ؟ كلّ هذه الحالات ستوضّح من خلال هذه الضّوابط .

أولاً : تعريف السّكر لغة وشرعاً

1/ **تعريف السّكر لغة :** السّكرُ بالتحريك الخمر ، ونبذ يتخذ من الثمر ، وكذا كلّ ما يسكر ، وقيل هو عصير الرّطب إذا اشتدّ ، والسّكر اسم منه ، وأسكره الشّراب أزال عقله ، وسكر من باب تعب ، وهو نقيض صحا فهو سكران وسكرٌ ، ويقال في المرأة سكرى وسكرانة وسكرة ، والجمع سكارى وسكارى وسكرى ، والسّكير والسّكور كثير السّكر والسّكار : النّباذ ، وفي التّزليل ﴿سُكِّرْ أَبْصَارَنَا﴾ الحجر / 15 . أي حبست عن التّظر أو غطيت وغُشيت⁽¹⁾ وكذلك السّكران يحبس عقله ويغطيّه بشربه للمسكر فيصير لا إدراك له .

2/ تعريف السّكر شرعاً : عرّف السّكر في اصطلاح الشّرع بعدّة تعاريف منها :

- عرّف بآله " سرور يغلب على العقل مباشرة بعض الأسباب الموجبة له ، فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله "⁽²⁾ .
- وعرّف أيضاً " حالة تعرض للإنسان مع امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه ، فيتعطّل عقله عن التّمييز بين الأمور الحسنة والقبيحة "⁽³⁾ .

(1) ترتيب القاموس المحيط ، ج 2 ، ص 585 - 586 / المصباح المنير ، ج 1 ، ص 281 - 282 .

(2) كشف الأسرار ، ج 4 ، ص 356 .

(3) سعد الدين التفتزاني ، التلويح على التوضيح ، ط (دت ن) طبعة قديمة ، (ددن) ، ج 2 ، ص 770 .

– أمّا السّكران فهو الذي يغلب على كلامه الهذيان ، فلا يعلم ما يقول ، ولا يعرف الأرض من السّماء ، ولا الأنثى من الذّكر ، ولا نفسه من الحمار ، وأن يختلط كلامه فلا يستقرّ في خطاب ولا جواب ⁽¹⁾ .

إذن فالسّكران هو الذي فقد توازنه العقلي والجسمي ، بسبب تعاطيه للمسكر ، فلم يعد يفرّق بين الحلال والحرام ، ولا بين الذّكر والأنثى ، فيقع في محظورات أخرى .

ثانياً : ضوابط شبهة السّكر : لكي تعتبر شبهة السّكر شرعاً لا بدّ من توفر مايلي :

1/ **حالة الضّرورة :** سبق وأن بيّنت جواز شرب الخمر للمضطرّ من أجل إحياء النّفس وحفظها من التّلف ، قال تعالى ﴿ وَمَا لَكُمْ إِذَا نَأْتُوا مِمَّا فَوَّضَ إِلَيْكُمْ مِنَ الْخَمْرِ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مِمَّا اضطرّرتُمْ إِلَيْهِ وَلَا تَمِيرُوا لَهُمْ فَيَنقَضُوا بِأَعْقَابِهِمْ فَغَيْرِ حَزِينٍ ﴾ ⁽²⁾ الأنعام/119

فقد فصل الشّارع الحكيم كلّ ما حرّم على الإنسان في كتابه العزيز ، ثمّ استثنى من ذلك حالة الضّرورة التي تبيح للإنسان تناول الحرام حفاظاً على النّفس ، وشارب الخمر للضّرورة إذا زال عقله وارتكب حدوداً ، فإذا ما رُفِع إلى القاضي ، وتحقّق أنّه تناولها للضّرورة ، فلا يقيم عليه الحدّ ؛ وذلك لوجود شبهة قويّة ، إذ كيف يبيح له الشّرع تناول الخمر في حالة الضّرورة ، وهي أمّ الخبائث ، ثمّ يعاقبه على ما ارتكب حالة سكره ﴿ وَمَا رُبُّهُمُ إِلَّا لُعْبٌ ﴾ فصلّت / 46 ⁽²⁾ .

2/ **حالة الإكراه :** قد يُكره المسلم على شرب الخمر من طرف من يستحلّونه ، كالكفار والمخاريين وغيرهم ، ومن طرف بعض الفسّاق ، كالعصابات المنظّمة لأجل إرغامه على غرض معيّن ، فإذا كان الإكراه مضبوطاً بالضّوابط السّابقة الذّكر في شبهة الإكراه ؛ فإنّه لا حدّ عليه بسبب شربه للخمر ، وإذا درء عنه حدّ الشّرب بسبب الإكراه ، فإنّ درء الحدود الأخرى المقترفة حالة السّكر أولى " فالسّكران إذا تعاطى المسكر ، وسكر منه بسبب هو معذور فيه ، فإذا ارتكب حال سكره ما يوجب العقوبة من حدّ ، أو قصاص ، أو تعزير ، فإنّه لا يؤاخذ على ذلك جنائياً ، لأنّ القلم مرفوع عنه قياساً على التّائم والمجنون " ⁽³⁾ .

(1) المبسوط ، ج 24 ، ص 30 .

(2) الخلّي ، ج 12 ، ص 376 / تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص 250

(3) تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص 250 / المهذب ، ج 2 ، ص 77 / الخلّي ، ج 12 ، ص 263 – 376 .

3/ **جهل السكران بالحكم أو العين** : قد يشرب المسلم الخمر ، إمّا جهلاً بحكمها الشرعي وذلك إذا كان حديث عهد بالإسلام لا يعرف من أحكام الشرع إلا القليل ، أو بسبب كون المسلم يعيش ببادية معزولة عن العلماء وأهل العلم . وقد شرب جاهلاً بعينها ، كأن يجد أمامه شراباً ولا يدري أهو خمّر أم شراب مباح فشرّبها ثم سكر ، فارتكب حدوداً أخرى بالإضافة إلى حدّ الخمر .

إلا أنّ الشارب هنا لا حدّ عليه ؛ لأنّ السكر في هذه الحالة صار شبهة قويّة باقتترانه مع شبهة الجهل ، وقد سبق القول بأنّ الجهل بالحكم ، أو بالعين شبهتان لدرء الحدّ ، ففي هذه الحالة لا عقوبة على الجاني إذا لم يتوفّر القصد الجنائي لديه⁽¹⁾ .

إذن هذه هي ضوابط شبهة السكر ، فإذا لم تتوفّر هذه الضوابط فلا شبهة ، فيكون السكران مسؤولاً جنائياً عمّا ارتكب من حدود ، فيعاقب كالصّاحي .

قال ابن رجب⁽²⁾ - رحمه الله - " من أتى بسبب يفيد الملك أو الحلّ أو يسقط الواجبات على وجه محرّم ، وكان ممّا تدعو النفوس إليه ، ألغى السبب وصار وجوده كالعدم ، ولم تترتب عليه أحكامه ، ويتخرّج على ذلك مسائل كثيرة منها : السكران يشرب الخمر عمداً ، يجعل كالصّاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه في المشهور ، بخلاف من سكر بينج ونحوه " ⁽³⁾ .

ويقول الفقهاء : " من شرب الخمر ملتزماً بأحكام الإسلام بالغاً عاقلاً مختاراً ، أمّا إذا شرّبها جاهلاً بحكمها أو بعينها ، أو مضطراً إليها لدفع لقمة غصّ بها ، أو عطشٍ شديدٍ ، أو خاف على نفسه التلف ، أو أكره على شرّبها فلا حدّ " ⁽⁴⁾ .

(الفقرة الثّانية : حكم ارتكاب السكران لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً : في هذه الفقرة سأتناول حكم السرقة في حالة السكر في التشريع الجنائي الإسلامي ، وبناءً على الضوابط السابقة هل يعذر السارق لسكوره ويسقط عنه الحدّ ، أم أنّه يدان مع سكوره ويقام عليه حدّ السرقة ؛ بل وحتى

(1) تبصرة الحكماء ، ج 2 ، ص 250 / الحلّي ، ج 12 ، ص 376 / الأمّ ، ج 7 ، ص 151 .

(2) هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلمي البغدادي ثمّ الدمشقي أبو الفرج زين الدين من كتبه : شرح جامع الترمذي - جامع العلوم والحكم - فضائل الشّام وغيرها ، توفي سنة 795 هـ (انظر ترجمته في الدّرر الكامنة ، ج 2 ، ص 321 / شذرات الذهب ، ج 6 ، ص 339) .

(3) القواعد في الفقه الإسلامي ، لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ط (دت ن) دار الفكر ، القاعدة : 120 ، ص 230 .

(4) المجموع ، ج 2 ، ص 57 / شرح أقرب المسالك ، ج 2 ، ص 369 / صديق خان ، الرّوض التّديّة ، تحقيق أحمد شاكر ، ط (دت ن) دار بن تيمية - البليدة ، ص 471 / فتح القدير ، ج 4 ، ص 187 / الوجيز للغزالي ، ج 2 ، ص 179 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 96 / الحلّي ، ج 12 ، ص 376 .

حدّ الشّرب ؟ أم أنّه يقام عليه حدّ الشّرب دون حدّ السرقة ؟ هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أبين في هذه الفقرة موقف المشرّع الجزائري من السّكر ، هل هو مانع من موانع المسؤولية الجنائية مطلقاً ؟ أم هناك حالة خاصّة فقط تمنع فيها المسؤولية ، وبالتالي ما حكم سرقة السّكران في قانون العقوبات الجزائري .

أولاً : حكم ارتكاب السّكران لحدّ السرقة : إنّ الحدّ لا يجب إلّا على العاقل البالغ المختار الفاهم لخطاب الشّرع ، والسّكران زائل العقل لا يفهم الخطاب ، والفهم لا يكون إلّا بعقل سليم ، والسّكران لا يعقل شيئاً ، ولا يفهم ما كلّف به ؛ فهو كالجنون والسّاهي ، فهل يدرأ الحدّ إذا ارتكب حدّ السرقة ؟ وهل للقاضي أن يسقط عنه الحدّ إذا علم أنّه ارتكبه حال سكره وزوال عقله ؟

إنّ السّكر قد يكون عمداً ، وقد يكون اضطرارياً كما سبق أن بيّنت ، فلا يدرأ حدّ السرقة في حالة السّكر مطلقاً ، ولا يجب مطلقاً ، فالفقهاء فرّقوا بين الحالتين :

اتّفق الفقهاء على وجوب حدّ السّارق حالة سكره إذا كان سكر بالحرام وعن علم واختيار ، وإن كانوا اختلفوا في تكليف السّكران ، فالذين ذهبوا إلى تكليف السّكران شرعاً ، قالوا بوجوب الحدّ عليه بموجب الأدلّة السابقة الذّكر ، ومن قال بعدم تكليفه أوجب عليه الحدّ ، ليس لأنّه مكلف شرعاً فهو لا يفهم الخطاب ؛ وإنّما يجب عليه بناءً على الشّرب الذي وجد منه في حالة الصّحو ، وكان إذ ذاك عالماً ؛ ولأنّه متعدّد والخمر حرام ، وقد رتب الشارع الحكيم على شربها الجلد ثمانين جلدة⁽¹⁾ .

قال ابن حزم - رحمه الله - : من أكره على شرب الخمر ، أو اضطرّ إليها لعطش أو علاج ، أو لدفع خنق فشرّبها ، أو جهلها فلم يدر أنّها خمر ، فلا حدّ على أحد من هؤلاء ...⁽²⁾ . فإذا ارتكب حدّ السرقة واحد من هؤلاء لا حدّ عليه من باب أولى .

فالذي يشرب الخمر قد يسرق ، ويزني ، ويقذف ، ويقتل ... وهو يعلم قبل شربه لها ، وقبل زوال عقله ، بأنّها تجعل الإنسان يفعل ذلك ، فهي أمّ الخبائث ، رغم ذلك تعمّد شرّبها ؛ فيكون

(1) المصادر السابقة ، بصفحاتها / ابن برهان ، الوصول إلى علم الأصول ، تحقيق عبد الحميد علي أبو زيد ، ط(1403هـ) /

1983م) مكتبة المعارف _ الرياض ، ج 1 ، ص 88 _ 89 / المذكورة ، ص 31 / الخلّي ، ج 12 ، ص 376 - 262 .

(2) ابن حزم ، الخلّي ، ج 12 ، ص 376 .

مسؤولاً جنائياً عما صدر منه حالة سكره .

فليس هناك شبهة دائرة للحد إذا كان السكر من حرام عن علم واختيار ؛ بل العقوبة شديدة وهي الجلد ثمانين جلدة على السكر ، ويحد كذلك على السرقة التي ارتكبتها أثناء سكره ؛ لأنه تعمد في إزالة عقله الذي هو مناط التكليف بمادة محرمة ، فقد سئل الزهري - رحمه الله - عن الرجل يقذف رجلاً وهو سكران ، قال يحد حد الفرية وحد السكر ⁽¹⁾ فإذا كان حد القذف لم يدرأ عنه لسكره متعمداً ؛ فإن حد السرقة لا يدرأ عنه من باب أولى .

إلا أن ابن حزم خالف الفقهاء ، واعتبر السكران غير مؤاخذ على أي فعل صدر عنه ، من حدود وغيرها إلا حد السكر ، فقال " السكران غير مؤاخذ بشيء أصلاً ، قذفاً كان أو غيره إلا حد الخمر فقط " ⁽²⁾ .

فالسارق في حالة السكر بالحرام عن علم واختيار لا حد عليه ، في السرقة وغيرها عند ابن حزم - رحمه الله -

وقال الشيخ محمد الأمين الشنقيطي - رحمه الله - " السكران الذي يذهب السكر بجميع عقله حتى يكون لا يعقل شيئاً ، وهو معروف بالسكران الطافح ... والأظهر في الطافح أنه لا يلزم شيء من العقود ، ولا العتق ، ولا الجنایات ، إلا ما كان من خطاب الوضع ، كغرم قيمة المتلف " ⁽³⁾ .

فالشيخ الشنقيطي ⁽⁴⁾ استثنى السكران الطافح وجعل سكره شبهة دائرة للحد دون تفرقة بين المضطر والعامد إلا أن ما ذهب إليه ليس على إطلاقه حيث فرق العلماء بين العامد والمضطر .

أما إذا سكر المسلم بخمر أو بمسكر آخر وكان ذلك بسبب مباح شرعاً فهو معذور فيه

(1) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، باب الرجل يقذف وهو سكران ، ج 7 ، ص 437 ، رقم 13798 .

(2) المحلى ، ج 12 ، ص 262 .

(3) مذكرة أصول الفقه ، ص 31 .

(4) هو عبد الله بن إبراهيم أبو محمد بن عطاء الله العلوي الشنقيطي المالكي ، عالم أديب ، تجرد أربعين سنة لطلب العلم في الصحاري والمدن ، أقام بفاس مدة ، حج وعاد إلى بلاده ، من مؤلفاته : نشر البنود على مراقبي السعود ، هدى الأسرار على طلعة الأنوار ، توفي سنة 1230 هـ ، وقيل 1235 هـ (معجم المؤلفين ، ج 6 ، ص 18 _ هدية العارفين لإسماعيل باشا البغدادي ، ج 5 ، ص 491)

شرعاً وقد سبق تفصيل ذلك أثناء الكلام حول ضوابط شبهة السكر ، فإن ارتكب حال سكره ما يوجب القطع - أي سرقة مال الغير خفية من حرزه ، لا شبهة له فيه - وبلغ المال نصاباً ، فإن الجريمة رغم اكتمالها إلا أن القاضي لا يمضي العقاب على السكران السارق لأنه غير مسؤول جنائياً على فعل السرقة لارتكابه الجريمة حالة انعدام العقل الذي هو مناط التكليف والمسؤولية وزوال العقل كان بسبب السكر الذي أدخله على عقله تحت تأثير الضرورة أو الإكراه أو جهله بالحكم الشرعي ، فإذا كان حدّ الشرب يدرأ عنه لهذه الأسباب فإن حدّ السرقة يدرأ عنه من باب أولى ، فلا يعقل أن يدرأ عنه حدّ الشرب ويقام عليه حدّ السرقة أو أي حد آخر ، فالسكران هنا كان لسبب مباح شرعاً فاعتبر هذا ، شبهة قوية وبذلك ألحق السكران بالتائم والمجنون⁽¹⁾ .

ولا يترتب على سقوط الحدّ عليه إعفاؤه من ضمان المال المسروق إذا كان قد هلك أو استهلك ، بل يجب ردّه بعينه إلى صاحبه إذا لم يتلف أو يستهلك ، فالسكران رفع عنه القلم وسقط عنه التكليف لأنه لا أهلية له في هذه الحالة لكن الضمان من خطاب الوضع ، وليس من خطاب التكليف فيجب عليه بخلاف السكران من الحرام عن علم واختيار فهو كالصّاحي لا يرفع عنه خطاب التكليف فتقطع يده إذا سرق حالة سكره لكنه لا ينفذ عليه الحدّ حال سكره ، بل يؤخّر إلى الصّحو فقد يدّعي شبهة تدرأ عنه الحدّ ، فإن لم تكن هناك شبهة قطعت يده .

وفي حالة درأ الحدّ عن السارق السكران للقاضي أن يحكم عليه بالتعزير متى رأى أن ذلك ضرورياً حتى لا يتخذ الناس الشبهة ذريعة لاستحلال ما حرم الله فينتشر الفساد في المجتمع .

فقد ثبت عن سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه درأ عن زانية مضطرة وعزّرها حتى لا تنتشر الفاحشة في المجتمع ويدّعي كلّ من أراد الهروب من الحدّ الاضطرار " نزل رفقة من أهل اليمن الحرة ومعهم امرأة ثيب ، قد أصابت فاحشة فارتحلوا وتركوها ، فأخبر عمر خبرها ، فقالت : كنت امرأة مسكينة ، لا يعطف عليّ أحد بشيء ، فما وجدت إلا نفسي ، فأرسل رفقتها ، فردّوهم وسألهم عن حاجتها فصدّقوها ، فجلدها مائة وأعطاهم وكساها وأمرهم أن يحملوها " ⁽²⁾ .

(1) كشف الأسرار ، ج 4 ، ص 356 / التمهيد في تخرّيج الأصول عن الفروع ، ص 114 / تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص 182 / المهذب ، ج 2 ، ص 82 / المغني ، ج 10 ، ص 324 / شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 250 / الفواكه الدواني ، ج 2 ، ص 287
(2) مصنف عبد الرزاق ، ج 7 ، ص 405 - 406 ، رقم 13649 .

ثانياً: هل السكر من موانع المسؤولية ، وما حكم سرقة السكران ؟ : لقد أدرج شرّاح قانون العقوبات الجزائري موضوع السكر والمخدّرات ضمن مانع أو عارض الجنون الذي نصّت عليه المادّة 47 من قانون العقوبات الجزائري بقولها : " لا يعاقب من كان في حالة جنون وقت ارتكابه للجريمة ... " (1)

ويطبّق رجال القانون المادّة 47 هته عن كلّ فقدان للوعي ، أو للوضوح أو للتحكّم في التصرفات ، حتّى ولو كان ذلك وقتياً . وحالة عدم الوعي بسبب السكر بواسطة تناول الخمر أو المخدّرات تقرّب حالة صاحبه من الجنون ، لكن رغم ذلك لا يجهل السكران قبل تناوله المادّة المسكرة بأنّ تناول المسكرات أو المخدّرات يمكن لها أن تحدث لديه اختلالات خطيرة في تصرفاته المختلفة ، فهل يسأل السكران جنائياً ؟ للجواب عن هذا السّؤال يجب التّمييز بين حالتين :

الحالة الأولى : وهي حالة السكر الإرادي : يكون الشّخص مسؤولاً جنائياً إذا تناول المادّة المسكرة مهما كان نوعها بإرادته ، وذلك بهدف ارتكاب جريمة ما ، سرقة أو غيرها ، هذه المسؤولية متولّدة من توفّر القصد الجنائي قبل السكر الإرادي ، وبناء عليه يميل القضاء إلى اعتبار الجناح مسؤولاً جزائياً إذا تناول المسكرات ، حتّى ولو لم يقصد ارتكاب الجريمة قبل السكر ، لأنّه مع هذا يعرف مسبقاً التّأثيرات المحتملة لسكّره على تصرفاته المستقبلية ، فالقانون حتّى أنّه يجرم من جهة أخرى السكر العلني بأمر 1975 (المادّة : 1) كما أنّه يعتبر السكر ظرفاً مشدّداً ، إذا قام الشّخص بارتكاب جنحة القتل غير العمدية ، أو الجروح غير العمدية .

الحالة الثانية : حالة السكر غير الإرادي : لا يكون الشّخص مسؤولاً جنائياً إذا ارتكب الجريمة أثناء السكر غير الإرادي ، أو نتيجة حادث (2) .

وبناء على هذه التّفرة بين الحالتين ، السكران إذا ارتكب جريمة السرقة في حالة السكر الإرادي ؛ فإنّه يعتبر مسؤولاً جنائياً ، ويعاقب بعقوبة السرقة المقرّرة قانوناً ؛ لأنّ القصد الجنائي كان متوفّراً قبل السكر وذهاب العقل .

(1) قانون العقوبات الجزائري ، ص 13 .

(2) انظر مبادئ القانون الجزائي العامّ ، ص 107 .

أما إذا ارتكب جريمة السرقة في حالة السكر غير الإرادي ، أو نتيجة حادث ، كأن يشرب مشروباً ظنّه عادياً فإذا به مسكراً ، أو شرب له من طرف جماعة وهو كاره ، فلا تنسب له الجريمة ، ولا يعاقب بعقوبة السرقة المقررة قانوناً ، والله أعلم .

وبهذا يكاد يلتقي التشريع الجنائي الإسلامي عموماً مع قانون العقوبات الجزائري في التفرقة بين الإدانة في حالة السكر العمدى ، وعدم الإدانة في حالة السكر غير العمدى .

المجلد الثاني
تعلق الشبهة بالإباحة

تمهيد :

أتناول في هذا المبحث إن شاء الله تعالى تعلق الشبهة بالإباحة ، فمثلما تعلقت الشبهة بقصد الجاني وإدراكه فإنها تعلق أيضاً بالإباحة - أي بوجود صورة المبيح للفعل - وفيما يخص تعلق الشبهة بوجود صورة المبيح للفعل فإنها تتفرع إلى شقين : الأول تعلق الشبهة فيه بالملك (ملكية المسروق) ، والثاني تعلق الشبهة فيه بالعقد (عقد الزوجية) .

والشبهة لا تقوى إلا إذا تعلقت بملكية المسروق ، كمن سرق مال ابنه أو أقاربه أو شريكه أو مدينه أو مؤجره وغيرهم ، ولا عبرة بالحيل التي يسلكها ويعتمدها السارق ليفلت من يد العقاب ، وفي هذا المقام يقول ابن القيم رحمه الله " ... كذلك الحيلة على إسقاط حد السرقة يقول السارق : هذا ملكي ، وهذه داري ، وصاحبها عبدي ، ونحن نقول : معاذ الله أن يجعل في نظر الناس وعقولهم ، قبول مثل هذا الهديان الباطل المناقض للمعقول والمصالح ، فضلاً على أن يشرع لهم قبوله ... ومن الحيل الباطلة كذلك التي فتحت للسارق واللصوص ، والتي لو صحّت لم يقطع يد السارق أبداً ، ولعمّ الفساد وتتابع السارق في السرقة ، كأن يدعي أن ما أخذه ملكه ، ولو كان جميع الناس يعرفون أنه ملك المسروق منه ... ، ومن الحيل الباطلة التي تتضمن إسقاط حد الزنا بالملكية ، أن يستأجر امرأة لتطوي له ثيابه ، أو تحوّل له متاعاً من جانب الدار إلى جانب آخر ، أو يستأجرها لنفس الزنى ، ثم يزي بها فلا يجب عليه الحد ، ولا يخفى أمر هذه الحيل ونسبتها إلى دين الإسلام ، وهل هي نسبة موافقة أم هي نسبة مناقضة ؟ " (1) .

والشبهة لا تقوى أيضاً إلا إذا تعلقت بالعقد ؛ فقد يكون العقد - أي عقد الزواج - سبباً للهروب من تحمّل المسؤولية الجنائية ، كأن تسرق المرأة من مال زوجها الذي منعها نفقتها ، وقد يكون السارق هو الزوج بحجة الحجر عليها ، فيعتبر كلّ منهما أن هذا الفعل مباح له لوجود سبب قويّ يتمثل في العقد .

ففي هذا المبحث إن شاء الله تعالى نصل إلى معرفة حكم السرقة من الملك العام (بيت المال والمغنم ، والوقف) وكذا حكم السرقة من الملك الخاص (سرقة الأقارب من بعضهم البعض - وسرقة الدائن من مال مدينه - والمؤجر من مال المؤجر - والشريك من مال شريكه) .

(1) إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 257 - 316 - 317 .

كما نصل إلى معرفة حكم السرقة بين الزوجين ، وهل كل من يدعي عقد الزوجية يدراً عنه الحد ؟ وهل ينفذ الحد على المقر إذا رجع عن إقراره ؟ وما الحكم إذا رجع الشهود عن شهادتهم ، أو اختلفوا اختلافاً بيناً ، أو كذب المشهود له أو عليه الشهود ؟

هذا طبعاً مع التطرق لموقف المشرع الجزائري من بعض المسائل المطروحة في هذا الفصل ما أمكن ذلك ؛ لأن بعض المسائل لا نظير لها في القانون ، وكذا يصعب مقابلتها لعدم تخصصي في هذا المجال .

ومن جهة أخرى أذكر بأن بعض المسائل ذكرت في فصول ومباحث سابقة ، أعيد طرحها في هذا الفصل ليس تكراراً ، وإنما اقتضاء لما تتطلبه المنهجية المتبعة ، والتقسيم الضروري لمباحث هذه الرسالة . كما أن معالجة هذه المسائل يكون دائماً من الوجهة الموافقة للمبحث الذي اندرجت تحته ، فلا إشكال إذن .

المسائل المطروحة

شبهة الملك تعريفها وضوابطها

إن الفعل المحرم ، أو بالأحرى جرائم الحدود تبقى على أصلها محتفظة بصفة عدم الشرعية ، حتى إذا تعلقت بسبب من أسباب الإباحة صار الفاعل أو المجرم غير مدان شرعاً بدرجة إدانته في حالة ارتكابه للجرم دون تعلق الفعل بهذه الأسباب .

وأسباب الإباحة التي تجعل الفعل المحرم كذلك ، تعلقت جلّها باستعمال الحق ، ومن أهم هذه الحقوق التي تقوّي شبهة الإباحة ، حق الملك والاستحقاق ، حيث أن السارق حين يسرق يظن أن المال الذي أخذه مادام يملكه أو له فيه حق فهو حلال له ، وله حق التصرف فيه . إذن فمقى يكون الملك شبهة دائرة للحد ؟ للإجابة على هذا السؤال لابدّ أولاً من تعريف الملك وبيان أنواعه ، ثم بيان ضوابط شبهة الملك ، وبهذا تكون الدراسة في فرعين ، الأول منهما : لتعريف الملك وبيان أقسامه ، والثاني منهما : لأسباب قوّة شبهة الملك وبيان ضوابطها .

الفرع الأول

تعريف الملك وبيان أقسامه

هذا الفرع سأتناول تعريف الملك لغة وشرعاً وقانوناً ، كما أبين أقسام الملك باعتبارات مختلفة - أي باعتبار المالك له ، وباعتبار وقوعه على الشيء المملوك - حيث ينتج عن ذلك أنواع مختلفة للملك (الخاص - العام - التام - الناقص) ثم التعرض لهذه الأنواع بالتوضيح المفيد ، والشرح الوجيز ، وبهذا تستوجب الدراسة تخصيص فقرة أولى : لتعريف الملك لغة وشرعاً وقانوناً ، وفقرة ثانية : لبيان أقسام الملك .

الفقرة الأولى : تعريف الملك لغة وشرعاً وقانوناً :

أولاً : تعريف الملك لغة : مَلِكٌ يَمْلِكُ مَلَكاً من باب ضرب ، والمَلِكُ بكسر الميم اسم منه والفاعل مَالِكٌ ، والجمع مُلَاكٌ ، مثل كافر وكُفَّار ، وشيء مَمْلُوكٌ وهو مَلِكُهُ بالكسر ، وله عليه مَلَكَةٌ بفتحتين ، وهو عبد مَمْلَكَةٌ بفتح اللام وضمها إذا سبي ومَلِكٌ دون أبويه ، ويقال ولى في الوادي ملك أي مرعى ، ومشرب ، ومالٌ ، وأعطاني من ملكه - أي فما يقدر عليه - ⁽¹⁾ .

ثانياً : تعريف الملك شرعاً : لقد عرّف الفقهاء الملك شرعاً بتعريفات كثيرة ، تتقارب في مرماتها ، وإن اختلفت في مبناها .

فعرّفه كمال الدين بن الهمام ⁽²⁾ في فتح القدير بأنه " القدرة الشرعية على التصرف ابتداءً بلا مانع " ⁽³⁾ . ومعنى هذا التعريف الموجز ، أن الملك قدرة الشخص التي لا يستمدّها من غيره على التصرف ، إلاّ المانع يمنعه من التصرفات ، فالذي يملك التصرف بالتيابة من غيره في شيء لا يعتبر

(1) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 579 / ترتيب القاموس المحيط ، ج 4 ، ص 281 .

(2) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود كمال الدين المعروف بابن الهمام ، ولد بالإسكندرية سنة 790 هـ/ 861م ، إمام من علماء الحنفية ، عارف بأصول الديانات ، والتفسير ، والفرائض ، والفقه ، والحساب ، واللغة ، والمنطق ، أصله من سيواس ، كانت له مكانة عظيمة عند الملوك وأرباب الدول ، لبوغه ومشيخته ، توفي بالقاهرة سنة 1388هـ/ 1457م ، من كتبه : فتح القدير ، التحرير في أصول الفقه ، زاد الفقير ، مختصر في فروع الحنفية (الفوائد البهية للكنوي ، ص 296 /

الصّوّ اللّامع للسّخاوي ، ج ، ص 127 / شذرات الذهب لابن عماد ، ج 7 ، ص 298) .

(3) شرح فتح القدير ، ج 5 ، ص 73 .

مالكاً ؛ لأنه لا يقدر على التصرف ابتداءً ومن ذات نفسه ، بل يقدر عليه بقدرة غيره ، ومن ملك التصرف ولكن أهليته للتصرفات ليست كاملة ، أو معدومة ، يعتبر مالكاً ، وإن حرم من التصرفات لذلك المانع العارض ، لأن العبرة في وجود الملك ، بوجود القدرة الأصلية المسوغة للتصرف عند الخلو من الموانع الناشئة من فقد الأهلية ، أو نقصانها⁽¹⁾ .

وعرفه صاحب الحاوي بأنه " الاختصاص الحاجز "⁽²⁾ . ومعنى ذلك التعريف أن الملك هو الاختصاص بالشئ المانع لغيره من الانتفاع به ، أو التصرف فيه إلا عن طريقه وبسببه ، وهذا التعريف لو اتصل بالأول ، وكمل أحدهما الآخر ، لنتج عنهما تعريف قويم ، لأن الاختصاص آثاره ثابتة في القدرة على التصرف ابتداءً ، فالتعريف الذي نكوته من الإثنين يكون هكذا : "الملك هو الاختصاص بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعاً ، الذي به تكون القدرة على التصرف في الأشياء ابتداءً ، إلا لمانع يتعلق بأهلية الشخص "⁽³⁾ .

وجاء في كتاب الفروق وحاشيته تعريفان قيّمان للملك : الأول للإمام القرافي " أن الملك حكم شرعي ، مقدّر في العين أو في المنفعة ، يقتضي تمكّن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك ، وال عوض عنه من حيث هو كذلك "⁽⁴⁾ . والثاني لصاحب أدرار الشروق تعقيماً على تعريف القرافي جاء فيه " إن الملك هو تمكّن الإنسان شرعاً بنفسه ، أو بناية عنه من الانتفاع بالعين أو المنفعة ، ومن أخذ العوض ، أو تمكّنه من الانتفاع خاصة "⁽⁵⁾ .

فمعنى الأول ، أن الملكية لا تثبت إلا بإثبات الشارع وتقديره ، وهذا أمر متفق عليه بين فقهاء الإسلام ؛ لأن الحقوق كلّها ومنها حق الملكية لا تثبت إلا بإثبات الشارع لها . والثاني يبيّن أن الملك هو التمكّن من الانتفاع ، والتمكّن لا يكون إلا بسلطان من الشارع ، فالشارع في الحقيقة هو الذي أعطى الإنسان الملك بترتيبه على السبب الشرعي⁽⁶⁾ .

وهذه التعاريف مهما اختلفت عباراتها ، كلّها ترمي إلى معنى واحد ، هو أن الملك أو الملكية هي العلاقة التي أقرّها الشارع بين الإنسان والمال ، وجعله محتصاً به ، بحيث يتمكن من

(1) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للإمام أبو زهرة ط (د ت ن) دار الفكر العربي ، ص 64 .

(2) تعريف المقدسي ذكره الإمام أبو زهرة في كتابه الملكية ونظرية العقد ، ص 65 .

(3) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(4) الفروق للقرافي ، ج 3 ، الفرق 180 ، ص 208 .

(5) أدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشّاط ، مطبوع بهامش الفروق ، ج 3 ، ص 209 .

(6) الملكية ونظرية العقد ، ص 65 .

الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعاً ، وفي الحدود التي بينها الشارع الحكيم ⁽¹⁾ .

ثالثاً : تعريف الملكية في القانون : وحقيقة الملكية في القانون المدني الجزائري عرّفها المادة الرابعة والسبعين بعد المائة السادسة منه بقولها " الملكية حقّ التمتع والتصرف في الأشياء ، بشرط ألاّ يستعمل استعمالاً تحرّمه القوانين والأنظمة " .

فحقيقة الملكية في شيء ما ، هو ثبوت حقّ التمتع بذلك الشيء ، باستعماله من مالكه ، ولو باستهلاكه إذا كان معداً للاستهلاك ، وباستغلاله إذا كان معداً للاستغلال ، وله أن يتصرف فيه تصرفاً قانونياً ببيعه ، أو إجارته ، أو هبته ، أو نحو ذلك ، أو تصرفاً مادياً بإتلافه ⁽²⁾ .

(الفقرة الثانية : أقسام الملك : ينقسم الملك إلى عدّة أقسام ، وباعتبارات مختلفة :

أولاً : ينقسم الملك باعتبار المالك له إلى خاصّ وعامّ :

1/ الملك الخاصّ : عرّف بعض الفقهاء الملكية الخاصة بأنها : " ما كانت لصاحب خاصّ واحداً كان أم متعدداً ، له حقّ الاستئثار بمنافعها والتصرف في محلّها " ⁽³⁾ وللمالك الخاصّ كلّ الصّلاحيات في استعمال ماله والتصرف فيه ، إمّا بالاستثمار ، أو بالبيع ، أو بالوصيّة ، أو الوقف ، أو بالإعارة والإجارة ، ولا ضمان عليه إذا أتلّف ما يملكه ؛ لأنّه إذا ضمن سيضمن لنفسه ، لكنه يسفّه لإتلاف المال ، وقد يعزّر " ⁽⁴⁾ .

2/ الملك العامّ : الملكية العامة " ما كانت لمجموع أفراد الأمة ، أو ما كانت لجماعة من الجماعات ، التي تتكوّن منها الأمة بوصف بأنها جماعة " ⁽⁵⁾ .

فالملكية العامة هي : الأشياء التي لا يختصّ بملكها إنسان معيّن ، ويحصر الفقهاء الملك العامّ في عدّة أمور منها :

(1) المرجع السابق ، ص 66 .

(2) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، لعبد الرزّاق أحمد السنهوري ، ط 1988م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ج 8 ، ص 496 .

(3) تفسير الطّبري ، ج 3 ، ص 325 / أبو عبيد بن قاسم بن سلام ، الأموال ، ط (د ت ن) مؤسسة ناصر للثقافة ، ص 213 _ 233 .

(4) انظر الشّبهات المسقطة للحدود ، لعقيلة حسين ، ص 133

(5) الملكية في الشريعة الإسلامية ، لعلي حفيف ، ط (د ت ن) معهد البحوث والدراسات العربية ، ص 73 .

- 1/ كلّ الأموال التي تدخل بيت مال المسلمين من أموال الفبيء⁽¹⁾ وخمس الغنائم⁽²⁾ والزكاة .
- 2/ الغنائم التي تجلب من الأراضي المفتوحة فبعدما تخمس يصبح الباقي ملكاً للغنائم .
- 3/ الأراضي التي تفتح عنوة ، ولم توزّع على المجاهدين بل وقفها الإمام .
- 4/ كلّ ما يتصل بالنفع العام ، كالطرق ، والمساجد ، والحدائق .
- 5/ كلّ ما يوجد بإيجاد الله له ، كالسمك في البحر ، والطير في الهواء ، والكلأ في منابته ، والماء في منابعه .

6/ الأوقاف⁽³⁾ وقد ثبت أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : " أصبت أرضاً من أرض خير⁽⁴⁾ فأتيته رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت أصبت أرضاً ، لم أصب مالاً أحبّ إليّ ، ولا أنفس عندي منها ، قال : إن شئت تصدّقت بها ، فتصدّق على أن لا تباع ولا توهب الفقراء ، وذوي القربى ، وفي الرقاب ، والصيف ، وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف غير متمول مالاً ويطعم⁽⁵⁾ .

ثانياً : وينقسم الملك باعتبار وقوعه على الشيء المملوك إلى تامّ وناقص :

1/ **الملك التام** : هو الملك الواقع على ذات العين ومنافعها ، وهو يعطي المالك حقّ التصرف في العين ومنافعها ، بكلّ التصرفات السانعة شرعاً من بيع ، وهبة ، وإجارة ، وإعارة ، ووصية ، ووقف ، وغير ذلك من التصرفات التي تسوّغها الشريعة الإسلامية ، والملك التام ليس له زمن محدود ، ووقت معلوم ينتهي عنده ، كما أنّه لا يقبل التقيّد بالشروط ، ولا ينتهي الملك التام إلاّ بانتقاله لغيره بتصرف شرعي ناقل للملك ، أو بالميراث ، أو تملك العين الواقع عليها الملك ، ولا

(1) الفبيء هو ما رده الله تعالى على أهل دينه من أموال من خالفهم في الدين بلا قتال ، إمّا بجلاء أو بمصالحة على الجزية أو غيرها (التعريفات ، ص 217)

(2) الغنائم : اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة بقوة الغزاة وقهر الكفرة على وجه يكون فيه إعلاء كلمة الله وحكمه أن يخمس وسائره للغنائم خاصّة (التعريفات ، ص 209)

(3) الأوقاف جمع وقف وهو : حبس العين على ملك الواقف ، والتصدّق بالمنفعة ، وقيل الوقف هو حبس العين عن التملك بالمنفعة (التعريفات ، ص 328)

(4) خير : كلمة يهودية تعني الحصن ، وهي ناحية من نواحي برد من المدينة المنورة لمن يريد الشام ، وهي ولاية بها سبعة حصون ، وهي موصوفة بكثرة التخل والثمر ، فتحها الرسول صلى الله عليه وسلم سنة سبع للهجرة ، وكان لعمر ابن الخطاب فيها سهم من المسلمين ، وجعل لأزواج النبي صلى الله عليه وسلم فيها نصيباً (معجم البلدان ، ج 2 ، ص 409 _ 411)

(5) أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب الأحباس ، (النسائي بشرح السيوطي ، ج 6 ، ص 230) / وأخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب الصدقات ، باب الوقف ، ج 2 ، ص 4 ، رقم 2396 .

ضمان على المالك في الملك التام إذا اتلف العين المملوكة له ، لأنه إذا ضمن يضمن لنفسه ؛ فكأنَّ يده اليمنى تعطى يده اليسرى ، وليس معنى ذلك أنه يعفى من كلِّ تبعة لإتلافه ؛ بل أنه مسؤول دينياً عما أضرع ، وقد يستحقَّ التعزير على عمله ، وقد يؤدي عمله إلى إثبات سفهه ، أو نقصان عقله ، فيمنع من التصرف في ماله ، ويتولاه عنه غيره⁽¹⁾ .

2/ الملك الناقص : هو ملك أحد الأمرين لا يعدوه ، ملك الرقبة وحدها من غير منافعها ، أو ملك المنفعة وحدها من غير الرقبة⁽²⁾ . وملك الرقبة وحدها دون المنفعة يثبت في صورتين⁽³⁾ :

الأولى : إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته ، سواء أكان ذلك لأمر معلوم ، له نهاية معلومة ، أم مدّة حياة الموصى له ، ففي هذه الحالة يكون الموصى له مالكاً للمنفعة ، وليس للورثة ، إلا الرقبة وحدها .

الثانية : إذا أوصى المالك لشخص بمنفعة العين ، ولآخر برقبته ، فإنَّ الموصى له بالرقبة يكون مالكاً للرقبة وحدها ، وللموصى له بالعين يكون مالكاً للعين ، وفي هذه الحالة إذا انتهت مدّة ملك المنفعة بموت المالك ، تنتقل الملكية إلى مالك الرقبة ، وتكون ملكية تامة .

وتمليك المنفعة ، أن يكون لشخص الحق في أن يباشر الانتفاع هو بنفسه ، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، أو يغير عوض كالعارية ، وملك المنفعة يستفاد بأسباب أربعة هي : الوقف ، والوصية ، والإجارة ، والإعارة ، وملك المنفعة مطالباً بالحفاظة على العين المنتفع بها ؛ لذلك فهو ضامن إذا هلكت العين بفعله أو بتقصيره ، ولا يضمن إن هلكت بسبب خارج عن نطاقه ، كما أنَّ ملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط في أوجه الانتفاع ، وفي زمان الانتفاع ، ومكانه ، ولا يورث ؛ بل ينتهي بوفاة المالك ، بخلاف ملك الرقبة فإنه يورث⁽⁴⁾ .

الفرع الثاني

أسباب قوة شبهة الملك وبيان ضوابطها

سأوضح في هذا الفرع متى يكون الملك شبهة قوية دائرة لحدِّ السرقة ، والمقصود من ذلك

(1) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص 68 .

(2) (3) المرجع نفسه ، ص 69 .

(4) المرجع نفسه ، ص 71 - 72 - 76 .

بيان الأسباب القويّة التي تجعلها كذلك ، وهي كثيرة ، كما أبين الضوابط التي يجب تحقيقها
لاعتبار شبهة الملك دائرة للحدّ - أي حدّ السرقة - ولتوضيح هذا لابدّ من فقرتين ، الأوّل :
ليبان أسباب القوّة في شبهة الملك ، والثاني : لبيان ضوابط الأخذ بشبهة الملك .

الفقرة الأولى : متى يكون الملك شبهة قوية في السرقة ؟ : يكون الملك شبهة قويّة دائرة لحدّ
السرقة ، إذا كانت للشخص أسباب قويّة ، كاختلاط ملكيّته مع ملكية الآخرين ، فيصعب عليه
التمييز بين ماله ومال غيره ، أو امتزجت الأموال ببعضها ، وأصبح الظنّ بالإباحة والأخذ بدون
إذن هو الغالب ، أو وجود علاقات القرابة والرحم أين قد يكون المال غير محرز على بعضهم
البعض ، ويكون الملك شبهة أيضاً فيمن أخذ حقّه من الذي منعه منه ، كأخذ المستأجر حقّه من
المؤجر ، أو الدائن من المدين ، هذا فيما يخصّ الملك الخاصّ ، أمّا في الملك العامّ ، فقد يدّعي
السارق شبهة الملك حين يأخذ من بيت المال ، أو من الغنيمة ، أو الفبيء ، أو الوقف ، أو ثمار لا
يعرف صاحبها ، وقد قال عمر رضي الله عنه والله ما أحد أحقّ بهذا المال من أحد ، وما أنا أحقّ به من
أحد ، ووالله ما من المسلمين أحد إلّا وله في هذا المال نصيب⁽¹⁾ وجميع هذه الصّور تتجلّى
فيمايلي :

أولاً : فيما يخصّ الملك الخاصّ ، تتمثّل صورته فيمايلي :

1/ **سرقة الآباء من أموال الأبناء** : لا قطع فيها لشبهة الملك الثابتة شرعاً كحديث " أنت ومالك
لأبيك "⁽²⁾ . وحديث " إنّ أطيّب ما أكلتم من كسبكم ، وإنّ أولادكم من كسبكم "⁽³⁾ وذلك
خلافاً لابن حزم الظاهري الذي يرى ضرورة إقامة الحدّ على الوالدين ، وأنّ ذلك من الإحسان
إليهما لما في الحدّ من تطهير لهما من الذنوب .

2/ **سرقة الأبناء من أموال الآباء** : لا قطع على الأبناء إذا سرقوا مال الآباء عند جمهور الفقهاء
لشبهة الملك الظاهرة ؛ لما في ذلك من قطيعة الرحم ، ولقوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَى الْإِنْسَانِ حَرْجُ وَلَا
عَلَى الْإِنْسَانِ حَرْجُ وَلَا عَلَى الْمَرْبُوعِ حَرْجُ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ

(1) عبد الرحمن بن الجوزي ، تاريخ عمر بن الخطّاب ، ط 1 سنة 1990م ، مطبعة الزهراء _ الجزائر ، ص 94 / كثر العمّال ، ج

5 ، ص 542 ، رقم 1376 .

(2) (3) سوف يأتي تخريجهما لاحقاً .

يُورِثُ الْأَمْثَالَ ﴿التَّوْر 61﴾ ، فالآية دلت على رفع الحرج عن الأولاد في دخول بيوت الآباء ، والأكل من طعامهم .

3/ سرقة الأقارب من بعضهم البعض : لا قطع إذا سرق السارق من أقاربه ذوي رحم محرم ، وحتى من أزواج الحارم ، وزوجاتهم عند أبي حنيفة ؛ لقوله ﷺ : ﴿لَا عَلَى الْمَرْبُوعِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَاطِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَسْوَاقِكُمْ إِنْ هُنَّ حَالِمَاتُكُمْ أَوْ مَتْلُوكَاتُكُمْ وَأَصْدِقَاتُكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ...﴾ التور / 61 . وهذا خلاف للجمهور ، وابن حزم الذين يوجبون القطع على السارق من الأقارب ، واعتبروا القياس على الأكل باطل ، خاصة وأن الشارع الحكيم قد أوجب الاستئذان في الدخول على هؤلاء .

4/ سرقة الدائن من مال مدينه : فلا قطع عند الأحناف على الدائن إذا سرق من مال مدينه ، إذا كان المسروق من جنس المعقود عليه ، سواء كان المدين ماطلاً أم لا ، ولا قطع عند المالكيّة أيضاً إذا كان المدين جاحداً للدّين ، والمسروق بقدر الدّين أو زيادة لم يبلغ التّصاب ، واشترط الشّافعيّة أن يكون المدين جاحداً ، أو ماطلاً ، أو الدّين حالاً ، وعند الحنابلة يسقط القطع إذا عجز ربّ الدّين عن استفاء حقّه بالطّرق المشروعة ، أمّا ابن حزم فلا قطع عنده على السّارق من مال غريمه مطلقاً .

5/ سرقة المؤجر من مال المؤجر : لا قطع على السارق (المؤجر) من مال المؤجر إذا لم يأخذ حقه بعد انتهائه من العمل ، وذلك باتفاق الفقهاء .

6/ سرقة الشريك من مال شريكه : لا قطع على الشريك إذا سرق من مال شريكه ، وذلك عند الخفية والحنابلة ، وذلك لأنَّ المسروق ملكهما على الشيوع ، كما أنَّه لا قطع عند الشافعية لشبهة الملك ، أمّا المالكية فاشتروا لسقوط القطع أن يحجب عنه ، وبأخذ منه حقه .

ثانياً: وفيما يخصّ الملك العامّ ، فتمثّل صورته فيمايلي :

1/ السرقة من بيت مال المسلمين : ذهب الخنفيه والحنابلة إلى عدم قطع السارق من بيت مال

المسلمين مطلقاً ؛ لوجود شبهة الاستحقاق ، واستدلّوا بمجموعة من الآثار سوف يأتي ذكرها فيما بعد ، بينما ذهب المالكية إلى قطع السارق من بيت مال المسلمين ، باعتبار أنّ بيت المال حرز لجماعة المسلمين ، والحقّ الثابت فيه لكلّ شخص يتعيّن بالعطيّة ، أمّا الشافعية وابن حزم فقد فصلّوا في المسألة ، واشترطوا شروطاً كثيرة لسقوط القطع .

2/ السرقة من الغنيمة : ذهب الحنفية إلى عدم قطع من سرق من الغنيمة ، إذا كان له شبهة ملك كالجهاد ، أو الغازي الذي شارك في الحرب ، وذهب الشافعية إلى عدم القطع إذا كان السارق شهد المغنم لأنّه شريك ، وذهب الحنابلة إلى عدم قطع السارق من المغنم مطلقاً ، كما ذهب المالكية على رأي إلى عدم القطع . وخالف ابن حزم الجمهور ، وقال بوجوب القطع لعموم الأدلّة في وجوب القطع .

3/ السرقة من الوقف : فلا قطع على من سرق من مال الوقف ، إذا كان من الموقوف عليهم لوجود شبهة الاستحقاق والملك ، أمّا إذا لم يكن السارق من الجماعة الموقوف عليها فعليه القطع .

(الفقرة الثانية : ضوابط شبهة الملك : ليس كلّ من يمثل أمام القاضي بعد ثبوت التهمة عليه بالسرقة ، ويدّعي شبهة الملك ، يفلت من يد العقاب مباشرة ، قال ابن القيم : " وكذلك الحيلة على إسقاط حدّ السرقة ، يقول السارق هذا ملكي ، وهذه داري ، وصاحبها عبي ، من الحيل التي هي إلى المضحكة والسخرية والاستهزاء بها أقرب منها إلى الشرع ... فكيف يظنّ بالله وشرعه ظنّ السوء ، أنّه شرّع لهم الحقّ بالباطل الذي يقطع كلّ أحد بطلانه ، ومتى كان البهتان والوقاحة والمجاهرة بالزور والكذب مقبولا في دين من الأديان ، أو شريعة من الشرائع ، أو سياسة أحد من الناس ؟ ومن له مسكة من عقل وإنّ بلي بالسرقة ، فإنّه لا يرضى لنفسه بدعوى هذا البهتان والزور ، وبالله وبالمعقول أيعجز سارق قطّ عن التكلّم بهذا البهتان ، ويتخلّص من قطع اليد ؟ فما معنى شرع قطع يد السارق ثمّ إسقاطه بهذا الزور والبهتان " (1) .

إذن فلشبهة الملك ضوابط ، لا بدّ من تحقّقها لاعتبار شبهة الملك دائرة للحدّ :

أولاً : الأبوة والقرباة : من أهمّ ضوابط شبهة الملك ، ضابط القرباة وصلة الرّحم ؛ إذ القرباة هي التي تجمع أفراد العائلة الواحدة ، وتجعلهم يتآزرون فيما بينهم في الصرّاء والضراء ، وبناءً

(1) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج 3 ، ص 257 .

على هذا تتقوى شبهة الإذن بالدخول على بعضهم البعض ، فلا يتحقق شرط الحرز الذي هو شرط من شروط وجوب القطع ، فيمدّ الابن يده ليأخذ من مال أبيه باعتباره أنّه يشترك معه في هذا المال ؛ إذ نفقة الأب واجبة على الابن ، فلا حرز بينهما ، وقد يمدّ الأب يده ليأخذ من مال ابنه باعتبار أنّ ولده من كسبه ، ولم يأخذ بنية السرقة ابتداءً ، بل يغلب على ظنّ الأب والابن أنّ ذلك مباح مادامت صلة القرابة موجودة ؛ فمثلاً كانت القرابة سبباً للتصرة والتأزر كانت سبباً لرفع التكلفة بينهم ، وانعدام الحرز ؛ إذ مال أحدهم هو مال الآخر .

ثانياً : دعوى الاستحقاق : قد لا يقصد الآخذ لمال الغير السرقة المحرّمة شرعاً ، وإنّما غلب على ظنه أنّ له حقّ في ذلك المال ، ولم يمارس إلّا حقّه المخوّل له شرعاً ، ولم يكن متعمّداً بفعله على حرّامات الله ، كالجهاد الذي يأخذ مالاً من المغنم قبل أن يقسمها الحاكم على المجاهدين ، فهذا لا يكون متعمّداً طبعاً ، ويدراً عنه الحدّ لشبهة الملك التي كان ضابطها الشرعي مظنة الاستحقاق ، وكذا الفقير الذي أخذ من وقف الفقراء ، أو الصدقات قبل أن توزّع على المستحقّين ، فإنّه إذا ادّعى أمام القاضي أنّه أخذ حقّه ، ولم يكن متعمّداً شرعاً ، تقبل دعواه ولا يقام عليه الحدّ لمظنة الاستحقاق الغالبة ، فتقوى شبهة الملك ويدراً الحدّ .

ثالثاً : دعوى الجهل : سبق الكلام عن شبهة الجهل وضوابطها في المباحث السابقة ، لكن شبهة الجهل هناك تتعلّق بفعل السرقة أساساً ، حيث يجهل السارق ابتداءً أنّ الفعل محرّم شرعاً وعليه عقوبة ، لكن دعوى الجهل هنا أن يعلم الآخذ مسبقاً بأنّ السرقة محرّمة شرعاً وعقوبتها قاسية ، لكنّه يجهل أنّ المال المأخوذ يحرم عليه أخذه لكونه ملك لقريبه ، أو أبيه ، أو ابنه ، أو شريكه ، أو كونه مال عامّ ؛ إذ يغلب على ظنه في جميع هذه الأحوال أنّ مال هؤلاء مباح له ، ويملك حقّ التصرف فيه ، فتقوى شبهة الإباحة ، ويدراً الحدّ عن الآخذ .

رابعاً : دعوى الاضطرار : سبق الكلام كذلك عن شبهة الاضطرار وضوابطها في المباحث السابقة ، إلّا أنّ شبهة الاضطرار هناك تعلّقت بأخذ مال الغير مطلقاً ، سواء كان هذا الغير من الأقارب وذوي الأرحام أو غيرهم ، وسواء كانت ملكيّة المال المأخوذ خاصّة أو عامّة ، ولكن الأمر هنا يتعلّق بأخذ المضطرّ من مال قريبه ، وذوي رحمه ، والمال العامّ ؛ إذ يغلب على ظنّ السارق وهو في حالة الاضطرار أنّ له حقّ التصرف في مال أقاربه كوالديه مثلاً ، ومن حقّه أيضاً أن يأخذ من بيت مال المسلمين نصيب يقضي به حاجته ، وكذلك من المغنم ، أو الصدقات ، أو

الوقف ، فمن امتثل أمام القضاء بتهمة السرقة من الأقارب ، أو المال العام وادّعى الاضرار فإنّ دعواه تقبل ، ويدراً عنه الحد ؛ لأنّ شبهة الاضرار وهي مقبولة شرعاً لدرء الحد عن السارق ، إذا اقترنت بدعوى القرابة والاستحقاق ، فإنّ شبهة الملك تتأكد عندها وتقوى .

المطلب الثاني

التطبيقات الفقهية لشبهة الملك المتعلقة بالملك الخاص

سبق القول بأنّ المال المسروق قد يكون خاصّ الملكية ، وقد يكون عامّ الملكية ، وفي كلتا الحالتين يدّعي السارق أنّ له الحقّ في أخذ ما يحتاجه منه ، فيدراً عنه الحدّ لشبهة الملك ، وسيّضح هذا من خلال التطبيقات الفقهية لهذه الشبهة ، ابتداءً بحكم السرقة من الملك الخاصّ في هذا المطلب ، وانتهاءً بحكم السرقة من الملك العامّ في المطلب الثالث .

فالسّرقَة قد تقع على الملك الخاصّ ، وتحقّق للسارق شبهة الملك في ذلك ، ومن التطبيقات الفقهية لهذه الشبهة : سرقة الآباء من أموال الأبناء ، وسرقة الأبناء من أموال الآباء ، وسرقة الأقارب من بعضهم البعض ، وسرقة الدّائن من المدين ، وسرقة الأجير من مال المؤجّر ، وسرقة الشريك من شريكه ... الخ .

فأول ما أبدأ به في الفرع الأوّل : السرقات التي تقع بين الأصول والفروع والأقارب ، وفي الفرع الثاني : السرقات التي تقع بدعوى الاستحقاق والملك ، بموجب دين أو أجر أو شركة .

الفرع الأوّل

السرقات التي تقع بين الأصول والفروع والأقارب

أتناول في هذا الفرع السرقات التي تقع بين الأصول والفروع : كسرقة الآباء من الأبناء ، وسرقة الأبناء من الآباء ، كذلك السرقات التي تقع بين بقية الأقارب ؛ كذوي الأرحام وغيرهم . هذا وقد سبق التطرّق إلى هذه المسائل في مباحث سابقة ، وكان ذلك بموجب الإذن بالدخول المخول بين هؤلاء ، والمفضي إلى التعدي على أموال بعضهم البعض ، أمّا الدّراسة في هذا المبحث فتتعلّق بشبهة الملك ، وإن كان الحكم المنتهى إليه واحد . إلّا أنّ الدّراسة هنا كانت أكثر

تفصيلاً، وبما أنّ دراسة هذه المسائل من الوجهة القانونية لا جديدة فيها يذكر عمّا سبق ، فلن أتطرق إلى ذلك إلاّ تذكيراً أو إشارة ، خاصّة وأنّ القانون لا ينظر إلى السرقة التي تقع بين هؤلاء من زاوية الإذن بالدخول ، أو من زاوية شبهة الملك والاستحقاق ، وإنّما له زاوية واحدة ينظر منها وهي الاستلاء على مال مملوك للغير بغير وجه حقّ . وبهذا تكون الدراسة من الناحية الشرعية فقط ، فأتناول في الفقرة الأولى السرقة التي تقع بين الأصول والفروع ، وأتناول في الفقرة الثانية السرقة التي تقع بين الأقارب .

الفقرة الأولى : السرقات التي تقع بين الأصول والفروع : أوضح في هذه الفقرة حكم السرقة التي تقع بين الأصول والفروع بدعوى الاستحقاق والملك ، ابتداءً بحكم سرقة الآباء من أموال الأبناء ، وانتهاءً بحكم سرقة الأبناء من أموال الآباء ، وذلك بالتعرّض لآراء المذاهب الفقهية الإسلامية المعتمدة ، والاستدلال على آرائهم ما أمكن ذلك .

أولاً : حكم سرقة الآباء من أموال الأبناء : اختلف الفقهاء في حكم سرقة الأصول من أموال الفروع ، بين مسقط للحدّ وموجب له ، والخلاف جارٍ بين جمهور الفقهاء وابن حزم الظاهري ومن وافقه من العلماء :

1/ مذهب الجمهور : اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على عدم قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع ، لشبهة الملك التي ثبتت بأدلة منها⁽¹⁾ :

أ/ أنّ رجلاً قال للرّسول ﷺ : يا رسول الله إنّ لي مالاً وولداً ، وإنّ أبي يريد أن يجتاح مالي ، فقال عليه الصّلاة والسّلام : " أنت ومالك لأبيك "⁽²⁾ فلم يعتبر الرّسول ﷺ أب الرجل سارقاً ، إذ لم يستدعيه للبيّنة ، بصفته الحاكم والقاضي الذي يفصل في الخصومات ، وردّ على المدّعي بأنّه هو وماله ملك أبيه ، ففعل الأب لا يعتبر اعتداءً ؛ لجعل الرّسول ﷺ مال الابن مضافاً إليه .

ب/ وقال النبي ﷺ : " إنّ أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإنّ أولادكم من كسبكم "⁽³⁾

(1) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 151 / شرح الخرشي ، ج 8 ، ص 96 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 281 / المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 2864 / ابن قدامة ، المغني ، ج 12 ، ص 459 ، ط 5 (1426هـ / 2005) دار عالم الكتب .

(2) سبق تخريجه في ص 202 .

(3) سبق تخريجه في ص 202 .

ج/ إنّ مال كلّ من الأصول والفروع مرصّد لحاجة الآخر ، وإنّ ما بينهما من الاتحاد ما يمنع من قطع أحدهما بأخذ مال الآخر ؛ لوجود الإذن وعدم الاحتراز⁽¹⁾ .

د/ القطع بسبب السرقة يفضي إلى قطع الرّحم وذلك حرام ؛ لأنّ القاعدة أنّ ما أفضى إلى الحرام فهو حرام⁽²⁾ .

هـ/ إنّ التّفقة تجب في مال الأصول والفروع ، فالآباء ينفقون على أبنائهم ، كما أنّ الأبناء ينفقون على آبائهم إن احتاجوا في كبرهم ، فإذا أخذ الأب أو الأمّ من أموال أبنائهم تكون مظنة الحاجة قويّة .

و/ أنّ بين الآباء والأبناء قرابة " والقرابة تمنع شهادة أحدهم للآخر "⁽³⁾ وبالتالي لا يقام الحدّ ، وتعتبر القرابة شبهة دائرة للحدّ .

2/ مذهب ابن حزم ومن وافقه : خالف كلّ من ابن حزم ، وأبو ثور ، وابن المنذر الجمهور⁽⁴⁾ وقالوا بوجوب قطع اليد ، إذا سرق أب ، أو أمّ من أموال أولادهم ، واستدلّوا بمايلي :

أ/ قوله تعالى : ﴿ وَالْمَارِقُ وَالْمَارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءَ بِمَا كَتَبْنَا لِلَّذِينَ لَمْ يَرْزُقُوا ﴾

حكيم المائدة / 38 . فالآية عامّة في إيجاب القطع على السّارق مهما كان ، أباً ، أو ابناً ، أو أجنبياً ، ولا يوجد تخصيص الآباء عن غيرهم من النّاس .

ب/ قوله عليه الصّلاة والسّلام : " إنّ دماءكم وأموالكم حرام عليكم "⁽⁵⁾ . فالحديث عامّ في تحريم التعديّ على أموال النّاس ؛ إذ لم يستثن الله تعالى ، ولا رسوله ﷺ ابناً من أجنبي ، ولا مال ابن من مال أجنبي "⁽⁶⁾ .

(1) الشريبي ، مغني المحتاج ، ج 4 ، ص 964 / المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 276 .

(2) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 75 .

(3) البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 141 .

(4) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 281 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 280 / ابن حزم ، المحلّى ، ج 12 ، ص 334 .

(5) سبق تخريجه في ص 259 .

(6) ابن حزم ، المحلّى ، ج 12 ، ص 338 .

ج/ قال ابن حزم : " إن إقامة الحدّ على الوالدين لا يتنافى مع برّهما والإحسان إليهما ، ولا مع التّقي عن إسائتهما ؛ بل إقامة الحدّ عليهما من الإحسان ؛ لقوله تعالى : " (لِإِيَّائِهَا كُفْرُكُمْ بِاللَّهِ تَكْفِيرٌ) وَلَا تَحْزَنْ عَلَيْهِمْ سَبْعًا " النحل / 90 ، وإقامة الحدّ عليهما من الإحسان ، وذلك تطهير لهما من الذّنوب وغسل من الخطايا " (1) .

د/ وقال أيضاً : " ... لو أخذ الأب من مال ابنه درهماً وهو غير محتاج إليه ، حكم عليه بوجوب ردّه ، كالأجنبي تماماً ، وهذا باتّفاق الحنفية والمالكية والشافعية ، ولو كان مال الولد للوالد لما حكم عليه بردّ ما أخذ منه " (2) .

أمّا حديث " أنت ومالك لأبيك " الذي استدلّ به الجمهور ، قال عنه ابن حزم : أنّه منسوخ بآية المواريث (3) .

التّرجيح : والرّاجح في نظري والله أعلم ، ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء ؛ لأنّ الحديث صريح في ذلك ، كما أنّ دعوى النّسخ باطلة ، وآية المواريث بيّنت حقوق الآباء والأبناء في تركة الميّت ، ولم تمنع تصرّف الآباء في أموال الأبناء ، كما أنّ حدّ السرقة يثبت بعد المرافعة إلى القاضي ، وأيّ ابن يفعل ذلك ، ففي التّهمة ورفع الخصومة إساءة للوالدين ، وكشف لسوء أخلاقهما ؛ إذ الواجب على الأولاد السّتر على الوالدين والإحسان إليهما ، ورفع الدّعوى وكشفهما يفضي إلى الإساءة إليهما وقطع الرّحم ، وما أفضى إلى الحرام فهو حرام ، ولم يصل رأيي حتّى إلى وجوب تعزيزهما في هذه الحالة ؛ لأنّ هذا كذلك يتناقض مع برّ الوالدين والإحسان إليهما ، لكن يعيدان المال إلى الولد - والله أعلم -

ثانياً : حكم سرقة الأبناء من أموال الآباء : اختلف الفقهاء في حكم سرقة الفروع من الأصول بين موجب للقطع ومسقط له ، والخلاف جارٍ بين الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) والمالكية والظاهرية :

(3) المصدر السّابق ، ص 336 .

(4) المصدر السّابق ، ص 337 .

(5) المصدر السّابق ، ص 336 .

1/ **مذهب الجمهور** : ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾ إلى عدم قطع الأبناء إذا سرقوا من مال الآباء ؛ إذ شبهة الملك ظاهرة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، ودعموا مذهبهم بالأدلة الآتية :

أ/ قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيَّ إِلَّا عَمَلِي وَالْعَمَلُ لِلَّهِ وَالْجَزَاءُ لِلرَّحْمَنِ وَالْجَزَاءُ لِلرَّحْمَنِ ﴾ . فالآية الكريمة رفعت الحرج عن الأبناء إذا دخلوا بيوت آبائهم وأكلوا من طعامهم . " إنَّ المال لا يعتبر محرراً في حقهم ، وذلك لنبوٲ الإذن لهم بالدخول عادة ، وللزيارة وصلة الرحم " ⁽²⁾ .

ب/ من شروط وجوب قطع يد السارق ، أن يكون المال المأخوذ محرراً ، ومال الآباء بالتسببة للأبناء لا يكون محرراً عادةً لشبهة الإذن بالدخول ، وإذا اتحدت شبهة الإذن بشبهة الملك تتأكد الشبهة وتقوى ؛ فيدراً الحد عن الابن .

ج/ إنَّ التفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له ، فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال ، وإذا كان الابن يستحق التفقة من أبويه ، فله شبهة الملك في مال أبيه .

د/ بين الأولاد والآباء قرابة وصلة رحم ، وهذه القرابة مانعة من قبول شهادة أحدهم للآخر ، فكيف يجب القطع في حقهم ؟

2/ **مذهب الظاهرية والمالكية** : خالف المالكية والظاهرية جمهور الفقهاء ، وقالوا بوجوب قطع الابن إذا سرق من مال أبيه ؛ لأنه لا شبهة له في هذا المال ، ولا اعتبار للقرابة فهي ليست سبب لدرأ الحد عندهم ، ورد ابن حزم على الجمهور أن الآية التي استدلوأ بها " ليس فيها إسقاط القطع على من سرق من - بيت الوالدين - وإنما فيها إباحة الأكل لا إباحة الأخذ بلا خلاف من أحد من الأئمة " ⁽³⁾ .

الترجيح : الظاهر أن رأي الجمهور هو الصواب ، فمن شأن الوالدين أن يعطفاً على أولادهما ،

(1) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 281 / كنشاف القناع ، ج 6 ، ص 141 / شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 235 / ووافق أشهب وابن مهيب الجمهور في ذلك ، انظر أحكام القرآن للقرطبي ، ج 6 ، ص 170 .

(2) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 4 ، ص 235 / المبسوط ، ج 9 ، ص 151 .

(3) ابن حزم ، المحلى ، ج 12 ، ص 339 / شرح الخرشي ، ج 8 ، ص 96 / المدونة الكبرى ، ج 6 ، ص 2864 .

ولا يمنعان عنهم ما يريدون من مال أو غيره ، وخاصةً أن الابن قد يقبل على سرقة مال أبيه أو أمه ، مظنةً منه أن له حقاً في ذلك ، ولا وجود للحرمة ، كما أن شفقة الأبوين ، ورحمتهم تمنعهما من رفع الدعوى والشهادة ضدّ ابنيهما ، وإذا حدث الأمر لا تقبل الشهادة فلا قطع ؛ إذ أن شبهة الملك تبقى قائمة والحدّ يدرأ بالشبهة ، إلا أن التعزير يبقى ثابت في حق الابن السارق تأديباً له ، حتّى لا يعود إلى ذلك ويظنّ أن الأمر عبث .

(الفقرة الثانية : حكم سرقة الأقارب من بعضهم البعض شرعاً وقانوناً)

والله : حكم سرقة الأقارب من بعضهم البعض شرعاً : الأقارب إمّا أن يكونوا ذوي رحم محرم ، وإمّا أن يكونوا ذوي رحم غير محرم ، وإمّا أن يكونوا محارم غير ذي رحم .

فبالنسبة للسرقة من ذوي رحم غير محرم ، كأبناء العمّات ، والخالات ، وأبناء الأعمام والأخوال وغيرهم ، لا خلاف بين الفقهاء في وجوب القطع على السارق منهم ؛ لأنّهم لا يدخل بعضهم على بعض عادةً دون استئذان ، فليس هناك إذن صريح ولا ضمني بالدخول .

ويجب القطع أيضاً في السرقة من المحارم غير ذي رحم ، كالأمّ من الرضاع ، والأخت من الرضاع بدون خلاف ، إلاّ أبا يوسف من فقهاء الأحناف فإنّه يرى القطع في حال السرقة من الأمّ بحجة أن الإنسان يدخل بيت أمّه من الرضاع دون إذن عادة ، فهناك إذن ضمني بالدخول⁽¹⁾ .

أمّا بالنسبة للسرقة من ذوي رحم محرم ، فقد اختلف الفقهاء في وجوب القطع على السارق ، والخلاف جارٍ بين الأحناف وجمهور الفقهاء :

1/ مذهب الأحناف : ذهب الحنفية إلى القول بدرء الحدّ عن كلّ ذي رحم محرم ، بل تجاوزوا ذلك إلى القول بدرء الحدّ عن السارق من أزواج المحارم ، أو من زوجاتهم ، فلا يجزّون قطع من يسرق من مال زوج أمّه ، ولا من يسرق من زوجة أبيه ، ولا من يسرق من مال حليّة ابنه ، وكذا لا يجزّون قطع من يسرق من ابن امرأته أو أمّها ، واستدلّوا بمايلي :

أ/ قوله تعالى : ﴿... وَاللّٰهُ عَلٰى الْمُفْسِدِیْنَ حَرِیْجٌ وَاللّٰهُ عَلٰى أَنْفُسِكُمْ لَا تَأْكُلُوْا مِنْ یُّوْثُكُمۡ اَوْ یُّوْثِیْهِ وَلَا بِأَنْفُسِكُمْ

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 75 .

كما ردّوا عليهم أيضاً : أَنَّ الآيَةَ لَيْسَ فِيهَا إِبَاحَةُ الدَّخُولِ ، وَاللَّهُ تَعَالَى يَقُولُ : ﴿ يَا أَيُّهَا
الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا فِي مَوَاطِئِ النَّبِيِّينَ وَمَلَائِكَتِهِمْ يَتَخَفَتُونَ الْإِنَّمَاءَ لِجَهَنَّمَ أُولَئِكَ يَنْفَرُونَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ... ﴾ ٥٨ .

فالقِياس على الأكل باطل ؛ لأنّ الآية وضّحت أنّ الاستئذان واجب ، يقول ابن حزم " وأنتم مُجمعون - معنا ومع النَّاس - على أنّ الأخذ لعروض الأخ ، والأخت ، والعَمِّ ، والعَمَّة ، والخال ، و الخالة ، ... والصّديق من بيوتهم ، ونقل ما فيها حرام ، وأنّ الأكل حلال ، فكيف استحلتُم قياس حُكم الحرام الممنوع على حُكم الحلال المباح ؟! " (4) .

التّرجيح : الرّاجح في هذه المسألة - والله أعلم - وكذا الظّاهر من خلال عرض الأدلّة ، أنّ مذهب الجمهور هو الصّواب ؛ لعدم تحقّق شبهة الملك في السرقة بين الأقارب ، فإذا ادّعى السّارق من قريبه أمام القاضي هذه الشبهة لا يلتفت إليه ، ولا عصمة ليده ؛ بل العصمة للمال و إلاّ لصاعت أموال التّاس وأُكِلَتْ بالباطل ، وسهل على السّارق فعل السرقة ؛ إذ كلّ سارق له أقارب ، ويسهل عليه ادّعاء هذه الشبهة .

ثانياً: حكم سرقة الأقارب من بعضهم البعض قانوناً: نصّت المادة 368 من قانون العقوبات الجزائري⁽²⁾ على أنّه " لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص الميّنين فيها بعد ولا تخوّل إلّا الحقّ في التعويض المدني : الأصول إضراراً بأولادهم ، أو غيرهم من الفروع / الفروع إضراراً بأصولهم / أحد الزوجين إضراراً بالزوج الآخر .

كما نصّت المادة 369 من قانون العقوبات الجزائري⁽³⁾ على أنه " لا يجوز اتّخاذ الإجراءات الجزائيّة بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدّرجة الرّابعة ، إلّا بناء على شكوى الشّخص المضرور ، والتّنازل عن الشّكوى يضع حدّاً لهذه الإجراءات " .

(1) ابن حزم، المحلّی، ج 12، ص 339.

(2) قانون العقوبات الجزائي ، ج 106 .

(3) المصدر نفسه ، ص 107 .

ومن المادة 368 نستنتج مايلي ⁽¹⁾:

- 1/ عدم العقاب : أي أنّ المسؤولية الجنائية لا تتحقّق في مثل هذه السرقات ، سواء كانت جنائية أو جنحة ؛ لأنّ النصّ عامّ ، ولا يحدّد ماهية السرقات .
- 2/ إذا سقط الحقّ الجنائي في العقاب ، فلا يسقط الحقّ بالتعويض المدني ، وبناء عليه إذا رفع المضرور الدّعى ، فإنّه يستفيد من الحقّ المدني .
- 3/ إنّ النصّ صريح على أنّ الذين لا يعاقبون هم : الأصول والفروع وأحد الزوجين ، أمّا فيما عدا ذلك فليس مشمولاً بهذا الاستثناء .

أمّا إذا وقعت السرقة داخل الأسرة من غير الأشخاص الذين أشير إليهم سابقاً - أي بين الحواشي ، والأصهار للدرجة الرابعة - فإنّ النيابة العامة لا تتحرّك إلّا بناء على شكوى الشخص المضرور ، كما ورد في المادة 369 المذكورة سابقاً ، وله الحقّ في التنازل عن الدّعى في أيّة مرحلة كانت ، والحكمة من ذلك هو المحافظة على كيان الأسرة ، وروابط العائلة ، وأمّا إذا رفع المضرور الشكوى واستمرّ فيها دون التنازل ؛ فإنّ الجاني يكون في هذه الحالة مسؤولاً جنائياً ومدنياً بدون استثناء ؛ إذ يقتصر حقّ المضرور على رفع الدّعى ، أو عدمها ، أو التنازل عنها .

الفرع الثاني

السرقات التي تقع بدعى الاستحقاق بموجب دين أو أجر أو شركة

تشمل الدّراسة في هذا الفرع ، حكم السرقات التي تقع بدعى الاستحقاق والملك بموجب دين ، أو أجر ، أو شركة ، وذلك بالدّراسة المفصّلة لكلّ من مسألة سرقة الدائن من المدين ، وحكم سرقة الأجير من المؤجّر ، وحكم سرقة الشريك من شريكه ، وبما أنّه سبق الكلام عن هذه المسائل من الوجهة القانونية في فصول سابقة ولو بالقدر اليسير ، فإنّه لن أتطرق إلّا لمسألة سرقة الشريك من شريكه ؛ لأنّه لم يسبق توضيح هذه المسألة ، وكذا مسألة السرقة بين الدائن والمدين ، وبهذا سأتناول كلّ مسألة في فقرة خاصّة .

الفقرة الأولى : حكم سرقة الدائن من مال مدينه شرعاً وقانوناً

أولاً : حكم سرقة الدائن من مال مدينه شرعاً : قد يحدث أن يسرق الدائن من مال

(1) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - ص 236 .

مدينه بسبب مماطلة المدين ، أو جحوده ، أو لسبب آخر ، إلا أنّ الفقهاء اختلفوا في كون الدائن سارقاً يجب عليه الحد ، أو يدرأ عنه الحد لشبهة الملك ، وكونه أخذ حقّه ، وذلك بناءً على اختلاف ما إذا كان المسروق من جنس حقّ الدائن أم لا ، واختلاف حال المدين من كونه ممطلاً أم جاحداً للدين أو لا ؟ وسيّضح هذا من خلال عرض آراء المذاهب الفقهيّة .

1/ مذهب الأحناف⁽¹⁾ : بنا الأحناف حكم سرقة الدائن من مال المدين على كون المسروق من جنس حقّ الدائن أم لا ؟ وذلك كمايلي :

أ/ إن كان المسروق من جنس حقّه ، وكان دينه عليه حالاً لا يقطع ؛ لأنّ الأخذ مُباح له ؛ إذ أنّه ظفر بجنس حقّه ، ومن له الحقّ إذا ظفر بجنس حقّه يباح له أخذه ، وسواء كان المأخوذ أجود من حقّه أم أردأ منه ، وكذلك إذا سرق منه أكثر من مقدار حقّه ؛ لأنّ بعض المأخوذ حقّه على الشيوع ولا قطع فيه ، فكذا في الباقي ، أمّا إذا كان دينه مؤجّلاً فالقياس أن يقطع ، وفي الاستحسان لا يقطع .

— وجه القياس : أنّ الدين إذا كان مؤجّلاً ، فليس له حقّ الأخذ قبل حلول الأجل ؛ إذ بإمكان الغريم أن يستردّه منه لو أخذه ، فصار كما لو سرقه أجنبي .

— وجه الاستحسان : أنّ حقّ الأخذ إن لم يثبت قبل حلّ الأجل ، فسبب ثبوت حقّ الأخذ قائم وهو الدين ؛ لأنّ تأثير التّأجيل في تأخير المطالبة لا في سقوط الدين ، فقيام سبب ثبوت حقّ الأخذ شبهة يدرأ بها الحد .

ب/ وإن سرق خلاف جنس حقّه ، بأن كان الدين نقوداً وأخذ الدائن عروضاً قطع ، إذا لم يقل أخذته لأجل حقّي ؛ لأنّه إذا لم يقل فقد أخذ مالاّ ليس له حقّ أخذه ، ولا يقال أنّه مبادلة ؛ حيث لا تكون المبادلة إلاّ بالتراضي لاختلاف قيم الأشياء باختلاف الأعراض .

أمّا إذا قال السارق أخذت لأجل حقّي فقد أخذه متأوّلاً ؛ إذ اعتبر المعنى وهي المائيّة لا الصّورة ، والأموال كلّها في معنى المائيّة متجانسة ، فكان أخذاً عن تأويل فلا قطع .

2/ مذهب المالكيّة⁽²⁾ : ويختلف حكم سرقة الدائن من مال مدينه عند المالكيّة باختلاف حال

(1) بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 71 - 72

(2) الخرشي ، ج 8 ، ص 96 / حاشية الدّسوقي ، ج 4 ، ص 337 .

المدين من كونه ماطلاً أو غير ماطل ، وباختلاف مقدار المسروق . فلا قطع عند مالك على من أخذ قدر حقه من مدينه الماطل أو الجاحد ، سواء كان ما أخذه من جنس حقه ، أو من غير جنسه ، فإن زاد ما أخذه على قدر حقه نصاباً قطع به .

وإن كان المدين غير جاحد للدين ، وغير ماطل ، أو لم يكن الدين حالاً وجب قطعه إن بلغ المسروق نصاباً ؛ حيث لا شبهة للسارق في المسروق مادام يستطيع تحصيل حقه بالطريق المشروع.

3/ مذهب الشافعية⁽¹⁾ : ذهب الشافعية إلى عدم قطع الدائن إذا سرق من مال المدين ، وكان المدين جاحداً أو ماطلاً أو الدين حالاً ؛ لأن الدائن مأذون له حينئذ في استيفاء حقه ، حتى ولو سرق الدائن أكثر من حقه نصاباً ، لأنه مادام قد أبيح له الدخول ، والتمكن من الأخذ ، لم يبق المال محرراً عنه ، وقيل إن بلغت الزيادة نصاباً وهي مستقلة قطع .

أما إذا كان المدين مُقرّاً بالدين الذي عليه وجب قطع يد السارق ؛ إذ لا شبهة له حينئذ .

4/ مذهب الحنابلة⁽²⁾ : إذا كان المدين غير ماطل ، لكن الدائن ترك الطريق المشروع لأخذ دينه وعمد إلى سرقة حقه وجب قطعه ، إذا بلغ المسروق نصاباً طبعاً ؛ إذ لا شبهة له في الأخذ . أما إذا كان المدين ماطلاً فسرق منه الدائن فلا قطع ؛ لأن بعض العلماء أباحوا له الأخذ ، فالإباحة شبهة تدرأ عنه الحد ، وإن بلغ المأخوذ أكثر من حقه وبلغت الزيادة نصاباً وجب قطعه ، إذا كان المسروق الزائد من غير الحرز الذي فيه ماله ؛ إذ لا شبهة ، وإن أخذ الزائد من نفس المكان الذي فيه ماله لا قطع ؛ لأنه إذا هتك الحرز لأخذ ماله صار المكان غير محرز بالنسبة للكل .

5/ مذهب ابن حزم : قال ابن حزم : " إذا كان لشخص حقوق عند آخر ، فمباح له أن يأخذ حقه ومقدار حقه من المال الذي له عنده الحق ، من حرز أو من غير حرز ، نعم ويقاقله عليه إن منعه ، ويحل له بذلك دمه ، وهو مأجور في ذلك ، فإن تعمد أخذ ما ليس له بحق ، فإن تعمد أخذه بإفساد طريق فهو محارب ... وإن أخذه مجاهرأ غير مفسد في الأرض فله حكم الغاصب ، وإن أخذه محتفياً فله حكم السارق والمحارب " ⁽³⁾ .

(1) روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 335 / المهذب ، ج 2 ، ص 282 .

(2) المعنى ، ج 12 ، ص 434 (ط 5)

(3) المحلى ، ج 12 ، ص 343 - 337 .

فابن حزم يعتبر سرقة الدائن ماله من المدين من حرز أو من غير حرز ، ويكون المقدار الذي أخذه يساوي حقه شبهة قوية تدرأ الحد عن الدائن .

الترجيح : فالراجح في هذه المسألة إن شاء الله ، عدم قطع الدائن إذا أخذ قدر حقه من مال مدينه ، وكان الدين حالاً والمدين ممطلاً ؛ لأن الدائن يكون قد أخذ حقه ، وإذا أخذ أكثر من حقه وبلغ نصاباً يقطع ؛ لأنه اعتدى بفعله هذا على حق الغير ، وإذا لم يبلغ الزائد نصاباً عزّر الدائن ، أمّا إذا لم يكن الدين حالاً ، ولم يكن المدين ممطلاً ، ولم يستخدم الدائن الطريق المشروع لاسترجاع حقه ؛ بل لجأ إلى السرقة فإنه يقطع إذا بلغ المأخوذ نصاباً ، حتى لا يظن بأن الأمر عبث ؛ فيصير الدائنون يأخذون حقوقهم بهذه الكيفية الحرمّة .

ثانياً : حكم السرقة التي تقع بين الدائن والمدين قانوناً : إذا سرق الدائن من المدين مقدار الدين الذي بينهما ، يكون بذلك قد استرجع حقه وملكه الذي كان في حيازة المدين ، ولو كان عنوة وبغير رضا الحائز له ، فلا تقوم جريمة السرقة ؛ لأن الاختلاس لا يقوم بمجرد انتزاع الشيء من مكمّنه ، وإنّما هو الاستيلاء على ملكيته أيضاً ، وهو أمر ثابت للمالك - الدائن - فهو بمثابة من يسرق ملك نفسه ، ولا عقوبة على سارق ملك نفسه ، أمّا إذا زاد المال المسروق عن مقدار الدين الذي بينهما ؛ فجريمة السرقة قائمة ولا غبار عليها ؛ لأنه بذلك يكون قد اعتدى على مال مملوك للغير ويعاقب بعقوبة السرقة ، هذا ما يستنتج من خلال الدراسة السابقة⁽¹⁾ .

وقانون العقوبات عندما تناول السرقة التي تقع بين الدائن والمدين ربطها بموضوع الرهن ؛ لأن أكثر ما تكون السرقة فيما بينهما بموجب الرهن ، فالدائن الذي يختلس الشيء المرهون ، أو يبدّده يكون بذلك قد خالف العقد ، ويعدّ خائناً للأمانة لا سارقاً ، وذلك لأن المال المرهون عنده سلّم له بموجب عقد الرهن من طرف المدين الراهن ، والتسليم ينفي الاختلاس⁽²⁾ .

أمّا إذا حدث العكس وقام المدين الراهن بسرقة المال المرهون عند الدائن المرهّن ، فالأمر يختلف ، وقد يتبادر إلى الذهن أنّ هذا ينطبق عليه ما قيل في بداية الكلام ، لأنه في الحقيقة يسرق مال نفسه ، فالرهن ملك له في حيازة المرهّن ولا عقوبة على ذلك ، إلّا أنّ قانون العقوبات الجزائري استثنى من قاعدة عدم تجريم سارق ملك نفسه ، اختلاس الإنسان ملك نفسه إن

(1) انظر جريمة السرقة ، ص 45 / شرح قانون العقوبات الجزائري ، محمد صبحي نجم - القسم الخاص - ص 122 .

(2) دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - ص 275 .

كان مرهوناً ، فهو مماثل في الحكم لاختلاس الأشياء المحجوزة قضائياً فحكمه أيضاً مستثنى .

جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 364 من قانون العقوبات الجزائري " أن اختلاس الأشياء المنقولة المرهونة لضمان دين على صاحب هذه المنقولات ، فيعاقب الجاني وكل من زوجه أو فروعه أو أصوله عن الجريمة ، أو الشروع فيها بالعقوبة نفسها ، وهي الحبس من سنة إلى خمس سنوات ، والغرامة من 500 إلى 5000 د ⁽¹⁾ ، وجاء هذا الاستثناء بهدف حماية جانب الدائن المرهّن من الإضرار به من طرف المدين الرّاهن . ويلزم أن تقع هذه الجريمة على أشياء منقولة تقدّم للدائن بموجب عقد رهن ضماناً لدينه ، سواء كان الشيء المرهون في حيازة الدائن المرهّن أو الغير الذي يعيّنه المتعاقدان ، ولا يشترط أن يكون عقد الرهن الحيازي صحيحاً وفقاً لقواعد القانون المدني ، فالتّص ينطبق ولو كان العقد باطلاً ، ولكن يلزم أن يكون العقد في حقيقته رهناً ، فإذا باع شخص لآخر سيارة بالتقسيط واشترط في العقد أن يحتفظ بملكيّة السيارة حتّى تسدّد جميع الأقساط ، فإنّ العقد يكون في حقيقته بيعاً ، تكون يد المشتري على السيارة يد مالك ، فإذا تصرف فيها لا يكون ارتكب جريمة سرقة ، وإذا اختلسها البائع عدّ سارقاً ، وعلى قاضي الموضوع أن يبحث عن حقيقة قصد المتعاقدين بصرف التّظر عن التّسمية الّتي تطلق على التصرف ⁽²⁾ .

إذن المختلس للرّهن هنا يعتبر سارقاً ، فقد توفّرت لديه نيّة الإضرار بشخص الدائن المرهّن الّذي شمله القانون بالحماية ، وتوفّر لديه العلم بأنّ الشيء المنقول مرهون لدى الدائن ضماناً لدين عليه ⁽³⁾ .

(الفقرة الثّانية : حكم سرقة الشّريك من مال شريكه شرعاً وقانوناً)

أولاً : حكم سرقة الشّريك من مال شريكه شرعاً : رغم أنّ الشّركة تبنى على التّفاهم والثّقة ، إلّا أنّه قد يحصل أن يأخذ أحدهما مالاً من الشّركة خفية وبدون إذن شريكه ، ظناً منه أنّه يأخذ حقّه ، إلّا أنّ الفقهاء اختلفوا في حكم سرقة الشّريك من مال شريكه .

(1) قانون العقوبات الجزائري ، ص 105 .

(2) جريمة السرقة ، ص 250 .

(3) شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاصّ - محمد صبحي نجم ، ص 138 / جريمة السرقة ، ص 250 .

1/ **مذهب أبي حنيفة وأحمد⁽¹⁾** : لا يقطع السارق عند أبي حنيفة وأحمد إذا سرق مالاً مشتركاً مع المجنى عليه ؛ لأن السارق يملك المسروق على الشيوع مع المجنى عليه ، فيكون هذا شبهة قوية لدراء الحد .

2/ **مذهب الشافعية⁽²⁾** : أما الشافعية فلا قطع عندهم على السارق من حرز شريكه أيضاً ، إذا كان مشتركاً بينهما وإن قلّ نصيبه ؛ لأنّ له في كلّ جزء حقاً شائعاً ، فأشبهه وطء أمة مشتركة ، ويخرج بالمشارك سرقة ما يخصّ الشريك فيقطع به ، لكن الأوجه ما جزم به الماوردي⁽³⁾ أنّه إن اتحد حرزهما لم يقطع - أي ما لم يدخل بقصد سرقة غير المشترك -

3/ **مذهب المالكية⁽⁴⁾** : أما المالكية فيرون قطع الشريك إذا سرق المال المشترك بشروط :
- أن يأخذ نصاباً أكثر من حقه .
- أن يكون مال الشركة محجوباً عنه - أي محرراً عنه -
- إن كان المال المشترك مثلياً فلا قطع ، إلا أن يسرق نصاباً أكثر من نصف المال كلّ .
- إن كان المال المشترك قيميّاً قطع إذا كان ما سرقة يبلغ نصابين ، ولو لم يكن المال المسروق كلّ المال المشترك ؛ لأنّ حقه في المسروق نصاب واحد ، أو التصاب الثاني يستحقّه الشريك المسروق منه .

4/ **مذهب الظاهرية⁽⁵⁾** : القاعدة عندهم أنّ من يسرق من شيء له فيه نصيب يقطع ، إذا أخذ زائداً على نصيبه ممّا يجب فيه القطع ، فإن سرق أقلّ فلا قطع عليه ، إلا أن يكون منع حقه في ذلك ، أو احتاج إليه فلم يصل إلى أخذ حقه إلا بما فعل ، ولم يقدر على أخذ حقه خالصاً فلا يقطع ؛ لأنّه مضطرّ إلى أخذ ما أخذ .

(1) فتح القدير ، ج 4 ، ص 235 / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 142 .

(2) نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 444 .

(3) هو أبو الحسن عليّ بن محمد بن حبيب ، الماوردي ، ولد بالبصرة سنة 364هـ/974م ، ثمّ انتقل إلى بغداد وولي القضاء في بلدان كثيرة ، حتّى لقّب بقاضي القضاة في عصر الخليفة العباسي القائم بالله ، كما كان من العلماء الباحثين النافعين ممّا جعله يحضى بالمكانة الرفيعة عند الخلفاء ، توفي ببغداد سنة 450هـ/1058م ، له تصانيف كثيرة منها : أدب الدّنيا والدّين - الأحكام السلطانية - الحاوي في فقه الشافعية وغيرها (طبقات الشافعية للسبكي ، ج 5 ، ص 267 / وفيات الأعيان لابن خلكان ، ج 3 ، ص 282 / شذرات الذهب لابن عماد ، ج 3 ، ص 285)

(4) شرح أقرب المسالك ، ج 2 ، ص 363 / المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 277 / الخرشبي ، ج 8 ، ص 96 .

(5) المحلّي ، ج 12 ، ص 312 - 313 .

ثانياً : حكم سرقة الشريك من مال شريكه قانوناً⁽¹⁾ : المال الشائع هو المال غير المفروز ، والذي يتملكه شخصان أو أكثر ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقيم دليل على غير ذلك ، جاء في المادة 713 من القانون المدني⁽²⁾ وكل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولي على ثمارها ، وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ، كما جاء في المادة 714 من القانون المدني⁽³⁾ .

ومن المسائل التي تثير الدقة ، حكم المالك على الشيوع الذي يختلس جزءاً من المال الشائع ، سواء كان هذا الجزء يدخل في حدود نصيبه ، أو كان زائداً عنه ، وفي كلتا الحالتين يعتبر الشريك سارقاً ؛ لأن الملكية على الشيوع تقتضي اعتبار كل شريك مالكاً في كل ذرة من ذرات المال ، وعلى ذلك فإن الجزء الذي اختلسه ليس ملكاً له ، وإنما هو مملوك لغيره أيضاً من الشركاء .

ومن المعروف في القانون المدني أن لقسمة المال الشائع أثر رجعي ، أي تفرض في الشريك أنه مالك لنصيبه المفروز منذ بدء حالة الشيوع ... ، فهل تنتفي الجريمة إذا أصبح الشريك المختلس مالكاً للمال المختلس ، بناء على حصول القسمة ، ودخول المال في ملكيته بأثر رجعي ؟ لا شك أن القانون الجنائي يعاقب على اختلاس المال المملوك للغير ، والعبرة بملكية الغير للمال المختلس وقت ارتكاب السرقة ، فإذا كان المال المختلس غير مملوك للشريك الشائع بملكية مفروزة وقت وقوع الاختلاس ، فيكون الاختلاس وقع على مال مملوك للغير ، وتحقق جريمة السرقة ... ، وعلى ذلك فلا عبرة بالأثر الرجعي للقسمة في وقوع السرقة من الشريك ، ولكن إذا أصبح الشريك المختلس مالكاً للشيء المختلس بمقتضى قسمة المال الشائع ، فإن ذلك قد يكون محلاً اعتباراً في تصرف النيابة في الدعوى الجنائية ، أو في العقوبة التي تقضي بها المحكمة .

وحكم الوارث الذي يختلس شيئاً من أموال الشركة بينه وبين سائر الورثة ، هو حكم الشريك على الشيوع المختلس ... ، فكلاهما يعد سارقاً ، بشرط ألا يكون المال المشترك في

(1) جريمة السرقة ، ص 45 - 46 / انظر أيضاً شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - لصبحي نجم ، ص 122 .

(2) القانون المدني ، ص 178 .

(3) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

حيازة الشريك أو الوارث ، فإذا كان الوارث أو الشريك موكولاً إليه حفظ مال التركة ، أو الشركة ، أو إدارته عن سائر الملاك ، ثم امتدت يده إلى شيء منه ، فإن فعله يعدّ خيانة أمانة لا سرقة .

إذن فالقانون يجرم السارق الشريك من مال الشركة ، وبذلك يختلف عن التشريع الجنائي الإسلامي عموماً في عدم تجريمه ، وإعفائه من العقوبة المقررة شرعاً .

(الفقرة الثالثة : حكم سرقة المؤجر من مال المؤجر شرعاً وقانوناً)

أولاً : حكم سرقة المؤجر من مال المؤجر شرعاً : اختلف الفقهاء في حكم سرقة المؤجر من مال المستأجر وذلك على أقوال وآراء تتضح من خلال عرض كل مذهب على حدة .

1/ مذهب الأحناف : إذا أجر الرجل منزله من رجل وهو في منزل آخر ، فسرق المؤجر من المستأجر متاعه من ذلك الموضع قطع في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وذلك لأنه سرق ملك الغير من حوز صاحب الملك فيلزمه القطع ، كما لو باع منزله ثم سرق منه متاع المشتري ؛ وهذا لأنّ الحوز ليس بعبارة عن عين الجدار ولكنّه عبارة عن التحفّظ بها ، وذلك صار للمستأجر خالصاً لاحقاً للأجر فيه مدّة الإجارة ، بخلاف المال الذي أجره ؛ لأنّ وجوب القطع باعتبار العين والعين باق على ملكه ، والدليل عليه أنّه لو حدث الملك للسارق في المال بعد تمام فعل السرقة يسقط القطع عنه ، فكذلك إذا اقترن بالسبب⁽¹⁾ .

أمّا أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ذهبا إلى عدم قطعه لقيام ملكه في الحوز ، ووجوب القطع باعتبار هتك الحوز وأخذ المال ، ثمّ لو سرق العين الذي أجره من المستأجر لم يقطع لقيام ملكه في العين ، فكذلك إذا سرق من البيت الذي أجره ؛ وهذا لأنّ له نوع تأويل في الدخول لينظر هل استرّم شيء منه فيرم ذلك ، أو هل خرب المستأجر شيئاً منه قيمته من ذلك⁽²⁾ ، كما احتجّ بأنّ المنفعة تحدث في ملك الآجر ، ثمّ تنتقل إلى المستأجر⁽³⁾ .

(1) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 180 .

(2) المصدر نفسه ، الصّفحة نفسها .

(3) ابن قدامي ، المغني ، ج 10 ، ص 252 .

أمّا إذا سرق المستأجر متاع الآجر من منزله ، فالأصحّ عند الأحناف أنّه إذا كان المنزل المؤجر حرزاً على حدة ، والمنزل الذي يسكنه المؤجر حرزاً على حدة فإنّه يلزم القطع ؛ لأنّه لا تأويل للمستأجر في منزل المؤجر ولا شبهة .

2/ مذهب الشافعية : عند الشافعية يقطع المؤجر إذا سرق من مال المستأجر ؛ إذ لا شبهة للمؤجر في مال المستأجر ، ولا في هتك حرزه ، كما أنّ المنافع مستحقّة للمستأجر .

جاء في المذهب " إن نقب المؤجر الدار المستأجرة ، وسرق منها مالاً للمستأجر قطع ؛ لأنّه لا شبهة له في ماله ، ولا في هتك حرزه ، وإن نقب المعير الدار المستعارة ، وسرق منها مالاً للمستعير ففيه وجهان ... الثاني أنّه يقطع ؛ لأنّه أحرز ماله بحرز بحقّ ، فأشبه إذا نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق مال المستأجر " (1) .

وجاء في روضة الطالبين " إذا كان الحرز ملكاً للسارق إن كان في يد المسروق منه بإجارة فسرق منه المؤجر قطع ؛ لأنّ المنافع مستحقّة للمستأجر ... " (2) .

3/ مذهب الحنابلة : وعند الحنابلة أيضاً يقطع من أجر داره ، ثمّ سرق منها مال المستأجر .

جاء في كشاف القناع " ومن أجر داره أو أعارها ثمّ سرق منها مال المستعير أو المستأجر قطع ؛ لأنّه هتك حرزاً وسرق منه نصيباً لا شبهة له فيه ، فيقطع كما لو سرق من غير ملكه ؛ ولأنّ هذا قد صار حرزاً لمالك غيره ، فلا يجوز له الدخول إليه ، ولا يجوز له الرجوع في العارية " (3) .

4/ مذهب المالكية : يقطع المؤجر إذا سرق مالاً للمستأجر من الدار المؤجرة طبعاً ؛ لأنّه غير مأذون له بالدخول بما أنّ حقّ الانتفاع للمستأجر ، فلا شبهة هنا لإباحة الدخول في الحرز ، إلّا بعد انقضاء مدّة الإجارة ، فلا يدرأ الحدّ عن السارق .

جاء في مواهب الجليل شرحاً لما جاء في مختصر خليل " لا ملكه من مرتقن ومستأجر كملكه قبل خروجه " بعد بيان شرط كون المال المسوق مملوكاً للغير ، مايلي " فلو سرق ملك نفسه من

(1) الشيرازي ، المذهب ، ج 2 ، ص 282 .

(2) روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 345 .

(3) كشاف القناع ، ج 6 ، ص 144 / المغني ، ج 10 ، ص 252 .

المركن أو المستأجر فلا قطع ، ولو طرأ الملك يارث قبل الخروج من الحرز فلا قطع ، وبعده لا يؤثر ⁽¹⁾ . ومقتضى هذا أنّ المؤجر إذا سرق ماله المؤجر من الدار المؤجرة لا قطع عليه ، وإذا سرق مال المستأجر قطع ؛ لأنه سرق مالا مملوكا للغير ولا شبهة إباحة هنا .

إذن هناك اتفاق بين فقهاء المذاهب في قطع السارق المؤجر من مال المؤجر ، إلا خلافاً عند أبي يوسف من فقهاء الأحناف ، الذي درأ الحد عن السارق في هذه الحالة لشبهة الملك ، أما عند الفقهاء الأربعة فلا اعتبار لشبهة الملك عندهم هنا ، إذ لم تتوفر شروطها ، فملك الغير ثابت وواضح ، ولا شبهة فيه .

ثانياً : حكم السرقة التي تقع بين المؤجر والمستأجر قانوناً : إذا سرق المؤجر من المستأجر ما هو ملك له ، فإنه يكون قد سرق ملك نفسه ، فلا تقوم في حقه جريمة السرقة ؛ لأنّ الحائز هنا يجوز الشيء لحساب المالك ، فإذا استردّ هذا الأخير ماله عنوة - أي دون رضا الحائز له - فلا تقوم جريمة السرقة ؛ لأنّ الاختلاس لا يقوم بمجرد انتزاع الشيء من مكمّنه ، وإنّما هو الاستيلاء على ملكيته أيضاً ، وهو أمر ثابت للمالك - أي المؤجر -

أما إذا سرق المؤجر المال الخالص للمستأجر ، فهذا يعتبر خارج عن ملكه ، وينطبق عليه حكم اختلاس مال منقول مملوك لغيره ، فيدان قانوناً ويعاقب بعقوبة السرقة ، هذا ما استنتج من خلال الدراسة السابقة من البحث ⁽²⁾ .

وإذا حدث العكس ، بحيث استولى المستأجر على مال المؤجر ، ورفض ردّ العين المؤجرة للمالك ، فهذا يعتبر خيانة أمانة وليست سرقة ، كما سبق أن وضّحت في مبحث التسليم ينفي الاختلاس ⁽³⁾ .

وقد يؤجر شخص مسكناً مفروشا ويحتفظ بمفتاح حجرة ، أو مكتب يضع فيه حاجياته الخصوصيّة ويغلقه ، فإذا فتح المستأجر ذلك الحرز واغتال الأمتعة التي يحتويها ، فإنه يعتبر سارقاً لا خائناً للأمانة ، لأنّ غلق الحجرة أو المكتب ، وما يقتضيه هذا الغلق من منع فتحه من

(1) مواهب الجليل ، ج 8 ، ص 416 - 417 / الخروشي ، ج 8 ، ص 96 .

(2) انظر جريمة السرقة ، ص 45 / شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - لصبحي نجم ، ص 117 - 116 - 122 .

(3) انظر الصفحة 487 من البحث .

قبل المتسلم أو المستأجر ، يستفاد منه أنّ صاحب الشيء حال مادياً بين يد المستأجر وبين ما فيهما من أشياء ، لم يرغب أن يأتّمه على ما بداخليهما⁽¹⁾ .



التطبيقات الفقهية لشبهة الملك المتعلقة بالملك العام

يعتبر هذا المطلب امتداد للمطلب السابق ؛ لأنه يتناول الشق الثاني للتطبيقات الفقهية المتعلقة بشبهة الملك ، وذلك بعد أن تناولت سابقاً السرقة التي تقع على الملك الخاص ، سأتناول هنا السرقة التي تقع على الملك العام ، وتكون للسلّاق شبهة الملك فيها ودعوى الاستحقاق ، وذلك بالتعرض للتطبيقات الفقهية لشبهة الملك العام ، والمال العام كما سبق وأن أشرت يتمثل شرعاً في أموال بيت مال المسلمين ، وأموال الغنائم والوقف ، وبما أنّ أنظمة الحكم في البلدان الإسلامية اليوم قد تغيّرت ، فلن أتعرض في هذه المسائل إلاّ للجانب الشرعي فقط ، وبما أنّ الأموال الوقفية قد نظّمت وقتنت في بلادنا الجزائر مؤخراً ، وصار هناك قانوناً للوقف فلا مانع من التعرّض لحكم الاعتداء على المال الوقفي في قانون الأوقاف الجزائري ، وبما أنّ الملك العام في القانون صار متشعباً ومتنوعاً بتنوّع الهيئات والمؤسسات اقتضاءً لمتطلّبات الأنظمة الحديثة ، فسأقتصر إلى بيان حكم السرقة من أملاك الدولة قانوناً ، وبهذا تكون الدراسة في فرعين ، الفرع الأول : حكم السرقة من بيت المال شرعاً ، وأملاك الدولة قانوناً ، والفرع الثاني : حكم السرقة من أموال الغنيمة والوقف .

الفرع الأول

حكم السرقة من بيت المال شرعاً

وأموال الدولة قانوناً

في هذا الفرع إن شاء الله تعالى ، سأتناول حكم السرقة من بيت مال المسلمين ، وبما أنّ هذا النظام يعتبر من مميزات الدولة الإسلامية منذ ظهورها ، وأنظمة الحكم في البلدان الإسلامية قد تغيّرت وصارت تنتهج أنظمة مغايرة منذ زمن بعيد ، فلن أتعرض إلاّ لحكم السرقة من بيت

(1) انظر شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - لصبحي نجم ، ص 120 .

المال شرعاً ، وفي المقابل أتعرض لحكم سرقة أموال الدولة في قانون العقوبات الجزائري .

الفقرة الأولى : حكم السرقة من بيت مال المسلمين : بيت مال المسلمين هو الجهة التي تجمع فيها أموال المسلمين العامة ، مما يمكن حمله ونقله وحفظه ، وسواء كانت هذه الجهة حراً للمال أو لغيره ، وسواء كان لهذه الجهة مسؤول خاص عنها أو لم يكن لها⁽¹⁾ .

والظاهر من هذا التعريف لبيت المال ، أنه من حق جميع المسلمين التصرف فيه والأخذ منه ، لكن بعض الفقهاء اعتبروا الأخذ منه سرقة معاقب عليها ، والبعض درأ القطع عن الأخذ وذلك كمايلي :

أولاً : مذهب الحنفية والحنابلة : لا يقطع السارق من بيت المال عند الأحناف والحنابلة حرّاً كان أو عبداً ؛ فإنه مال المسلمين وهو منهم ، وإذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات⁽²⁾ ودليلهم في ذلك مايلي :

1/ ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما " أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس ، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ، فلم يقطعه ، وقال : مال الله سرق بعضه بعضاً "⁽³⁾

2/ وسأل ابن مسعود عمر رضي الله عنه عن سرق من بيت المال ، فقال : " أرسله فما من أحد إلا وله في هذا المال حق "⁽⁴⁾ .

3/ أن علياً بن أبي طالب رضي الله عنه أتى برجل سرق من الخمس ، فقال : له فيه نصيب ، ولم يقطعه⁽⁵⁾ ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله عنهم فكان إجماعاً ، والخمس مال عام هو جزء من الأموال التي يحتويها بيت مال المسلمين .

(1) انظر الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص 219 _ 220 _ 221

(2) المبسوط ، ج 9 ، ص 188 / بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 70 / المغني ، ج 10 ، ص 283 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 141 .

(3) رواه ابن ماجه في سننه ، كتاب الحدود ، باب العبد يسرق ، ج 2 ، ص 66 .

(4) كتر العمال ، ج 5 ، ص 542 ، رقم 13876 .

(5) كتر العمال ، ج 5 ، ص 550 ، رقم 13914 .

4/ لأنَّ السَّارِقَ له فيه شركة أو شبهة شركة ، وبيت المال مال المسلمين وهو أحدهم ، وإذا احتاج يثبت له الحقُّ فيه بقدر حاجته ، لأنَّه ليس لهذا المال مالك معيّن ، ووجوب القطع على السَّارِق لصيانة الملك على المالك ، وبهذا لا يقطع بسرقة مال لا مالك له⁽¹⁾ .

ثانياً : مذهب المالكية : ذهب المالكية إلى القول بقطع السَّارِق من بيت المال ، إذا بلغ المال المسروق نصاباً ؛ لعموم نصِّ الكتاب الموجب للقطع ، ولضعف شبهة الأخذ من بيت المال ، ويعتبرون بيت المال حرز لجماعة المسلمين ، والحقُّ الَّذي لكلِّ شخص فيه يتعيّن بالعطية .

قال القرطبي رحمه الله : " بيت المال حرز لجماعة المسلمين ، والسَّارِق لا يستحقُّ فيه شيئاً ، وإن كان قبل السرقة ثمَّ يجوز أن يعطيه الإمام ، وإنَّما يتعيّن حقُّ كلِّ مسلم بالعطية ، ألا ترى أنَّ الإمام قد يجوز له أن يصرف جميع المال إلى وجه من وجوه المصالح ، ولا يفرِّقه في النَّاس ، أو يفرِّقه في بلد دون بلد آخر ، ويمنع منه قوماً دون قوم ، ففي التقدير أنَّ هذا السَّارِق ثمَّ لا حقُّ له فيه " (2) .

ثالثاً : مذهب الشافعية : حكم السرقة من بيت المال عند الشافعية فيها تفصيل⁽³⁾ :

1/ إذا كانت السرقة من مال أفرز لطائفة والسَّارِق منها ، أو أحد أصوله ، أو فروع له لا يقطع لوجود الشبهة ، وذلك نظير أن يسرق السَّارِق الفقير من مال الصدقات ، أو من كان أحد أصوله ، أو فروع فقيراً .

2/ إذا كانت السرقة من مال أفرز لطائفة ليس هو منها ، ولا أحد من أصوله ، أو فروع منها وجب القطع لعدم الشبهة ، وذلك نظير أن يسرق السَّارِق غير المحتاج من المال المحرز للفقراء ، ولم يكن أحد من أصوله ، أو فروع فقيراً .

(1) المبسوط ، ج 9 ، ص 188 / بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 70 .

(2) الجامع لأحكام القرآن ، ج 6 ، ص 169 / الخرشي ، ج 8 ، ص 96 .

(3) روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 333 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 445 / المهذب ، ج 2 ، ص 281 .

3/ إن سرق من مال محرز لطائفة بعينها ، قال بعضهم بإيجاب قطعه كما لو سرق من أي مال آخر ، وقال بعضهم الآخر لا يقطع للشبهة ؛ لأنه موجود للحاجة والفقير ينفق عليه منه ، والغني يعطى ما يلزمه بسبب حمالة يتحملها .

رابعاً : مذهب ابن حزم : أمّا ابن حزم فقد فصل في مسألة السرقة من بيت المال ، وقال : " بآئه لا حجة أصلاً في المنع من القطع ، لا من قرآن ، ولا سنة ، ولا إجماع ؛ بل الآية في قطع السارق عامة ، وسنة النبي ﷺ عامة أيضاً في وجوب القطع على السارق جملة ، ولم يخص الله تعالى ، ولا رسوله عليه الصلاة والسلام سارقاً من بيت المال من غيره ﴿ وَمَا كَانُوا رَبُّهَا نَفْسًا ﴾ مريم / 64 ، ثم فصل كمايلي⁽¹⁾ :

- 1/ إذا كان السارق لا نصيب له من بيت المال ، وأخذ ما يجب في مثله القطع ، وجب قطعه .
- 2/ إذا كان السارق له نصيب محدّد معروف المقدار من بيت المال ، وأخذ قدر نصيبه ، أو أقل منه ، أو أكثر ولم تبلغ الزيادة مقدار ما يجب في مثله القطع لم يقطع .
- 3/ إن أخذ أكثر من حقه ، وكانت الزيادة مما يجب في مثله القطع ، وجب قطعه إذا لم يمنع من حقه
- 4/ إذا كان مُنِعَ حقه واحتاج إليه فلم يصل إلى أخذ حقه إلا بما فعل لا يقطع ، وإن استطاع الوصول إليه بالوسائل المشروعة لكن عمد إلى السرقة قطع .
- 5/ إذا عمد إلى السرقة لأخذ حقه ، وكان بإمكانه أخذ حقه خالصاً ، وتعمد أخذ الزائد الذي يقطع في مثله قطع ، ولكن إذا عجز عن أخذ حقه خالصاً فلا قطع عليه ، وإنما عليه أن يردّ الزائد على حقه فقط ؛ لأنه مضطرّ إلى أخذ ما أخذه ، والله تعالى يقول ﴿ وَقَدْ فَضَّلْنَا لَكُمَا مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمَا إِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمَا إِلَيْهِ ﴾ الأنعام / 119 .

وردّ ابن حزم على المانعين للقطع⁽²⁾ :

- 1/ أمّا احتجاجهم بأنّ له في ذلك نصيباً ؛ فهذا ليس حجة في إسقاط حدّ الله تعالى ، إذ ليست

(1) المحلى ، ج 12 ، ص 312 - 313 .

(2) المصدر نفسه ، ص 312 .

هذه القضية لما جاء به القرآن ، ولا لما صحَّ عن رسول الله ﷺ ، ولا لما أجمعت عليه الأمة ؛ فلا حجة لهم في غير هذه العُمد الثلاث .

2/ وكونه له في بيت المال نصيب ، لا يبيح له أخذ نصيب غيره ، لأنَّه حرام عليه بإجماع لا خلاف فيه ، والله تعالى يقول ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ البقرة / 199 .

3/ إذا كان نصيب شريكه عليه حرام ، فلا فرق بين سرقة إياه وبين سرقة من أجني لا نصيب له معه .

4/ يرون الحدَّ على من شرب خمراً ممزوجة بماء ، فما الفرق بينه وبين من سرق شيئاً بعضه له حلال ، وبعضه حرام لغيره ؟

(التَّرْجِيحُ : والرَّاجح في نظري - والله اعلم - أنَّ السَّارِق إذا كان مسلماً ، وله حقٌّ في بيت المال ، وأخذ حقَّه وأكثر ، وكان الزَّائد لم يبلغ التَّصاب لا قطع عليه لكنَّه يعزَّر ؛ لأنَّه لم يتَّبِع الطَّرِيق المشروع لأخذ حقَّه ؛ إذ أنَّ أخذ الحقِّ بهذه الطَّرِيقة يفضي إلى الفوضى وعدم الانضباط ، أمَّا إذا كان السَّارِق ليس له حقاً في بيت المال ، أو كان غير مسلم يقطع .

(الفقرة الثَّانية : حكم سرقة أملاك الدَّولة : مال الدَّولة هو ملك للدَّولة ، ويجب عدم الخلط بين الأموال المباحة ، وأموال الدَّولة المملوكة لها ، وأموال الدَّولة قسماً أو نوعان : نوع داخل ضمن قطاعها العام ، ونوع داخل ضمن قطاعها الخاصَّ ، ومهما كان نوع هذا المال فهو يصلح محلاً للسَّرقة ، بالرَّغم من خروجها عن دائرة التعامل بحكم القانون المدني .

ويقصد بالقطاع العامَّ الأموال المخصَّصة لمنفعة عامَّة ، كالشَّوارع والمنتزهات والحدائق ، والطُّرق العموميَّة والزَّراعية ، والقلاع والحصون والأبنية الحكوميَّة وغيرها ، فمن يختلس أتربة من الطُّرق العامَّة ، أو أشجار مغروسة على جانبيها يعدُّ سارقاً .

ويقصد بالقطاع الخاصَّ الأموال المملوكة للدَّولة ، والتي تملك التصرُّف فيها تصرُّف الأنداد في أموالهم بالبيع ، أو بالإيجار ، أو بترتيب الحقوق العينيَّة عليها .

هذا ودخول الأموال المباحة في إقليم الدَّولة لا يغيِّر من وضعها ، ولا يجعلها مملوكة لها ملكيَّة خاصَّة ، وإنَّ جاز أن تعتبر مملوكة لها تلك الملكيَّة العليا العامَّة والسيَّاسية ، وليست الملكيَّة الخاصَّة

المدنية التي يحميها المشرع الجنائي بنصوص السرقة⁽¹⁾ .

الفرع الثاني

حكم السرقة من أموال الغنيمة والوقف

في هذا الفرع سأتناول حكم السرقة من أموال الغنيمة بالتفصيل ، فهل يعتبر السارق مدان شرعاً إذا سرق قبل تقسيم الغنيمة ، أم بعد تقسيمها ؟ وكذا إن كان من الغانمين ، أو لم يكن منهم ، هل يدراً عنه الحد في جميع هذه الأحوال أم لا ؟ كما أتناول في هذا المطلب حكم السرقة من أموال الوقف ، وذلك من الجانب الشرعي والقانوني ، بما أن الأوقاف نظمت في بلادنا الجزائر ، وجعل قانوناً لإدارتها وحمايتها .

الفقرة الأولى : حكم السرقة من المغنم : الغنيمة هي اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة بقوة الغزاة ، وقهر الكفرة على وجه يكون فيه إعلاء كلمة الله تعالى⁽²⁾ .

ثم أن هذه الغنيمة تصير من حق الغزاة ، حيث تقسم بينهم بعد أن يؤخذ خمسها إلى بيت المال ، وذلك باتفاق جميع الفقهاء⁽³⁾ لقوله تعالى ﴿وَلَا تَحْمِلُوا أُنْفُسَكُمْ فِتْنَةً فَتَأْكُلُوا لَكُمْ نَفْسًا وَنَفْسًا﴾⁽⁴⁾ .

(1) جريمة السرقة ، ص 40 - 41 / شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - لصبحي نجم ، ص 124 .

(2) التعريفات ، ص 209 .

(3) منار السبيل ، ج 1 ، ص 291 / بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 1 ، ص 377 / اللباب في شرح الكتاب ، ج 4 ، ص 131 / المهذب ، ج 2 ، ص 244 .

(4) معنى هذا أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى الغانمين أربعة أخماسها . قال الشيخ ناصر الدين الألباني في الإرواء : صحيح مشهور ، وفيه أحاديث ، ج 5 ، ص 58 - 59 . منها عن ابن عباس قال " كانت الغنيمة تقسم على خمسة أخماس ، فأربعة منها لمن قاتل عليها ، وخمس واحد يقسم على أربعة ، فربح لله ولرسوله ولذي القربى ، يعني قرابة النبي صلى الله عليه وسلم ، فما كان لله وللرسول ، فهو لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يأخذ النبي عليه الصلاة والسلام من الخمس شيئاً ، والرابع الثاني لليتامى ، والرابع الثالث للمساكين ، والرابع الرابع لابن السبيل ، وهو الضيف الفقير الذي يتول بالمسلمين " أخرجه الطحاوي ، ج 2 ، ص 162 . وعن عبد الله بن صالح عن معاوية بن صالح عن علي بن أبي طلحة عنه ، ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي في سننه ، ج 6 ، ص 693 .

هذا وقد يحدث أن يسرق شخص من الغنيمة ما يستوجب الحدّ ، فهل يحدّ أم لا ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ، وذلك بناء على كون السّارق من الغانمين ، أو كونه من غير الغانمين ؟ وهل السرقة كانت قبل قسمة الغنيمة أو بعد قسمتها ؟ وهل كانت قبل إخراج الخمس ، أم بعد إخراجها ؟

أولاً : مذهب الشافعية : فصل الشافعية في هذه المسألة كمايلي ⁽¹⁾ :

1/ إن كان السّارق من غير الغانمين ، وكانت السرقة قبل إخراج الخمس لم يقطع ؛ لأنّ له حقاً في خمسها .

2/ إن كان السّارق من غير الغانمين ، وكانت السرقة بعد إخراج الخمس ؛ فإن سرق ذلك من الخمس لم يقطع لأنّ له فيه حقاً ، فإن سرق ذلك من أربعة أخماسها ، وكان في الغانمين من للسّارق شبهة في ماله كالأب والابن لم يقطع ؛ لأنّ له شبهة فيما يسرق ، وإن لم يكن له فيهم من له شبهة في ماله قطع ؛ لأنّه لا شبهة له فيما سرق .

3/ إن كان السّارق من الغانمين ، وكانت السرقة قبل إخراج الخمس لم يقطع لمعينين : أحدهما أنّ له حقاً في خمسها ، والثاني أنّ له حقاً في أربعة أخماسها .

4/ إن كان السّارق من الغانمين ، وكانت السرقة بعد إخراج الخمس ؛ فإن سرق من الخمس لم يقطع ؛ لأنّ له حقاً فيه .

5/ إن كان السّارق من الغانمين ، وكانت السرقة من أربعة أخماسها بعد إخراج الخمس ؛ فإن سرق قدر حقه أو دونه لم يقطع ؛ لأنّ له في ذلك القدر شبهة ، وإن كان أكثر من حقه ففيه وجهان : أحدهما أنّه يقطع ؛ لأنّه لا شبهة له في سرقة التّصاب ، والثاني أنّه لا يقطع ؛ لأنّ حقه شائع في الجميع فلم يقطع .

نلاحظ من خلال تفصيل الشافعية ، أنّ السّارق من الغنيمة إذا كان من الغانمين ، يقطع فقط إذا كانت السرقة من أربعة أخماسها بعد إخراج الخمس ، وكان المسروق زائداً عن حقه ؛ لأنّه لا شبهة له في سرقة التّصاب ، وذلك على قول .

(1) المهذب ، ج 2 ، ص 241 .

كما نلاحظ أيضاً ، أنّ السّارق إذا كان من غير الغانمين ، يقطع فقط إذا سرق من أربعة أخماس الغنيمة بعد إخراج الخمس ، ولم يكن له في الغانمين من له شبهة في ماله كالأب والابن .

ثانياً : مذهب المالكية : ذهب بعض المالكية⁽¹⁾ إلى أنّ السّارق من الغنيمة تقطع يده ، وذلك تعلقاً بعموم لفظ آية السرقة⁽²⁾ ؛ إذ لا شبهة للسّارق في المغنم ؛ لأنّه لا يستحقّ منه شيئاً قبل القسمة ، والغنائم إنّما تتعيّن بالقسمة مثلما يتعيّن حقّ كلّ مسلم في بيت المال بالعطيّة .

وذهب البعض الآخر⁽³⁾ إلى عدم قطع السّارق من المغنم ؛ لأنّ له فيه نصيباً ، فقد روي عن عليّ رضي الله عنه أنّه أتى برجل سرق مغفراً⁽⁴⁾ من الخمس ، فلم ير عليه قطعاً ، وقال : له فيه نصيب⁽⁵⁾ وإن سرق أكثر من حقه قطع ، وإلاّ لم يقطع .

قال القرطبي : " وكذلك المغانم لا تخلو أن تتعيّن بالقسمة ؛ فهو ما ذكرناه في بيت المال ؛ أو تتعيّن بنفس التناول لمن شهد الواقعة ؛ فيجب أن يراعى قدر ما سرق ، فإن كان فوق حقه قطع ، وإلاّ لم يقطع " ⁽⁶⁾ .

ثالثاً : مذهب الحنابلة : فصلّ الحنابلة في مسألة السرقة من المغنم ، بحسب كون السّارق صاحب حقّ فيها ، وعدم كونه كذلك ، وبحسب كون السرقة قبل إخراج الخمس ، وكونها وقعت بعد ذلك ، وذلك كمايلي⁽⁷⁾ :

(1) الإمام مالك ومن وافقه (الخرشي ، ج 8 ، ص 86)

(2) الآية 38 من سورة المائدة .

(3) ابن الماجشون (الخرشي ، ج 8 ، ص 86) وابن الماجشون هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة ، قال القاضي عياض : ابن عبد الله بن عبد العزيز ، فقيه مالكي ، فصيح ، دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة إلى أن مات ، وكانت دائرة على أبيه من قبله ، فهو فقيه ابن فقيه . نفقه بأبيه ومالك وغيرهما ، تفقه به خلق كثير ، كابن حبيب ، وسحنون وغيرهما ، توفي سنة 212هـ / 827م (الديباج المذهب لابن فرحون ، ص 51 / ترتيب المدارك للقاضي عياض ، ج 1 ، ص 360 / شجرة التور الزكية لمحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 56 / وفيات الأعيان لابن خلكان ، ج 3 ، ص 166 / شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي ، ج 2 ، ص 28)

(4) المغفر هو : زرد من الدرع يلبس تحت القلنسوة ، أو حلق يتقنّع بها المتسلّح (ترتيب القاموس المحيط ، ج 3 ، ص 405)

(5) مصتّف ابن أبي شيبة ، كتاب الحدود ، باب في الرجل يسرق من بيت المال ما عليه ، ج 6 ، ص 524 ،

(6) الجامع لأحكام القرآن ، ج 6 ، ص 169 .

(7) كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 142 / المغني ، ج 10 ، ص 283 .

- 1/ إذا كان السّارق من الغنيمة له فيها حقّ ، أو لولده ، أو لوالده ، أو لسيّده فيها حقّ لم يقطع
 - 2/ إذا لم يكن السّارق من الغانمين ، ولا من أحد ممّن ذكر ، بأن لم يكن والدّاً ، ولا ولدّاً لأحد من الغانمين ونحوها ، وكانت السرقة قبل إخراج الخمس لم يقطع ؛ لأنّ في بيت المال فيها حقّاً وهو خمس الخمس ، وذلك شبهة فيدراً بها الحدّ .
 - 3/ إذا لم يكن السّارق من الغانمين ، ولا من أحد ممّن ذكر ، وكانت السرقة بعد إخراج الخمس ، وسرق من أربعة الأخماس قطع ، حيث لم يكن له ، ولا لولده ، ولا والده ونحوه فيها حقّ لعدم الشبهة .
 - 4/ إذا لم يكن السّارق من الغانمين ، ولا من أحد ممّن ذكر ، وكانت السرقة من الخمس بعد إخراجها من الغنيمة لم يقطع ؛ لأنّ له فيه حقّاً .
 - 5/ إذا لم يكن السّارق من الغانمين ، وسرق من خمس الله ورسوله بعد أن قسّم الخمس خمسة أقسام لم يقطع ؛ لأنّه من جملة مستحقّيه .
 - 6/ إذا سرق من أربعة أخماس الخمس بعد أن قسّم الخمس خمسة أقسام ، ولم يكن السّارق من الغانمين قطع ؛ لأنّ لا شبهة له فيه ، إلّا أن يكون من أهل ذلك الخمس ، كمسكين سرق من خمس المساكين ، وهاشمي سرق من خمس ذوي القربى .
- فلاحظ إذن أنّ السّارق من الغنيمة يقطع عند الحنابلة إذا لم يكن من الغانمين ، ولا لولده ، أو والده ، أو سيّده فيها حقّ ، وكانت السرقة من أربعة الأخماس بعد إخراج الخمس ، أو كانت السرقة من أربعة أخماس الخمس بعد أن قسّم الخمس خمسة أقسام ، ولم يكن السّارق من أهل ذلك الخمس .

رابعاً : مذهب الأحناف ⁽¹⁾ : ذهب الأحناف إلى عدم قطع السّارق من المغنم ، ودليلهم في ذلك ما روي عن عليّ عليه السلام " أنّه أتى برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحدّ ، وقال إنّ له فيه نصيباً " ⁽²⁾ . وهذا الحكم فيه نوع من الإطلاق ، لهذا هناك من فصل ، وقال ⁽³⁾ : " ينبغي أن يكون

(1) تبين الحقائق شرح كتر الدّقائق ، ج 3 ، ص 221 / شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 240 .

(2) سبق تخريجه .

(3) الإتقان هو الذي فصل الكلام هنا في حكم السرقة من المغنم وذلك بعد رفضه للروايات المطلقة الواردة في شرح الطحاوي ، ومختصر القدوري (انظر حاشية العلامة الشّلي ، مطبوع بهامش تبين الحقائق شرح كتر الدّقائق ، ج 3 ، ص 221)

المراد من السَّارِق من الغنيمة - أي عدم قطعه - من له نصيب من الغنيمة في أربعة الأخماس ، أو في الخمس كالغائبين أو اليتامى والمساكين وابن السَّبِيل ، أمّا غيرهم فلا نصيب له في الغنيمة ، فينبغي أن يقطع ؛ لأنّه سرق مالاً مستتمناً لا حقّ له فيه من حرز لا شبهة فيه ، فيقطع بخلاف السَّارِق من بيت المال ؛ فإنّه معدّ لمصالح عامّة المسلمين ، وهو منهم فصار كمال فيه شركة للسَّارِق فلا يقطع ، اللهم إلا أن يقال أنّ مال الغنيمة مباح أخذه في الأصل لكلّ أحد ، هو بعد على صورته التي كان عليها ولم يتغيّر ؛ فصار بقاؤه على صورته شبهة فسقط القطع ... وتعليل عليّ رضي الله عنه يدلّ على ما قلنا " اهـ .

ونستنتج من هذا التفصيل : أنّ السَّارِق من المغنم إمّا أن يكون من ذوي الاستحقاق ، وإمّا أن يكون من غيرهم ، فإذا كان السَّارِق من ذوي الاستحقاق ، وهم الغائبين ، واليتامى ، والمساكين ، وابن السَّبِيل ، فلا قطع عليه لشبهة الاستحقاق والملك ، وأمّا إذا كان خارج هؤلاء ؛ إذ ليس له حقّ لا في الخمس ولا في أربعة الأخماس وسرق ؛ فإنّه يقطع لانتفاء شبهة الاستحقاق ، إذ لا نصيب له فيه - والله أعلم -

خامساً : مذهب ابن حزم : خالف ابن حزم جمهور الفقهاء ، فذهب إلى وجوب القطع على من سرق من الغنيمة بغضّ النظر عن كون السَّارِق من الغائبين ، أم لم يكن ، وقال - رحمه الله - : "فلما لم نجد في المنع من قطع من سرق من المغنم ، أو من الخمس ، أو من بيت المال ، حجة أصلاً ، لا من قرآن ، ولا من السنة ، ولا إجماع وجب أن ننظر في القول الآخر : فوجدنا الله تعالى يقول : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَتَبَ اللَّهُ مِنْ الْعَذَابِ﴾ المائدة / 38 ووجدنا رسول الله ﷺ قد أوجب القطع على السَّارِق جملة ، ولم يخصّ الله تعالى ، ولا رسوله عليه الصّلاة والسّلام سارقاً من المغنم ، ولا سارقاً من مال له فيه نصيب من غيره ﴿وَمَا كُنَّا بِرَبِّهِمْ نَعْبُدُ﴾ مريم / 64 ، ولو كان الله تعالى أراد ذلك لما أغفله ، ولا أهمله⁽¹⁾ .

إلا أنّ العمل في ذلك عند ابن حزم⁽²⁾ أن ينظر فيمن سرق من المغنم أو الخمس ، فإن كان نصيبه محدوداً معروفاً المقدار ، وأخذ زائداً وبلغ الزائد النصاب قطع ، وإن كان الزائد أقلّ فلا

(1) ابن حزم ، المحلّى ، ج 12 ، ص 312 - 313 .

(2) ابن حزم ، المحلّى ، ج 12 ، ص 313 .

يقطع ، إلا أن يكون السّارق منع حقّه في ذلك واحتاج إليه ، ولم يصل إلى حقّه إلا بما فعل ، ولم يقدر على أخذ حقّه خالصاً فلا قطع عليه ، وعليه أن يردّ الزائد على حقّه فقط ، لأنّه مضطّر إلى أخذ ما أخذ ، والله تعالى يقول ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ الأنعام / 119

التّرجيم : والذي اختاره - والله أعلم - أن السّارق من المغنم إذا كان من الغانمين ، أو كان واحد من لم يقطع بسرقة أموالهم من الغانمين ، وأخذ حقّه فقط أو أكثر ، وكان الزائد لم يبلغ النّصاب ؛ فإنّه لا قطع عليه ، وكذا إذا كان السّارق من غير الغانمين ، لكنّه سرق من الخمس ؛ فإنّه لم يقطع ، إلا أن السّارق في كلا الحالتين لم يعفى من المسؤولية الجنائيّة إذا لم يكن مضطراً ؛ بل يعزّر لأنّه لم يتبع الطّريق المشروع لأخذ حقّه ؛ إذ أن أخذ الحقّ بهذه الطّريقة يفضي إلى الفوضى وعدم الانضباط .

(الفقرة الثّانية : حكم السرقة من مال الوقف شرعاً وقانوناً : سأتناول في هذه الفقرة حكم السرقة من المال الموقوف شرعاً مع التعرّض لآراء الفقهاء في ذلك ، كما أتناول حكم التعدي على الأموال الوقفيّة في قانون الأوقاف الجزائري استعانة بقانون العقوبات الجزائري .

أولاً : حكم السرقة من مال الوقف شرعاً : الوقف هو حبس الأصل وتسبيل الثّمرة - أي حبس المال وصرف منافعه في سبيل الله⁽¹⁾ وهو مندوب إليه شرعاً لما فيه من برّ الفقراء ، وعطف على المحتاجين ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرّسول صلى الله عليه وآله قال : " إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له " ⁽²⁾ والمقصود بالصدقة الجارية " الوقف " .

وقد يحدث أن يسرق السّارق من المال الموقوف ، فهل يحدّ أم لا ؟ إن حكم السرقة من الوقف يختلف باختلاف ما إذا كان السّارق من الموقوف عليهم ، أم لا ؟ لأنّ الوقف قد يكون عامّاً ، وقد يكون خاصّاً بجماعة معيّنة ، كالأقارب مثلاً ، أو الفقراء ، أو التّعليم ... الخ .

وتكاد تتفق عبارة الفقهاء على وجوب قطع السّارق من المال الموقوف ، إذا لم يكن من

(1) سيد سابق ، فقه السنّة ، ج 3 ، ص 378 .

(3) رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الوصيّة ، رقم 1631

الموقوف عليهم ، ويدراً عنه الحدّ إذا كان من الموقوف عليهم ؛ هذا ما سيّضح من خلال عرض آراء فقهاء المذاهب :

1/ مذهب الأحناف : لا قطع على السّارق من المال الموقوف ، إذا كان ممّن أوقف عليهم المال المسروق لشبوت الشّركة ، فإن لم يكن منهم قطع ، وهذا ما يقتضيه تعريف السرقة ، وتعريف المال الموقوف في المذهب ، حيث يعرفون السرقة بأنّها " أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم ، أو مقدارها خفية ممّن هو مقصد للحفظ ، ما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتموّل للغير من حوز بلا شبهة " (1) .

ويعرفون الوقف بأنّه " حبس العين على ملك الواقف ، والتصدّق بالمنفعة (2) ، سواء سرق العين الموقوفة ، أو منفعتها ، فهو يسرق ملك الغير ، ولا شبهة له في سرقة مادام غير مستحقّ فيه ، فيقطع بالسرقة منه .

هذا وقد يقول قائل أنّ أبا حنيفة يرى عدم القطع إذا كان الجنى عليه مجهولاً ، ولو أقرّ الجاني بالسرقة ؛ لأنّ القطع مشروط بمطالبة الجنى عليه ، ومخاصمته للجاني خلافاً لأبي يوسف ، وقد سبق توضيح هذا ؛ والمال الموقوف لا مالك له فكيف يقطع السّارق إذا كان من غير الموقوف عليهم ؟ إلّا أنّه - أي السّارق - يقطع بطلب متولّي الوقف ، والله اعلم (3) .

2/ مذهب الشافعية : ذهب الشافعية إلى عدم قطع السّارق من المال الموقوف إذا كان منهم ، كأن يكون المال موقوفاً لعامة المسلمين ، أو موقوفاً لجماعة خاصّة وهو منهم ، أو كان أحد ممّن لا يقطع بسرقة ماله منهم ، فحكمه حكم الشريك في المال .

جاء في المهذّب " وإن سرق من غلّة وقف على المسلمين لم يقطع ؛ لأنّ له فيه حقّاً ، وإن سرق فقير من غلّة وقف على الفقراء لم يقطع ؛ لأنّ له فيه حقّاً ، وإن سرق منها غني قطع ؛ لأنّه لا حقّ له فيها " (4) .

(1) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 4 ، ص 219 .

(2) الجرجاني ، التعريفات ، ص 328 .

(3) المصدر نفسه ، ج 6 ، ص 156 - 157 .

(4) الشيرازي ، المهذّب ، ج 2 ، ص 281 .

وجاء في روضة الطالبين أيضاً " ... فلو سرق من غلة الأرض الموقوفة ، أو ثمرة شجرة موقوفة ، قطع بلا خلاف ، فلو كان للسارق استحقاق ، أو شبهة استحقاق بأن وقف على جماعة فسرق أحدهم ، أو سرق أبو بعض الموقوف عليهم ، أو ابنه ، أو وقف على الفقراء فسرق فقير ، فلا قطع بلا خلاف " (1) .

وإذا كان الوقف عاماً لا يقطع السارق حتى ولو كان ذمياً ؛ لأن له فيها حق " ومن ثم لم يقطع بسرقة موقوف على جهة عامة ، كبكرة بئر مسيلة وإن كان السارق ذمياً ؛ لأن له فيها حق ... ؛ لأن شمول لفظ الواقف له هنا صيره من أحد الموقوف عليهم ، وإن سلمنا أنه بطريق التبعية فكانت الشبهة هنا قوية جداً ، وسواء أقلنا الملك في الموقوف لله تعالى ، أم للموقوف عليه ؛ لأنه ملك لازم وإن كان ضعيفاً " (2) .

3/ مذهب الحنابلة : وذهب الحنابلة أيضاً إلى قطع السارق من المال الموقوف ، إذا لم يكن السارق من الموقوف عليهم ؛ لأنه سرق مالاً محترماً لغيره ولا شبهة له فيه ، أما إذا كان للـسارق شبهة استحقاق في المال الموقوف المسروق فلا قطع عليه (3) . وفي المذهب رأي بأن سرقة المال الموقوف مطلقاً لا قطع فيها ؛ بحجة أن المال الموقوف لا يملكه الموقوف عليه .

جاء في المغني " وإن سرق عيناً موقوفة وجب القطع عليه ؛ لأنها مملوكة للموقوف عليه ، ويحتمل أن لا يقطع ، بناء على الوجه الذي يقول : إن الموقوف لا يملكه الموقوف عليه " (4) .

4/ مذهب المالكية : يكفي لوجود السرقة عند مالك أن يكون الشيء المسروق مملوكاً للغير ، حتى ولو كان المالك مجهولاً ، أو كان المالك غير معين ، فبناء على هذا يقطع السارق من المال الموقوف على جهة مخصوصة ، كالفقراء أو التعليم (5) ، طبعاً إذا لم يكن السارق من الموقوف عليهم ؛ لأنه بذلك يصير شريكاً لشبهة الاستحقاق .

5/ مذهب الظاهرية : يقطع السارق من المال الموقوف عند الظاهرية ؛ لأنهم يرون قطع كل

(1) روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 334 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 447 .

(2) نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 447 .

(3) كشاف القناع ، ج 6 ، ص 130 .

(4) المغني ، ج 10 ، ص 246 .

(5) الزرقاني ، ج 8 ، ص 96 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 91) / الخرشي ، ج 8 ، ص 96 .

من سرق مالا لا نصيب له فيه ؛ لعموم قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءَ
بِمَا كَتَبْنَا لِلَّذِينَ مِنَ اللَّهِ﴾ المائدة / 38 ، فوجب بنص القرآن أن كل من سرق فالقطع عليه ، وأن
من اكسب سرقة ، فقد استحق بنص كلام الله تعالى جزاء لكسبه ذلك قطع يده نكالا⁽¹⁾ .

إذن فالسارق من الوقف داخل في هذا العموم لا محالة ، إلا أن السارق من الوقف إذا كان
من ذوي الاستحقاق في مال الوقف لا يظن أن ابن حزم يقول بقطعه ؛ لأنه لا يقول بقطع
السارق من بيت المال ، أو المغنم إذا كان السارق له نصيب في ذلك ، ولم يتجاوز حقه - والله
أعلم -

فلا قطع على السارق من المال الموقوف إذا كان السارق مسكينا ، أو محتاجا ، والوقف كان
عاما لوجود شبهة الملك أو الاستحقاق ، إذ السارق داخل في عموم الموقوف عليهم ، وإذا كان
خاصا بجماعة معينة والسارق منهم فلا قطع أيضا لنفس السبب السابق ، أما إذا كان السارق
ليس منهم وجب قطعه لانعدام الشبهة ، فهو سارق لمال الغير بلا شبهة - والله أعلم -

ثانياً : حكم الاعتداء على المال الموقوف قانوناً⁽²⁾ : لقد نصّت المادة الثالثة من قانون الأوقاف
الجزائري ، والتي عرّفت الوقف بأنه " حبس العين عن التملك على وجه التأييد ، والتصديق
بالمنفعة على الفقراء ، أو على وجه من وجوه البر والخير " .

فقد أورد المشرع كلمة التملك لينفي بها صفة التملك عن الوقف إطلاقاً ، سواء من الواقف
أو غيره ، وأكدت هذا الإطلاق المادة الخامسة من هذا القانون ، حيث نصّت على أن " الوقف
ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ... " كما تنصّ المادة السابعة عشر على أنه " إذا
صحّ الوقف زال حقّ ملكيّة الواقف ، ويؤول الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف ،
وشروطه " كما تقرّر المادة الثامنة عشر أنه " يحصر حقّ المنتفع بالعين فيما تنتجه ، وعليه استغلالها
استغلالاً غير متلف للعين ، وحقّه حقّ انتفاع لا حقّ ملكيّة " .

(1) الخلی ، ج 12 ، ص 309 .

(2) انظر قانون الأوقاف الجزائري ، دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي ، رسالة علمية ، قدّمت لنيل درجة الماجستير ،
من تقديم الطالب : ابراهيم بلالي ، سنة 2003 / 2004 م بكتلة العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر - ص 464 - 466 .

نستنتج من كلّ هذا أنّ الوقف لا ملكيّة فيه لأحد من البشر ، لا للواقف ولا لغيره ، كما أنّه ليس ملكاً شاغراً يمكن أن يؤوّل لملكيّة الدولة ؛ لأنّ فرضيّة رجوعه إلى الدولة ، وجعله ملكاً من أملاكها ، قد نفاها قانون الأوقاف الجزائري صراحة في المادّة الخامسة السّابقة الذّكر ، ودور الدولة هو رعاية إرادة الواقف في وقفه ، وتنفيذها بقولها " ... وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف ، وتنفيذها "

وبما أنّ محلّ السرقة يجب أن يكون مالاً منقولاً مملوكاً للغير ، قد يقول قائل : يجوز التعديّ على الأموال الوقفيّة خاصّة وأنّ جميع هذه المواد تنفي ملكيّتها لأحد ، إلّا أنّ الجواب عن هذا يكون بقولي : رغم كون الأموال الوقفيّة غير مملوكة لأحد إلّا أنّها ليست مباحة ، وليست متروكة ، كما أنّ حقّ الانتفاع بما تنتجه العين الموقوفة هو حقّ للموقوف عليه ، واختلاس الأموال الموقوفة والاعتداء عليها يلحق ضرراً بهذا الأخير ، فالأموال الوقفيّة إذا لم تصلح محلاً للسرقة ، إلّا أنّها تصلح محلاً لجرائم أخرى ، لهذا نجد قانون الأوقاف الجزائري قد نصّ في مادّته السّادسة والثلاثين على تجريم من يتعدّى على الأموال الوقفيّة ، وذلك كمايلي " يتعرّض كلّ شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة ، أو تدليسيّة ، أو يخفي عقود وقف ، أو وثائقه ، أو مستنداته ، أو يزوّرها ، إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات " (1) .

وهذه المادّة على الرّغم من فائدتها في حماية الأموال الوقفيّة ، إلّا أنّها مجملة إلى حدّ ما ، حيث اقتصرّت في معالجتها لموضوع التعديّ على الوقف ، على استغلال الأملاك الوقفيّة بطريقة مستترة ، أو تدليسيّة إلى آخر ما ذكر فيها ، لكنّه لم يحلنا إلى مواد معيّنة من قانون العقوبات الجزائري .

ومن جهة أخرى ، إذا رجعنا إلى قانون العقوبات الجزائري ، لا نجد فيه عقوبات تخصّ الجرائم المرتكبة في حقّ الأوقاف وحدها ؛ بل ولا نجد أسماء هذه الجرائم بالمصطلحات المذكورة في المادّة السّادسة والثلاثين المتقدّمة من قانون الأوقاف ، إلّا التّزوير الذي تناوله قانون العقوبات الجزائري في فصله السّابع من الكتاب الثالث " الجنايات والجنح " ، أمّا الجرائم الأخرى فيمكن إدراجها فيما يسمّى في قانون العقوبات " إساءة استعمال الوظائف وانتمائها ، الذي تناوله في القسم الثامن من أقسام التّزوير ، فهو جزء منه .

(1) الأمر رقم : 66 / 156 المؤرّخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ : 8 يونيو سنة 1966م المتضمّن قانون العقوبات الصّادر بالجريدة الرّسميّة لـ : ج ج د ش العدد 49 السّنة 3 بتاريخ 2 صفر عام 1386 هـ ، الموافق لـ : 18 يونيو 1966م المعدّل والمتّم .

ثمّ أنّ الإحالة على قانون العقوبات في التعدي على الوقف ، لا يقدّم فائدة مباشرة للوقف ؛ لأنّ قانون العقوبات لا يضمن التعويض عن الضرر الذي يلحق أهل الوقف من جرّاء الاعتداء عليه ، فهو من القانون العامّ ، ولا ينظر إلى الجرائم إلّا من حيث كونها ضارّة بمصلحة المجتمع ، فيعاقب عليها بعقوبات لا ترجع بفائدة مباشرة على الجنى عليه ، والأولى لو أحالنا القانون في هذا المقام إلى القانون المدني ، فيما يتعلّق بالعمل غير المشروع ، والذي سمّاه القانون المدني الجزائي بالعمل المستحقّ للتّعويض ، وأساسه فيه المادّة الرابعة والعشرون بعد المائة ، ونصّت على أنّه " كلّ عمل أياً كان يرتكبه المرء ، ويسبّب ضرراً للغير ، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتّعويض " .

المطلب الرابع

شبهة العقد وما يتعلق بها من التطبيقات الفقهية

من شأن العقود في الشريعة الإسلامية أن تترتب عليها آثارها الشرعية ، إذا كانت صحيحة تامة الشروط والأركان ، ولعقد الزواج كغيره من العقود الشرعية آثاراً حددها الشارع الحكيم ، وهي مبسطة في كتب الفقهاء من شأنها أن تحفظ العلاقة الزوجية وتؤكد استمرارها ، إلا أنه قد يتخذ العقد الشرعي سبباً للتخلص من المسؤولية الجنائية ؛ وبعبارة أدق قد يدعي المجرم أنه ليس بمجرم رغم ارتكابه لجرائم الحدود ، اعتقاداً منه أن ما فعله مباح له شرعاً ؛ لوجود سبب قوي يتمثل في العقد الشرعي .

فهل كل من يدعي ذلك يدرأ عنه الحد ؟ ومتى يكون العقد شبهة قوية ؟ وما هي ضوابطها ؟ قبل معالجة هذه المسائل لابد من تعريف العقد لغة وشرعاً ، وبعد ذلك نصل إلى التطبيقات الفقهية لهذه الشبهة ، وبناءً عليه سأتناول تعريف العقد ، وضوابط الشبهة المتعلقة به في فرع أول ، والتطبيقات الفقهية لشبهة العقد في فرع ثانٍ .

الفرع الأول

تعريف العقد وضوابط الشبهة المتعلقة به

سأوضح في هذا الفرع ماهية العقد ، وذلك بالتعرض لمعناه اللغوي والشرعي ، كما أبين متى يكون العقد شبهة دائرة للحد ، وما هي ضوابط شبهة العقد .

الفقرة الأولى : تعريف العقد وتعلق الشبهة به : في هذه الفقرة سأعرف العقد لغة وشرعاً ، كما أبين متى تعلق الشبهة به ، فهل كل عقد يمكن اعتباره شبهة دائرة للحد ؟ أم أنها تعلق بالعقد الصحيح فقط ؟

أولاً : تعريف العقد لغة وشرعاً

1/ **تعريف العقد لغة :** العقد لغة من عقدت الحبل عقداً ، من باب ضرب فانعقد ، والعقد ما يمسه ويوثقه ، ومنه قيل عقدت البيع ونحوه ، وعقدته عليه ، بمعنى عاهدته عليه ، ومعد الشيء

مثل مجلس ، موضع عقده ، وعقدة التّكاح إحكامه وإبرامه ، والعقد يطلق على الضّمان والعهد ، جاء في التّزويل ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ المائدة / 1 . فالله تعالى يخاطب المؤمنين ويأمرهم بالوفاء بالعقود ، وإذا قلت عاقدته ، وعقدت عليه ، تأويله ألزمته ذلك باستيثاق⁽¹⁾ .

ومن معنى الرّبط الحسّي بين طرفي الحبل ، أخذت الكلمة للرّبط المعنوي للكلام ، أو بين الكلامين ، ومن معنى الإحكام والتّقوية الحسّية للشّيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثّق ، والضّمان ، وكلّ ما ينشئ إلزاماً⁽²⁾ .

2/ تعريف العقد شرعاً : عرّف العقد من النّاحية الاصطلاحية بعدّة تعاريف منها :

- 1/ هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً⁽³⁾ .
- 2/ هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، أو نقله ، أو إنهائه⁽⁴⁾ .
- 3/ هو ارتباط الإيجاب الصّادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه⁽⁵⁾ .

إذن تبين من خلال هذه التعاريف أنّ العقد في اصطلاح الشرع هو : الارتباط الذي يكون بين كلامين -إيجاب وقبول - وفي ذلك دلالة على رضا المتعاقدين بالعقد ، ورضاهما بما ينتج عن العقد من آثار حقوق وواجبات ، كعقد الزّواج مثلاً .

ثانياً : متى يكون العقد شبهة ؟ : إنّ العقد الذي يعتبر شبهة ، هو العقد الصّحيح الذي يجمع جميع الأركان والشّروط وتترتب عليه جميع آثاره كتبادل الحقوق والواجبات ، وثبوت التّسبب ، والتّفقّة ، والكلام هنا خاصّ باعتبار العقد شبهة في جريمة السرقة ؛ حيث اختلف الفقهاء حول السرقة بين الزّوجين ، والذين ذهبوا إلى عدم قطع أحد الزّوجين بسرقة مال الآخر ، يرجعون ذلك إلى وجود العقد الذي يعتبر شبهة ، فهي - أي الزّوجة - لها حقّ التّفقّة ، وهو له حقّ الحجر عليها في ثلث مالها ، وقد يتمّ تفصيل هذه المسألة في التّطبيقات الفقهيّة لهذه الشّبهة .

(1) المصباح المنير ، ج 2 ، ص 421 / ترتيب القاموس المحيط ، ج 3 ، ص 270

(2) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص 179 .

(3) التعريفات ، ص 196 .

(4) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص 179 .

(5) مرشدة الحيوان إلى معرفة أحوال الإنسان ، محمد قدرى باشا ، ط 3 (د ن) المطبعة الأميرية ، المادّة : 262 .

أما بالنسبة للعقد الباطل ، فلا تترتب عليه آثاره ، فلا شبهة فيه ، وكذا العقد الفاسد لا شبهة فيه بالنسبة لحدّ السرقة ، والكلام هنا ليس على إطلاقه ، فإذا كان العقد باطلاً عند البعض دون البعض يعتبر شبهة كما سنرى .

(الفقرة الثانية: ضوابط شبهة العقد⁽¹⁾ : من أهمّ ضوابط شبهة العقد : الجهل ، واختلاف الفقهاء حول كون العقد صحيحاً⁽²⁾ أو باطلاً⁽³⁾ .

أولاً: جهل العاقد بشروط العقد ، وآثاره الشرعية : يعتبر الجهل ضابطاً من ضوابط شبهة العقد؛ حيث يكون السارق مثلاً جاهلاً بأحكام الزواج وشروطه ، وما هي آثار العقد الصحيح ، وما هي الحقوق والواجبات بين الزوجين ، فيسرق السارق من مال زوجته ، ظناً منه أن التصرف في مال الآخر مباح له شرعاً بموجب العقد الصحيح الموجود بينهما ، فإذا صدر هذا الفعل وامتلأ الفاعل أمام القاضي ، ثم ادّعى جهله بآثار العقد ، وظنّه استباحة مال الآخر ؛ فإنّ هذه الشبهة تقوى وتدرأ الحدّ عن السارق .

ثانياً: اختلاف الفقهاء حول كون العقد صحيحاً أو فاسداً : لقد اختلف الفقهاء حول صحة العقد وفساده ، فالبعض يصحّ عقداً ، والآخرون يجعلونه فاسداً ، وهذا قد يورث شبهة تدرأ الحدّ عن الفاعل أيضاً ؛ فقد يدّعي من حكم القاضي عليه بحدّ السرقة ؛ لكونه سارقاً ممن اعتقد أنّها زوجته بموجب عقد بدون وليٍّ - أي باطل عند الجمهور - أنّه تزوّج على مذهب الحنفي الذي لا يبطل الزواج بدون وليٍّ ، أو أنّه أجرى العقد على المذهب المالكي الذي لا يشترط حضور الشهود يوم العقد ، أو أنّه يرى إباحة زواج المتعة أتباعاً للشيعة ، وفي الوقت نفسه يعتقد السارق جواز التصرف في مال الزوجة ، فإنّ القاضي لا يطبّق عليه الحدّ ؛ لأنّه قلّد إماماً ولم يخرج من دائرة الشرع ، فلاختلاف إذن يورث شبهة قويّة تدرأ الحدّ .

(1) انظر الشبهات المسقطة للحدود ، لعقيلة حسين ، ص 153

(2) **العقد الصحيح :** هو ما صدر من أهله مضافاً إلى محلّ صالح لحكمه ، وسلم من خلل في ركنه أو في أوصافه (الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص 379)

(3) **العقد الباطل :** هو كلّ عقد كان في مقابل العقد الصحيح سواء كان الخلل في أركانه أو في أوصافه " أمّا عند الأحناف ، فالعقد الباطل ما لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه . والفاسد ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه (المرجع السابق ، ص 369)

الفرع الثاني

التطبيقات الفقهية لشبهة العقد

في هذا الفرع سأتناول التطبيقات الفقهية لشبهة الملك ، وبناءً عليه سأسوق مسألتين تتعلق بهذه الشبهة وهما : سرقة الزوجة من مال زوجها ، وسرقة الزوج من مال زوجته ، ونظراً للاختلافات الفقهية المتعلقة بالمسألتين تضييقاً وتوسيعاً ، سأعرض للآراء الفقهية بأدلتها الشرعية التي تؤيدها ، وذلك في فقرتين : الأولى منهما : لحكم سرقة الزوجة من مال زوجها ، والثانية لحكم سرقة الزوج من مال زوجته .

الفقرة الأولى : حكم سرقة الزوجة من مال زوجها : لقد اختلف الفقهاء في حكم سرقة الزوجة من مال زوجها بين متوسع في الأخذ بالشبهة ، وبين مضيق في ذلك ، وسرقة الزوجة من مال زوجها قد تقع والزوجية قائمة ، وقد تقع دون ذلك – أي بعد الطلاق –

أولاً : إذا وقعت السرقة والزوجية قائمة ولو قبل الدخول بالزوجة ، فالخلاف بين الفقهاء كمايلي :

1/ **مذهب الأحناف :** ذهب الأحناف إلى القول بدرء الحدّ عن الزوجة إذا سرقت من مال زوجها، حتّى وإن كانت السرقة من غير بيت الزوجية ؛ بل ذهبوا إلى أبعد حدّ في التماس الشبهات ؛ إذ قالوا بدرء الحدّ عنها حتّى لو سرقت منه مقدار السرقة قبل الدخول بها .

جاء في البدائع " ...ولا قطع على أحد الزوجين إذا سرق من مال صاحبه ، سواء سرق من البيت الذي هما فيه ، أو من بيت آخر ؛ لأنّ كلّ واحد منهما يدخل في منزل صاحبه ، وينتفع بماله عادة ، وذلك يوجب خللاً في الحرز ، وفي الملك أيضاً " (1) .

وجاء في المبسوط " أنّ أحد الزوجين إذا سرق مال الآخر لم يقطع ... بسبب الزوجية يثبت معنى الاتحاد بينهما ، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه ، وتباسط كلّ واحد منهما في مال صاحبه كتباسط الولد في مال والده ، فكما أنّ ذاك مانع من وجوب القطع عليه ، فكذلك هذا " (2)

(1) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 75 .

(2) المبسوط ، ج 9 ، ص 189 .

2/ **مذهب المالكية** : يختلف حكم المسألة عند المالكية باختلاف ما إذا كان المسروق منه قد أحرز ماله عن صاحبه ، أم لا ؟

فإذا سرقت الزوجة من مال زوجها تقطع عند المالكية ، إذا سرقت مالاً محجوراً عنها ، أي محرراً في مكان مغلق ولا يسمح لها بدخوله ، فإذا سرقت من مال لم يحجر عنها فلا قطع عليها ، ويستوي أن يكون المال المحجور عنها في المنزل الذي يقيم فيه ، أو في غيره⁽¹⁾ .

3/ **مذهب الشافعية** : إذا سرقت الزوجة من مال زوجها المحرز عنها ، للشافعية رأيان في المسألة:

الأول : عليها القطع ؛ لأنّ التّكاح عقد على المنفعة ، فلا أثر له في درء الحدّ ، كالإجارة لا يسقط بها الحدّ عن الأجير أو المستأجر إذا سرق أحدهما الآخر ، وكذلك لعموم الآية الواردة في القطع⁽²⁾ وشبهة استحقاقها التّفقة ، والكسوة في مال زوجها لا أثر لها ؛ لأنّها مقدّرة محدودة ، وإنّ فرض أنّ لها شيئاً من ذلك حال السرقة وأخذته بقصد الاستيفاء لم تقطع ، كدائن سرق مال مدينه بقصد يقصد ذلك ، وهذا الرّأي هو المشهور في المذهب والأظهر⁽³⁾ .

الثاني : أنّه لا تقطع الزّوجة بسرقة مال زوجها ؛ لأنّ الزّوجة تستحقّ التّفقة على الزوج⁽⁴⁾ .

4/ **مذهب الحنابلة** : إذا سرقت الزّوجة من مال زوجها المحرز ، ففيه روايتان :

الأولى : أنّه لا قطع عليها ؛ لأنّها ترثه ويرثها بغير حجب ، ولا تقبل شهادتها له ، وتبسط في ماله عادة ، فأشبهه الوالد والولد⁽⁵⁾ .

الثانية : تقطع الزّوجة بالسرقة من مال زوجها ؛ لعموم الآية ؛ ولأنّها سرقت مالاً محرراً عنها لا شبهة لها فيه ، أشبه مال الأجنبي ، ولا قطع عليها إذا منعها الزوج قدر كفايتها ، أو كفاية ولدها فأخذت من ماله ، سواء أخذت قدر ذلك أو أكثر منه ؛ لأنّها تستحقّ قدر ذلك ، فالزائد يكون مشتركاً بما يستحقّ أخذه⁽⁶⁾ .

(1) الخرشي ، ج 8 ، ص 98 / المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 2864 .

(2) المقصود : المائدة / 38 .

(3) المهذّب ، ج 2 ، ص 281 - 282 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 445 .

(4) المهذّب ، ج 2 ، ص 282 .

(5) المغني ، ج 10 ، ص 282 / كشاف القناع ، ج 6 ، ص 142 .

(6) المغني ، ج 10 ، ص 282 - 284 .

5/ **مذهب الظاهرية** : وذهب ابن حزم إلى وجوب قطع الزوجة التي سرقت من مال زوجها مطلقاً ، إلا إذا مُنعت حقها فأخذت بالمعروف .

جاء في المحلى " وهي في ذلك كالأجنبي - سواء بسواء - يكون له حقوق عند السارق ، فمباح له أن يأخذ حقه ، ومقدار حقه من مال الذي عنده الحق من حرز ، أو من غير حرز ، نعم ويقاقله عليه إن منعه ، ويحلّ له بذلك دمه ، وهو مأجور في كلّ ذلك ، فإن تعمد أخذ ما ليس له بحق ، فإن تعمد أخذه بإفساد طريق فهو محارب له حكم المحارب ، وإن أخذه مجاهرًا غير مفسد في الأرض فله حكم الغاصب ، وإن أخذه محتفياً فله حكم السارق والمحارب . والزوجة في مال زوجها كذلك ؛ لأن الله تعالى لم يخصّ إذ أمر بقطع السارق والسارقة ، إلا أن تكون زوجة من مال زوجها ﴿ وَمَا كَانَتْ رِبْحًا نَبِيًّا ﴾ مريم / 64⁽¹⁾ .

وقد استدللّ الذين ذهبوا إلى منع قطع يد الزوجة إذا أخذت من مال زوجها بما يلي :

أ/ قول الرسول ﷺ " كلّكم راعٍ وكلّكم مسؤول عن رعيته ، والإمام راعٍ ومسؤول عن رعيته ، والرجل راعٍ في أهله وهو مسؤول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيته ، والخادم راعٍ في مال سيده ومسؤول عن رعيته ، وقال ابن عمر: وحسبت أن قد قال: والرجل راعٍ في مال أبيه وهو مسؤول عن رعيته ، وكلّكم راعٍ ومسؤول عن رعيته "⁽²⁾ .

فهذا الحديث يدلّ على أن المرأة مسؤولة عن مال زوجها ، وأمانة عليه ، فيخول لها التصرف فيه بالمعروف ، وقد يصل مقدار ما تأخذه من ماله نصاب السرقة ، فأورث ذلك شبهة فلا قطع عليها .

ب/ عن عائشة رضي الله عنها قالت : " جاءت هند إلى النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي ، إلّا ما أخذت من ماله ، وهو لا يعلم ، فقال : "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "⁽³⁾ .

(1) المحلى ، ج 12 ، ص 343 .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الجمعة ن باب الجمعة في القرى والمدن (فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج 2 ، ص 380) / وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الإمارة ، باب فضيلة الإمام العادل (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 12 ، ص 213)

(3) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الأفضية ، باب قضية هند (صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 12 ، ص 7) / أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب التجارات ، باب ما للمرأة من مال زوجها ، ج 2 ، ص 721 ، رقم 2293 / أخرجه التّسائي في سننه ، كتاب آداب القضاة ، باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه (سنن التّسائي بشرح الحافظ السيوطي ، ج 8 ، ص 246)

فهذا الحديث يدلّ على أنّ للمرأة شبهة في مال زوجها ، وبالتالي يجوز لها شرعاً أن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف دون علمه وخفية ، خاصة وأنّ هند بنت عتبة رضي الله عنها جاءت معترفة بأنّها كانت تأخذ من مال زوجها ، وهو لا يعلم ، فأقرها الرسول ﷺ على ذلك ، وأرشدتها بأن تأخذ بالمعروف ، فلو كان الفعل سرقة لأقام عليها الحدّ .

ج/ أنّ الزّوجة لها في مال زوجها حقوقاً من صدقات ونفقة وكسوة وإسكان وخدمة فكانت بذلك كالشريك ، فلها في ماله شبهة ملك فلا قطع عليها خاصة إذا منعها نفقتها .

د/ أنّ كلّ واحد من الزّوجين يرث صاحبه بغير حجب ، ولا تقبل شهادته له ، ويتبسّط في مال الآخر عادة ، فأشبه الولد مع الوالد .

هـ/ إنّ كلّ من الزّوجين كالمدع ، وكالمأذون له في الدّخول ؛ فيسقط الحرز بينهما .

وردّ ابن حزم على من منع القطع على الزّوجة : بأنّ كلّ ما استدّلوا به لا حجة لهم فيه أصلاً ، وذلك بالتفصيل الآتي⁽¹⁾ :

أ/ أمّا الخبر المذكور فحقّ واجب لا يحلّ تعديّه ، وهو أعظم حجة عليهم ؛ لأنّه عليه الصّلاة والسّلام أخبر : أنّ كلّ من ذكرنا راعون ومسؤولون عمّا استرعوا من ذلك ، وإذا كان الأمر كذلك ، لم تبح لهم السرقة والخيانة فيما استودعوه وأسلم إليهم ، وهم في ذلك إن لم يكونوا كالأجانب والأبعاد ومن لم يُسترع ، فهم بلا شكّ أشدّ إثماً ، وأعظم جرماً ، وأسوأ حالاً من الأجانب .

ب/ إنّهم لا يختلفون أنّ على من ذكرنا في الخيانة ما على الأجبيين من إلزام ردّ ما خانوا ، وضمانه ، وهم أهل قياس بزعمهم ، فهلاً قاسوا ما اختلف فيه من السرقة والقطع فيها على ما اتفق عليه من حكم الخيانة ، ولكنهم قد قلنا : إنّهم لا التّصوص اتبعوا ، ولا القياس أحسنوا ؟

ج/ ليس في هذا الخبر دليل أصلاً على ترك القطع في السرقة ، والقول في الزيادة التي زادوها سواء كما ذكرنا - لو صحّت - ولا فرق .

(1) الخّلّي ، ج 12 ، ص 341 - 342 - 343 .

د/ أما قولهم " إن كليهما كالمودع ، وكالمأذون له في الدخول " فأعظم حجة عليهم ، لأنهم لا يختلفون أن المودع إذا سرق مما لم يودع عنده ، لكن من مال لمودع آخر في حرزه ، وأن المأذون له في الدخول لو سرق من مال محرز عنه للمدخول عليه ، لوجب القطع عليهما عندهم بلا خلاف .

هـ/ أن رسول الله ﷺ أطلق يدها على ماله ، حيث كان من حرز أو غير حرز ، لتأخذ منه ما يكفيها وولدها بالمعروف - إذا لم يوفها وإياهم حقوقهم - فنعم ، كل هذا حق واجب ، وهكذا نقول .

لكن لا شك ذو مسكة من حسن سليم أن رسول الله ﷺ لم يطلق يدها على ما لا حق لها فيه من مال زوجها ، ولا على أكثر من حقها ، فإباحة الله تعالى ورسوله ﷺ لأخذ الحق والمباح ليس فيه دليل أصلاً على إسقاط حدود الله تعالى على من أخذ الحرام غير المباح ﴿ وَمَنْ يَتَعَمَّدْ مَسْرُورًا ﴾ (النبي ففقر ظلم نفسه) الطلاق / 1 .

و/ أن الله ﷻ لم يخصص عندما أمر بقطع السارق والسارقة ، سرقة الزوجة من مال زوجها ﴿ وَمَا كَانَ رَبِّيْهِمْ نَبِيًّا ﴾ مريم / 64 . فصحّ يقيناً أن القطع فرض واجب على كل واحد من الزوجين ، إذا سرق من مال صاحبه ما لم يباح له أخذه ، كالأجنبي ولا فرق .

إذن هذا هو حكم سرقة الزوجة من مال زوجها ، ما دامت السرقة قد وقعت والزوجة قائمة .

ثانياً : أما إذا سرقت الزوجة من مال زوجها بعد الطلاق ؛ فالحكم كمايلي :

1/ لو حدث الطلاق قبل الدخول بالزوجة ، فلا قطع فيما يقطع من سرقة الزوجة من مال زوجها من وقت الزواج إلى وقت الطلاق ؛ لأن الزوجة كانت قائمة وقت السرقة ، أما ما يقع بعد الطلاق ففيه القطع ؛ لأن غير المدخول بها لا عدة لها لقوله تعالى : ﴿ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ حِجْرٍ نَعْتُرُونَهَا ﴾ الأحزاب / 49 .

2/ وإذا كانت السرقة في عدة الطلاق الرجعي فلا قطع أيضاً ؛ لأن الزوجية تظل قائمة حتى تنتهي العدة .

3/ إذا كانت السرقة في عدة الطلاق البائن ففيها القطع ، لكن أبا حنيفة لا يرى القطع ، إذا وقعت السرقة في عدة الطلاق البائن ؛ لأن النكاح في حال العدة قائم من وجه ، كما أن أثره قائم وهو العدة ، وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع ، فقيامه من وجه ، أو قيام أثره يورث الشبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات⁽¹⁾ .

4/ وإذا كانت السرقة بعد انتهاء العدة ، ففيها القطع بلا خلاف ، وقيام الزوجية بعد السرقة لا أثر له على السرقة التي وقعت قبلها ، فيقطع السارق فيها ، ولا يخالف في هذا إلا الحنفية ، فإنهم يرون أن الزواج إذا حصل قبل الحكم في الجريمة لم يحكم فيها بالقطع ؛ لأن الزواج مانع طراً على الحد ، والمانع الطارئ عند الحنفية له حكم المانع المقارن إذا أدى لإسقاط الحد ، ويرى أبو حنيفة أن الزواج إذا حصل بعد الحكم ، وقبل تنفيذ العقوبة لم يقطع ، وحجته أن الإمضاء في باب الحدود من تمام القضاء ، فكانت الشبهة المعترضة على الإمضاء كالمعترضة على القضاء ، وكان الطارئ على الحدود قبل الإمضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء ، ولكن أبا يوسف يرى في هذه الحالة عدم سقوط حكم القطع بالزواج ؛ لأن المانع من القطع في حالة الزوجية هو شبهة عدم الحرز ، فإذا اعتبرت الزوجية الطارئة شبهة مانعة من القطع ، لكان معنى ذلك اعتبار الشبهة وهي ساقطة في باب الحدود⁽¹⁾ .

(التلخيص : والظاهر في نظري حول هذه المسألة - والله أعلم - عدم قطع الزوجة إذا أخذت من مال زوجها ، لشبهة العقد التي ينتج عنها شبهة الاستحقاق ، فما من زوجة مخلص لزوجها طاعة له ، وأخذت من ماله ، إلا وكان السبب الرئيس والدافع الأول هو مظنة الإباحة والاستحقاق ، فلا يعقل أن يفرض الشرع على الزوج التفقة على الزوجة ، والاعتناء بها ، وحماتها ، ثم يكون أخذ ماله سبباً لقطع يدها ، لكن تعزّر بحسب ما يراه القاضي زاجراً لها ، حتى تعود إلى الطريق الصحيح من حفظ زوجها في ماله ورعايته ؛ إذ عدم القطع ليس معناه الإفلات من المسؤولية الجنائية كلية .

(1) (2) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 76 وما بعدها .

الفقرة الثانية : حكم سرقة الزوج من مال زوجته : اختلف الفقهاء في حكم سرقة الزوج من مال زوجته ، إذا سرق ما يستوجب القطع ، مثلما اختلفوا في حكم سرقة الزوجة من مال زوجها ، فمنهم من أوجب الحدّ عليه ، ومنهم من درأه عنه للشبهة ، هذا ما سيظهر من خلال عرض مذاهب الفقهاء ، وكلّ مذهب استدلّ بما يؤيد مذهبه :

أولاً : عرض مذاهب الفقهاء

1/ مذهب الحنفيّة⁽¹⁾ : ذهب الأحناف إلى عدم قطع الزوج إذا سرق من مال زوجته مطلقاً ، حتّى وإن كانت السرقة من غير بيت الزوجيّة ، وذلك على التفصيل التالي :

أ/ لا قطع على الزوج عندهم حتّى ولو طلق امرأته قبل الدّخول بها ، وكان قد سرق منها مقدار النّصاب ، رغم بينونتها منه بالطلاق - إذ غير المدخول بها لا عدّة لها -

وسبب درأ الحدّ هنا ، أنّ الزوجيّة كانت قائمة حين وقعت السرقة ، وقد منع قيامها من إيقاع الحدّ ، ووقوع الطّلاق بعد ذلك لا يكون موجباً لإيقاع الحدّ بعد سقوطه .

ب/ لو سرق من معتدّته لا يقطع أيضاً ، سواء كانت العدّة من طلاق رجعي ، أو من طلاق بائن ؛ وذلك لأنّ الطّلاق لا يقطع كلّ آثار النّكاح ؛ بل تبقى بعض هذه الآثار طالما بقيت العدّة ، فتبقى الشبهة كافية لدرا الحدّ .

ج/ إن سرق امرأة أجنبيّة ثمّ تزوّجها ، فإن كان الزّواج قبل الحكم عليه بالقطع لا يقطع بلا خلاف ، وإن كان الزّواج بعد الحكم عليه لا يقطع عند أبي حنيفة ، ويقطع عند أبي يوسف ، ووجهة نظر أبي حنيفة هي أنّ الإمضاء في باب الحدود من القضاء ، ولما كانت الشبهة المعترضة على القضاء دائرة للحدّ ، لزم من ذلك أن تكون الشبهة المعترضة على الإمضاء مسقطاً للحدّ أيضاً .

وقاس أبو حنيفة إسقاط الحدّ هنا على إسقاط الحدّ في القذف ، بعد الحكم بجلبد المقدوف وذلك فيما لو زنى المقدوف قبل تنفيذ الحدّ على القاذف بالزّنى ، المعترض على الحكم بالحدّ في القذف كالموجود عند القذف .

(1) المصدر السّابق ، ج 7 ، ص 80 .

2/ **مذهب المالكية** : حكم سرقة الزوج من مال زوجته عند المالكية ، هو الحكم نفسه لسرقة الزوجة من مال زوجها ، وبعبارة أخرى ، فإنّ الضابط عندهم في هذه القضية هو الحرز ، فإذا سرق الزوج من مال زوجته مالاً محجوراً عنه ، أي محرزاً في مكان مغلق ، ولا يسمح له بدخوله يقطع ، وإذا سرق من مال لم يحجر عنه فلا قطع عليه ، ويستوي أن يكون المال المحجور عنه في المنزل نفسه الذي يقيم فيه ، أو في غيره⁽¹⁾ .

3/ **مذهب الشافعية**⁽²⁾ : إذا سرق الزوج من مال زوجته الحرز عنه ، للشافعية رأيان في المسألة :

الأول : أنه يقطع ؛ لأنّ التّكاح عقد على المنفعة فلا يسقط القطع في السرقة كالإجارة ؛ إذ لا يسقط بها الحدّ عن الأجير أو المستأجر إذا سرق أحدهما الآخر ، كما أنه يقطع إذ ليس له حقّ في مال زوجته ، هذا بالإضافة إلى عموم الآية الكريمة والواردة في القطع⁽³⁾ .

الثاني : أنه لا يقطع ؛ لأنّ الزوج يملك حقّ الحجر على زوجته ، ومنعها من التصرف فيه على قول بعض الفقهاء ، فصار ذلك شبهة .

4/ **مذهب الحنابلة**⁽⁴⁾ : إن سرق الزوج من مال زوجته فما ليس محرزاً ، فلا قطع عليه ، وإن سرق فما أحرزه عنه ففيه روايتان :

الأولى : لا قطع عليه ولو كان المال محرزاً ، قياساً على عدم قطع الخادم إذا سرق من مال سيّده ؛ ولأنّ كلّ واحد من الزوجين يرث الآخر بغير حجب ، ولا تقبل شهادته له ، ويتبسّط في مال الآخر عادة ، فأشبه الوالد والولد .

الثانية : يقطع ؛ لأنّه سرق مالاً محرزاً عنه ، لا شبهة له فيه ، فأشبه الأجنبي .

5/ **مذهب الظاهرية** : يرى الظاهرية وجوب قطع الزوج إذا سرق من مال زوجته مطلقاً .

(1) الزّرقاني ، ج 8 ، ص 100 (نقلاً عن التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2 ، ص 77) / أسهل المدارك ، ج 3 ، ص 181 - 182 / الخرشي ، ج 8 ، ص 98 .

(2) المهذب ، ج 2 ، ص 281 - 282

(3) الآية 38 من سورة المائدة .

(4) المغني ، ج 12 ، ص 461 (ط 5) .

جاء في المحلى : " فالقطع على كل واحد من الزوجين ، إذا سرق من مال صاحبه ما لم يبيع له أخذه ، كالأجنبي ولا فرق - إذا سرق ما لم يبيع - وهو محسن إن أخذ ما أبيع له أخذه من حرز ، أو من غير حرز " (1) .

وبهذا يتفق ابن حزم مع بعض الفقهاء في وجوب قطع السارق من مال زوجته ، ما لم تبحه له ، وأن حكمه حكم الأجنبي .

ثانياً : عرض أدلة المذاهب

1/ استدلل القائلون بوجوب إقامة الحد على الزوج إن سرق من مال زوجته بمايلي :

أ / عموم قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة / 38 . حيث أن الآية عامة في وجوب القطع على الزوج الذي يسرق من مال زوجته .

يقول ابن حزم " لأن الله تعالى لم يخصّ إذ أمر بقطع السارق والسارقة ، إلا أن تكون زوجة من مال زوجها ، ولا يكون زوج من مال زوجته ﴿وَمَا كَانُوا بِأَيْدِيهِمْ فَنَقَبُوا﴾ مريم / 64 " (1) .

ب/ لا شبهة للزوج في مال زوجته الذي لم تبحه له ؛ حيث حرم الله تعالى القليل من مالها والكثير عليه بنصوص ثابتة منها :

- قوله تعالى ﴿وَلَا تَسْرِقْ إِسْرَافًا فَتَنْطَارَ فَإِنَّكَ تُسْمِنُ وَأَنْتَ كَذِبٌ﴾ النساء / 20 .

- وقال أيضاً ﴿فَإِنْ طَبِخَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَمِائِدُهُمْ فَمِنْ ذَلِكَ فَتُكْنَسَ بِهِنَّ فَمَا يَسْخَرُونَ مِنْكُمْ فِيهِمْ﴾ النساء / 4 .

2/ وفي المقابل نجد القائلين بدرء الحد عن الزوج ، إذا سرق من مال زوجته بمايلي :

أ / عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال : " كلّمكم راع وكلّمكم مسؤول عن رعيته ، فالأمير الذي على الناس راع وهو مسؤول عن رعيته والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عنهم ، والمرأة راعية على بيت بعلها وولده وهي مسؤولة عنهم ، والعبد راع على مال سيده وهو مسؤول عنه ، ألا كلّمكم راع وكلّمكم مسؤول عن رعيته " (2) .

(1) المحلى ، ج 12 ، ص 343 .

(2) سبق تخريجه في ص 498 .

وقالوا : فكلّ واحد من الزوجين أمين في مال الآخر ، فلا قطع عليه كالمودع ، وقد ردّ ابن حزم على هذا الحديث بأنّه لا حجة لهم فيه أصلاً ؛ بل هو أعظم حجة عليهم ، وقد فصلّ هذا في المسألة السابقة الخاصة بسرقة الزوجة .

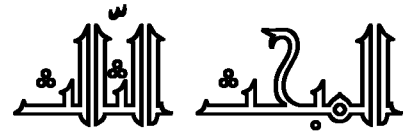
ب/ قياس الأولى : لقول عمر رضي الله عنه لعبد الله بن عمرو بن الحضرمي ، حيث قال له : " إنّ غلامي سرق مرآة امرأتي ، أرسله لا قطع عليه ، خادمكم أخذ متاعكم " ⁽¹⁾ . فإذا لم يقطع عبده بسرقة مالها ، فهو أولى .

ج/ أنّ كلّ واحد من الزوجين يرث صاحبه بغير حجب ، ولا تقبل شهادته له ، ويتبسّط في مال الآخر عادة ، فأشبه الولد مع الوالد .

التّرجيم : الظاهر في هذه المسألة - والله أعلم - درأ الحدّ عن الزوج إذا سرق من مال زوجته ، لشبهة العقد التي قويت بسبب حقّ الزوج في الحجر على الزوجة ، ومنعها من التصرف في ثلث مالها ؛ إذ قد يدّعي الزوج ذلك أمام القاضي فيعذر ، وليس معنى هذا أن تقوم الحياة الزوجية على الخيانة ، وعدم الثقة التي من شأنها أن تُفكّك الأسرة وتضطرب ، إذ وجود مثل هذه التصرفات السيئة بين الزوجين ، من شأنها أن تحول دون استقامة الأسرة ، وتربية الأولاد تربية صحيحة وسليمة ، ولهذا يجب تعزيز الزوج تعزيراً كافياً للإصلاح من شأنه .

ومن خلال ما سبق ، نلاحظ أنّ هناك تقارب بين التشريع الجنائي الإسلامي ، وقانون العقوبات الجزائري بالنسبة لحكم السرقة التي تقع بين الزوجين ، والمستخلصة من خلال الفصول السابقة ، وذلك في عدم تجريمهما وإدانتهم ، إلّا أنّ قانون العقوبات الجزائري يسقط المسؤولية الجنائية كلية بموجب عقد الزوجية ، ويلزمهما بالتعويض المدني إذا رفع المتضرر الدّعى ، أمّا التشريع الجنائي الإسلامي عند إسقاط الحدّ للشبهة ، يعزّر السارق منهما حماية لمصلحة الأسرة - والله أعلم -

(1) رواه البيهقي في سننه ، كتاب السرقة ، باب العبد يسرق من مال امرأة سيّده ، رقم 17080



تعلق الشبهة بالإثبات
وبيان مسائل هامة تتعلق بالسرقة

تمهيد :

أتناول في هذا المبحث إن شاء الله تعالى تعلق الشبهة بالإثبات - أي بثبوت الجريمة عند القاضي - والمعلوم أن الحد لا يقام على الجاني إلا إذا ثبتت الجريمة بالإقرار ، أو الشهادة ، وليس كل إقرار تنفذ به العقوبة ، بل لابد من تمسك المقر بإقراره مدة المحاكمة ، فإن رجع عن إقراره كانت الشبهة متحققة ، كما أنه ليست كل شهادة تنفذ بها العقوبة ، بل لابد من أن يكون الشهود عدولاً ، عاقلين ، بالغين ، يثبتون على كلامهم إلى وقت تنفيذ العقوبة على الجاني ، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم كلهم ، أو بعضهم تحققت الشبهة .

هذا كما تكون الشبهة قوية ، إذا اختلف الشهود اختلافاً بيناً حول زمان ومكان الجريمة ، بحيث يؤدي ذلك إلى اختلال الشهادة وفقدانها قوتها وصلاحياتها لإثبات الجريمة .

ففي هذا المبحث أصل بكم إلى معرفة مدى تنفيذ الحد على المقر إذا رجع عن إقراره ؟ وما الحكم إذا رجع الشهود عن شهادتهم أو اختلفوا اختلافاً بيناً ، أو كُذِّب المشهود له أو عليه ؟

كما يتم بيان مسائل أخرى تتعلق بالسَّرقة يجري فيها التعزير ، مثل حكم التكرار في السرقة ، وحكم السارق عند فوات الحل بذهاب الطرف ، وبما أن هذه المسائل لا علاقة لها بالقانون عموماً ، فلن أتطرق إلا للجانب الشرعي فقط ، إلا ما اقتضاه الأمر في بعض الجزئيات .

وسأتناول كل المسائل التي احتواها هذا المبحث في المطالب الأربعة الآتية :

المطلب الأول

تعلق الشبهة بالإقرار والتطبيقات الفقهية المتعلقة بها

من المعلوم بداهة أن الحد لا يطبق على الجاني ، إلا إذا ثبتت الجريمة عند القاضي بإقرار الجاني عن اختيار ، أو بشهادة شهود عدول ، وبما أن هذا المطلب خاص بشبهة الإقرار ، فسوف يتم التركيز على هذا الجانب .

صحيح أنه يقال " الإقرار سيّد الأدلة " لأن الجاني وهو يملك السر على نفسه ، وفرصة للتوبة وتجديد العهد مع الله عز وجل ، لكنه يأبى إلا أن يمثل أمام القضاء معترفاً بجريمته رغبة في تطهير نفسه بالحد الذي سيقام عليه ، إلا أنه قد يقرّ الجاني بجريمته أمام القاضي ، ثم لا يلبث أن يرجع عن إقراره من تلقاء نفسه ، أو بموجب ما يلقنه له القاضي من الرجوع والعدول عن ذلك ، وهذا من شأنه أن يحدث التباساً ، واضطراباً في ثبوت الجريمة عند القاضي .

فهل الرجوع عن الإقرار يعتبر شبهة دائرة لحد السرقة ؟ قبل الإجابة عن هذا السؤال لابد من التطرق لضوابط شبهة الإقرار ، أما بالنسبة لتعريف الإقرار فقد سبق التطرق إليه فيما سبق ، وإذا كان الرجوع عن الإقرار شبهة دائرة للحد ، فهل الهروب يعتبر رجوع عن الإقرار ؟ وما حكم تكذيب المسروق منه السارق في إقراره ، وبناءً على هذه التساؤلات سيجعل الفرع الأول : لضوابط شبهة الإقرار ، وحكم رجوع المقرّ عن إقراره في السرقة ، والفرع الثاني : لحكم الهروب من الحد ، وتكذيب المسروق منه السارق في إقراره .

الفرع الأول

ضوابط شبهة الإقرار وحكم رجوع المقرّ عن إقراره في السرقة

في هذا الفرع سأتناول ضوابط شبهة الإقرار - أي متى تعلق الشبهة بالإقرار - فهل كل إقرار يعتبر دليلاً لثبوت جريمة السرقة ؟ ومن جهة أخرى ، ما حكم رجوع المقرّ عن إقراره في السرقة ؟ هل تثبت جريمة السرقة ولا يلتفت إلى رجوعه ، أم يعتبر الرجوع عنه شبهة دائرة لحد السرقة ؟

الفقرة الأولى : ضوابط شبهة الإقرار : لشبهة الإقرار ضوابط يجب توفرها ، وتتمثل فيما يلي :

أولاً : أن يكون الإقرار ، والرجوع عنه في مجلس القضاء : جاء في بدائع الصنائع " فلو أقرّ في غير مجلس القاضي ، وشهد شهود على إقراره ، لا تقبل شهادتهم ؛ لأنه إن كان مقرأً بالشهادة لغو ؛ لأنّ الحكم للإقرار لا للشهادة ، وإن كان منكراً ، الإنكار منه رجوع ، والرجوع عن الإقرار في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى صحيح " (1) .

فالقاضي هو الذي يملك القدرة المادية ، والمعنوية لتطبيق الحدود بعد اكتمال أركانها وشروطها ، وهو الذي يملك الحقّ في درء الحدّ عن الجاني ، إذا ظهرت له شبهة قويّة ؛ فلهذا السبب يجب أن يكون الإقرار بالحدّ ، والرجوع عنه في مجلس القضاء ، وأمام القاضي .

ثانياً : جواز تلقين القاضي المقرّ بالحدّ بالرجوع عن إقراره : استحبّ العلماء تلقين المجرم المقرّ على نفسه بالحدّ بالرجوع عنه ؛ لإعطائه فرصة للستر على نفسه ، وتجديد العهد مع الله عزّ وجلّ ، فإذا أصرّ على إقراره يقام عليه الحدّ ، وهذا ما ثبت في السنّة المطهّرة .

– فعن ابن مسعود رضي الله عنه قال : أتى برجل سرق ، فقال : أسرت ؟ قل : وجدته ، قال : وجدته ، فخلّى سبيله " (2) .

– وعن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان أنّ رجلاً سرق شملة ، فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالوا : يا رسول الله هذا سرق شملة ، فقال " ما أخاله سرق " (3) .

ثالثاً : الإقرار حجة قاصرة على المقرّ ، رجح عنه أم لم يرجح : رغم أنّ الإقرار سيّد الأدلّة ، إلّا أنّه دليل قاصر على المقرّ لا يتعدّى أثره إلى غيره ، فلو أقرّ شخص بجريمة الزّنى ، وثبت على ذلك ، وذكر المرأة التي زنى بها ، ثمّ أنكرت هي ، أو ادّعت الزّوجيّة ؛ فإنّ القاضي يقيم الحدّ على المقرّ وحده ، ويدرأ الحدّ عنها ؛ لأنّها لم تقرّ بالجريمة ، والدليل على هذا ما ثبت في السنّة أنّ رجلاً جاء

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 65 .

(2) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفه ، كتاب الحدود ، ج 6 ، ص 525 .

(3) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفه ، كتاب الحدود ، ج 6 ، ص 525 .

النبي ﷺ ، فقال : أنه زنى بامرأة سمّاها ، فأرسل النبي ﷺ إلى المرأة فدعاها فسألها ، قال :
فأنكرت ، فحدّه وتركها ⁽¹⁾ .

وكذلك الأمر إذا اشترك في السرقة اثنان فأقرّا بالسرقة ، ثمّ بعد ذلك رجع أحدهما عن
إقراره دون الآخر ، سقط القطع عمّن رجع دون غيره عند الجمهور ، وستتضح هذه المسألة فيما
بعد .

هذا فيما يخصّ من يرى بأنّ الرجوع عن الإقرار شبهة تدرك الحدّ ؛ لأنّ الخلاف جارٍ بين
الفقهاء في مشروعية الرجوع عن الإقرار ، لا مجال لمناقشته هنا .

(الفقرة الثانية : حكم رجوع المقرّ بحدّ السرقة عن إقراره : إذا أقرّ السارق أمام القاضي أنّه سرق
مالاً خفية ، ولم يجد معه متاع ، ولم تكن ثمة بينة كالشهادة لإثبات السرقة ؛ فإنّ للقاضي أن يلقن
السارق الرجوع عن الإقرار في السرقة ، وإذا رجع يدرأ عنه الحدّ ، وذلك لما ثبت في السنة ما
يدلّ على ذلك .

1/ فقد أتى رسول الله ﷺ بلصّ ، قد اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه المتاع ، فقال له رسول الله
ﷺ : ما أحوالك سرقت ؟ قال : بلى ، فأعاد عليه مرتين أو ثلاث ، فأمر به ففقطع ، وجيء به ،
فقال : " استغفر الله وتب " ⁽²⁾ .

فالرسول ﷺ لقن السارق الرجوع عن إقراره ، لكنّه لما ثبت على إقراره حدّه .

2/ عن أبي الدرداء أنّ عمر رضي الله عنه " أتى بجارية سوداء سرقت ، فقال لها : سرقت ؟ قولي لا ،
فقلت : لا ، فخلّى سبيلها " ⁽³⁾ .

3/ أنّ عليّاً رضي الله عنه " أتاه رجل فقال : إني سرقت فطرده ، ثمّ عاد مرّة أخرى ، فقال : إني سرقت

(1) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب رجم ماعز ، ج 2 ، ص 354 ، رقم : 4437 .

(2) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب في التلقين في الحدّ ، ج 2 ، ص 340 ، رقم : 4380 .

(3) أخرجه البيهقي في سننه ، كتاب السرقة ، باب ما جاء في الإقرار بالسرقة والرجوع عنه ، رقم 17055 ، من طريق يزيد بن
أبي كبشة الأنصاري عن أبي الدرداء ، قال الشيخ ناصر الدين الألباني : وإسناده جيّد ، ورجاله ثقات رجال الصّحيح ، غير يزيد
هذا فذكره ابن حبان في " الثّقات " وروى عنه جماعة (إرواء الغليل ، ج 8 ، ص 80) .

فأمر به أن يقطع⁽¹⁾ . فطرد عليّ عليه السلام للسارق ، يدلّ على جواز تلقين السارق الرجوع عن الإقرار ، ودرء الحدّ عنه بهذا الرجوع .

4/ ثبت أن علياً عليه السلام " أتى برجل ، فقالوا إنّه سرق جملاً ، فقال : ما أراك سرقت ؟ قال : بلى ، قال فلعلّه شبه لك ؟ قال : بلى قد سرقت ، فقال : لعامله : اذهب به فشدّ أصبعه ، وأوقد النار وأدع الجزار ليقطع ، ثمّ انتظر حتّى أجيء ، فلمّا جاء قال له : أسرقت ؟ قال : لا ، فتركه ، فقال : يا أمير المؤمنين لم تركته وقد أقرّ لك ؟ قال : آخذه بقوله ، وأتركه بقوله ...⁽²⁾ .

5/ عن أبي مسعود قال : " أتى برجل سرق ، فقال : أسرقت ؟ قل : وجدته ، قال : وجدته ، فخلّى سبيله⁽³⁾ .

6/ عن عكرمة بن خالد ، قال : أتى عمر بسارق قد اعترف ، فقال عمر : إني لأرى يد رجل ما هي بيد سارق ، قال الرجل : والله ما أنا بسارق ، فأرسله عمر ، ولم يقطعه⁽⁴⁾ .

وبناء على هذا إذا أقرّ الجاني بالسّرقه ، ثمّ رجع عن إقراره صراحة أو ضمناً ، إذا لم يكن هناك دليل على السّرقه إلّا الإقرار فإنّه لا يقطع ؛ لأنّ العدول عن الإقرار شبهة في صحّته - والحدود تدرأ بالشّبهات ، إلّا أنّه يحكم عليه بضمان المال المسروق - فإن سقط حقّ الله تعالى بالرجوع عن الإقرار فحقّ آدمي يبقى ثابت⁽⁵⁾ ، وهذا محلّ اتفاق بين جميع الفقهاء ، إلّا ما ذهب إليه الظّاهريّون وبعض الشّافعيّة ؛ إذ ليس للعدول عن الإقرار أيّ أثر عند الظّاهريّين ، بل يؤخذ الجاني بإقراره ولو عدل عنه ؛ لأنّهم لا يدرءون الحدّ بالشّبهة .

وعيب ابن حزم رأي من قال بدرء الحدّ عن المقرّ بالسّرقه إذا رجع عن إقراره ، لكن يغرم السّرقه التي أقرّ أنّه سرقها ، بأنّ هذا تناقض وخطأ ، ثمّ يقول " فلا يخلو إقراره ذلك ضرورة من أحد وجهين لا ثالث لهما : إمّا أن يكون صادقاً في أنّه سرق منه ما ذكر - أو يكون كاذباً في ذلك ، فإن كان صادقاً فقد عطّلوا الفرض ، إذ لم ينفذوا عليه ما أمر الله تعالى به من قطع يد

(1) قال الألباني في الإرواء : صحيح ، ورواه ابن أبي شيبة 92/2 - والطحاوي 97/2 - والبيهقي 275/8 من طريق الأعمش عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه (إرواء الغليل ، ج 8 ، ص 78)

(2) كثر العمّال ، باب رجوع المقرّ عن الإقرار ، ج 5 ، ص 548 ، رقم 13902 .

(3) سبق تخريجه في ص 500 .

(4) أخرجه ابن أبي شيبة في سننه ، كتاب الحدود ، ج 6 ، ص 525 .

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 287 / الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 88 / الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 345

/ النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج 2 ، ص 342

السَّارِق - وإن كان كاذباً فقد ظلموه ، إذ غرّموه ما لم يجب له عنده قطّ ، ولا صحّ إقراره به ، فهم بين تعطيل الفرض ، أو ظلم في إباحة مال محرّم - وكلاهما لا يحلّ⁽¹⁾ .

فعند ابن حزم يقام الحدّ على المقرّ بالسّرقه وجهاً واحداً ، ولا أثر لرجوعه .

هذا وذهب بعض الشافعية أيضاً إلى أنّ الرجوع عن الإقرار في جريمة السّرقه لا أثر له - أي لا يدرأ الحدّ عن السّارق بهذا العدول - على أساس أنّ السّرقه حقّ متعلّق بالأفراد ؛ إلاّ أنّ الرّاجح عند الشافعية أنّه يقبل الرجوع عن الإقرار في جريمة السّرقه ، بل يستحبّ للإمام تلقين السّارق الرجوع عن الإقرار كما ثبت في السنّة الشّريفة⁽²⁾ .

هذا فيما يخصّ عدول المقرّ عن إقراره غير المقرّون بالبيّنة ، أمّا إذا عدل المقرّ عن إقراره في حالة كون الجريمة ثابتة بشهادة الشّهود ، أو كان مع المقرّ بالسّرقه متاع مثلاً ؛ فإنّه لا أثر لعدوله ، ويقطع الجاني عند المالكيّة ، والحنابلة ، وأهل الظّاهر⁽³⁾ .

أمّا أبو حنيفة فيرى أنّ العدول عن الإقرار يبطل الشّهادة ، وبالتالي فإنّه يبطل الحدّ .

جاء في كتر العمّال " أنّه لا يقطع لوجود شبهة ، لكنّه يعزّر على أساس إقراره ، ويحكم عليه بضمان المال المسروق ، إلاّ إذا كان المسروق منه قد أتى ببيّنة واضحة كالشّهادة ، فلا يعتدّ لرجوعه " ⁽⁴⁾ .

جاء في المبسوط " فإن شهد شاهدان على إقراره وهو منكّر أو هو ساكت لا يقرّ ولا ينكّر لم أقطعه ؛ لأنّ الإقرار غير ملزم إياه ، حتّى يتمكّن من الرجوع عنه ، فلا يمكن إثباته ، وسكوته كإنكاره ؛ فإنّ البيّنة لا تقبل إلاّ على المنكّر ، وإنكاره بمثّلة الرجوع أو أقوى منه ، ولكن عليه الضّمان ؛ لأنّ رجوعه في حقّ الضّمان باطل ، فكذلك إنكاره " ⁽⁵⁾ .

(1) المحلّى ، ج 12 ، ص 330 .

(2) المهذب ، ج 2 ، ص 345 / روضة الطّالين ، ج 7 ، ص 355 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 463 .

(3) المحلّى ، ج 12 ، ص 330 (إذا كان لا أثر لرجوع المقرّ عن إقراره عند ابن حزم فمن باب أولى لا أثر لذلك إذا كان الإقرار مقروناً ببيّنة) / كشّاف القناع ، ج 6 ، ص 145 / تبصرة الحكّام ، ج 2 ، ص 193 .

(4) كتر العمّال ، ج 5 ، ص 541 ، رقم 13880 .

(5) المبسوط ، ج 9 ، ص 182 - 183 / بدائع الصّناع ، ج 7 ، ص 88 .

وإذا اشترك في السرقة إثنان فأقرّا بالسرقة ، ثمّ بعد ذلك رجع أحدهما عن إقراره دون الآخر ، سقط القطع عمّن رجع دون غيره عند مالك ، والشافعي ، وأحمد .

أما عند أبي حنيفة فيدراً الحدّ عن الآخر ، لأتّهما لما أقرّا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة ، ثمّ لما أنكر أحدهما فقد رجع عن إقراره ؛ فبطل الحدّ عنه برجوعه ؛ فيورث شبهة في حقّ الشريك لاتّحاد السرقة .

أما إذا اشترك في السرقة إثنان ، واعترف أحدهما بالسرقة دون الآخر ، ولم يكن عليه دليل ، فالقطع على المقرّ وحده عند الجميع ؛ لأنّ إقرار أحدهما بالشركة في السرقة هو إقرار بوجود السرقة من كلّ واحد منهما ، إلّا أنّه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت فعل السرقة بالنسبة له ، وعدم الفعل منه لا يؤثّر في وجود الفعل من صاحبه ، فيبقى إقراره على نفسه بالسرقة قائماً فيؤخذ به .

وقال أبو يوسف لا يقطع واحد منهما ، ووجه قوله أنّه أقرّ بسرقة واحدة بينهما على الشركة ، فإذا لم تثبت في حقّ شريكه بإنكاره ، يؤثّر ذلك في حقّ صاحبه ضرورة اتّحاد السرقة ، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ بالزنا بامرأة فأنكرت ، أنّه يحدّ الرّجل على أصله ؛ لأنّ إنكار المرأة لا يؤثّر في إقرار الرّجل⁽¹⁾ .

الفرع الثاني

حكم هروب المحدث وتكذيب المسروق منه السارق في إقراره

في هذا الفرع سأتناول حكم هروب المحدث عند استيفاء الحدّ منه ، إذا كان الحدّ قد ثبت بالإقرار ، فهل للهروب حكم الرجوع ؟ ومن جهة أخرى سأبيّن حكم تكذيب المسروق منه السارق في إقراره ؟ وبعبارة أخرى : هل إذا أقرّ السارق بالسرقة ثمّ كذّبه المسروق منه بأن قال لم يسرق منّي ، فهل هذا التّكذيب يبطل الإقرار ؟ وبهذا يكون الفرع الأول لحكم هروب المحدث عند استيفاء الحدّ منه ، والفرع الثاني لحكم تكذيب المسروق منه السارق في إقراره .

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 88 / الشيرازي ، المهذّب ، ج 2 ، ص 345 / ابن حزم ، المحلّى ، ج 12 ، ص 330 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 133

الفقرة الأولى : هل الهروب رجوع عن الإقرار ؟ : إذا هرب الحدود عند استيفاء الحد منه ، فإمّا أن يكون الحدّ قد ثبت عليه بالبيّنة ، أو بإقراره ، فإن ثبت عليه بالبيّنة اتّبع وأقيم عليه الحدّ ، ولا يمكن من الهرب باتّفاق أهل العلم .

وأما إن كان ثبت عليه بإقراره فالمذهب عند جمهور الفقهاء (المالكيّة - والشافعية - والحنابلة)⁽¹⁾ وجوب الكفّ عنه ، وسقوط الحدّ ، إلّا أنّ للمالكيّة تفصيلاً في ذلك في موضعين هما :

1/ أنّهم فرّقوا بين هروب المقرّ في أثناء الحدّ ، وهروبه قبل الحدّ ، فقالوا : أنّ هربه في أثناء الحدّ مسقط ، بخلاف هربه قبل الحدّ ، ووجه الفرق كما نقله بعضهم أنّ هربه بعد إذاقته العذاب دالّ على الرجوع ، بخلافه قبل ذلك⁽²⁾ .

2/ إذا هرب الحدود قبل تمام الحدّ فعند ابن القاسم⁽³⁾ يترك ويسقط عنه ما بقي من الحدّ ، وذهب أشهب⁽⁴⁾ وعبد الملك إلى أنّه إذا جلد أكثر الحدّ لا يقال بل يتمّ⁽⁵⁾ .

(1) المغني ، ج 10 ، ص 287 / الإنصاف ، ط 1 (1374هـ / 1955م) مطبعة السّنة الحمديّة بالقاهرة ، ج 10 ، ص 163 ، ج 10 ، ص 163 / جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، للشيخ صالح عبد السّميع الأبي الأزهرى ، ط (دت ن) دار الفكر - بيروت ، لبنان ، ج 2 ، ص 285 / الفواكه الدّواني، ج 2 ، ص 342 / الخرشي ، ج 8 ، ص 80 / حاشية ابن عابدين ، ط 2 (1386 هـ / 1966م) مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ج 4 ، ص 10 .

(2) الفواكه الدّواني ، ج 2 ، ص 342 / الخرشي ، ج 8 ، ص 80 . وقد نقل العدوي في حاشيته على الخرشي تعليق بعض الشيوخ على هذه العبارة ، فقال : " لقائل أن يقول الأشبه هو العكس وأمّا هروبه بعد الحدّ فقد يدّعي أنّه لأجل العذاب فقط " (3) هو أبو عبد الله عبد الرّحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة ، العتقي ، المصري ، ولد سنة 132هـ / 750م ، وهو فقيه إمام في المذهب المالكي ، روى عن مالك ولازمه كثيراً ، كما روى عن الليث وغيرهما ، وروى عنه أصبغ ، وسحنون ، وعيسى بن دينار وغيرهم ، وخرّج عنه البخاري في صحيحه ، والمدوّنة هي سماعه عن مالك رواها عنه سحنون ، وتوفي سنة 191هـ / 806م (ترتيب المدارك للقاضي عياض ، ج 2 ، ص 433 / الدّيباج المذهب لابن فرحون ، ص 239 / شجرة التّور الزكيّة لحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 58 / طبقات الفقهاء للشّيرازي ، ص 150)

(4) هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داوود ، القيسي ، العامري ، الجعدي ، ولد سنة 145هـ / 762م ، فقيه الدّيار المصريّة في عصره ، صاحب الإمام مالك ، قال الشّافعي : " ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه " وقيل اسمه مسكين وأشهب لقبه (ترتيب المدارك للقاضي عياض ، ج 1 ، ص 447 / الدّيباج المذهب لابن فرحون ، ص 162 / شجرة التّور الزكيّة لحمد بن مخلوف ، ج 1 ص 59 / وفيات الأعيان لابن خلكان ، ج 1 ، ص 238)

(5) حاشية محمد الرّهوني على شرح الزّرقاني لمختصر خليل ، ط 1 سنة (1306 هـ) المطبعة الأميرية ببولاق ، مصر الحميّة ، ج 8 ، ص 118 .

ودليل الجمهور فيما ذهبوا إليه ، ما ورد في قصة ماعز بن مالك ، أنه لما بلغ رسول الله ﷺ هربه من الحدّ ، قال : " هلاًّ تركتموه يتوب فيتوب الله عليه " (1) .

أما رأي الشافعية في حكم هرب الحدود فرأيان : أصحهما لا يسقط به الحدّ ، لكن يكفّ عنه لاحتمال رجوعه . والقول الثاني عندهم موافق لرأي الجمهور .

ووجه القول الأول : أن هرب الحدود لا يدلّ صراحة على رجوعه عن إقراره ، ومثله لو قال لا تحدوني ، وهذا كله يحتمل رجوعه ، ويحتمل عدمه ، فينبغي أن يكفّ عنه عند وجود ما يشعر برجوعه ، فإن رجع سقط عنه الحدّ ، وإن كان هروبه بسبب الألم وهو على إقراره لم يزل ، فيقام عليه الحدّ (2) .

الفقرة الثانية : تكذيب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقه : اختلف العلماء في أثر تكذيب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقه في درء الحدّ عن السارق ، وذلك على مذاهب :

أولاً : مذهب الأحناف : إذا كذب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقه ، بأن يقول له لم تسرق مني ، فهذا التكذيب يبطل الإقرار ، ويترتب على بطلانه عدم إقامة الحدّ على الجاني هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ، ويستوي عنده أن يكون التكذيب قبل المخاصمة ، أو بعد المخاصمة ، والإدعاء بالسرقه .

جاء في المبسوط " وإذا حكم على السارق بالقطع بيّنة أو بإقرار ، ثم قال المسروق منه هذا متاعه ، أو قال لم يسرق مني إنما كنت أودعته ... ، أو قال أقرّ هو بالباطل ، بطل القطع عنه لانقطاع خصومته ، وقد بينا أن بقاء الخصومة إلى وقت استيفاء القطع شرط ، وإنّ المعارض بعد القضاء قبل الاستيفاء في الحدّ كالمقترن بأصل السبب ، وهذا بخلاف ردّ المال بعد القضاء ؛ لأنّ ردّ المال منه للخصومة ، فالمقصود بالخصومة استرداد المال ، والمنتهى يكون متقدراً في نفسه ، فكانت خصومته قائمة باعتبار قيام يده في المال " (3) .

(1) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب رجم ماعز بن مالك ، ج 2 ، ص 350 ، رقم 4419 / ورواه أحمد في مسنده ، مسند الأنصار ، رقم 21383

(2) حاشية البيهقي على شرح منهج الطلاب ، لسليمان البيهقي ، ط (د ت ن) ، دار الكتب العربية الكبرى ، ج 4 ، ص 148 / تحفة المحتاج ، لشهاب الدّين أحمد بن حجر الهيتمي ، ط (1315 هـ) الطبعة الميمية بمصر ، ج 9 ، ص 114 .

(3) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 186 / الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 88 .

ثانياً : مذهب المالكية : وذهب المالكية - حيث لم يعتبروا المخاصمة - إلى أن تكذيب المجنى عليه لإقرار الجاني لا أثر له في القطع ، ما دام الثابت أن التكذيب قصد به مساعدة الجاني ، ولا يتفق مع الحقيقة⁽¹⁾ .

ثالثاً : مذهب الشافعية والحنابلة : ويوافق أحمد والشافعي مالكاً فيما ذهب إليه ، بشرط أن يكون التكذيب بعد المخاصمة ، والادعاء بالسرقة ، أما إذا كان التكذيب مبتدأ ، فلا يجب القطع - أي قبل المخاصمة - لأنه لا يجب إلا بعد المخاصمة ، والتكذيب المبتدأ يحول دون المخاصمة .

جاء في المهذب " ومن أقرّ لرجل بمال في يده ، فكذّبه المقرّ له بطل الإقرار لأنه ردّه ، وفي المال وجهان : أحدهما أنه يؤخذ منه ، ويحفظ ؛ لأنه لا يد عليه ، والمقرّ له لا يد عليه ، فوجب على الإمام حفظه كالمال الضائع ، والثاني : أنه لا يؤخذ منه ؛ لأنه محكوم له بملكه ، فإذا ردّه المقرّ له بقي على ملكه " (2) .

جاء في المغني " ولو أقرّ بسرقة من رجل ، فقال المالك : لم تسرق منّي ولكن غصبتني ، أو كان لي قبلك ودیعة فجحدتني لم يقطع ؛ لأنّ إقراره لم يوافق دعوى المدعي " (3) إذ موافقة دعوى المدعي لإقرار السارق شرط لوجوب القطع لما ثبت في السنة أن عمرو بن سمرة بن حبيب بن عبد شمس جاء إلى رسول الله ﷺ ، فقال " يا رسول الله إني سرقت جملًا لبني فلان فطهرني ، فأرسل النبي ﷺ إليهم فقالوا : إنّنا افتقدنا جملًا لنا ، فأمر به النبي ﷺ فقطعت يده ، قال ثعلبة : أنا أنظر إليه حين وقعت يده ، وهو يقول : الحمد لله الذي طهرني منك ، أردت أن تدخلي جسدي النار " (4) .

والراجح في نظري في هذه المسألة - والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور ، من أن تكذيب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقة له أثر في درء الحدّ عن السارق ، إن كان التكذيب قبل رفع الدعوى ؛ لأنّ حديث عمرو بن سمرة صريح في ذلك ؛ بحيث لو كذب القوم المسروق منهم

(1) المدونة الكبرى ، ج 6 ، ص 2884 .

(2) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 246 .

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 294 .

(4) سبق تخريجه في ص 306 .

الرجل الذي أقرّ بسرقة الجمل لما قطعه النبي ﷺ ، لكنّ بما أنّهم أكّدوا إقرار السارق أمر عليه الصّلاة والسّلام بقطعه .

إذن من خلال ما سبق نستنتج أنّ رجوع المقرّ عن إقراره إذا لم تكن أدلّة أخرى تدعّمه ، ولم يكن معه متاع ، وكذا رجوع المعترف عن اعترافه في القانون ، كان ذلك شبهة يدرأ بها الحدّ شرعاً عند الجمهور ، ويعفى حينها السارق من العقوبة قانوناً ، وكذا إذا كذب المعترف له الاعتراف ، أو الإقرار الصّادر من المتهمّ ، بأن قال مثلاً : هذا لم يسرق منّي ، كان ذلك شبهة يدرأ بها الحدّ شرعاً عند الأحناف ، ويعاد النظر في هذا الإقرار قانوناً ، فتلجأ المحكمة إلى أدلّة أخرى لإثبات جريمة السرقة⁽¹⁾ .

(1) انظر الصّفحات : 314 320 من البحث .

المطلب الثاني

تعلق الشبهة بالشهادة والتطبيقات الفقهية المتعلقة بها

سبق القول بأن الحدود مثلما تثبت بالإقرار فإنها تثبت بالشهادة ، إلا أن الشهود وهم مخيرون بين السر والإعلام ، قد يؤدوا الشهادة لكنهم لا يشبتون على أقوالهم حتى استيفاء الحد ؛ بل تضطرب أقوالهم ، وقد يرجع بعضهم أو كلهم عن الشهادة ، وقد يختلفون فيما بينهم اختلافًا كبيراً حول مكان وزمان الجريمة وتفصيلها ، فهل تصح الشهادة بعد الشبهة التي علقت بها كسبب لدرء الحد عن السارق ؟ وهل اضطراب الشهود ورجوعهم عن شهادتهم يعتبر شبهة دائرة للحد وكذا اختلافهم ؟ وبما أن موضوع البحث هو السرقة ، لابد من التركيز على هذا الجانب ، وقبل مناقشة هذه المسائل ، لابد من بيان ضوابط شبهة الشهادة كتوطئة لذلك . أما تعريف الشهادة فقد مرّ في مبحث طرق إثبات جريمة السرقة ، فلا داعي لتكراره .

ورغم أن الشهادة وسيلة من وسائل إثبات جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية ، ورغم أن الفقهاء اشترطوا في الشاهد أن تتوفر فيه شروط سبق ذكرها في بابها ؛ إلا أن اختلاف الناس في مداركهم وصلاتهم وصدقهم يؤثر في الشهادة سلباً وإيجاباً ، فالذي يؤدي الشهادة بشراً ، والإنسان تعثره تقلبات نفسية مختلفة تحول دون قطعية الشهادة : كالعاطفة ، والانفعال ، والخجل ، والعداوة ، والنسب ، والقربة ، والعاهات الطبيعية وغيرها ... وبالتالي فقد يضطرب الشهود الأمر الذي يجعل الشهادة لا معنى لها ، فلا يستطيع القاضي أن يعول عليها في إثبات الجريمة ، فتكون الشهادة في هذه الحالة ما يشبه الثابت وليس بثابت ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، قد يختلف الشهود حول مكان الجريمة أو زمان وقوعها ، وقد يكذب الجرم الشهود ويأتي بما يطل شهادتهم ، لهذا لابد من توفر ضوابط في شبهة الشهادة يعول عليها القاضي في درء الحد عن الجاني ، ويمكن تلخيص هذه الضوابط فيما يلي ، ثم تفصيلها بعد ذلك كتطبيقات فقهية لهذه الشبهة .

أولاً : اختلاف الشهود حول مكان الجريمة وزمانها : الأصل في الشهادة أن يأتي الشهود إلى

مجلس القاضي ويدلون بما رأوه ، أو سمعوه دون تناقض ، أو اختلاف فيما بينهم ، ولا يهم إن كان الشهود متفرقين أو مجتمعين ، إلا أنه قد يختلف الشهود فيما بينهم اختلافًا بيناً حول مكان

الجريمة وزمانها ، الأمر الذي يحول دون كمال الشهادة ومصادقيتها ، فتصير كأنها ثابتة وليست بالثابتة ، فتحقق الشبهة ويدراً الحدّ عن الجاني .

ثانياً : رجوع الشهود عن شهادتهم : إذا حضر الشهود الذين توفّرت فيهم شروط الشهادة أمام القاضي ، ووصفوا الجريمة بتفاصيلها دون اختلاف فيما بينهم ، فإنّ الشهادة في هذه الحالة تكون وسيلة شرعية لإثبات الجريمة عند القاضي ، إلّا أنّ القاضي لا ينفذ العقاب على المجرم ، إلّا إذا ثبت الشهود على شهادتهم إلى غاية استيفاء الحدّ ، إلّا أنّه في كثير من الأحيان يحدث عكس ذلك؛ بحيث يرجع بعض الشهود ، أو كلّهم عن شهادتهم نتيجة تقلّبات نفسية خاصة ، وعلاقات قرابة ونسب تفضي إلى عدم الثبات على الشهادة الأولى ، وبالتالي يُقدح في عدالة الشهود ، وينشأ عن ذلك شبهة تدرأ الحدّ عن الجاني ؛ إذ لا وجود للجريمة بعد ذلك .

ثالثاً : تكذيب المشهود عليه للشهود : إنّ ثبوت الجريمة عند القاضي بشهادة الشهود دون اضطراب ، ودون اختلاف ، ودون رجوع عن الشهادة ، يستلزم اقتناع المشهود عليه بما شهد به الشهود - أي التلازم والتوافق بين المدّعى عليه والشهود - وبعد ذلك يتمكّن القاضي من استيفاء الحدّ ، إلّا أنّه قد يحدث أن يكذب المشهود عليه البيّنة ويقول : شهد الشهود بزور ، ويحضر بيّنة أقوى تبرّأه وتنفي عنه صفة الجريمة ، وهذا قدح أيضاً في عدالة الشهود ، الأمر الذي يُنشأ شبهة تدرأ الحدّ عن الجاني .

رابعاً : تكذيب المشهود له بيّنته : كذلك قد تثبت الجريمة عند القاضي بشهادة الشهود ، دون اضطراب واختلاف ويثبتون على ذلك ، لكنّ المشهود له يكذب الشهود ، ويبين خطأهم ، فيقول شهد شهودي بزور ، فهذا التّكذيب من شأنه أن يبطل الشهادة ، ويترتب على بطلانها عدم إقامة الحدّ على الجاني ، وذلك على خلاف بين الفقهاء سيتمّ بيانه فيما بعد .

وبناءً على هذا ، ستكون دراسة هذا المطلب في فرعين ، الأوّل : أثر رجوع الشهود عن شهادتهم في درء الحدّ ، وكذا فسقهم ، والثاني : لأثر اختلاف الشهود وتكذيب المشهود له أو عليه الشهود .

الفرع الأول

أثر رجوع الشهود عن شهادتهم في درء الحدّ ، وكذا فسقهم

في هذا الفرع سأتناول أثر رجوع الشهود عن شهادتهم في درء الحدّ عن السارق ، وذلك في ثلاثة أحوال : إذا رجعوا قبل الحكم - وإذا رجعوا بعد الحكم وقبل التنفيذ - وإذا رجعوا بعد التنفيذ ، كما أتناول أثر تغيير حال الشهود - أي من العدالة إلى الفسق - في درء الحدّ عن السارق ، وذلك في حالتين : حالة تغييرهم بعد أداء الشهادة وقبل الحكم - وفي حالة تغييرهم بعد الحكم بشهادتهم .

الفقرة الأولى : أثر رجوع الشهود عن شهادتهم في درء الحدّ عن السارق : رجوع الشهود عن شهادتهم لا يخلو من الحالات الثلاثة الآتية :

أولاً : أن يرجع الشهود قبل الحكم بشهادتهم : وفي هذه الحالة تسقط شهادتهم ، ولا يحكم بها عند عامة الفقهاء ، ونقل ابن قدامة في المغني عن أبي ثور أنّه يحكم بها ؛ لأنّ الشهادة قد أدّيت ، فلا تبطل برجوع من شهد بها ، كما لو رجعا بعد الحكم ، وأجاب عن ذلك بقوله : "وهذا فاسد؛ لأنّ الشهادة شرط الحكم ، فإذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ؛ ولأنّ رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجز الحكم بها ، كما لو شهدا بقتل رجل ثمّ علم حياته ؛ ولأنّه زال ظنّه في أنّ ما شهدا به حقّ ، فلم يجز له الحكم به كما لو تغيّر اجتهاده ، وفارق ما بعد الحكم ؛ فإنّه تمّ بشرطه ؛ ولأنّ الشكّ لا يزيل ما حكم به ، كما لو تغيّر اجتهاده " (1) .

وبناء على هذا إذا رجع الشهود عن شهادتهم في جريمة السرقة قبل الحكم بشهادتهم ، فإنّه يدرأ الحدّ عن السارق لزوال ظنّ الشهود في أنّ ما شهدوا به حقّ ، وتحقّق الشبهة في ذلك .

(1) ابن قدامة ، المغني ، ط 5 سنة 1426 هـ ، دار عالم الكتب ، ج 14 ، ص 245 / ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 6 ، ص 85 / الخرشبي ، ج 7 ، ص 220 / حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريّا الأنصاري ، ط (د ن) دار الفكر ، ج 5 ، ص 405

ثانياً : أن يرجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم وقبل التنفيذ : ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾ إلى أن الشهود لو شهدوا على شخص بزنا ، أو سرقة ، أو شرب خمر فحكم عليه بالحد بموجب شهادتهم ، ثم رجعوا عن شهادتهم قبل استيفاء الحد ، أنه لا يستوفي الحد وتسقط عقوبته ، وكذا إن كان رجوعهم في أثناء الاستيفاء ؛ حيث يسقط عنه الحد ولا يستوفي ما بقي منه ؛ لأن رجوع الشهود عن شهادتهم شبهة قوية يدرأ بها الحد ، لذلك فإن شهود السرقة إذا رجعوا عن شهادتهم سقط الحد عن المشهود عليه ؛ لوجود الشبهة التي يدرأ بها الحد وهي رجوع الشهود ، أما المال المسروق فإنه يستوفي ويثبت للمسروق منه على السارق عملاً بشهادة الشهود ، وإمضاء للحكم ، ثم يعود السارق على الشهود بضمان المال .

أما المالكية فقد اضطربت أقوالهم في أثر رجوع شهود الحد عن شهادتهم بعد الحكم وقبل التنفيذ ، فروي أن ابن القاسم كان يقول بإمضاء الحكم وتنفيذه ؛ لأن هذا مقتضى القياس ، ثم رجع عنه إلى قوله باستحسان درء العقوبة ، مراعاةً لحزمة الدم في القصاص والرجم⁽²⁾ . إلا أن المشهور عند المالكية إمضاء الحد ، وعدم نقضه برجوع الشهود ، وهو ما صرح به أكثرهم ، وهو معنى ما نص عليه خليل⁽³⁾ في مختصره⁽⁴⁾ يقول الخرشي في شرح مختصر خليل : " ... وأما لو رجعا عن شهادتهما ؛ فإن الحكم لا ينقض ، سواء كان الحكم بمال أو بنفس ، وسواء تعمدا أو الزور أولا " ⁽⁵⁾ .

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 14 ، ص 245 / المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد الحنبلي ، ط 1 سنة (1399 هـ / 1979م) طبعة المكتب الإسلامي ، ج 10 ، ص 212 وما بعدها / حاشية الجمل ، ج 5 ، ص 404 / الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ، ج 3 ، ص 192 .

(2) النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج 2 ، ص 374 / جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح عبد السميع الأبي الأزهرى ، ط (د ن) دار الفكر ، بيروت - لبنان ، ج 2 ، ص 245 .

(3) أبو المؤدة خليل ابن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي ، فقيه مالكي من أهل مصر ، مجمعاً على فضله وديانته ، تفقه على يد الإمام أبي محمد عبد الله المنوفي ، وسمع من ابن عبد الهادي ، وقرأ على الرشيدي العربية والأصول ، درس بالشيوخية وأفقى وأفاد ، من كتبه : مختصر في الفقه ، شرح جامع الأمهات لابن الحاجب ، وسماء التوضيح وغيرها ، توفي سنة 776هـ / 1274م (الديباج المذهب لابن فرحون ، ص 186 / شجرة التور الزكية لحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 223 / الدرر الكامنة لابن حجر ، ج 2 ، ص 86)

(4) جواهر الإكليل ، ج 2 ، ص 245 / حاشية الشيخ محمد عليش ، المسماة تسهيل منح الجليل ، مطبوع بهامش شرح منح الجليل على مختصر خليل للعلامة محمد عليش ، ط (د ن) مكتبة التجاح ، سوق الترك - طرابلس ، ليبيا ، ج 4 ، ص 290 .

(5) الخرشي ، ج 7 ، ص 220 .

إذن إذا رجع الشَّهود عن شهادتهم في جريمة السرقة بعد الحكم وقبل استيفاء الحدّ ، فإنّه يدرأ الحدّ عن السَّارق عند جمهور الفقهاء ؛ لوجود شبهة قويّة وهي رجوع الشَّهود ، ولا يدرأ الحدّ عند المالكيّة في المشهور عندهم ؛ بل يقام على السَّارق ، فلا أثر لرجوع الشَّهود في تطبيق العقوبة عندهم .

الترجيح : والرّاجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأنّ رجوع الشَّهود عن شهادتهم في جريمة السرقة ؛ لأنّ الإسلام حثّنا على السّتر عن المجرم في الحدود ، ودرئها بالشّبهات كلّما أمكن ذلك ، فالمرتكب لجريمة السرقة ، خاصّة إذا لم يشتهر بذلك ، فعند السّتر عليه تفتح له فرصة للتّوبة ، وتجديد العهد مع الله عزّ وجلّ ، أمّا من اشتهر بالتهتك والفساد ، فالسّتر عليه مفسدة وضياح لأموال الناس ، والسّتر في السرقة ينطبق على جميع الحدود الأخرى ، ودليله قوله ﷺ هزال عندما حرصّ ماعزاً على المجيء إلى رسول الله ﷺ ، والاعتراف بالزّنا " يا هزال لو سترته بردائك كان خيراً لك " (1) .

ثالثاً : رجوع الشَّهود بعد التّنفيز : وهنا لا مجال للقول بدرء حدّ السرقة عن الجاني برجوع الشَّهود ؛ لأنّ العقوبة المحكوم بها قد استوفيت (2) .

الفقرة الثّانية : أثر فسق الشَّهود وتغيّر حالهم في درء الحدّ : فسق الشَّهود ، وتغيّر حالهم من العدالة إلى الفسق ، لا يخلو إمّا أن يكون بعد أداء الشّهادة وقبل الحكم ، وإمّا أن يكون بعد الحكم بشهادتهم .

أولاً : تغيّر حال الشَّهود بعد أداء الشّهادة وقبل الحكم : المراد بتغيّر حال الشَّهود هنا أن يؤدّي الشّاهد شهادته ، وقد استجمع الشّرائط الّتي تلزم لقبول شهادته ، ثمّ تحدث منه ما لا تجوز معه شهادته ، كما لو ارتدّ عن الإسلام ، أو زنى ، أو شرب خمرأ ، أو قذف معصوماً ، أو سفك دمأ محرّماً .

(1) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب في السّتر على أهل الحدود ، ج 2 ، ص 340 ، رقم : 4377 ، وهذه الرواية موصولة ، ولها شاهد آخر في سنن أبي داود لكن بسند منقطع ، تحت رقم 4378 ، فالحديث بمجموع طرقه حسن .

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج 14 ، ص 246 .

1/ مذهب الجمهور : فالذي عليه أكثر الفقهاء أنه لا يحكم بشهادته ، وبهذا أخذ الحنابلة والشافعية⁽¹⁾ ، والظاهر موافقة الأحناف لهذا ؛ لأنهم يقولون بسقوط الحد بمرض الشاهد ، وفقده بصره ، وموته ، فانقاص أهليته هنا أولى في ردّ شهادته بالمرض وفقد البصر⁽²⁾ واحتجّوا لقولهم من طريقين ، ذكرهما ابن قدامة وهما⁽³⁾ :

الأول : أن عدالة الشاهد شرط للحكم ، فيعتبر دوامها إلى حين الحكم ؛ لأنّ الشروط لا بدّ من وجودها في المشروط ، وإذا فسق انتفى الشرط فلم يجز الحكم .

الثاني : أن ظهور فسقه وكفره يدلّ على تقدّمه ؛ لأنّ العادة أن الإنسان يسرّ الفسق ويظهر العدالة ، والزّنديق يسرّ كفره ويظهر إسلامه ، فلا نأمن كونه كافراً أو فاسقاً حين أداء الشّهادة ، فلم يجز الحكم بها مع الشكّ فيها .

وروي عن أبي ثور والمزني⁽⁴⁾ أنّهما قالا يحكم بشهادة الشاهد وإن طرأ عليه الفسق ؛ لأنّ الشاهد قد أدّى الشّهادة وهو من أهلها ، ولا يشترط في الشاهد بقاؤه على تلك الحال ، وحدوث فسقه لا يؤثّر على الشّهادة التي أداها قبل ذلك ، كما لا يؤثّر عليها موته أو غيابه .

2/ مذهب المالكية : أمّا المالكية⁽⁵⁾ فقد ذهبوا في قبول شهادة من تغيّر حاله بعد أداء الشّهادة إلى قولين :

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 14 ، ص 197 / الشافعي ، الأمّ ، ج 7 ، ص 54 .

(2) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 6 ، ص 27 - 28 .

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 14 ، ص 197 .

(4) المصدر السابق ، الصّفحة نفسها

والمزني هو : إسماعيل بن يحيى بن المزني أبو إبراهيم من أهل مصر ، إمام الشافعية وصاحب الإمام الشافعي ، قال الشافعي فيه : "المزني ناصر مذهبي " كان زاهداً عالماً مجتهداً من تصانيفه الجامع الكبير — الجامع الصغير — الترتيب في العلم (طبقات الشافعية الكبرى ، ج 1 ، ص 239 - 247)

(5) الخرشي ، ج 7 ، ص 192 / منح الجليل ، ج 4 ، ص 241 .

الأول : قول ابن القاسم وأصبع⁽¹⁾ ، وهو موافق لقول الجمهور في عدم قبول شهادته .

الثاني : قول ابن الماجشون⁽²⁾ ، وبه أخذ كثير من فقهاء المالكية ، وهو أن فسق الشاهد إن كان بسبب اقترافه ما يسره الناس عادة ، كالزنى ، وشرب الخمر فشهادته مردودة ، وإن كان بسبب ظاهر لا يسر ، كالجرح ، والقتل فلا تبطل شهادته بهذا .

ونقل عن أشهب ما يدل على أن هذا قوله ؛ حيث قال : " إن شهدت بيّنة عند قاضي ، ثم جنت ، أو شجّت خطأ لم تردّ شهادتها ، وإن أحدثت بعد أدائها قبل الحكم بها بعد تعديلها ما يمكن إسراجه كشرب خمر ، ردّت شهادتها " ⁽³⁾ .

الترجيح : ليس اختلاف الفقهاء في ردّ شهادة من فسق بعد أدائها لأنّ بقاء العدالة شرط في صحّة شهادته ؛ إذ لا دليل على ذلك إلّا ما كان من اجتهاد الأحناف ، وإنّما ظهور الفسق منه بعد الأداء دليل على تقدّمه معه ، قال الخرشي المالكي : " لأنّ ذلك دليل على أنّ الشاهد عنده كمين من ذلك الفسق ، وأنّه كان متلبساً به وقت أداء الشهادة " ⁽⁴⁾ .

وأما اشتراط الفقهاء أن يحكم بشهادة العدل ؛ لأنّه مظنة الصّدق ، إذ عدالته ومروءته يحولان دون الكذب ، وقول الزور على غيره ، وذلك صوناً لأعراض الناس وأموالهم وأبدانهم .

وبناءً على هذا فإنّ الرّاجح في هذه المسألة - والله أعلم - ردّ شهادة الشهود إذا تغيّر

(1) أبو عبد الله أصبع بن الفرج بن سعيد بن نافع ، مولى عبد العزيز بن مروان ، من كبار فقهاء المالكية ، سكن الفسطاط ، وروى عن الداوردي ، ويحيى بن سلام ، عبد الرحمن بن زيد بن أسلم ، وغيرهم ، ولمّا أراد أن يسمع مالكاً ورحل إليه بالمدينة وجده قد توفّي يوم أن وصل ، صحب مشايخ وتفقه عنهم ومنهم : ابن القاسم ، ابن وهب ، أشهب ، وروى عن الذهبي ، البخاري ، والبخشي ، وغيرهم ، وتفقه على يده : ابن المواز ، ابن رجب ، أبو زيد القرطبي ، وغيرهم ، له مؤلّفات منها : تفسير غريب الموطأ ، كتاب آداب الصّيام وغيرها ، توفي سنة 225 هـ / 840م (ترتيب المدارك للقاضي عياض ج 2 ، 1 ، ص 561 / الديباج المذهب لابن فرحون ، ص 158 / شجرة النور الزكية لحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 66)

(2) ابن الماجشون أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة ، فقيه مالكي فصيح ، دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة إلى أن مات ، بعد أن كانت دائرة على أبيه ، تفقه بأبيه ومالك وغيرهما ، وتفقه به خلق كثير ، كابن حبيب ، وسحنون ، وغيرهما (ترتيب المدارك للقاضي عياض ، ج 1 ، 1 ، ص 360 / شجرة النور الزكية لحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 56 / الديباج المذهب لابن فرحون ، ص 51)

(3) التاج والإكليل لمختصر خليل ، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالموافق ، مطبوع بهامش مواهب الجليل للخطّاب ط (د ت ن) مكتبة التّجّاح طرابلس - ليبيا ، ج 6 ، ص 172 .

(4) الخرشي ، ج 7 ، ص 192 .

حالمهم بعد الأداء وقبل الحكم إذا كانت الجريمة المرتكبة من طرف الجاني مما يدرأ بالشبهة ، أما إذا كانت الجريمة مما لا يدرأ بالشبهة بحيث تعلقت بحق من حقوق الآدميين ، وكان فسق الشاهد بسبب ما يسرّ عادة ؛ فكذلك تردّ شهادته ، وإذا كان الفسق بسبب ما لا يمكن ستره كالقتل وما شابه ، فلا تردّ شهادته ، وكذا لو تغيّر حال الشاهد بسبب عداوة طارئة بينه وبين المشهود عليه .

وبما أنّ جريمة السرقة من حقوق الله تعالى ، فإنّه يدرأ فيها الحدّ بتغيّر حال الشهود بعد الأداء وقبل التنفيذ .

ثانياً : تغيّر حال الشهود بعد الحكم بشهادتهم : تختلف هذه المسألة عن الأولى في أنّ تغيّر حال الشاهد هنا حدث بعد أن اتصل القضاء بشهادته ، ولم يبق إلاّ استيفاء المحكوم به .

1/ مذهب الأحناف : لقد توسّع الأحناف في درء الحدود بالشبهات أكثر من غيرهم ، لذلك فهم يقولون بدرء الحدّ بتغيّر حال الشاهد ، سواء قبل الحكم أو بعده ، جاء في فتح القدير ما في معناه " يسقط الحدّ باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتدّ أحدهم أو عمي أو خرس أو فسق أو قذف فحدّ ، لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء ، أو بعده قبل إقامة الحدّ ؛ لأنّ الإمضاء من القضاء في الحدود " (1) .

إذن فتغيّر حال الشهود في جريمة السرقة - وهي من حقوق الله تعالى - بعد الحكم وقبل إقامة الحدّ طبعاً ، له أثر على استيفاء المحكوم به عند الأحناف .

2/ مذهب الشافعية والحنابلة : يتفق الشافعية والحنابلة مع الحنفية في درء الحدود بظهور فسق الشهود ، أو ارتدادهم عن الإسلام ؛ لأنّ الحدود تدرأ بالشبهات ، وظهور فسق الشهود ، أو ارتدادهم عن الإسلام شبهة يسقط بها الحدّ ، مثله مثل رجوع المقرّ عن إقراره قبل الاستيفاء ، وبهذا يدرأ حدّ السرقة عن السارق إذا تغيّر حال الشهود بعد الحكم ، وقبل إقامة الحدّ " (2) .

3/ مذهب المالكية : انفرد المالكية بالقول بإمضاء الحكم في الحدود ، مع تغيّر حال

(1) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج 6 ، ص 26 - 27 .

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج 14 ، ص 198 / الأمّ للشافعي ، ج 7 ، ص 54 .

الشَّهْود بعد الحكم دون خلاف في المذهب ، فقد جاء في التَّاج والإكلیل " ولو حكم بشهادة بَيِّنَةٍ في حدٍّ فلم يَقم حتَّى ظهر منهم شرب الخمر ، أو فسق ، أو ارتداد فالحكم نافذ لا يردُّ " (1) . فلا أثر إذن عند المالكيَّة لتغيُّر حال الشَّهْود ، بعد الحكم في جريمة السَّرقة .

التَّرجيم : والرَّاجح في هذه المسألة - والله أعلم - أنَّه لتغيُّر حال الشَّهْود ، قبل تطبيق الحدِّ وبعد الحكم أثر على استيفاء المحكوم عليه به ، إذا كان المشهود به حدًّا من الحدود التي تجب لحقَّ الله تعالى ، وذلك قياساً على ثبوت درء الحدِّ بعد الحكم به إذا رجع المقرُّ عن إقراره ، وقياساً أيضاً على ثبوت درء الحدِّ برجوع الشَّهْود عن شهادتهم .

وبناءً على هذا يدرأ حدَّ السَّرقة عن الجاني إذا تغيُّر حال الشَّهْود بعد الحكم وقبل تطبيق الحدِّ طبعاً ؛ لأنَّه لا يمكن درء الحدِّ حينئذٍ ، ويعزَّر السَّارق بحسب ما يراه القاضي ضرورياً لإصلاح حاله .

الفرع الثاني

أثر اختلاف الشَّهْود ، وتكذيب المشهود له أو عليه الشَّهْود في درء الحدِّ عن السَّارق

في هذا الفرع سأوضِّح مسألتين : الأولى تتمثَّل في أثر اختلاف الشَّهْود حول جريمة السَّرقة في درء الحدِّ عن السَّارق ، كأن يشهد أحدهم بأنَّ السَّارق يسرق كبشاً ويشهد الآخر بأنَّه سرق بقرة ، أو يقول أحدهم كانت السَّرقة ليلاً والآخر يقول كانت نهاراً ، فهل يعتبر هذا الاختلاف شبهة قويَّة في درء الحدِّ عن السَّارق ؟ والمسألة الثانية تتمثَّل في أثر تكذيب المشهود له أو عليه الشَّهْود في درء الحدِّ عن السَّارق ، كأن يقول المسروق منه شهد شهودي بزور ، أو يدَّعي السَّارق ملكيَّة الشَّيء المسروق ، فهل هذه شبهة قويَّة أيضاً لدُّرء الحدِّ عن السَّارق ؟

الفقرة الأولى : أثر اختلاف الشَّهْود حول جريمة السَّرقة في درء الحدِّ عن السَّارق : إنَّ حدَّ السَّرقة من الحدود التي تثبت بشاهدين عدلين ، يتفقان على زمان ومكان الجريمة ، إلَّا أنَّه قد يختلف الشَّهْود حول السَّرقة ، كأن يشهد أحدهم أنَّه سرق من رجل كبشاً أبيضاً غدوة ، ويشهد آخر

(1) التَّاج والإكلیل ، ج 6 ، ص 178 .

أنه سرق ذلك الكبش بعينه عشية ، أو يقول أحدهما : سرق بقرة ، وقال الآخر : بل ثوراً ، أو يقول أحدهما : سرق يوم الخميس ، وقال الآخر : بل يوم الجمعة ، فهناك من قال بقطع السارق في هذه الحالة ، وهناك من درأ عنه الحد لشبهة الاختلاف ، هذا ما سيوضح ثماني :

أولاً : مذهب الأحناف : إذا شهد شاهدان أن السارق سرق بقرة ، ثم اختلفا في لونها ، فقال أحدهما : بيضاء ، وقال الآخر سوداء تقبل هذه الشهادة ، ويقطع بموجبها السارق ، وذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقيل إذا كان لونين متشابهين كالحمرة ، والصفرة تقبل عنده ، أما فيما لا يتشابه كالسود ، والبياض لا تقبل الشهادة⁽¹⁾ .

وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن لا تقبل الشهادة ، ويدرأ الحد عن السارق " فهما يقولان اختلفا في المشهود به على وجه لا يمكن التوفيق ، فلا تقبل الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه سرق ثوراً ، والآخر أنه سرق أنثى ، أو شهد أحدهما أنه سرق بقرة ، والآخر أنه سرق بعيراً ، والدليل عليه أن في الغصب لو اختلف الشهود في لون البقرة لم تقبل ، مع أن الثابت به مما لا يندري بالشبهات وهو الضمان ، ففي السرقة التي يتعلّق بها ما يندري بالشبهات أولى ، ولا معنى لقول من يقول لعله كان أحد شقي البقرة أبيض والآخر أسود ؛ لأنّ تلك بقاء ، لا سوداء ، ولا بيضاء"⁽²⁾

إلا أن أبا حنيفة يعتبر الاختلاف في اللون ليس من صلب الشهادة ، فلا يمنع قبولها ، وفي الوقت نفسه يردّ على الصّاحين بقوله : " اختلفا فيما لم يكلفا نقله ، والتوفيق ممكن ، فتقبل الشهادة كما لو اختلف شهود الزنا والزّانين في بيت واحد ، وبيان الوصف أنّهما لو سكتا عن بيان لون البقرة لم يكلفهما القاضي بيان ذلك ، ولهذا تبين أنّه ليس من صلب الشهادة ، والاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة إذا كان على وجه يمكن التوفيق ، لا يمنع قبول الشهادة ، وههنا التوفيق ممكن بأن كان أحد جانبيها أبيض ، والآخر أسود ... وقوله هذه تسمّى بقاء نعم ، ولكن في حقّ من يعرف اللونين ، أمّا في حقّ من لا يعرف إلا أحدهما ، فهو على ذلك اللون ، وشهود السرقة يتحمّلون الشهادة من بعيد في ظلمة الليل ، فلا يتمكّنون من أن يقتربوا من السارق ليتأمّلوا في جانب البقرة ، وبه فارق الغصب ، فإنّ الغاصب مجاهر بما يصنع ؛ فالشاهد يتمكّن من التأمل ليقف على صفة المغصوب "⁽³⁾ .

(1) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 162 .

(2) (3) المصدر نفسه ، ص 163 .

أمّا إذا اختلف الشّاهدان في جنس المسروق ، فلا تقبل الشّهادة ؛ لأنّ بيان الجنس من صلب الشّهادة .

جاء في المبسوط " وهذا بخلاف البقرة والبعير ، فإنّ الاختلاف هناك في صلب الشّهادة ، وبخلاف الذّكر والأنثى فإنّه لا يوقف على هذه الصّفة إلّا بعد القرب منها ، وعند ذلك لا يشبهه ، ولا حاجة إلى التّوفيق " (1) .

" ولو شهد أنّه سرق ثوباً فقال أحدهما هروي ، وقال الآخر مروني لا تقبل هذه الشّهادة عندهم جميعاً ، ووجه الفرق لأبي حنيفة - رحمه الله - أنّ الهروي والمروني جنسان مختلفان ، وبيان الجنس من صلب الشّهادة ، فكان هذا اختلافاً في صلب الشّهادة ، وذلك مانع من قبول شهادتهما " (2) .

وأما الاختلاف في الوقت لم تجز فيه الشّهادة أيضاً " وإن اختلفا في الوقت لم تجز الشّهادة عندهم جميعاً ؛ لأنّ السرقة فعل ، والفعل الموجود في وقت ، غير الموجود في وقت آخر ، فإذا اختلفا في الزّمان والمكان يمتنع قبول شهادتهما ، كما في الغصب ، والقتل " (3) .

إذن فاختلفا شهود السرقة عند الأحناف شبهة قويّة لدرء الحدّ عن السّارق ؛ بسبب عدم قبول الشّهادة واعتمادها لثبوت الجريمة عند القاضي ، سواء كان هذا الاختلاف في الوصف ، أم الجنس ، أم في الزّمان والمكان ، إلّا ما ذهب إليه الإمام أبا حنيفة من قبول الشّهادة إذا كان الاختلاف في وصف المسروق ؛ لأنّ الاختلاف في ذلك ليس من صلب الشّهادة .

ثانياً : مذهب الشّافعية : فصل الشّافعية في مسألة اختلاف شهود السرقة كمايلي : (4)

1/ إن شاهد شاهد أنّه سرق من رجل كبشاً أبيضَ غدوة ، وشهد آخر أنّه سرق ذلك الكبش بعينه عشية ، لم يجب الحدّ ؛ لأنّه لم تكتمل بينة الحدّ على سرقة واحدة ، وللمسروق منه أن يحلف ويقضى له بالغرم ، لأنّ الغرم يثبت بشاهد ويمين .

2/ ولو شهد واحد بكبش ، والآخر بكبشين ، ثبت واحد وقطع إن بلغ نصاباً ، وله الحلف مع شاهد الزّيادة وأخذها .

(1) (2) (3) المصدر السابق ، الصّفحة نفسها .

(4) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 339 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 465 / النووي ، روضة الطّالبيين ، ج 7 ، ص 357 - 358 .

3/ ولو شهد شاهدان أنه سرق كبشاً أبيض ، وشهد آخران أنه سرق منه ذلك الكبش بعينه عشيّة ، تعارضت البيّنات ، ولم يحكم بواحدة منهما .

4/ إن شهد شاهد أنه سرق منه كبشاً غدوة ، وشهد آخر أنه سرق منه كبشاً عشيّة ولم يعيّن الكبش ، ولم يجب الحد ؛ لأنه لم تكمل بيّنة الحد ، وله أن يحلف مع أيّهما شاء ، ويحكم له ، فإن ادّعى الكبشين حلف مع كلّ واحد منهما يميناً ، وحكم له بهما ؛ لأنه لا تعارض بينهما .

5/ وإن شهد شاهدان أنه سرق كبشاً غدوة ، وشهد آخران أنه سرق منه كبشاً عشيّة ، وجب القطع والغرم فيهما ؛ لأنه كملت بيّنة الحد والغرم .

6/ وإن شهد شاهد أنه سرق ثوباً بقيمته ثمن دينار ، وشهد آخر أنه سرق ذلك الثوب بقيمته ربع دينار لم يجب القطع ؛ لأنه لم تكمل بيّنة الحد ، ووجب له الثمن ؛ لأنه اتفق عليه الشاهدان ، وله أن يحلف على الثمن الآخر ويحكم له ؛ لأنه انفرد به شاهد فقضى به مع اليمين .

إذن الملاحظ عند الشافعية أنّ الحد يدرأ عن السارق باختلاف شهود السرقة إذا كان الخلاف بين الشاهدين ، حيث يشهد الأوّل بشيء ، والثاني بشيء آخر لعدم اكتمال البيّنة ، وكذا إذا كان الاختلاف بين شاهدين وشاهدين ، حيث تسقط الشهادتين للتعارض ، وكذا إذا اختلف الشاهدان حول قيمة المسروق فقدّره الأوّل بالتصاب ، والثاني دون ذلك .

وذكر ابن قدامة في المغني⁽¹⁾ أنّ الحد يدرأ عن السارق عند الشافعية إذا كان اختلاف الشهود في جنس المسروق أو لونه ، أو في زمان ومكان الجريمة ، وبذلك فهم يوافقون أصحاب الرأي فيما ذهبوا إليه .

ثالثاً : مذهب الحنابلة : عند الحنابلة إذا اختلف الشاهدان في الوقت والمكان والمسروق، فشهد أحدهما أنه سرق يوم الخميس ، والآخر أنه سرق يوم الجمعة ، أو شهد أحدهما أنه سرق من هذا البيت ، وشهد الآخر أنه سرق من هذا البيت ، أو قال أحدهما : سرق ثوراً ، وقال الآخر سرق بقرة ، أو قال سرق ثوراً ، وقال الآخر سرق حميراً لم يقطع ، وإن قال أحدهما سرق ثوباً أبيض ، وقال الآخر أسود ، أو قال أحدهما سرق هروياً ، فقال الآخر مروياً ، لم يقطع أيضاً⁽²⁾ .

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 286 .

(2) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 144 .

رابعاً : مذهب المالكية : قال مالك : إن شهد أحد الشاهدين أنه سرق نعجة ، وشهد الآخر أنه سرق كبشاً لا يقطع ؛ لأنّ شهادتهما قد اختلفت ، وكذلك إن شهد أحدهما أنّه سرق يوم الخميس ، وشهد الآخر أنّه سرق يوم الجمعة يطل عنه حدّ السرقة⁽¹⁾ .

فلاختلاف شهود السرقة أثر في تطبيق الحدّ عند المالكية مثل غيرهم من الفقهاء .

خامساً : مذهب الظاهرية : ويخالف ابن حزم الظاهري جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من درء الحدّ عن السارق لشبهة اختلاف الشهود ، وقال بوجوب إقامة الحدّ على السارق ، ولا أثر لاختلاف الشهود وعلل ذلك بمايلي :⁽²⁾

1/ أن من شهد عليه شاهدين بأنّه سرق بقرة حمراء ، وقال الآخر بيضاء ، يجب أن تتحقق ، هل هذه الشهادة على سرقة واحدة ؟ أم على سرقتين مختلفتين ؟ فإن قالوا كانت الشهادة على سرقة واحدة كابروا العيان ؛ لأنّه لا يشكّ ذو حسٍ سليم في أنّ سرقة بقرة صفراء ، ليست هي سرقة بقرة سوداء ، وإنّما هي سرقة أخرى .

وإن قالوا : بل هي سرقتان مختلفتان ، قيل لهم فأيّ فرق بين هذا وبين سرقة ثور أو بقرة ، أو باختلاف الشهادة في المكان ، وهذا ما لا سبيل لهم منه إلى التخلص أصلاً ، لا بنصّ قرآن ، ولا سنّة صحيحة ، ولا إجماع ، ولا قول صاحب ، ولا قياس ، ولا رأي سديد ؛ فسقط بيقين قول من فرق بين الأحكام التي ذكرنا ، ولم يبق إلّا قول من ساوى بينهما ، إمّا بمراعاة الاختلاف في ذلك ، أو بعدم مراعاة في شيء من ذلك .

2/ أنّ الذي ينبغي أن يضبط في الشهادة ، ويطلب به الشاهد ، إنّما هو ما لا يتمّ الشهادة إلّا به ، والذي إن نقص لم تكن شهادة ، فهذا هو الذي إن اختلف الشاهد فيه بطلت الشهادة ، أمّا ما لا معنى لذكره في الشهادة ، ولا يحتاج إليه فيها ، وتتمّ الشهادة مع السكوت عنه ، فلا ينبغي أن يلتفت إليه ، وسواء اختلف الشهود فيه ، أو لم يختلفوا ، فإنّ اختلافهم فيه كاختلافهم في قصّة أخرى ليست من الشهادة في شيء .

(1) المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 2869 .

(2) ابن حزم ، المحلّى ، ج 12 ، ص 331 بتصرّف .

3/ يكفي أن يقول الشهود : سرق رأساً من البقر مخفياً بأخذه ، ولا عليهم أن يقولوا أقرن ، أو أبتر ، أو وافي الذنب أبيض ، أو أسود .

4/ إنما أوجب الله تعالى الحدّ بوجوب السرقة بنصّ القرآن والسنة ، ولم يقل الله تعالى قطّ ، ولا رسوله ﷺ : لا تقبلوا الشهادة حتى يشهدوا على سرقة واحدة ، لشيء واحد ، في مكان واحد ﴿وَمَا كَانُوا بِرِئَاسَةٍ﴾ مريم / 64 .

5/ أنّ القول بدرء الحدّ باختلاف الشهود لم يعلم من أحد من الصحابة رضي الله عنهم ، ولا عن تابع ، إلا ما ورد عن قتادة في رجل شهد عليه رجل أنّه سرق بأرض ، وشهد عليه آخر أنّه سرق بأرض أخرى ؟ قال : لا قطع عليه .

وقد صحّ عن بعض التابعين أنّ هو أعلى من قتادة خلاف هذا : فعن عروة بن الزبير عن أبيه قال : تجوز شهادة الرجل وحده في السرقة .

الترجيح : والراجح في هذه المسألة - والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور من درء الحدّ عن السارق ، إذا اختلف الشهود في المسروق وزمان الجريمة ؛ لأنّ اختلاف الشهود في ذلك دليل على عدم تأكدهم من وقوع الجريمة ، وإن كانوا غير متأكدين كيف يتسنى لهم إثبات الجريمة عند القاضي ، وبالتالي يكون اختلاف الشهود شبهة كافية لدرء الحدّ عن الجاني ، وذلك بعد التأكّد من أنّ اختلاف الشهود كان حول سرقة واحدة .

(الفقرة الثّانية : أثر تكذيب المشهود له أو المشهود عليه الشهود على السرقة : إنّ جريمة السرقة من الحدود التي فيها مشهود له - وهو الذي يثبت الشهود حقاً له - ومشهود عليه - وهو الجاني أو المتهم - وثبوت السرقة عند القاضي بالبيّنة يشترط فيها عدم تكذيب المشهود له ، ولا المشهود عليه للشهود عند جمهور الفقهاء ؛ إلّا أنّه قد يحدث العكس فيكذب المشهود عليه - السارق - الشهود ، فيدعي مثلاً ملكيّة المسروق ، أو أنّ له الحقّ فيه ، أو أخذه من الذين - يباح له الأخذ منهم - وكان الشهود يجهلون ذلك ، وقد يصدر التّكذيب عن المشهود له - أي المسروق منه - بأن يقول : شهد شهودي بزور ، فينفي أنّه سرق منه ، أو يقول أودعني إيّاه ثمّ أخذه ، أو أبجته له ، أو أخذه حين كان في ضيافتي ، فهذا التّكذيب يبطل الشهادة ، ويترتب على بطلانها عدم إقامة الحدّ على الجاني عند جمهور الفقهاء ، ويخالف ذلك الإمام مالك .

أولاً: مذهب الجمهور: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفيّة ، والحنابلة ، والشافعية) إلى أنّ تكذيب المشهود له ، أو عليه الشّهود على السرقة يطل الشّهادة ، وبالتالي يترتب على بطلانه درء الحدّ عن السّارق ، إلّا أنّ الأحناف قالوا ببطان الشّهادة ، سواء كان التّكذيب قبل المخاصمة أو بعدها ، والادّعاء بالسرقة ، في حين يشترط الإمام أحمد والشافعي أن يكون التّكذيب قبل المخاصمة والادّعاء بالسرقة ؛ لأنّ التّكذيب إذا كان مبتدأ يمنع المخاصمة ، والقطع لا يجب إلّا بعد المخاصمة .

جاء في المبسوط " وإذا حكم على السّارق بالقطع بيّنة أو بإقرار ، ثمّ قال المسروق منه هذا متاعه ، أو قال لم يسرق منّي إنّما كنت أودعته ، أو قال شهد شهودي بزور ... بطل القطع عنه لانقطاع خصومته ، وقد بيّنا أنّ بقاء الخصومة إلى وقت استيفاء القطع شرط ، وأنّ المعارض بعد القضاء قبل الاستيفاء في الحدّ كالمقترن بأصل السّبب " (1) .

وجاء فيه أيضاً " فإنّ شهد شاهدان على إقراره ، وهو منكّر ، أو هو ساكت لا يقرّ ، ولا ينكر لم أقطعه ؛ لأنّ الإقرار غير ملزم إياه حتّى يتمكّن من الرجوع عنه ، فلا يمكن إثباته بالبيّنة وسكوته كإنكاره ، فإنّ البيّنة لا تقبل إلّا على المنكر ، وإنكاره بمثلة الرجوع أو أقوى " (2) .

وجاء في المغني " ومن ثبتت سرقة بيّنة عادلة فأنكر ، لم يلتفت إلى إنكاره ، وإن قال : أحلفوه لي أنّي سرقته منه لم يحلف ؛ لأنّ السرقة قد ثبتت بالبيّنة ، وفي إحلافه عليها قدح في الشّهادة ، وإن قال الذي أخذه ملك لي ، كان لي عنده وديعة ، أو رهناً ، أو ابتعته منه ، أو وهبه لي ، أو أذن لي في أخذه ، أو غصبه منّي ، أو من أبي ، أو بعضه لي ، فالقول قول المسروق منه مع يمينه ؛ لأنّ اليد تثبت له ، فإن حلف سقطت دعوى السّارق ولا قطع عليه ؛ لأنّه يحتمل ما قال ... وعن أحمد رواية أخرى أنّه يقطع ؛ لأنّ سقوط القطع بدعواه يؤدّي إلى أن لا يجب قطع السّارق ، فتفوت مصلحة الزّجر ، وعنه رواية ثالثة أنّه إن كان معروفاً بالسرقة قطع ؛ لأنّه يعلم كذبه ، وإلّا سقط عنه القطع ، والأوّل أولى ؛ لأنّ الحدود تدرأ بالشّبهات ، وإفضاؤه إلى سقوط القطع لا يمتنع اعتباره " (3) .

(1) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 186 / الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 88 .

(2) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 182 - 183 .

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 295 - 296 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 145 .

ويفرق الشافعية بين من ينكر السرقة الثابتة بالبينة ، وبين من يدعي الملك في سرقة ثابتة بالبينة ، فيقطع في الحالة الأولى ، ولا يقطع في الحالة الثانية ، وهذا نفس ما ذهب إليه الحنابلة .

جاء في نهاية المحتاج " ولو أنكر السرقة الثابتة بالبينة قطع ؛ لأنه مكذب للبينة صريحاً ، بخلاف دعوى الملك " (1) .

وجاء في روضة الطالبين " ويجري أيضاً - أي الخلاف (2) - فيما لو فات بيّنة مفصلة يثبت مثلها في السرقة ، فقال السارق : كان أباحه لي أو وهبه ، أو باعه لي ، واعتمد الشهود بظاهر الحال ، أما إذا قال : لم يزل ملكي ، وكان غصبيه ، أو قال : ما سرقت أصلاً ، فهذا يناقض قول الشهود ويكذبهم ، فهل يسقط به الحدّ تفريعاً على أنّ الدعوى التي لا تكذبهم مسقطه ؟ فيه وجهان ، أصحهما : نعم " (3) .

ثانياً : مذهب المالكية : لا يختلف رأي مالك عن رأي الشافعية والحنابلة السابق في تكذيب المجنى عليه السارق في إقراره بالسرقة ، فلا يرون في تكذيب الشهود ما يسقط الحدّ إذا ثبت أنّ التكذيب قصد به مساعدة الجاني ، وكذلك يقطع عندهم لاحتمال عدم صدقه (4) .

الترجيح : والراجح في نظري - الله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور لاحتمال صدق المكذب ؛ إذ لا يمكن ترجيح احتمال كذبه على احتمال صدقه ، فبيّنة الشهود هنا تشبه الثابت وليس بثابت ، فتصير هذه الشهادة شبهة دائرة للحدّ ؛ لأنها تعلق بها ضابط من الضوابط المذكورة سابقاً في ضوابط شبهة الشهادة . كما أنّه لو أخذ باحتمال عدم صدقه ، وأقيم الحدّ على الجاني ، ثمّ ظهر صدقه ، فإنّه لا يمكن تدارك ما فات ، فدرء الحدّ عن السارق أولى لإمكانية تدارك ما يفوت .

(1) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 444 .

(2) الخلاف الذي يجري هنا هو نفسه الذي يجري في دعوى الملك إذا ظهرت صورة السرقة ولم تقم بيّنة مفصلة ؛ حيث يقول السارق هو ملكي ، فعلى قول يسقط القطع ببقاء النزاع في المال ، فيصدق المسروق منه يمينه ، وعلى قول لا يسقط القطع بالدعوى ، فإن حلف المسروق منه ثبت القطع مع المال (انظر روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 331)

(3) النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 331 - 332 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 295 - 296 .

(4) الخرشي ، ج 6 ، ص 87 - ج 8 ، ص 95 / المدوّنة الكبرى ، ج 6 ، ص 2884 - 2855 .



التعزير عند التكرار في السرقة

بعدما اتفق جمهور الفقهاء على وجوب قطع اليد اليمنى ابتداءً - أي في السرقة الأولى -
اختلفوا في حكم من عاد إلى السرقة بعد قطع يمينه ، فقال أهل الحجاز ، والعراق تقطع رجله
اليسرى ؛ للآثار الواردة في ذلك ، وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد
اليمنى ، ولا يقطع منه غير ذلك ؛ لقوله تعالى : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾
المائدة / 38 . ولم يذكر الأرجل إلا في المحاربين فقط .

ثم اختلف جمهور الفقهاء بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى ، هل يقف
القطع ويعزّر السارق إن سرق في الثالثة ؟ أم يستمرّ القطع وتكون أربعة السارق محلاً لذلك ،
ويكون التعزير في السرقة الخامسة ؟ ⁽¹⁾ .

وسأعقب هذا المطلب بفائدة ، تتعلق بحكم العود في قانون العقوبات الجزائري بإيجاز ؛ لأنّ
العود يقابل التكرار في التشريع الجنائي الإسلامي .

الفرع الأول

القائلون بقطع أربعة السارق عند العود ، والتعزير في الخامسة

في هذا الفرع سأتناول أدلة القائلين بأنّ محل القطع عند العود أربعة السارق - أي أنّ
الأطراف الأربعة للسارق تكون محلاً للقطع عند التكرار في السرقة (اليد اليمنى ، ثمّ الرجل
اليسرى ، ثمّ اليد اليسرى ، ثمّ الرجل اليسرى ، ويعزّر في الخامسة إن عاد ، هذا مع عرض
للأدلة المعتمدة لديهم ، وبيان وجه الاستدلال منها .

الفقرة الأولى : القائلون بأنّ محلّ القطع عند العود أربعة السارق : ذهب الشافعية والمالكية

(1) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ، ص 443 .

والحنابلة في وجه إلى قطع اليد اليمنى في السرقة الأولى ، ثم الرجل اليسرى في السرقة الثانية ، ثم اليد اليسرى في الثالثة ، ثم الرجل اليمنى في الرابعة ، وفي الخامسة يعزّر السارق⁽¹⁾ ؛ فلا مانع عندهم من فقد عضوين لشقّ واحد ، ولا بأس عندهم أيضاً في فوات جنس منفعة اليدين .

(الفقرة الثانية : الأدلة المعتمدة لديهم : أستدل القائلون بأن محلّ القطع أربعة السارق عند العود ، والتعزير في الخامسة ، بالكتاب والسنة :

أولاً : دليلهم من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ المائدة / 38 . والأيدي اسم جمع ، والإثنان فما فوقهما جماعة على لسان رسول الله ﷺ ، وقال الله تعالى ﴿ إِنَّا نُنَوِّبُ إِلَى اللَّهِ فَمَنْ صَغَرَ قَلْبُكُمَا ﴾ التحريم / 4 ، وأنه لم يكن لكل واحد إلا قلب واحد ، إلا أن الترتيب في قطع الأيدي ثبت بدليل آخر ، وهذا لا يُخرج اليد اليسرى من أن تكون محلاً للقطع في الجملة⁽²⁾ . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، أن اسم اليد يتناول اليسرى كما يتناول اليمنى ، بدليل آية الطهارة⁽³⁾ .

وقالوا : لا معنى للاستدلال بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه ﴿ فَاَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ ؛ لأن هذه القراءة ينبغي أن تقطع رجله اليمنى ، ثم عندكم إذا سرق وهو مقطوع اليد اليسرى ، أو مقطوع الإبهام من اليد اليسرى لم تقطع يده اليمنى ، وبالقراءتين ، وبالإجماع صار قطع اليمنى مستحقاً من السارق ، فلا يجوز تركه بالرأي⁽⁴⁾ .

ثانياً : دليلهم من السنة

1/ ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في السارق : " وإن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق

(1) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 283 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 467 / المغني ، ج 10 ، ص 267 - 268 / بداية المجتهد ،

ج 2 ، ص 443 / الخرشي ، ج 8 ، ص 92 .

(2) دليل من أدلة الشافعية ، ذكره صاحب بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 76 .

(3) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 167 .

(4) المصدر نفسه ، ص 166 .

فاقطعوا رجله ، ثم إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله " (1) .

2/ بما روى الإمام مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه ، أن رجلاً من أهل اليمن أقطع اليد والرجل ، قدم منزل أبي بكر الصديق ، فشكا إليه أن عامل اليمن قد ظلمه ، فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر عليه السلام : وأبيك ما ليك بليل سارق ، ثم أنهم فقدوا عقداً لأسماء بنت عميس امرأة أبي بكر الصديق عليه السلام ، فجعل الرجل يطوف معهم ويقول : " اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح ، فوجدوا الحلبي عند صائغ ، رغم أن الأقطع جاءه به ، فاعترف به الأقطع ، أو شهد عليه به ، فأمر به أبو بكر الصديق عليه السلام ، فقطعت يده اليسرى ، فقال أبو بكر : " والله لدعاؤه على نفسه أشدّ عندي عليه من سرقة " (2) . فقالوا بأن هذا فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : " اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر " (3) .

وروى عن عثمان وعمر بن العاص ، وعمر ابن عبد العزيز (4) أنه يقطع في الثالثة والرابعة ، لكنهم قالوا بقتله في الخامسة (5) .

ودليلهم في ذلك : ما رواه جابر عليه السلام أنه جيء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بسارق ، فقال : " اقتلوه " فقال : يا رسول الله إنما سرق ، فقال : " اقطعوه " قال : فقطع ، ثم جيء به في الثانية ، فقال : " اقتلوه " قالوا : يا رسول الله إنما سرق ، فقال : " اقطعوه " فقطع ، ثم جيء به في الثالثة ، فقال : " اقتلوه " فقالوا : يا رسول الله إنما سرق ، قال : " اقطعوه " قال : ثم أتى به في الرابعة

(1) لهذا الحديث طرق متعددة ، وقد أوردها صاحب إرواء الغليل ، ج 8 ، ص 86 ، ثم قال : " أخرج هذه الطرق الدارقطني في السنن 364 وهي وإن كانت لا تخلو مفرداتها من ضعف ، ولكنه ضعف يسير ، فبعضها يقوّي بعضاً كما هو مقرر في المصطلح ...

إذن الحديث أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب الحدود والديات وغيره ، رقم 292

(2) موطأ الإمام مالك ، كتاب الحدود ، رقم 1581 / وفي إرواء الغليل ، ج 8 ، ص 91 : أن أبا بكر وعمر قطعاً اليد اليسرى في المرة الثالثة ، وقال : إسناده صحيح .

(3) رواه الترمذي في سننه ، كتاب المناقب ، باب في مناقب أبي بكر وعمر ، ج 5 ، ص 374 ، رقم 3672 / وأخرجه ابن ماجه في المقدمة ، باب في فضائل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ج 1 ، ص 48 ، رقم 97 / ورواه أحمد في مسنده ، باقي مسند الأنصار ، رقم 22734 (طبعة إحياء التراث)

(4) أبو حفص عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم ن الأموي الدمشقي ، الخليفة الصالح ن والملك العادل ، قيل فيه خامس الخلفاء الراشدين لعدله ، كان من أئمة الاجتهاد ن ومن ملوك الدولة مروانية الأموية بالشام ن ولد سنة 61 هـ / 681م بالمدينة المنورة ونشأ فيها ، وقيل ولد بمصر ثم رحل إلى المدينة وتعلّم بها ، وولي إمارتها للوليد بن عبد الملك ، ثم استوزره سليمان بن عبد الملك بالشام ، توفي سنة 101 هـ / 720م بعد سنتين ونصف من خلافته بسبب سمّ دسّ له ، ألف الكثير في مناقبه وعدله (البداية والنهاية لابن كثير ، ج 9 ، ص 192 / سير أعلام النبلاء للذهبي ، ج 5 ، ص 114 / تاريخ الطبري ، ج 8 ، ص 587)

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 267 .

فقال : " اقتلوه " قالوا : يا رسول الله إنما سرق ، قال : " اقطعوه " ثم أتى به الخامسة ، قال : " اقتلوه " قال : فانطلقنا به فقتلناه ، ثم اجتررناه فألقيناه في بئر " (1) .

إلا أن القائلين بقطع أربعة السارق ينكرون القول بقتله في الخامسة ، جاء في المهذب " وإن سرق خامساً لم يقتل ؛ لأن النبي ﷺ بين في حديث أبي هريرة رضي الله عنه ما يجب عليه في أربع مرّات ، فلو وجب في الخامسة قتل لبين ، ويعزّر ؛ لأنه معصية ليس فيها حدّ ، ولا كفّارة فعزّر فيها " (2) .

وقالوا : بأنّ خبر قتله في الخامسة - أي حديث جابر - منكر ، ويتقدّر صحته يكون منسوخاً ، أو محمولاً على قتله بزنى ، أو استحلال (3) .

الفرع الثاني

القائلون بأن محل القطع طرفان ، وتفنيدهم لأدلة الرأي الأول

في هذا الفرع سألين من قال بأن محل القطع عند العود طرفا السارق - أي تقطع اليد اليمنى في السرقة الأولى ، وتقطع الرجل اليسرى في السرقة الثانية - هذا مع عرض لأدلة هذا الفريق بالتفصيل ، وبيان وجه الدلالة فيها ، وبناءً عليه يضمن السارق ما سرقه ، ويعزّر بعد ذلك إن عاود ، مع بيان لكيفية ردّ هذا الفريق لأدلة الفريق الأول ، وتفنيدها .

الفقرة الأولى : القائلون بأن محل القطع طرفان ، وأدلتهم في ذلك

أولاً : القائلون بأن محل القطع طرفان : ذهب الأحناف إلى أن محل القطع طرفان فقط اليد اليمنى ، والرجل اليسرى ، وذلك على الترتيب في السرقة الأولى والثانية ، وفي الثالثة وما بعدها يعزّر الجاني ، ويحبس ، وهو الظاهر عند الحنابلة أيضاً (4) .

(1) أخرجه الدارقطني بهذا ، وفيه محمد بن يزيد بن سنان ، قال الدارقطني : هو ضعيف ، ورواه أبو داود والتّسائي بغير هذا السياق بلفظ جيء بسارق إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : اقتلوه ، فقالوا يا رسول الله إنما سرق ... ، وفي إسناده مصعب بن ثابت ، قال التّسائي : ليس بالقوي ، وهذا منكر ، ولا أعلم فيه حديثاً صحيحاً . وقال ابن عبد البر : حديث القتل منكر لا أصل له ، وقد قال الشافعي : هذا الحديث منسوخ ، لا خلاف فيه عند أهل العلم . وقال أيضاً : وهذا يدلّ على أن ما حكاه أبو مصعب عن عثمان وعمر بن عبد العزيز أنّه يقتل لا أصل له . (قاله الحافظ في التلخيص)

(2) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 283 .

(3) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 467 .

(4) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 267 / المرداوي ، الإنصاف ، ج 10 ، ص 286 .

جاء في البدائع : " فأصل الخلل عند أصحابنا طرفان فقط ، وهما اليد اليمنى والرجل اليسرى ، فتقطع اليد اليمنى في السرقة الأولى ، وتقطع الرجل اليسرى في السرقة الثانية ، ولا يقطع بعد ذلك أصلاً ، ولكنه يضمن السرقة ، ويعزّر ، ويجبس حتى يحدث توبة " (1) .

ومعنى هذا إذا سرق السارق وهو مقطوع اليد اليمنى قبل ذلك قطعت رجله اليسرى ، وإذا كانت رجله اليسرى مقطوعة قبل ذلك لم يقطع ، ويضمن السرقة ، ويجبس حتى يموت (2) .

وجاء في الفتاوى الهندية : " أنه للإمام أن يقتل السارق في المرة الثالثة سياسة لسعيه في الأرض بالفساد (3) .

ومدة التوبة مفوضة إلى رأي الإمام ، وقيل ممتدة إلى أن يظهر سيما الصالحين في وجهه ، وقيل يجبس سنة ، وقيل إلى أن يموت (4) . هذا وذهب الحنابلة في إحدى الوجهين : إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأي في قطع اليد اليمنى في السرقة الأولى ، والرجل اليسرى في السرقة الثانية ، والتعزير بعد ذلك (5) .

ثانياً : الأدلة التي اعتمدها هذا الفريق : استدلل أصحاب هذا الرأي بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول :

1/ دليلهم من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ المائدة / 38

وقد ثبت أن ابن مسعود رضي الله عنه قد قرأ ﴿ فاقطعوا أيديهم ﴾ وهذه القراءة بمثابة تفسير لمبهم ، وبمترلة المقيّد من المطلق ، فكأنه قال : اقطعوا أيديهما من الأيدي (6) .

2/ دليلهم من السنة : أمّا السنة فقد استدّلوا بما يلي :

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 86 / الفتاوى الهندية ، ج 2 ، ص 183 / الكاساني ، المبسوط ، ج 9 ، ص 167 .

(2) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 170 .

(3) الفتاوى الهندية ، ج 2 ، ص 183 .

(4) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 171 .

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 268 - 267 / السياسة الشرعية ، ص 96 / المرداوي ، الإنصاف ، ج 10 ، ص 286 .

(6) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 86 / السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 167 .

أ/ ما روى أن علي ابن أبي طالب عليه السلام أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق ، فقال لأصحابه: ما ترون في هذا ؟ قالوا : أقطعه يا أمير المؤمنين ، قال : قتلته إذا ، وما عليه القتل ، بأي شيء يقوم على حاجته ؟ فردّه إلى السّجن أيّاماً ، ثمّ أخرجه ، فاستشار أصحابه ، فقالوا مثل قولهم الأوّل ، وقال لهم : مثل ما قال أوّل مرّة ، فجلده جلدًا شديدًا ، ثمّ أرسله ⁽¹⁾ .

وروي أيضاً أنّه عليه السلام أتى بسارق فقطع يده ، ثمّ أتى به الثانية وقد سرق فقطع رجله ، ثمّ أتى به الثالثة وقد سرق ، فقال لا أقطعه ، إن قطعت يده فبأي شيء يأكل ؟ بأي شيء يتمسّح ؟ وإن قطعت رجله بأي شيء يمشي إني لأستحي من الله ، فضربه بحشبة ، وحبسه ⁽²⁾ .

ب/ وروي أن سيّدنا عمر رضي الله عنه أتى بسارق أقطع اليد والرجل قد سرق نعالاً يقال له سدوم ، وأراد أن يقطعه ، فقال له علي رضي الله عنه إنّما عليه قطع يد ورجل ، فحبسه عمر رضي الله عنه ، ولم يقطعه ⁽³⁾ .

2/ دليلهم من الإجماع

أ/ إنّ عمر وعليّ رضي الله عنهما لم يزيّدا في القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى ، وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ، ولم ينقل أنّه أنكر عليهما منكر ، فيكون ذلك إجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم .

ب/ إنّنا أجمعنا على أنّ اليد اليمنى إذا كانت مقطوعة لا يعدل إلى اليد اليسرى ؛ بل إلى الرجل اليسرى ، ولو كان لليد اليسرى مدخلاً في القطع لكان لا يعدل إلّا إليها ؛ لأنّها منصوص عليها ، ولا يعدل عن المنصوص عليه إلى غيره ، فدلّ العدول إلى الرجل اليسرى لا إليها على أنّه لا مدخل لها في القطع بالسّرقة أصلاً ⁽⁴⁾ .

3/ **المعقول** : إنّ في قطع اليد اليسرى تفويت جنس منفعة من منافع النفس أصلاً ، وهي منفعة البطش ؛ لأنّها تفوت بقطع اليد اليسرى بعد قطع اليمنى ؛ فتصير النفس في حقّ هذه

(1) في إرواء الغليل ، ج 8 ، ص 90 ، مروي عن سعيد المقبري ، وقال الشيخ الألباني " لم أقف على سنده إلى المقبري ، وقد توبع " ثمّ ذكر الطّرق التي فيها المتابعة

(2) رواه البيهقي في سننه ، كتاب السرقة ، باب جماع أبواب قطع اليد والرجل في السرقة ، رقم 17046

(3) رواه البيهقي في سننه ، كتاب السرقة ، باب جماع قطع اليد والرجل في السرقة ، رقم 17047

(4) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 86 / السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 167 .

المنفعة هالكة ، فكان قطع اليد اليسرى إهلاك النفس من وجه ، وكذا قطع الرجل اليمنى بعد قطع الرجل اليسرى تفويت منفعة المشي ؛ لأنّ منفعة المشي تفوت بالكلية ، فكان قطع الرجل اليمنى إهلاك النفس من كلّ وجه ، وإهلاك النفس من كلّ وجه لا يصلح حداً في السرقة ، كذا إهلاك النفس من وجه ؛ لأنّ الثابت من وجه ملحق بالثابت من كلّ وجه في الحدود احتياطاً⁽¹⁾ .

(الفقرة الثانية : تفنيذ المانعين لقطع أربعة السارق أدلة المجيزين : ردّ أصحاب الرأى الأول المانعين لقطع أربعة السارق أدلة المجيزين كمايلي :

أولاً : بالنسبة لاستدلالهم بالكتاب قالوا :

1/ لا حجة لهم في الآية الكريمة ، لأنّ ابن مسعود رضي الله عنه قرأ ﴿ فاقطعوا أيماهما ﴾ ولا يظنّ بمثله أن يقرأ ذلك من تلقاء نفسه ؛ بل سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرجت قراءته مخرج التفسير لمبهم الكتاب العزيز ، وهكذا روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه في قوله عزّ وجلّ ﴿ فاقطعوا أيماهما ﴾ أنّه قال أيماهما وهكذا روي عن الحسن وإبراهيم رحمهما الله⁽²⁾ .

قال إبراهيم النخعي : إنّ من قراءتنا : والسارقون والسارقات فاقطعوا أيماهما ، وهذه القراءة من القراءة المشهورة بمثلة المقيّد من المطلق ، فيصير كأنه قال : فاقطعوا أيماهما من الأيدي ، فلا يتناول الرجل أصلاً ، ولا يتناول اليسرى⁽³⁾ .

2/ وإن ذكرت - الأيدي - بلفظ الجمع ، فالأصل أنّ ما يوجد من خلق الإنسان تذكر تشنيه بعبارة الجمع ؛ قال الله تعالى : ﴿ فَمَنْ صَغَرَ قُلُوبُكُمْ ﴾ التحريم / 4 ، يقال ملأت بطونكم ؛ ولأنّ الجمع المضاف إلى الجماعة يتناول الفرد من كلّ واحد ، يقال ركب القوم دوابهم ؛ فيصير معنى الآية فاقطعوا يدا من كلّ سارق وسارقة ، وكان ينبغي باعتبار هذا الظاهر أن لا يقطع الرجل اليسرى منهما ، ولكن ثبت ذلك بدليل الإجماع⁽⁴⁾ .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 86 / السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 167 وما بعدها .

(2) المصدر نفسه ، ص 86 - 87 .

(3) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 167 .

(2) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

ثانياً : أما استدلالهم بالسنة فكان الرد عليها كمايلي :

1/ وأما حديث الأقطع ، فقد رواه الزهري في الموطأ عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها ، أنها قالت : لما كان الذي سرق حليّ أسماء أقطع اليد اليمنى ، فقطع سيدنا أبو بكر رضي الله عنه رجله اليسرى ، وكانت تنكر أن يكون أقطع اليد والرجل⁽¹⁾ .

وجاء في المبسوط " وليس لحكاية الحال عموم ، فعند اختلاف الرواية فيه يضعف الاستدلال به " ⁽²⁾ .

2/ بالنسبة لحديث جابر قيل كان ذلك الرجل مرتدّاً على ما قال جابر رضي في حديث : " أتى رسول الله ﷺ بسارق فقال اقتلوه فقبل إثمًا سرق يا رسول الله فقال اقطعوه ، ثم ذكر هكذا في كلّ مرة إلى أن قال في المرة الخامسة ألم أقل لكم اقتلوه ، فقد عرف رسول الله ﷺ بطريق الوحي وجوب القتل عليه ، ولما خاف أن يظنّ ظانّ أنّ موجب السرقة القتل أمر بقطعه حتّى تبين لهم ذلك في المرة الخامسة ، فأمر بقتله ، فلمّا كان مستوجباً للقتل يباح قطع الأعضاء منه⁽³⁾ .

3/ وما روي بقطع السارق في المرة الثالثة والرابعة إن صحّ ، حمل على السياسة ، أو التسخ ، وفي هذا يقول الإمام الطحاوي - رحمه الله - فيما نقله عنه ابن عابدين في حاشيته " تتبّعنا هذه الآثار ، فلم نجد لشيء منها أصلاً " ⁽⁴⁾ .

كما نقل ابن عابدين ما جاء في الفتح " وفي المبسوط⁽⁵⁾ الحديث غير صحيح ولئن سلم يحمل على الانتساح ؛ لأنّه كان في الابتداء تغليظ في الحدود كقطع أيدي العرنيين وأرجلهم وسمّر أعينهم ... ، ثم قال ... ؛ بل مذهبنا عن عليّ وابن عباس وعمر أنّ هذا قد ثبت ثبوتاً لا مردّ له ، وبعيد أن يقطع ﷺ أربعة السارق ، ثم يقتله ، ولا يعلمه مثل عليّ وابن عباس وعمر من الصحابة الملازمين ، ولو غالوا لا بدّ من علمهم عادة ، فامتناع عليّ رضي الله عنه إمّا لضعف ما مرّ ، أو لعلمه

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 87 .

(2) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 141 .

(3) المصدر نفسه ، ص 168 .

(4) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 171 / السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 167 .

(5) ذكر صاحب المبسوط " حديث جابر الذي أمر فيه الرسول صلى الله عليه وسلم أصحابه بقتل السارق في الخامسة " ج 9 ، ص 167 .

بأنّ ذلك ليس حداً مستمراً ، بل من رأي الإمام قتله لما شاهد فيه من السّعي بالفساد في الأرض ، وبعد الطّباع عن الرّجوع ، فله قتله سياسة ، فيفعل ذلك القتل المعنوي . اهـ⁽¹⁾ .

التّرجيح : والصّواب في هذه المسألة - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب الرّأي الأوّل - أي قطع اليد اليمنى في السرقة الأولى ، والرّجل اليسرى في السرقة الثانية - وما كان بعد ذلك يعزّر فيه الجاني إمّا بالحبس الطّويل المدّة ، وإمّا بالضّرب الشّدديد ، بحسب ما يراه الإمام زاجراً له ، حتّى وإن اقتضى الأمر إلى قتله سياسة إذا كان يسعى في الأرض بالفساد ، ولم يجرى إصلاحه .

أمّا قطع الأعضاء الأخرى للسّارق ففيه هلاك له ، وهذا يتنافى تماماً مع الغرض الذي شرّع من أجله الحدّ ، وهو الرّجوع ، وليس الهلاك .

كما أنّ الآثار الواردة في ذلك لا تخلو من مقال ، وما أثر من فعل أبي بكر ، وعمر رضي الله عنهما ، فقد عارضه قول عليّ رضي الله عنه ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنّه رجع إلى قول عليّ رضي الله عنه ، فروي أنّ عمر رضي الله عنه أتى برجل أقطع اليد والرّجل قد سرق ، فأمر به عمر أن تقطع رجله ، فقال عليّ : إنّما قال الله تعالى ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً ﴾ المائدة / 36 وقد قطعت يد هذا ورجله ، فلا ينبغي أن تقطع رجله ، فندعه ليس له قائمة يمشي عليها ، إمّا أن تعزّره ، وإمّا أن تستودعه السّجن ، فاستودعه السّجن⁽²⁾ " (3) .

فائسرّة : حكم العود في السرقة في قانون العقوبات الجزائري

العود في القانون يقابل التّكرار في التشريع الجنائي الإسلامي ، وعُرف في قانون العقوبات الجزائري بأنّه " الوصف القانوني الذي يلحق بشخص عاد إلى الإجرام ، بعد الحكم عليه بعقوبة بموجب حكم سابق بات ، ضمن الشّروط التي حدّدها القانون " (4) .

(1) حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 171 / السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 167 .

(2) رواه البيهقي في سننه ، كتاب السرقة ، باب السارق يعود فيسرق ثانياً وثالثاً ورابعاً ، رقم 17045

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 268 .

(4) شرح قانون العقوبات الجزائري ، لعبد الله سليمان - القسم العام - ج 1 ، ص 378 .

وهذه الشّروط تتمثّل في :⁽¹⁾

أولاً : صدور حكم بالإدانة على الجاني : أي أنّ يكون للشّخص المدان ماضياً إجرامياً أوضحه الحكم الصّادر عن القضاء ، وبعدّ هذا الحكم بمشابة إنذار للجاني بأن لا يعود للجريمة ثانية ؛ فإذا عاد الجاني إلى الجريمة فقد أظهر أنّ لديه شخصيّة خطيرة لا تكفي العقوبات العادية المقرّرة للجريمة على ردعها ، ولذا جاز أن تغلّظ تلك العقوبات لتصبح قادرة على ردعه .

ثانياً : اعتراف الجاني لجريمة جديدة بعد الحكم السّابق : لكي يعدّ الجاني عائداً ، لا بدّ أن يرتكب جريمة جديدة بعد الحكم السّابق عليه ، تكون مستقلّة عن الجريمة السّابقة الّتي صدر بها الحكم ، واشتراط أن تكون الجريمة التّالية مستقلّة عن الأولى شرط جوهري ؛ إذ لا يعدّ من يتهرّب من تنفيذ الجريمة الأولى ، أو التخلّص من آثارها مثلاً عائداً .

ويعتبر العود في القانون ظرفاً مشدّداً ، إلّا أنّه هناك من اعتبره حالة فقط ، وليس ظرفاً للفوارق الّتي تفصله عن الطّروف المشدّدة الأخرى ، لكنّ الرّأي الرّاجح قانوناً يرى في العود ظرفاً مشدّداً عاماً⁽²⁾ .

وبناءً على هذا تطبّق على العود قواعد أكثر شدّة ؛ إذ الجانح لم يرتدع من العقوبة الأولى الموقّعة عليه ، فإذا قام الجانح مثلاً بارتكاب جريمة السّرقّة ، ثمّ حوكم ، وعوقب بخمسة أشهر حبس ، مع إفادته بوقف التنفيذ تحذيراً له (خمسة أشهر موقوفة التّفاد) ؛ فإذا عاد وارتكب جريمة السّرقّة للمرّة الثّانية ، وقبل أن تمضي خمس سنوات على العقوبة الأولى ؛ فإنّه يعاقب بالحبس المشدّد - أي لمدّة لا يمكن أن تقلّ عن ضعف المدّة المعاقب بها في الجريمة الأولى - وهي عشرة أشهر حبساً نافذة ، على أن لا تتجاوز العقوبة ضعف الحدّ الأقصى للعقوبة المقرّرة قانوناً لتلك الجريمة ، ففي جريمة السّرقّة نجد العقوبة الأقصى تصل إلى خمس سنوات حبساً ، وضعفها هو عشر سنوات حبساً - أي بإمكان أن تصل عقوبة الحبس بالنّسبة للعود في السّرقّة إلى عشر سنوات ، ويشترط نصّ المادّة 55 من قانون العقوبات ، أن يقوم الجانح بارتكاب الجنحة الثّانية في ظرف خمس سنوات ، ابتداء من تاريخ انقضاء العقوبة الأولى ، أو سقوطها بالتّقدم⁽³⁾ .

(1) المرجع السّابق ، الصّفحة نفسها .

(2) المرجع السّابق ، ص 377 .

(3) مبادئ القانون الجزائي العامّ ، ص 90 / انظر أيضاً المرجع السّابق ، ص 382 ، وما بعدها .

ومن خلال ما سبق ، نلاحظ أنّ القانون يشدّد العقوبة في العود ، ويحدّده بمدة زمنيّة ، بينما في التشريع الجنائي الإسلامي لم يحدّد التكرار بمدة زمنية ، كما أنّ العقوبة لم تشدّد ؛ لأنّها تتعلّق بقطع الطّرف ، إذ هي بأصلها شديدة ، ولا يمكن الموازنة بين التكرار والعود ههنا ؛ لأنّ كلّ منهما يصبّ في إناء يختلف اختلافاً جوهرياً عن الآخر .

فمسألة التكرار في السرقة شرعاً ناقشها الفقهاء ؛ لأنّ العقوبة تتعلّق بالقطع ، والجاني يحمل أربعة أطراف لا غير ، فلا بدّ من تحديد محلّ القطع ، وكلّما كرّر الجاني فعل السرقة كانت العقوبة أكثر هلاكاً ، وهذا لا يسمّى تشديداً للعقوبة عند التكرار في السرقة ؛ لأنّ العقوبة بطبيعتها شديدة، بينما في القانون الأمر يتعلّق بالحبس ، وليس باستئصال الطّرف حتّى يقع فيما وقع فيه فقهاء الشريعة ، فالافتراق بديهي ومعقول .

المطلب الرابع

التعزير عند فوات المحل بذهاب الطرف

إذا استوفت جريمة السرقة جميع أركانها وشروطها وجب القطع على السارق ، ومحل القطع ابتداءً هو اليد اليمنى ، عملاً بكتاب الله عز وجل ، لكن الخلاف واقع بين الفقهاء في حالة ما إذا كانت اليد اليمنى للسارق قد قطعت قبل تنفيذ الحد ، بغض النظر عن كونها قطعت بفعل سماوي أو بفعل جنابة ، هل يسقط القطع ويعزّر الجاني ، أم ينتقل القطع إلى اليد اليسرى ، أم إلى الرجل اليسرى ؟

كما أنّ الخلاف واقع إذا ما كانت اليد اليسرى للجاني قد أتلّفت ، أو شلت قبل تنفيذ العقوبة ، هل يسقط القطع ، أم تقطع يده اليمنى ، أم تقطع الرجل اليسرى ؟ وفي حالة خطأ الحداد في تنفيذ العقوبة ؛ بحيث قطع عضواً غير العضو المطلوب في السرقة ، هل يجزأ ذلك ولا ضمان على السارق ، أم على السارق الضمان ؛ لأنّ القطع لم يصب محلّه ؟ فلتوضح هذه المسائل لابدّ من فرعين اثنين ، الأوّل : لحكم السارق إذا قطعت يميناه قبل التنفيذ ، أو يسراه قبل قطع اليمنى ، والثاني : لحكم الخطأ في التنفيذ

الفرع الأوّل

حكم السارق إذا قطعت يميناه قبل التنفيذ أو يسراه قبل قطع اليمنى

في هذا الفرع إن شاء الله تعالى سأتناول مسألتين اثنتين ، الأولى تتمثل في حكم قطع اليد اليمنى للسارق قبل تنفيذ الحد ، وبعبارة أخرى ، ما حكم السارق الذي يسرق ويده صحيحة ، ثمّ قبل تنفيذ الحد تسقط يده بآفة ، أو جنابة فيفوت المحل ، هل يعزّر السارق ، أم ينتقل القطع إلى البدل ؟ والمسألة الثانية تتمثل في حكم السارق الذي سقطت يده اليسرى أو شلت قبل قطع اليمنى ، وبتعبير آخر إذا ذهبت اليد اليسرى للسارق بجنابة أو بسبب سماوي ، أو شلت قبل قطع اليمنى ، هل تقطع يميناه ، أم يعزّر ، أم ينتقل القطع إلى الرجل اليسرى ؟

الفقرة الأولى : حكم السارق إذا قطعت يمينه قبل التنفيذ : سبق القول بأنه إذا ثبتت السرقة مستوفية شروطها على مكلف ، وجب قطع يده اليمنى من مفصل الكف ؛ لقوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة / 38 ، ولشبه ذلك بالسنة الصحيحة قولاً وعملاً.

لكن السارق قد يسرق ولا يمين له ، ففي هذه الحال ينتقل القطع إلى البدل ؛ لأن القطع هنا لم يتعلق باليد اليمنى ابتداءً ، وإنما بالبدل ، وهذا بإجماع الفقهاء⁽¹⁾ . وقد يسرق السارق ويده اليمنى صحيحة ، لكن بعد السرقة وقبل تنفيذ الحد تسقط يده بآفة ، أو جناية ، فيفوت محل القطع ؛ لأن القطع تعلق بها ابتداءً .

وتكاد تتفق عبارة الفقهاء في سقوط حد السرقة بفوات محلها بعد وجوب الحد ، سواء قطع العضو بأمر سماوي ، أو جنى عليه شخص فقطعه بعد استحقاقه القطع بالسرقة ، أو قطع قصاصاً ، ويكفي عند هؤلاء الفقهاء أن يسرق السارق ويده سليمة ، ماعدا الأحناف فإنهم يشترطون أن يكون إتلاف اليمنى بعد الخصومة ، فإذا كان قبل الخصومة فلا يسقط الحد ، وهناك من شذّ وقال بانتقال القطع إلى البدل ، كمن يسرق ولا يمين له .

قال صاحب منح الجليل " وسقط عن السارق الحد أي قطعه للسرقة إن سقط العضو المطلوب قطعه لها سواء كان اليد اليمنى أو غيرها بأمر سماوي أو بجناية أو بقصاص بعد السرقة ، ونقل عن الموازية قوله " قال الإمام مالك وغيره رضي الله عنهم إن ذهب اليد اليمنى بعد السرقة بأمر من الله تعالى ، أو تعمّد من أجني فلا يقطع منه شيء ؛ لأن القطع وجب فيها " (2) .

وقال صاحب المذهب : " وإن سرق ولا يمين له قطعت الرجل اليسرى ، فإن كانت له يمين عند السرقة ، فذهبت بأكلة ، أو جناية سقط الحد ، ولم ينتقل الحد إلى الرجل والفرق بين المسألتين أنه إذا سرق ولا يمين له تعلق الحد بالعضو الذي يقطع بعدها ، وإذا سرق وله يمين تعلق القطع بها ، فإذا ذهب زال ما تعلق به القطع فسقط " (3) .

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 265 / المذهب ، ج 2 ، ص 283 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 361 / الخرشي ، ج 8 ، ص 93 .

(2) منح الجليل ، ج 4 ، ص 540 / النفراوي ، الفواكه الدواني ، ج 2 ، ص 351 - 352 / الخرشي ، ج 8 ، ص 92 .

(3) الشيرازي ، المذهب ، ج 2 ، ص 283 / الرملي ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 467 / روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 361 .

وهناك رواية أخرى عند الشافعية تقول بقطع البدل ، كما لو فات محلّ القصاص يعدل إلى بدله ، وهو الدية ؛ إلا أنّ الصحيح ما ذكره صاحب المهذب ؛ لأنّ القطع تعلّق بها - أي باليد اليمنى - (1) .

وجاء في المغني : " ومن سرق وله يمينى ، فقطعت في قصاص ، أو ذهبت بأكلة ، أو تعدّى عليه متعد فقطعها ، سقط القطع ، ولا شيء على العادي إلاّ الأدب " (2) .

واشترط الأحناف كون القطع بعد الخصومة لكي يكون له أثر في سقوط الحدّ ؛ حيث جاء في البدائع " ولو وجب عليه قطع اليد اليمنى في السرقة ، فلم تقطع حتّى قطع قاطع يمينه ، فهذا على وجهين ، إمّا أن يكون قبل الخصومة ، وإمّا أن يكون بعدها ... وإن كان بعد الخصومة ، فإن كان قبل القضاء ، فكذلك الجواب - أي القصاص على القاطع العمد ، والإرش في الخطأ - إلاّ أنا ههنا لا نقطع رجله اليسرى ؛ لأنّه لما خوصم كان الواجب في اليمين ، وقد فاتت فسقط الواجب ، كما لو ذهب بآفة سماوية ، وإن كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع ؛ لأنّه احتسب لإقامة حدّ الله سبحانه وتعالى ، فكان قطعه عن السرقة حتّى لا يجب الضمان على السارق فيما هلك من مال السرقة في يده أو استهلك " (3) .

هكذا ذكر أكثر الفقهاء سقوط القطع عن السارق دون الانتقال إلى بدل ، وذكر بعضهم مواضع يجب فيها الانتقال إلى البدل عند فوات الحلّ ، أو العضو المطلوب قطعه في السرقة ، ومنها مايلي :

1/ عند الأحناف ينتقل إلى البدل إذا فات الحلّ بعد السرقة ، وقبل الخصومة ، جاء في بدائع الصنائع " فإن كان قبل الخصومة ، فعلى قاطعه - أي قاطع يمين السارق - القصاص إن كان عمداً ، والإرش إن كان خطأ ، وتقطع رجله اليسرى في السرقة كأنه سرق ولا يمين له " (4) .

2/ روى ابن قدامة عن قتادة فيمن عدا على السارق بقطع يده أنّه قال " يقتصّ من القاطع ، وتقطع رجل السارق " (5) فهو يرى أنّ ذهاب يد السارق بجناية غيره عليه يوجب الانتقال

(1) النووي ، روضة الطالين ، ج 7 ، ص 361 .

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 265 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 88 / المبسوط ، ج 9 ، ص 175 / الفتاوى الهندية ، ج 9 ، ص 182 - 183 .

(4) المصادر نفسها ، بصفحاتها .

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 265 .

إلى قطع رجله بدل يده التي ذهبت ، وأجابه ابن قدامة بقوله " وهذا غير صحيح ، فإنَّ يد السَّارق ذهبت ، والقاطع قطع عضواً غير معصوم " (1) .

3/ ذكر المالكية أنَّ السَّارق إنَّ قطعت يده قصاصاً ، ولكن بجناية سابقة على السرقة فإنَّه لا يسقط الحدّ ، ولكن ينتقل القطع إلى الرجل اليسرى ، وقد فرّق المالكية بين قطع اليد بقصاص سابق على السرقة ، وبين قطعها بقصاص متأخّر على السرقة ؛ لأنَّه لما كان القصاص سابق كانت حاله كمن سرق ولا يمتنع له ، فوجب الحدّ في الرجل اليسرى ابتداءً ، ولما كان قصاص متأخّر عن السرقة ، كان الحدّ قد وجب في اليد اليمنى ابتداءً فسقط (2) .

(الترجيح) : الرَّاجح في المسألة إن شاء الله تعالى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، من سقوط القطع بفوات المحلّ بعد السرقة وقبل التنفيذ ؛ لأنَّ القطع تعلّق ابتداءً باليد اليمنى ؛ لوجودها سليمة وصالحة للحدّ بعد تحقّق الموجب ، فلا ينبغي الانتقال إلى عضو آخر بسبب فوات اليد بجناية عليه ، فأشبه سقوطها بسبب سماوي ، لكنّه يعزّر بما يراه الإمام كافياً لزجره .

وأيضاً لا قصاص على الجاني ؛ لأنَّ الجناية وقعت على عضو غير معصوم ، والمفسدة إنّما تتمثّل في مباشرة غير الإمام للقطع الذي هو من اختصاص الإمام دون سائر الناس ؛ لهذا فإنَّه يؤدّب من طرف الإمام .

(الفقرة الثّانية) : حكم السَّارق الذي سقطت يسراه أو شلت قبل قطع يمينه : لو ذهبت يد السَّارق اليسرى ، إمّا بجناية أو بسبب سماوي ، أو شلت قبل قطع اليمنى ، فهل تقطع يده اليمنى فيفقد منفعة البطش ، أم يسقط الحدّ ، وإذا سقط القطع عن اليمنى ، فهل ينتقل الحدّ إلى الرجل اليسرى ، أم لا ؟

لقد ذهب الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة مذاهب ، أو ثلاثة أقوال : فمنهم القائل بسقوط الحدّ عن اليد اليمنى ، وعدم الانتقال إلى البدل ، ومنهم القائل بسقوط القطع عن اليد اليمنى والانتقال إلى البدل ، ومنهم القائل بعدم سقوط القطع ولا أثر لحال اليسرى في اليمنى ، وهذا الذي سيّضح من خلال عرض عبارة الفقهاء .

(1) المصدر السابق ، الصّفحة نفسها .

(2) الخرشي ، ج 8 ، ص 93 .

أولاً : عرض عبارة الفقهاء

1/ **مذهب الحنفية** : يرى الحنفية أنه يشترط لجواز قطع اليد اليمنى وجود اليد اليسرى صحيحة، والرجل اليمنى صحيحة ، فإن كانت اليد اليسرى مقطوعة ، أو بها عيب يمنع منفعة البطش ، لم تقطع اليمنى .

جاء في البدائع " إنما تقطع يده اليمنى في الكثرة الأولى ، إذا كانت اليد اليسرى صحيحة يمكنه أن ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى ، والرجل اليمنى صحيحة يمكنه الانتفاع بها بعد قطع الرجل اليسرى ، فإن كانت اليد اليسرى مقطوعة ، أو شلاء ، أو مقطوعة الإبهام ، أو أصبعين سوى الإبهام لا تقطع اليد اليمنى ؛ لأنّ القطع في السرقة شرع زاجراً لا مهلكاً ، فإذا لم تكن اليد اليسرى يمكن الانتفاع بها ، فقطع اليد اليمنى يقع تفويتاً لجنس المنفعة ، وهي منفعة البطش ... فيقع إهلاكاً للنفس من وجه ، فلا تقطع ، ولا يقطع رجله اليسرى أيضاً ؛ لأنه يذهب أحد الشّقين على الكمال ، فيهلك النفس من وجه " (1) .

هذا وقد يقول قائل بأنّ تفويت المنفعة قد كان ابتداءً بالشّلل الموجود في اليد اليسرى لا بقطع اليد اليمنى ، فلما إسقاط القطع ؟

وفي هذا يقول صاحب المبسوط ، مؤصلاً كلامه " فإن قيل التّفويت لا يكون باستيفاء اليد اليمنى ؛ بل بالشّلل في اليسرى ، قلنا لا . كذلك فالحكم إذا كان ثابتاً بعلة ذات وصفين يحال به على آخرهما وجوداً ، وآخرهما قطع اليد اليمنى ههنا لكان التّفويت مضافاً إليه ، وكذلك إذا كانت رجله اليمنى شلاء لم تقطع يده اليمنى ، ولا رجله اليسرى ؛ لأنّ فيه تفويت منفعة الجنس وهو المشي ، فإنّه لا يمكنه المشي بعده بعضاً ، فإن كانت رجله اليسرى شلاء قطعت يده اليمنى ؛ لأنّه ليس فيه تفويت ... إذا كانت يده اليسرى صحيحة " (2) .

2/ **مذهب الحنابلة** : وعند الحنابلة آراء متعدّدة في هذه المسألة ، كما بيّن صاحب المغني " وإن سرق من يده اليسرى مقطوعة ، أو شلاء ، أو مقطوعة الأصابع ، أو كانت يدها صحيحتين فقطعت اليسرى ، أو شلت قبل قطع يمينه ، لم تقطع يمينه على الرواية الأولى ، وتقطع على

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 87 / الفتاوى الهندية ، ج 9 ، ص 182 / المبسوط ، ج 9 ، ص 175 .

(2) السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 175 .

الثانية، وإن قطع يسراه قاطع متعمداً فعليه القصاص ؛ لأنه قطع طرفاً معصوماً ، وإن قطعه غير متعمد فعليه دية ، ولا تقطع يمين السارق ... وفي قطع رجل السارق وجهان : أصحهما لا يجب ؛ لأنه لم يجب بالسرقه ، وسقوط القطع عن يمينه لا يقتضي قطع رجله ، كما لو كان المقطوع يمينه .

والثاني : تقطع رجله ؛ لأنه تعذر قطع يمينه ، فقطعت رجله ، كما لو كانت اليسرى مقطوعة حال السرقة .

وإن كانت يمينه صحيحة ، ويسراه ناقصة نقصاً يذهب بمعضم نفعها ، مثل أن يذهب منها الإبهام ، أو الوسطى ، أو السبابة احتمل أن يكون كقطعها ، وينتقل إلى رجله ... واحتمل أن تقطع يمينه ؛ لأن له يداً ينتفع بهما ، أشبه ما لو قطعت خنصرها ، وإن كانت يداه صحيحتين ، ورجله اليمنى شلاء ، أو مقطوعة ، فلا أعلم فيها قولاً لأصحابنا ، ويحتمل وجهين : أحدهما تقطع يمينه ؛ لأنه سارق له يدان فتقطع يمينه ، كما لو كانت المقطوعة رجله اليسرى ⁽¹⁾ . لكن الرّاجح عند الحنابلة ، والصحيح ، أنه لو ذهبت رجلاه ، أو يميناه قطعت يده اليمنى لبقاء جنس منفعة المقطوعة ؛ إذ ذهاب الرجلين لا يؤثر في منفعة البطش ، فإذا بقيت إحدى يديه ، لم يفقد هذه المنفعة ⁽²⁾ ، ومعنى هذا أنهم لا يرون مانعاً من فقد الجاني لعضوين من شق واحد ، وهو ما قال به أصحاب القول الأوّل - الأحناف ومن وافقهم -

3/ مذهب الشافعية : أمّا الشافعية فيقولون بعدم سقوط القطع عن اليمنى ؛ إذا كانت اليد اليسرى ساقطة بآفة ، أو قود ، أو ظلم ، أو كانت مشلولة لبقاء محل القطع ، فلا أثر لحال اليسرى في اليمنى . إلا أنه هناك قول في المذهب بسقوط القطع ، قياساً على مسألة غلط الجلاّد الآتية ، ولكنّه قول غير معتمد في المذهب ⁽³⁾ .

4/ مذهب المالكية : ويوافق المالكية الشافعية في عدم سقوط القطع عن اليد اليمنى بسبب فقد اليسرى ، أو عجزها ؛ ذلك أنهم قالوا فيمن تكررت منه السرقة تقطع أربعته مرّة بعد مرّة ، فإذا تعذر قطع عضو انتقل الحد إلى ما بعد ⁽⁴⁾ ، وبذلك يكون أقطع اليدين ، فمعنى هذا أنهم لا

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 269 .

(2) المرداوي ، الإنصاف ، ج 10 ، ص 286 - 287 .

(3) الرملي ن نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 467 / النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، ص 362 .

(4) منح الجليل ، ج 5 ، ص 517 / الخرشي ، ج 8 ، ص 92 / جواهر الإكليل ، ج 8 ، ص 288 .

يرون سقوط الحدّ بسبب فوات جنس منفعة اليدين ، ولا بسبب الإفضاء إلى فقد عضوين من شقّ واحد .

فمن خلال عرض آراء الفقهاء ، اتّضح أنّه من لم يجوّز فوات جنس منفعة اليدين ، ولم يجوّز فقد عضوين من شقّ واحد قال بسقوط قطع اليد اليمنى عند فقد اليسرى ، أو عدم صلاحيتها للبطش دون الانتقال إلى بدل ، ومن جوّز فقد عضوين من شقّ واحد ، وقال لا أثر لفوات جنس منفعة اليدين في سقوط الحدّ ، قال لا أثر لحال اليسرى في اليمنى ، فتقطع لوجودها . ومن لم يجوّز فوات جنس منفعة اليدين ، لكنّه جوّز فقد عضوين من شقّ واحد ، أسقط الحدّ عن اليمنى ، وقال بانتقاله إلى الرّجل اليسرى .

ثانياً : أدلة المذاهب : استدللّ كلّ مذهب على ما ذهب إليه بما يلي :

1/ ودليل القول الأوّل⁽¹⁾ القائل بسقوط الحدّ عن اليد اليمنى ، ولا ينتقل إلى بدل : ما روي أنّ علي بن أبي طالب عليه السلام أتى برجل مقطوع اليد والرّجل قد سرق ، فقال لأصحابه : ما ترون في هذا ؟ قالوا : اقطعه يا أمير المؤمنين ، قال : قتلته إذاً وما عليه القتل ، بأيّ شيء يأكل الطّعام ، بأيّ شيء يتوضّأ للصّلاة ؟ بأيّ شيء يغتسل من الجنابة ؟ بأيّ شيء يقوم على حاجته ؟ فردّه إلى السّجن أيّاماً ، ثمّ أخرجّه ، فاستشار الصّحابة ، فقالوا مثل قولهم الأوّل ، وقال لهم مثل ما قال أوّل مرّة ، فجلده جلدًا شديدًا ، ثمّ أرسله⁽²⁾ وروي عنه أنّه قال : " إني لأستحي من الله أن لا أدع له يدًا يبطش بها ، ولا رجلًا يمشي عليها " ، وقالوا أنّ في قطع اليدين تفويت منفعة الجنس فلم يشرع في حدّ كالقتل ؛ لأنّه لو جاز قطع اليدين ، لقطعت اليسرى في المرّة الثّانية ؛ لأنّها آلة البطش كاليمنى ، وإنّما لم تقطع للمفسدة في قطعها ؛ لأنّ ذلك بمرتلة الإهلاك⁽³⁾ .

2/ وأمّا القول الثّاني القائل بسقوط القطع عن اليمنى ، وقطع الرّجل اليسرى بدلها ، فدليله على سقوط القطع عن اليد اليمنى ، ما ذكر في أدلّة القول الأوّل ، ودليله على انتقال القطع إلى الرّجل اليسرى القياس على من سرق ولا يمضى له .

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 268 / الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 86 .

(2) سبق تخريجه في ص 530 .

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 268 .

3/ واستدل أصحاب القول الثالث ، بأن السارق وجب عليه قطع يده اليمنى ، وهي موجودة وصالحة للاستيفاء ، فتقطع يده عملاً بالكتاب والسنة ؛ لأن اليد اليسرى تقطع في المرة الثالثة مع عدم اليمنى ، فقد روي أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قوله " وإن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله ، ثم إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله " (1) .

كما استدّلوا بفعل الصحابة رضي الله عنهم ، فقد روي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنّهما قطعاً يد أقطع اليد والرجل (2) ، فإذا ثبت قطع اليدين ، فلا مانع من قطع اليمنى مع عدم اليسرى أو عجزها .

الترجيح : والصواب - والله أعلم - هو ما ذهب إليه الأحناف ومن وافقهم ، وذلك بسقوط الحدّ عن السارق إذا كانت يمينه مقطوعة ، أو مشلولة ، حتّى لا يؤول الأمر إلى قطع عضوين من شقّ واحد ، وتفويت منفعة اليدين ، ففي ذلك إهلاك للسارق ، وقد يكون أشقّ من القتل ، مع أنّ علة القطع في السرقة تتنافى تماماً مع ذلك .

خاصّة وأن أدلة القائلين بعكس هذا لا تقوى على إثبات مدّعاهم ؛ إذ أنّ الأحاديث التي استدّلوا بها لا تخلو من مقال ، وفعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما قد عارضه قول عليّ رضي الله عنه ، وقد روي عمر أنّه رجع إلى قول عليّ ، وقد سبق الكلام عن هذا عند الترجيح في مسألة التكرار في السرقة .

إذن فالسارق المقطوع اليد اليسرى لا حدّ عليه ؛ بل يعزّر بما يراه الإمام زاجراً ، ورادعاً له - والله أعلم -

الفرع الثاني

أثر الخطأ في تنفيذ حدّ القطع على السارق

في هذا الفرع سأتناول حكم الخطأ في التنفيذ ، وبعبارة أخرى ما الحكم إذا قطع الحدّ عضواً غير العضو المطلوب في السرقة ، كأن يقطع اليسرى بدل اليمنى ، أو يقطعها اجتهداً

(1) سبق تخرجه .

(2) وهو الحديث الذي رواه مالك في الموطأ وسبق الكلام عنه .

منه بأنّها تجزئ ، أو عمداً ؟

فإذا قطع الحدّاد عضواً غير العضو المطلوب في السرقة ؛ كما لو وجب قطع اليد اليمنى فقطع اليد اليسرى ، فلا يخلو إمّا أن يقطعها خطأً ظاناً أنّها اليمنى ، أو يقطعها اجتهاداً منه بأنّها تجزئ عن اليمنى ، أو يقطعها عمداً مع علمه بأنّ الواجب في اليمنى ، للفقهاء في هذه المسألة أقوال مختلفة باختلاف هذه الأحوال في أثر الخطأ في تنفيذ حدّ القطع على سقوطه ، وفيما يلي تفصيل لأقوال الفقهاء في هذه المسألة ، وكذا سبب الخلاف والترجيح .

الفقرة الأولى : عرض آراء المذاهب

الأول : مذهب الحنفية : اتفق فقهاء الحنفية على أنّه إذا قطع الحدّاد اليد اليسرى بدل اليمنى خطأً ، أو عمداً ، أو اجتهاداً ، لا تقطع في هذه الحالة اليمنى ؛ لأنّ قطعها بعد ذهاب اليد اليسرى فيه تفويت لمنفعة البطش ، فرأى الأحناف في هذه المسألة هو الرأي نفسه في مسألة قطع اليمنى إذا كانت اليسرى ساقطة ، أو شلاء . لكنّهم اختلفوا في فعل الحدّاد ذاته بقطع اليسرى ، هل يقع حداً أم لا ؟ فهناك من قال يقع حداً ، ولا ضمان على السارق فيما استهلك من المسروق ؛ حتّى لا يجمع بين القطع والضمان ، وهناك من قال فعل الحدّاد يقع حداً ، وعلى السارق الضمان .

جاء في البدائع " ولو قال الحاكم للحدّاد اقطع يد السارق فقطع اليد اليسرى ، فهذا على وجهين : إمّا أن قال اقطع يده مطلقاً ، وإمّا أن قيده فقال اقطع يده اليمنى ، فإن أطلق فقال له اقطع يده فقطع اليسرى لا ضمان عليه للحال ؛ لأنّه فعل ما أمر به ، حيث أمره بقطع اليد ، وقد قطع اليد ، وإن قيده فقال اقطع يده اليمنى فقطع اليسرى ، فإن أخرج السارق يده وقال هذا هو يميني ، فلا ضمان عليه أيضاً ؛ لأنّه قطع بأمره ... وإن لم يخرج السارق يده ، ولم يقل ذلك ، ولكنه قطع اليسرى خطأً لا ضمان عليه ... وعند زفر يضمن ؛ لأنّ الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر ... وإن قطع اليسرى عمداً لا ضمان عليه أيضاً عند أبي حنيفة ، وعندهما يضمن ؛ لأنّه تعمّد الظلم بإقامة اليسار مقام اليمين ، فلم يكن معذوراً فيضمن ، وأبي حنيفة رضي الله عنه أنّه أتلف وأخلف خيراً ممّا أتلف ، فلا يضمن ... وإنما قلنا أنّه أخلف خيراً ممّا أتلف ؛ لأنّه لما قطع اليسرى فقد سلمت له اليمنى ؛ لأنّها لا تقطع بعد ذلك ؛ لأنّه لا يؤتى على أطرافه الأربعة واليمين خير من اليسرى ، ثمّ على قول أبي حنيفة عليه الرّحمة ، هل يكون هذا القطع وهو قطع

اليسرى قطعاً من السرقة - أي حداً - حتى إذا هلك المال في يد السارق ، أو استهلكه لا يضمن ، أو لا يكون من السرقة حتى يضمن ، اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يكون ، وقال بعضهم لا يكون ⁽¹⁾.

هذا كله إذا قطع الحدّ بأمر الحاكم ، فأما الأجنبي إذا قطع يده اليسرى ، فإن كان خطأً تجب الدية ، وإن كان عمدًا يجب القصاص ، وسقط عنه القطع في اليمن ؛ لأنه لو قطع يؤدي إلى إهلاك النفس من وجه ، وقد سبق بيان هذه المسألة ، فلا يقطع قطع الأجنبي حداً عند الأحناف في جميع الحالات ، فیردّ السارق العين المسروقة إن كانت قائمة ، ويضمنها إن هلك ⁽²⁾.

ثانياً : مذهب المالكية : قال المالكية لو قطع الإمام أو الجلاد اليد اليسرى للسارق عامداً علماً أن الواجب قطع يمينه ، فلا يسقط الحدّ عن اليد اليمنى ، ولا يقع قطع اليسرى مجزئاً عنه ، وهذا معنى ما نصّ عليه خليل في مختصره ⁽³⁾.

وقال ابن مرزوق ⁽⁴⁾ لم أر التصريح بهذا إلا في كلام ابن شاس ⁽⁵⁾ وابن الحاجب ⁽⁶⁾ تبعاً لوجيز الغزالي ⁽⁷⁾ ، وليس في نقول المذهب تصريح به ، والذي يتجه الإجزاء في العمد كالحطأ ⁽⁸⁾.

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 87 / الفتاوى الهندية ، ج 9 ، ص 183 / حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 172 /

السرخسي ، المبسوط ، ج 9 ، ص 175 - 176

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 87 - 88 .

(3) جواهر الإكليل ، ج 2 ، ص 289 ، ونصّ خليل " وإن تعدّد إمام أو غيره يسراه ، أو لا فالقود والحدّ باقٍ وخطأً أجراً " وانظر شرح منح الجليل ، ج 4 ، ص 519 .

(4) هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمود بن مرزوق التلمساني ، الشهير بالخطيب والجدّ والرئيس ، ولد سنة 710 هـ ، جمع القرآن الكريم في صغره ، وأخذ مبادئ العلوم من علماء بلده ، ثمّ رحل مع والده إلى الحجاز سنة 718 هـ ، ورجع سنة 733 هـ ، وأخذ في رحلته الحجازية عن أعلام شيوخه ، ولاء السلطان أبو الحسن المزني الخطابة بمسجد أبي مدين ، كما ولي الخطابة بغرناطة بجامع الحمراء ، استقرّ في تونس سنة 766 هـ فأكرم مثواه وأسند إليه الخطابة بجامع الموحّدين ، ثمّ رحل إلى الأسكندرية ، ثمّ القاهرة فولّي بها قضاء المالكية ، توفي بها سنة 780 هـ ، من مؤلفاته " تيسير المرام في شرح عمدة الأحكام " - " شرح صحيح البخاري " - " شرح الأحكام الصغرى " ، وغيرها (انظر ترجمته في : السديج لابن فرحون ، ص 305 /

شذرات الذهب لابن عماد ، ج 6 ، ص 271 / شجرة النور الزكية ، ج 1 ، ص 236 / الأعلام للزركلي ، ج 6 ، ص 226)

(5) أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار جلال الدين الخلال الجذامي ، السعدي ، مصري من أهل دمياط ، مات فيها مجاهداً ضدّ الإفرنج سنة 616 هـ / 1219 م ، وهو فقيه وإمام مالكي ، صنّف كتاباً نفيساً في الفقه ، سمّاه : الجواهر الثمينية في مذهب عالم أهل المدينة ، وضعه على ترتيب الوجيز لأبي حامد الغزالي (الدّياج المذهب لابن فرحون ، ص 229 / شجرة التور الزكية لمحمد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 165 / شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي ، ج 5 ، ص 69)

(6) أبو عمر عثمان بن أبي بكر بن يونس جمال الدين ابن الحاجب ، المصري ، ثمّ الدمشقي ، ثمّ الأسكندري ، فقيه مالكي ، ولد

ونقل عن ابن الماجشون قولاً ثالثاً مفاده أن قطع اليسرى لا يجزئ عن قطع اليمنى ، حتى ولو كان خطأ⁽¹⁾ .

والظاهر أن الرَّاجح عند المالكية ، ما جاء في مختصر خليل من التفريق بين العمد والخطأ ، فقد ذكره الخرشي⁽²⁾ قولاً واحداً ، ولم يذكر خلافه ، ونقل صاحب منح الجليل أن ابن عرفة رجّحه وجعله مفهوم المدونة وغيرها⁽³⁾ . وقالوا إنما تجزئ المقطوعة خطأ إذا حصل الخطأ بين متساويين ، وأما لو أخطأ فقطع الرجل وقد وجب قطع اليد فلا يجزئ ، ويؤخذ العضو الذي وجب فيه الحد⁽⁴⁾

ثالثاً : مذهب الشافعية : يتفق الشافعية في هذه المسألة مع المالكية إلى حد كبير ، فإن تعمّد الحدّاد قطع اليسرى ، لا يسقط الحدّ عن اليمنى ، أمّا إن كان خطأ ، أو مجتهداً ففي المذهب قولان : أظهرهما يسقط القطع عن اليمنى ، والثاني لا يسقط .

قال صاحب المهذب : " وإن وجب عليه قطع يمينه ، فأخرج يسراه ، فاعتقد أنها يمينه ، أو اعتقد أن قطعها يجزئ عن اليمين فقطعها القاطع ففيه وجهان : أحدهما وهو المنصوص أنه يجزئه عن اليمين ؛ لأنّ الحقّ لله تعالى ، ومبناه على المساهلة فقامت اليسار فيه مقام اليمين ، والثاني أنه لا يجزئه ؛ لأنّه قطع غير العضو الذي تعلّق به القطع ، فعلى هذا إن كان القاطع تعمّد قطع

في صعيد مصر سنة 570 هـ / 1401م ، اشتهر بالعلم والتواضع ، من كتبه : الجامع بين الأمّهات - الكافية مقدّمة في النحو - الشافعية مقدّمة في الصرف - ومختصراً في الفقه (الديباج المذهب لابن فرحون ، ص 289 / شجرة النور الزكية لعماد بن مخلوف ، ج 1 ، ص 167 / شذرات الذهب لابن عماد ، ج 5 ، ص 234)

(7) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، حجة الإسلام ، الطوسي ، فقيه ، فيلسوف ، متصوّف ، مولده ووفاته بالطبران - قصبة طوس بخراسان - ولد سنة 450 هـ / 1055م ، بدأ طلب العلم على أحمد بن محمد الراذكالي ، ثم سافر إلى جرجان ، إلى أبي نصر الإسماعيلي ، ثم قدم نيسابور ولازم إمام الحرمين الجويني ، له نحو مائة مصتّف ، منها : إحياء علوم الدّين - المنتخول - الوجيز في الفقه - المستصفى في الأصول ، تهاافت الفلاسفة ، توفي سنة 505 هـ / 1111م (طبقات الشافعية للسبكي ، ج 6 ، ص 191 / وفيات الأعيان لابن خلكان ، ج 4 ، ص 216 / شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي ، ج 4 ، ص 10)

(8) حاشية العدوي ، ج 8 ، ص 93 ، وقوله " بهذا " يريد التفريق بين العمد والخطأ .

(1) شرح منح الجليل ، ج 4 ، ص 519 .

(2) الخرشي ، ج 8 ، ص 93 .

(3) شرح منح الجليل ، ج 4 ، ص 519 .

(4) الخرشي ، ج 8 ، ص 93 / التاج والإكليل ، ج 6 ، ص 306 .

اليسار وجب عليه القصاص في يساره ، وإن قطعها وهو يعتقد أنها يمينه ، أو قطعها وهو يعتقد أن قطعها يجزئه عن اليمين وجب عليه نصف الدية ⁽¹⁾ .

رابعاً : مذهب الحنابلة : يبني الحنابلة هذه المسألة على مسألة أربعة السارق ، هل تقطع أم لا ؟ سواء كان القطع عمداً أم خطأ ، وقد أورد صاحب الإنصاف الخلاف في المسألة ، ثم قال : " فظاهر هذا أن الصحيح من المذهب : أنها لا تقطع ؛ لأن الصحيح من المذهب أنه لو سرق مرة ثلاثة أن يسرى يديه لا تقطع ؛ لأن قطع الكل يفوت منفعة الجنس " ⁽²⁾ .

جاء في المغني : " وإن سرق ، فقطع الجذاذ يساره بدلاً عن يمينه أجزأت ، ولا شيء على القاطع إلا الأدب ... ؛ وذلك لأن قطع يمين السارق ، يفضي إلى تفويت منفعة الجنس ، وقطع يديه بسرقة واحدة فلا يشرع ، وإذا انتفى قطع يمينه ، حصل قطع يساره مجزئاً عن القطع الواجب ، فلا يجب على فاعله قصاص ، وقال أصحابنا : في وجوب قطع يمين السارق وجهان " ⁽³⁾ .

فذكر صاحب المغني الرأي الرَّاجح في المذهب بادهء ذي بدء ، قبل أن يتطرق إلى الخلاف في المسألة ، ثم ذكر بعد ذلك بأن في المذهب رأيان ، ويفهم من كلامه بأن : رأي يقول بسقوط الحد عن اليمين ، وهو الذي عليه أهل الرأي ، والذي اختاره هو ، وهو الرَّاجح عند الحنابلة ، ورأي يقول بوجوب قطع اليمين ، وهو الرأي الثاني في المذهب الذي يميز قطع أربعة السارق ، وقد سبق بيان هذا .

الفقرة الثانية : سبب الخلاف والترجيح

أولاً : سبب الخلاف : والخلاف في هذه المسألة ينبنى على أمرين ⁽⁴⁾ :

الأمر الأول : قطع أطراف السارق الأربعة عند تكرار السرقة : وقد سبق مناقشة هذه المسألة ، كما سبق بيان مذاهب الفقهاء فيها : فمن قال تقطع اليد اليمين ، ثم الرجل اليسرى ، ثم لا يقطع منه شيء بسرقة بعد ذلك وإنما يعزّر ، قال بعدم قطع اليمين عند خطأ الجذاذ ، ومن

(1) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 283 - 284 / النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، 361 / نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 468 .

(2) المرادوي ، الإنصاف ، ج 1 ، ص 287 - 288 / البهوتي ، كشاف القناع ، ج 6 ، ص 147 - 148 / ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 267 - 268 .

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 10 ، ص 266 .

(4) الغامدي ، أسباب سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي ، ص 499 .

قال بوجوب قطع أربعة السّارق ، واعتبرها محلاً للقطع إن سرق أربع مرّات : مرّة بعد مرّة ، قال بعدم سقوط القطع عن اليمنى إذا أخطأ الحداد فقطع اليسرى ، أو غير الحداد ، وقد سبق ترجيح الرأى الأوّل ، فههنا كذلك .

المسألة الثاني : نوع الضّمان في اليسرى : فقد نظر بعض الفقهاء إلى أنّ قطع اليسرى إن أوجب القصاص للسّارق فعليه الحدّ في اليمنى ، وإن لم يجب له القصاص فيسقط عنه الحدّ لئلاّ يجمع للسّارق بين القصاص وبين سقوط الحدّ .

ثانياً : التّرجيح : فالرّاجح - والله أعلم - في هذه المسألة سقوط الحدّ عن اليد اليمنى بذهاب اليد اليسرى ، سواء كان الحداد متعمّداً أم مخطئاً ، وسواء أخرج السّارق يده اليسرى باختياره ، أم كان بدون اختياره ، فالقول هنا نفسه في مسألة قطع اليمنى إذا كانت اليسرى ساقطة ، كما أنّ علّة سقوط القطع عن اليمنى واحدة ، فقطع اليد اليمنى هنا فيه إهلاك للسّارق ، وتفويت لمنفعة البطش هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أنّ القطع حدّ من حدود الله التي تدرأ بالشّبهة ، وفوات اليد اليسرى سبب كافٍ لسقوط الحدّ عن اليمنى ، أو اعتباره موضعاً مجزئاً عن اليمنى ، لاسيّما وقد قال بعض الفقهاء بقطع اليد اليسرى في السرقة الثالثة ، كما أنّه لا يجوز شرعاً قطع يدي السّارق مرّة واحدة بسرقة واحدة ، إلّا أنّه يمكن للإمام تعزيز السّارق الذي خطأ الحداد في قطع يمينه ، لكي لا يتخذ الخطأ في التّنفيد ذريعة إلى إسقاط الحدّ عن اليمنى ، وليست منفعة اليد اليمنى كاليسرى ، كما قال أبو حنيفة رحمه الله أنّه أتلف ، وأخلف خيراً ممّا أتلف⁽¹⁾ .

(1) الكاساني ، بدائع الصّنائع ، ج 7 ، ص 87 .

الخاتمة

وأخيراً أختتم بحشي بعون الله تعالى ، وأقدم للقارئ الكريم هذه النتائج المهمة :

- 1/ أرجح تعريف للتعزير هو تعريف العلامة المالكي ابن فرحون ، حيث قال " التعزير تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات "
- 2/ العقوبة التعزيرية مشروعة بالقرآن والسنة والإجماع ، ويؤيدها العقل السليم باعتبارها تحد من انتشار الرذيلة وفساد نظام العالم .

3/ إن التعزير يكون على المعاصي (وهي الأفعال التي حرمتها الشريعة بذواتها وإتيانها يعتبر معصية) ويكون للمصلحة العامة (وهي حالات لم تحرم لذواتها وإنما حرمت لأوصافها) ويكون للمخالفات (وهي أفعال حرمتها الشريعة بذواتها لكن إتيانها يعتبر مخالفة لا معصية)

4/ إن تحديد أكثر التعزير يكون في المعاصي التي درأ الحد فيها بالشبهة ، ولا يجوز للإمام أن يبلغ فيها الحد ، وأما التحديد فيكون في المعاصي التي ليس من جنسها حد مقدر ، فيجتهد فيها الإمام بحسب ما يراه مناسباً لزجر العاصي دون استخدام هواه .

5/ عقوبة القتل تعزيراً جاءت استثناءً من قاعدة " الأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب " فكانت اقتضاءً للمصلحة العامة والضرورة الشرعية دون الإسراف فيها ، وهي غير مفوضة لرأي الإمام ؛ بل يجب تعيين الجرائم التي يجوز فيها القتل تعزيراً من طرف ولي الأمر .

6/ الرّاجح عدم جواز العقوبة بأخذ المال تمليكاً ، والجائز هو العقوبة المالية دون أخذ مال الجاني تمليكاً ، وفي الجنايات المالية فقط ، وذلك كالإتلاف ، والتغيير ، وحجر أموال الجاني مدة حتى يترجر ويتوب ثم يعاد إليه ماله .

7/ من قال بجواز الغرامة المالية كعقوبة على الجاني في جناية لا علاقة لها بالمال ، ولا بأي معنى من معاني التعويض ، أو الضمان ، أو تسوية الحقوق ، يكون قد فتح الباب على مصراعيه أمام الولاة الظلمة لأكل أموال الناس بالباطل .

8/ الرّاجح عدم اشتراط العقل لوجوب التعزير . كما أن القول باشتراطه ليس على إطلاقه ، وبناء عليه يعزّر المجنون بالحبس لدفع خطره عن المجتمع .

9/ يجوز اجتماع التعزير مع الكفارة وكذا مع الحدّ عند أكثر الفقهاء ، إذا رأى الحاكم ذلك حسب اجتهاده .

10/ لا خلاف بين الفقهاء في جواز تفويض التعزير بأنواعه للحاكم ما عدا القتل تعزيراً ، فيطبق ما شاء من الأنواع حسب اجتهاده ، بشرط عدم مخالفته لنصّ من القرآن أو السنة أو الإجماع ، وعدم تحكيم هواه ، وعدم بلوغه الحدّ ، ويقرب من هذا التفويض لتحقيق العدالة ما يسمّى "بالسلطة التقديرية للقاضي" في قانون العقوبات الجزائري ، حيث يفوض للقاضي أمر تحديد العقاب الملائم في إطار الحدود التي يرسمها القانون .

11/ تفويض العقوبة التعزيرية لرأي الإمام في التشريع الجنائي الإسلامي زاده مرونة ومسايرة لواقع البشر ، فيجاء به واضحة ملموسة .

12/ تتصف العقوبة التعزيرية بصفة عدم إلزامية التنفيذ وحتى بعد النطق بالحكم عندما تقتضي المصلحة ذلك ، وهذه الصفة إيجابية طالما أنّ أخطر الجرائم تتناولها العقوبة المقدّرة .

13/ الاختلاس شرعاً هو نوع من أنواع السرقات في القانون ، فالاختلاس في القانون أعمّ منه في الشريعة الإسلامية ، وبناءً عليه كلّ اختلاس في الشريعة الإسلامية هو سرقة في القانون ، وكلّ سرقة في القانون قد تكون في الشريعة الإسلامية اختلاساً ، وقد تكون سرقة صغرى ، وقد تكون سرقة كبرى .

14/ السرقة المعتبرة شرعاً بشروطها وأركانها والمستوجبة للقطع اعتبرت في القانون الوضعي من الجنح ، وجعلت لها عقوبة أخفّ من السرقة المعتبرة من الجرائم في القانون ، وهي التي يتوفّر فيها ظرف من الظروف المشدّدة .

15/ اتفق علماء الشريعة وعلماء القانون الوضعي على عصمة أموال الناس ، وعدم جواز قرّبها بأيّ نوع من أنواع الاعتداء : من سرقة أو اختلاس أو غصب أو سلب أو هب وغير ذلك ، كما حثّ الإسلام على حفظ المال والعمل على تنميته ، ووضعه في أيديّ أمانة تصونه وترعاه .

16/ جعلت الشريعة الإسلامية عقوبة زاجرة للسارق تمثّل في قطع يده ، فكانت العقوبة من جنس العمل ، وهذه العقوبة كانت مسايرة للدافع النفسي والرئيسي عند السارق ، ومسايرة لطبيعة الإنسان (الخشية والرجاء) .

17/ يشترط في جريمة السرقة المعتبرة شرعاً والموجبة للحد كون الأخذ خفية ، ويقابله في القانون الوضعي كون الاختلاس تاماً ، ويتحقق باشتراط عدم رضا المجنى عليه ، وتشترط الشريعة الإسلامية زيادة على ذلك أن يكون الأخذ من حرز خلافاً للمذهب الظاهري ، وزيادة على عدم الرضا عدم العلم حتى تتحقق الخفية .

18/ يتفق كل من التشريع الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الجزائي على كون محل السرقة مالاً ؛ إذ لا محل للسرقة بعد إبطال الرق لسرقة الإنسان ، ما عدا الاستثناء الموجود عند مالك وأهل الظاهر فيما يتعلق بخطف الطفل المميز .

19/ يجب أن يكون المال المسروق قابلاً للنقل بطبيعته ، أو بفعل الجاني ، أو غيره حتى يتحقق إخراج الشيء من حيازة المجنى عليه ودخوله في حيازة الجاني ، كما يجب أن يكون المال المسروق مادياً لا معنوياً ، فلا محل للسرقة للحقوق الشخصية أو العينية باستثناء الأوراق المثبتة لها ، كما يجب أن يكون المال ذا قيمة في نظر الشرع .

20/ أول عنصر من عناصر القصد الجنائي في جريمة السرقة شرعاً هو العلم بجرمية الفعل وبالتصوص القطعية ، فلا قطع على الجاهل ، عملاً بقاعدة " العذر بالجهل في تطبيق الحدود " .

21/ إذا كان الشاهد محدوداً أو تائباً تقبل شهادته شرعاً ، ما عدا الخلاف الموجود بين الفقهاء حول المحارب .

22/ يشترط في الاعتراف أن يكون قضائياً ، وإلا كان مجرد استدلالاً ، وإن كان هذا الشرط لم يذكر ضمن الشروط من الناحية الشرعية ، إلا أنه يستنتج من نصوص كثيرة وردت في الإقرار .

23/ يعتبر الرجوع عن الإقرار شبهة يدرأ بها الحد عن السارق عند الكثير من الفقهاء ، ويعفى حينها من العقوبة ، كما يعتبر تكذيب المعترف له الإقرار الصادر من المتهم شبهة يدرأ بها الحد أيضاً عند الأحناف .

24/ الراجح حجبة القرينة في إثبات جريمة السرقة ، كأن يضبط المال المسروق في حيازة السارق خاصة إذا دُعِمَت هذه القرينة بالقرائن العلمية : كالكشف عن بصمات السارق ، وتحليل الدّم الذي قد يترافق من السارق أثناء عملية السطو .

25/ عقوبة القطع لا يجوز العفو فيها بأيّ وجه ، كما لا يجوز أن تستبدل بها عقوبة أخرى أخفّ أو أكثر منها ، كما لا يجوز تأخير تنفيذها أو تعطيلها ، وهذه مبادئ متفق عليها .

26/ لا يشترط الحرز لتحقيق جريمة السرقة في قانون العقوبات الجزائري إلا إذا كان المكان مأذوناً فيه إذنًا خاصاً ، أو عند استعمال حقّ من حقوق الانتفاع فيستثنى حرزاً خاصاً عن الحقّ المخوّل ، على خلاف التشريع الجنائي الإسلامي الذي اشترط أن تكون السرقة من حرز عدا أهل الظاهر ، وإلاّ فالسارق يعزّر ولا يقام عليه الحدّ .

27/ السرقة من المنزل أو المكان المسكون أو المعدّل للسكنى في قانون العقوبات الجزائري تعتبر سرقة ذات ظرف مشدّد ، سواء كان هناك إذنًا بالدخول أم لا ، أمّا في التشريع الجنائي الإسلامي فلا يعتبر الفعل جريمة مطلقاً عند البعض ، ويعتبر جريمة عند البعض الآخر بشرط وجود الحافظ ، أو كون السرقة من خزائن مغلقة ، وهنا يظهر البون الواسع بين التشريعين ، حيث تشدّد العقوبة في قانون العقوبات الجزائري نظراً لحرمة المسكن ، وبغية توفير الطمأنينة للسكان ، ويدرأ الحدّ عن السارق في التشريع الجنائي الإسلامي لعدم تحقّق معنى الحرز في هذه السرقة ، وتكون العقوبة تعزيرية ، وبذلك تصان الأموال ، وتوفّر الطمأنينة ، وتحفظ يد الفاعل مرّة واحدة .

28/ تعتبر السرقة من الحالات التجارية العامة في قانون العقوبات الجزائري ظرفاً مشدّداً وبالتالي تشدّد العقوبة على السارق ، أمّا في التشريع الجنائي الإسلامي فلا قطع على السارق ويعزّر إذا كان الفعل في وقت العمل ، وأمّا إذا كان خارج وقت العمل يقطع عند الأحناف ، وإذا كان هناك حارس وقت العمل يقطع عند الجمهور .

29/ تشدّد العقوبة على الخدم والصّيف والمستخدمين والصّناع في قانون العقوبات الجزائري ، أمّا في التشريع الجنائي الإسلامي فيدرأ الحدّ عن الخدم ويعزّرون ، كما يدرأ الحدّ عن الصّيف فيعزّر إلاّ إذا سرق من مكان محرز عنه فيقطع عند الشافعي وأحمد ورأي عند مالك .

30/ السرقة من دور العبادة تلحق بالأماكن العامة أو المسكونة ، فيكون الظرف مشدّداً قانوناً ، أمّا في التشريع الجنائي الإسلامي فلا قطع على السارق منها إلاّ إذا كان بها حافظ ، فيعزّر السارق ، إلاّ أنّه هناك من أوجب القطع في سرقة الأشياء المكوّنة للمسجد ، وهناك من منع ذلك لأنّه وقف .

31/ إذا كان السارق له حق الانتفاع بالحرز بموجب عقد أمانة كالوديعة والإيجار والعارية يعتبر فعله في قانون العقوبات الجزائري خيانة أمانة وليس سرقة ، فيعاقب بعقوبة خاصة لهذه الأفعال ، أما الرّاهن إذا اختلس الشيء المرهون فيعتبر الفعل سرقة ، وأما في التشريع الجنائي الإسلامي لا قطع على هؤلاء جميعاً ويعزّرون ، إلا الرّاهن إذا سرق الشيء المرهون فعليه القطع ، فهناك توافق بين التشريعين في عدم اعتبار الفاعل سارقاً في الحالات الأولى واعتباره سارقاً في الحالة الأخيرة .

32/ السرقة التي تقع بين الأقارب ، وكذا بين الزوجين لا عقاب فيها في قانون العقوبات الجزائري ، أما داخل الأسرة وبين الحواشي والأصهار حتى الدرجة الرابعة فالقانون يعاقب بناءً على رفع الدعوى من طرف المضرور ، ويجوز فيها التنازل ، أما في التشريع الجنائي الإسلامي فلا قطع على كل ذي رحم محرم ، والقطع على من سواهما عند الأحناف ، وعند الجمهور القطع باستثناء السرقة بين الفروع والأصول .

أما السرقة بين الزوجين فهناك من يدرأ الحدّ مطلقاً ويكون فيه التعزير (الأحناف ورأي عند أحمد والشافعي) وهناك من أوجب القطع إذا كان المال محرزاً (مالك ورأي عند أحمد والشافعي) بخلاف أهل الظاهر فهم يوجبون القطع مطلقاً وفي جميع الأحوال ، سواء في حالة القرابة أو في حالة الزوجية .

30/ تعدّد الجناة في جريمة السرقة يستلزم ثبوت المسؤولية الجنائية لكلّ جانٍ شرعاً ، فيحدّ كلّ جانٍ .

31/ المعين في جريمة السرقة إذا دخل الحرز أو أعان في الحمل للإخراج من الحرز يحدّ شرعاً ، أما إذا تعلّقت إعاقته بالتّقب والكسر والفتح وإتلاف الحائط ، أو الحمل بعد الإخراج من الحرز ، أو مراقبة الطّريق فيعزّر ولا حدّ عليه ، أما في قانون العقوبات الجزائري فالمعين أو الشريك يعاقب مثل الفاعل الأصلي ؛ لأنّه لا يشترط الحرز ، ويعتبر الطّرف مشدّداً ، ويستثنى من ذلك إذا كان فعل الشريك قاصراً على التحريض مثلاً أو الاتفاق ، أو إمداد الفاعل الأصلي بالأدوات اللازمة .

32/ المستهلك للشيء داخل الحرز إذا أعدمه الجاني وأتلفه في مكانه لا يعدّ سارقاً لا شرعاً ولا قانوناً بل يعدّ متلفاً ، وإذا كان ممّا يؤكل أو يشرب يعتبر متلفاً شرعاً ويكون سارقاً قانوناً ، وإذا خرج به الجاني من مكانه بعد الإتلاف ، حيث يبقى بعضه صالحاً ودخل في حيازته يعتبر سارقاً

شرعاً وقانوناً إذا بلغ التّصاب طبعاً ، وفي حالة الإلتلاف يعزّر الفاعل شرعاً ، وإذا ابتلع الجاني شيئاً ثميناً وأخرجه في بطنه فالفعل سرقة شرعاً على الرّاجح وكذا قانوناً .

33/ فعل التّشل وإن لم يصرّح به في قانون العقوبات الجزائري ، إلّا أنّه داخل ضمنياً في بعض النصوص والأمثلة التي تضرب في القانون ، فإنّه إن لم يقترن بظرف التّشديد يكون جنحة ، وإذا اقترن بظرف التّشديد كأن يكون في الطّريق العامّ ، أو المركبات ، أو اقترن بحمل السّلاح ، أو تعدّد الجناة ، أو كان ليلاً شددت العقوبة ، أمّا في التّشريع الجنائي الإسلامي فالنّشال يقطع على الرّاجح وهو قول الجمهور ، ويعزّر عند الأحناف .

34/ النّباش يعتبر سارقاً في قانون العقوبات الجزائري ، وتطّبق عليه عقوبة السّرقه المحدّدة قانوناً ، كما يعتبر سارقاً عند كثير من فقهاء المذاهب الإسلامية ، وإن كان الرّاجح تعزيره تعزيراً بليغاً قد يصل إلى درجة القطع سياسة لشناعة الفعل .

35/ سارق المحاصيل الزراعيّة تترتب عليه المسؤوليّة الجنائيّة في قانون العقوبات الجزائري ، ويعتبر الفاعل سارقاً سواء وقعت السّرقه قبل جني الثّمار أو بعدها ، إلّا أنّ العقوبة تشدّد بعد الجني ، وبهذا يتفق المشرّع الجزائري مع المذهب الظّاهري في ترتيب المسؤوليّة الجنائيّة على سارق الثّمار مطلقاً قبل الجني وبعده . كما يتفق مع بعض المالكيّة في ترتيب المسؤوليّة الجنائيّة على سارق الثّمار بعد الجني وتكديسها حزماً وأكواماً . كما يتفق في تجريم سارق المحاصيل الزراعيّة قبل جنيها مع الأحناف مطلقاً ، وعند الجمهور إذا لم تحاط الحقول بحائط يدرأ الحدّ عن السّارق ويعزّر ، وذلك لكون سرقة الثّمر المعلق لا تدلّ على خطورة الإجرام لدى الجاني .

36/ يتفق قانون العقوبات الجزائري مع التّشريع الجنائي الإسلامي في إثبات المسؤوليّة الجنائيّة على سارق الدّواب من المراح وخارج المراح عند بعض الفقهاء إذا كان معها حافظ ، ويختلف مع البعض الآخر في عدم إثبات المسؤوليّة الجنائيّة إذا كانت الدّواب خارج المراح بدون حافظ ، ويعزّر السّارق شرعاً في حالة عدم القطع .

37/ كلّ من التّهب والغصب والاختلاس سرقات يعاقب عليها القانون بعقوبة السّرقه المنصوص عليه قانوناً ، وهذه الأفعال يجمعها عنوان الأخذ مجاهرة ، والمجاهرة لا تحلّ بأركان السّرقه قانوناً في حين تحلّ بركن الأخذ خفية في التّشريع الجنائي الإسلامي ، فلا تعتبرها سرقات وبالتالي يعزّر الفاعل فقط .

38/ إنّ التسليم يحدث خللاً في الرّكن أو التّشاط المادّي لجريمة السرقة ، فيحول دون تحقّقها سواء تعلّق الأمر بالسرقة في التشريع الجنائي الإسلامي أو بالسرقة في قانون العقوبات الجزائري ، فيستحيل أن يقال لمن استلم الشيء بأنّه أخذه خفية أو خلسة رغم وجود بعض الاستثناءات ، ويعزّر السّارق شرعاً لعدم القطع .

39/ الخائن يعزّر شرعاً بما يراه الحاكم زاجراً له بحسب حاله ودرجة خطورته ، ويدخل في دائرته كلّ الاعتداءات على الأموال التي تقع بموجب عقود الأمانة (كعقد الإيجار ، وعقد الوديعة ، وعقد الوكالة ...) أمّا جحد العارية فقد وقع فيها خلاف بين الفقهاء ، والرّاجح أنّه يقطع جاحد العارية إذا كان معتاداً لهذا الفعل الحقير وصار خلق له ، وكان يستعير بنية السرقة وعدم الرّد ، ويعزّر إذا لم يعتاد هذا الفعل وكان يستعير بنية الرّد ثمّ أغراه الشيطان ، ويعتبر هذا الفعل في قانون العقوبات الجزائري خيانة أمانة وليس سرقة لأنّ التسليم فيها ، فجعل لها عقوبة خاصّة مقرّرة في القانون .

40/ التّصب وهو استيلاء على أموال النّاس من منقولات بغير وجه حقّ بناء على طرق احتياليّة ينتهجها المحتال لتضليل المجنى عليه ، وجعله يسلم أمواله وهو في غفلة ، ونظراً لهذا التسليم المانع من الاختلاس لم يعتبر المشرع الجزائري الفعل سرقة ، وإنّما اعتبره جريمة مستقلّة لها عقوبتها الخاصّة بها قانوناً ، أمّا شرعاً وإن لم يرد تصريح لهذه الجريمة في التّصوص الشرعية ، ولا في عبارة الفقهاء إلّا أنّ التّصوص التي تحرّم الاعتداء على أموال النّاس بالباطل تشمل هذا الفعل بالتحريم ، وبالتالي يعزّر الفاعل ولا يقطع ؛ لعدم توفر كلّ أركان السرقة .

41/ في حالة ادّعاء السّارق ملكيّة المسروق بعد المرافعة ، فإنّ قانون العقوبات الجزائري يتّفق مع بعض المذاهب الإسلامية في البحث عن المالك الحقيقي ، فإذا ثبتت دعواه يعفى من العقوبة قانوناً ويعزّر شرعاً ، لكن الرّاجح شرعاً أنّه لا يلتفت إلى ادّعائه ذلك بعد المرافعة ويحدّ .

42/ الرّاجح تعزير سارق مال المجهول عند إقراره بالسرقة شرعاً ، بخلاف قانون العقوبات الجزائري الذي يجرّم سارق مال المجهول ويعتبره سرقة تامّة ، وبذلك يتّفق مع مذهب المالكيّة الذين قالوا بقطع السّارق .

43/ الرّاجح تعزير السّارق من السّارق شرعاً ؛ لأنّ يد السّارق ليست يد ملك ، بخلاف قانون العقوبات الجزائري الذي يعتبره سارقاً ؛ لأنّه سرق مالاّ منقولاً غير مملوك له بل مملوك لغيره ، وهو يعلم ذلك وينوي نتيجة الفعل .

44/ لا قطع إذا اعترضت يد لصّ آخر السّارق الأوّل شرعاً ؛ لأنّ الشّيء المسروق لم يدخل في حيازة السّارق الأوّل ، وبالتالي تشدّد عليه العقوبة التّعزيرية ، بينما في قانون العقوبات الجزائري يعتبر الفعل شروعاً في جريمة السرقة ، ورغم ذلك تكون عقوبة الفاعل عقوبة السرقة التامة ؛ لأنّه لا أهميّة للتفرقة بين الشروع في السرقة والسرقة التامة في قانون العقوبات الجزائري .

45/ يعوّل شرعاً في سرقة ما لا قطع فيه إذا كان متّصلاً بما فيه القطع على القصد الجنائي لدى الجاني ؛ لأنّه هو المخرج في هذه المسألة ، والأمور بمقاصدها ، فمن قصد سرقة ما لا قطع فيه وكان متّصلاً بما فيه القطع يعزّر ، ومن قصد سرقة ما فيه القطع وكان متّصلاً بما لا قطع فيه يقطع والله أعلم .

46/ القوى الطّبيعية تصلح محلاً للسرقة (كالمياه والكهرباء والغاز ...) وبالتالي يعاقب سارقها بعقوبة السرقة في قانون العقوبات الجزائري ، ولا تنافي بينه وبين التشريع الجنائي الإسلامي في هذه المسألة طالما هذه القوى تقدّر بقيمة مالية ، وهي قابلة للتقل والحيازة والملك إذا بلغت النّصاب طبعاً .

47/ الرّاجح أنّ الشبهة مسقطه لحدّ السرقة ومستوجبة للتّعزير عند جمهور الفقهاء ، خلافاً لابن حزم الذي ذهب إلى عدم اعتبار الشبهة دائرة لحدّ السرقة وسائر الحدود ، فلا يحلّ عنده أن تدرأ الحدود بشبهة ، ولا أن تقام بشبهة .

48/ تتحقّق الشبهة شرعاً بضوابط ، حيث توجد بوجودها وتنعدم بعدمها ، ويجمع هذه الضوابط ضابط القوّة ، فلا تعتبر الشبهة شرعاً إلّا إذا كانت قويّة ، وهذه القوّة تكمن فيما تتعلّق به من قصد الجاني ، وإدراكه ، أو الصّور المبيحة للفعل ن أو طرق الإثبات .

49/ يعفى المكره من عقاب السرقة شرعاً وقانوناً ؛ لأنّ الإكراه يحول دون تحقّق ركن القصد الجنائي في كلا التّشريعين ، فيكون شبهة قويّة في حقّ الجاني .

50/ اتفق الفقهاء على درء الحدّ عن السّارق في عام المجاعة ، سواء عند من يقول بالشبهة أو عند من لم يقل بها ، ويشترطون جميعاً أن يكون السّارق في مخمصة ، ولا يأخذ أكثر من حاجته ، ولا يجد ما يشتريه ، أو ما يشتري به ، ولا يعذر إذا كان الثّمن غالٍ ، فإذا سرق والطّعام موجود أو الثّمن غالٍ يعزّر . كما وقع الإجماع في القانون على أنّه لا عقاب على السّارق في حالة الضرورة إذا كانت متحققة وغير راجعة لخطأ الجاني ، والقيمة المضحى بها أقلّ قيمة أو مساوية من القيمة المحفوظ عليها .

51/ تتعلّق الشبهة بالملك الخاصّ في السرقة وتقوى إذا اختلطت ملكيّة السّارق مع ملكيّة المسروق منه ، أو امتزجت الأموال ببعضها البعض وغلب الظنّ بالإباحة ، وكذا وجود علاقات القرابة والرّحم ، وكذا فيمن أخذ حقّه من الذي منعه منه ، فيدراً الحدّ عن السّارق في هذه الحال ويعزّر .

52/ تتعلّق الشبهة بالملك العامّ في السرقة وتقوى إذا ادّعى السّارق شبهة الملك حين يأخذ من بيت المال ، أو المغنم ، أو الفبيء ، أو الوقف ، أو ثمار لا يعرف صاحبها ، فيدراً الحدّ عن السّارق في هذه الحال ويعزّر .

53/ إذا رجع السّارق عن إقراره بالسرقة بموجب تلقين القاضي له ، ولم يجد معه متاع ، ولم تكن ثمة بيّنة لإثبات السرقة يدراً الحدّ عن السّارق ؛ لأنّ العدول شبهة في صحّة الإقرار ، إلّا أنّه يحكم عليه بضمان المال المسروق خلافاً لابن حزم الذي لا يرى أثراً للعدول هنا .

54/ إذا هرب المحدث عند استيفاء الحدّ منه ، وكانت السرقة قد ثبتت بالإقرار فقط ، فإنّ الهروب يعتبر رجوعاً عن الإقرار على الرّاجح ، ويجب الكفّ عنه .

55/ الرّاجح القول بأنّ رجوع الشهود عن شهادتهم في جريمة السرقة قبل الحكم بشهادتهم ، وكذا بعد الحكم وقبل التنفيذ شرعاً ؛ لأنّ الإسلام حثّنا على السّتر عن الجرم في الحدود ودرئها بالشبهات كلّما أمكن ذلك خاصّة إذا لم يشتهر السّارق المشهود عليه بذلك .

56/ الرّاجح ردّ شهادة الشهود إذا تغيّر حالهم بعد الأداء وقبل الحكم في جريمة السرقة شرعاً ؛ لأنّها من حقوق الله تعالى ، فيدراً الحدّ عن السّارق ويعزّر .

57/ الرَّاجِحُ دَرَأَ الْحَدَّ عَنِ السَّارِقِ إِذَا تَغَيَّرَ حَالُ الشَّهْودِ بَعْدَ الْحُكْمِ وَقَبْلَ التَّنْفِيزِ ، وَيَعْزَرُ السَّارِقَ بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ الْقَاضِي ضَرُورِيًّا لِإِصْلَاحِ حَالِهِ .

58/ الرَّاجِحُ دَرَأَ الْحَدَّ عَنِ السَّارِقِ إِذَا اخْتَلَفَ الشَّهْودُ فِي الْمَسْرُوقِ وَزَمَانِ الْجُرِيمَةِ شَرْعًا ؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَهُمْ فِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ تَأْكَدِهِمْ مِنْ وَقُوعِ الْجُرِيمَةِ ، فَاخْتِلَافُهُمْ شَبْهَةٌ كَافِيَةٌ لِدَرْءِ الْحَدِّ عَنِ السَّارِقِ ، وَذَلِكَ بَعْدَ التَّأَكُّدِ مِنْ أَنَّ اخْتِلَافَهُمْ كَانَ حَوْلَ سَرَقَةٍ وَاحِدَةٍ .

59/ الرَّاجِحُ إِذَا كَذَّبَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ أَوْ الْمَشْهُودُ لَهُ الشَّهْودَ عَلَى السَّرَقَةِ شَرْعًا يَدْرَأُ الْحَدَّ عَنِ السَّارِقِ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ هُنَا تَشْبِهُ الثَّابِتَ وَلَيْسَ بِنَثَابٍ ، كَمَا أَنَّ فِي حَالَةِ دَرْءِ الْحَدِّ يُمْكِنُ تَدَارُكُ مَا فَاتَ إِذَا ظَهَرَ صَدَقَ الْمَكْذُوبُ ، وَأَمَّا فِي حَالَةِ إِقَامَةِ الْحَدِّ لَا يُمْكِنُ تَدَارُكُ مَا فَاتَ فِي حَالَةِ صَدَقَهُ .

60/ الرَّاجِحُ عِنْدَ التَّكْرَارِ فِي السَّرَقَةِ شَرْعًا تَقْطَعُ الرَّجُلَ الْيَسْرَى فِي السَّرَقَةِ الثَّانِيَةِ بَعْدَ أَنْ قُطِعَتْ الْيَمْنَى فِي السَّرَقَةِ الْأُولَى ، وَمَا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ يَعْزَرُ فِيهِ الْجَانِي ، إِمَّا بِالْحَبْسِ الطَّوِيلِ الْمُدَّةِ ، وَإِمَّا بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ حَتَّى وَإِنْ اقْتَضَى الْأَمْرُ إِلَى قَتْلِهِ سِيَاسَةً إِذَا كَانَ يَسْعَى فِي الْأَرْضِ بِالْفُسَادِ وَلَمْ يَصْلَحْ حَالُهُ ، أَمَّا فِي قَانُونِ الْعُقُوبَاتِ الْجَزَائِرِيِّ فَتَشَدَّدَ عَقُوبَةُ السَّرَقَةِ عَلَى الْجَانِي عِنْدَ الْعُودِ ، وَيَحْدَدُ الْعُودَ بِمُدَّةٍ زَمَنِيَّةٍ .

61/ الرَّاجِحُ دَرَأَ الْحَدَّ عَنِ السَّارِقِ بِفَوَاتِ الْحُلِّ بَعْدَ السَّرَقَةِ وَقَبْلَ التَّنْفِيزِ شَرْعًا ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ تَعَلَّقَ ابْتِدَاءً بِالْيَدِ الْيَمْنَى ، لَكِنَّهُ يَعْزَرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ كَافِيًا لَزَجْرِهِ .

62/ الرَّاجِحُ دَرَأَ الْحَدَّ عَنِ السَّارِقِ إِذَا كَانَتْ يَمْنَاهُ مَقْطُوعَةً ، أَوْ مَشْلُولَةً حَتَّى لَا يُؤْوِلَ الْأَمْرُ إِلَى قَطْعِ عَضْوَيْنِ مِنْ شَقٍّ وَاحِدٍ ، وَتَفْوِيتِ مَنْفَعَةِ الْيَدَيْنِ ، وَيَكُونُ أَشَقُّ عَلَى الْفَاعِلِ مِنَ الْقَتْلِ فَيَعْزَرُ السَّارِقَ فِي هَذِهِ الْحَالِ .

63/ الرَّاجِحُ سَقُوطَ الْحَدِّ عَنِ الْيَدِ الْيَمْنَى بِذَهَابِ الْيَدِ الْيَسْرَى بِمَوْجِبِ خَطَأٍ فِي تَنْفِيزِ الْحَدِّ عَلَى السَّارِقِ ، سَوَاءَ كَانَ الْحَدَّادُ مُتَعَمِّدًا أَمْ مُحْظَنًا ، وَسَوَاءَ أَخْرَجَ السَّارِقُ يَدَهُ الْيَسْرَى بِاخْتِيَارِهِ أَمْ لَا ، كَمَا لَا يَجُوزُ قَطْعُ يَدِي السَّارِقِ فِي سَرَقَةٍ وَاحِدَةٍ .

المعاصرو والمراجع

قائمة مصادر ومراجع البحث

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : كتب التفسير

- __ أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر ، **أحكام القرآن** ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، ط (1405هـ/1985م) دار إحياء التراث العربي _ بيروت .
- __ سيد قطب ، **في ظلال القرآن** ، ط 15 ، سنة (1408هـ/1988م) ، دار الشروق ، القاهرة
- __ عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي ، **الجواهر الحسان في تفسير القرآن** ، ط (دت ن) مؤسّسة الإعلامى للمطبوعات ، بيروت .
- __ محمد بن أحمد القرطبي ، أبو عبد الله ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ط (1404هـ/1985م) دار إحياء التراث العربي .
- __ محمد بن عبد الله بن العربي ، **أحكام القرآن** ، تحقيق علي محمد البجاوي ، ط (دت ن) دار المعرفة ، بيروت _ لبنان .
- __ وكذا طبعة 1957م ، تحقيق علي محمد البجاوي ، دار إحياء الكتب العربية _ القاهرة .
- __ محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، **فتح القدير بين الرواية والدراية في علم التفسير** ، ط (دت ن) دار الفكر ، بيروت .
- __ محمد أبو جعفر الطبري ، **جامع البيان في تأويل أي القرآن** ، تحقيق محمود محمد شاكر _ وأحمد محمد شاكر ، ط (دت ن) دار المعارف _ مصر .

ثالثاً : كتب السنة وشروحها وكتب التخریج

- __ أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي ، **سنن البيهقي** ، ط 1 ، سنة 1950م ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، حيدر آباد _ الهند .
- __ أحمد بن حنبل ، أبو عبد الله الشَّيباني ، **مسند الإمام أحمد** ، ط 3 ، سنة (1410هـ/1994م) دار إحياء التراث العربي .
- __ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، ط (دت ن) دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت _ لبنان .

- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، **تلخيص الحبير في تفریح أحاديث الرافعي الكبير** ، تحقيق عبد الله هاشم اليماني ، ط (1384هـ / 1964م) شركة الطباعة المتحدة _ القاهرة .
- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، **النكت على بن الصّلاح** ، تحقيق ربيع بن هادي عمير ، ط 1400هـ ، مطبوع على الآلة الكاتبة .
- الحسن السّندي ، **شرح سنن بن ماجه** ، ط (دت ن) دار الجيل _ بيروت .
- الخطابي أبو سليمان ، **معالم السنن** ، ط 1 ، سنة 1416 هـ / 1996 م) مكتبة دار الباز ، السعودية .
- وكذا طبعة سنة 1401 هـ / 1981 م ، بيروت _ لبنان ، منشورات المكتبة العلمية .
- جلال الدّين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، **تدريب الرّأوي شرح تقريب النّووي** ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، ط 2 ، سنة 1388 م ، مطبعة السّعادة .
- سليمان بن الأشعث السجستاني ، أبو داود ، **سنن أبي داود** ، ط (1414هـ / 1994م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان .
- شمس الدين السخاوي ، **المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة** ، تحقيق محمد عثمان الخشت ، ط 1 ، سنة (1405هـ / 1985م) دار الكتاب العربي _ بيروت .
- عبد الله بن يوسف الزيلعي ، **نصب الرّاية لأحاديث الهداية** ، ط 1393هـ ، مطبوعات المجلس العلمي ، توزيع المكتب الإسلامي .
- علي بن أبي بكر الهيثمي ، **مجمع الرّوائد ومنبع الفوائد** ، ط (1404هـ / 1984م) دار الريان للتراث ، دار الكتاب العربي _ بيروت .
- محمد بن أبي بكر الرّازي ، **مختار الصّحاح** ، تحقيق محمود خاطر ، ط (1415هـ / 1995م) مكتبة لبنان ، ناشرون بيروت .
- محمد بن أبي شيبة ، **المصنّف في الأحاديث والآثار** ، ط (1414هـ / 1994م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان .
- محمد بن إسماعيل البخاري ، أبو عبد الله ، **صحيح البخاري** ، ط (1401هـ / 1981م) دار الكتب العلميّة .
- محمد بن إسماعيل الصّنعاني ، **سبل السّلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلّة الأحكام** ، ط (1409هـ / 1988م) دار الفكر _ بيروت .
- كذا ط 1 ، سنة (1308هـ / 1987م) دار الفكر .

- محمد بن عبد الله أبو عبد الله ، الحاكم النيسابوري ، **المستدرك على الصحيحين** ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطاء ، ط 1 ، (1411 هـ / 1990 م) دار الكتب العلمية _ بيروت .
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار** ، ط (دت ن) دار الحديث _ القاهرة .
- محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي ، **سنن الترمذي** ، ط (1414 هـ / 1994 م) دار الفكر، بيروت _ لبنان .
- محمد بن يزيد أبو عبد الله بن ماجة ، **سنن بن ماجة** ، ط (1415 هـ / 1995 م) دار الفكر، بيروت _ لبنان .
- محمد ناصر الدين الألباني ، **إرواء الغليل في تخرج أحاديث منار السبيل** ، ط 2 ، سنة (1405 هـ / 1985 م) المكتب الإسلامي _ بيروت .
- محي الدين بن شرف النووي ، أبو زكريا ، **صحيح مسلم بشرح النووي** ، ط 3 ، سنة (1404 هـ / 1984 م) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت _ لبنان .

رابعاً : كتب الفقه وأصوله

- إبراهيم البيجوري ، **حاشية البيجوري** ، ط (1343 هـ) مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر .
- إبراهيم بن علي أبو يوسف الشيرازي ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، ط (دت ن) دار الفكر _ بيروت .
- إبراهيم بن محمد أبو إسحاق بن مفلح ، **النكت والفوائد السنية** ، ط (1404 هـ) مكتبة المعارف _ الرياض .
- إبراهيم بن محمد أبو إسحاق الحنبلي ، **المبدع** ، ط 1 ، سنة (1399 هـ / 1979 م) طبعة المكتب الإسلامي .
- وطبعة 1400 هـ ، المكتب الإسلامي .
- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، **منار السبيل** ، ط 3 ، سنة (1410 هـ / 1989 م) المكتب الإسلامي .
- إبراهيم بن موسى ، أبو إسحاق الشاطبي ، **الموافقات** ، تعليق محمد حسنين مخلوف ، ط (دت ن) دار الفكر ، بيروت _ لبنان .

- ابن برهان ، **الوصول إلى علم الأصول** ، تحقيق عبد الحميد علي أبو زيد ، ط (1403هـ/1983م) مكتبة المعارف _ الرياض .
- _ أحمد الدردير أبو البركات ، **الشرح الصغير** ، ط (دت ن) مؤسسة العصر ، المنشورات الإسلامية ، وزارة الشؤون الدينية _ الجزائر .
- _ أحمد الدردير أبو البركات ، **الشرح الكبير على حاشية الدسوقي** ، ط (دت ن) دار الفكر .
- _ أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلبي ، **الروض الندي شرح كافي المبتدئ للبلباني** ، الطبعة السلفية ، (دت ن) .
- _ أحمد بن غنيم النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ط 1 ، سنة (1418هـ/1997م) دار الكتب العلمية ، بيروت _ لبنان .
- _ الرهوني ، **حاشيته على شرح الزرقاني لمختصر خليل** ، ط 1 ، سنة 1306 هـ ، المطبعة الأميرية ببولاق _ مصر .
- _ السيد سابق ، **فقه السنة** ، ط 4 ، سنة (1403هـ/1983م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان .
- _ الشنقيطي ، **مذكرة أصول الفقه** ، ط (دت ن) الدار السلفية للنشر والتوزيع _ الجزائر .
- _ الهمام الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ، **الفتاوى الهندية** ، ط 4 (دت ن) دار إحياء التراث العربي _ بيروت .
- _ برهان الدّين إبراهيم بن فرحون ، **تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ، ط (دت ن) دار الفكر .
- _ وكذا ط (1423هـ/2003م) دار عالم الكتب ، الرياض .
- _ برهان الدّين عليّ بن أبي بكر المرغيناني ، **الهداية على شرح بداية المبتدي** ، بهامش شرح فتح القدير .
- _ تقي الدّين بن تيمية ، **القياس في الشّرع الإسلامي** ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، ط 5 ، سنة (1402هـ/1982م) دار الآفاق الجديدة .
- _ تقي الدّين أحمد بن تيمية ، **مجموع فتاويه** ، ط (دت ن) ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم النجدي بمساعدة ابنه محمد .
- _ تقي الدّين بن تيمية ، **الإختيارات الفقهية** ، تحقيق محمد حامد الفقّمي ، ط (دت ن) دار المعرفة ، بيروت _ لبنان .

- __ وكذا طبعة مصطفى محمد ، مصر .
- __ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، **الأشباه والنظائر** ، ط (دت ن) مطبعة مصطفى محمد _ مصر .
- __ زكريّا بن محمد أحمد الأنصاري ، أبو يحيى ، **فتح الوهاب شرح منهج الطلاب** ، ط 1 ، سنة (1418هـ / 1998م) دار الكتب العلميّة _ بيروت .
- __ أبو زيد القيرواني ، **رسالته** ، متن لكتاب الفواكه الدواني .
- __ زين الدين بن عبد العزيز الملياري ، **فتح المعين** ، ط (دت ن) دار الفكر _ بيروت .
- __ زين الدين بن نجيم ، **البحر الرائق** ، ط 3 ، سنة (1415هـ / 1993م) دار المعرفة ، بيروت _ لبنان
- __ سعد الدين التفتازاني ، **التلويح على التوضيح** ، ط (دت ن) طبعة قديمة .
- __ سليمان البيجرمي ، **حاشيته على شرح منهج الطلاب** ، ط (دت ن) دار الكتب العربية الكبرى .
- __ سليمان الجمل ، **حاشية على شرح منهج الطلاب** للشيخ زكريّا الأنصاري ، ط (دت ن) دار الفكر للطباعة والنشر .
- __ سيف الدين الآمدي ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ط (دت ن) دار الكتب العلميّة ، بيروت _ لبنان .
- __ شمس الدين السرخسي ، **المبسوط** ، ط 1 ، سنة (1414هـ / 1993م) دار الكتب العلمية ، بيروت _ لبنان .
- __ شمس الدين بن قدامة ، **الشرح الكبير** ، ط (1414هـ / 1993م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان .
- __ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، الطبعة الأخيرة ، سنة 1386 هـ ، مطبعة الباي الحلبي وأولاده ، مصر .
- __ شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي على **شرح أحمد الدردير** ، مع تقارير الشيخ محمد عليش ، ط الأزهرية 1345هـ / 1927م ، مصر .
- __ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ، **الفروق** ، ط (دت ن) دار عالم الكتب ، بيروت _ لبنان .
- __ كذا طبعة (1344هـ / 1924م) دار إحياء الكتب القاهرة .
- __ شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ط 1315هـ ، الطبعة اليمنية .

- صالح عبد السميع الأبي الأزهر ، **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل** ، ط (دت ن) دار الفكر ، بيروت — لبنان .
- صديق خان ، **الروضة الندية شرح الدرر البهية** ، تحقيق أحمد شاكر ، ط (دت ن) دار بن تيمية — البليدة .
- عبد الغني الميداني ، **الباب في شرح الكتاب** ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، ط (دت ن) دار الكتاب العربي — بيروت .
- عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، **القواعد في الفقه الإسلامي** ، ط (دت ن) دار الفكر .
- عبد العزيز البخاري ، **كشف الأسرار على أصول البزدوي** ، ط (دت ن) دار الكتاب العربي — بيروت .
- عبد الوهاب خلاّف ، **علم أصول الفقه** ، ط (1406هـ / 1986م) دار القلم ، الكويت .
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ط 2 ، سنة (1402هـ / 1982م) دار الكتاب العربي — بيروت .
- علي بن أحمد أبو محمد بن حزم ، **المحلى بالآثار** ، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ، ط (دت ن) دار الفكر — بيروت .
- علي بن أحمد بن مكرم العدوي ، **شرح أقرب المسالك** ، ط (دت ن) دار الطباعة العامة بولاق — مصر .
- علي بن سليمان أبو الحسن المرداوي ، **الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف** ، تحقيق محمد حامد الفقّي ، ط 1 ، سنة (1377هـ / 1957م) دار إحياء التراث العربي ، بيروت — لبنان .
- فخر الدين عثمان بن علي الزّيلعي ، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، ط 2 (دت ن) دار الكتاب الإسلامي — القاهرة .
- قاسم بن عبد الله أبو القاسم بن الشّاط ، **أدوار الشّروق على أنواء الفروق** ، بهامش الفروق للقرافي .
- كمال الدين بن الهمام ، **شرح فتح القدير** ، ط 1 ، سنة (1389هـ / 1970م) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، بمصر .
- كمال بن السيد سالم أبو مالك ، **صحيح فقه السنة وأدلّته** ، ط (دت ن) المكتبة التوفيقية .
- مالك بن أنس الأصبحي ، **المدوّنة الكبرى** ، رواية الإمام سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم ، ط 1 ، سنة (1419هـ / 1998م) دار الفكر ، بيروت — لبنان .
- وكذا طبعة مؤسسة البابي الحلبي وشركاؤه — القاهرة .

- __ محمد أحمد عليش أبو عبد الله ، فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ، ط(دت ن) دار الفكر .
- __ محمد الخطيب الشربيني ، الإقناع ، تحقيق مكتب البحوث والدراسات لدار الفكر ، ط(1415هـ/1995م) دار الفكر .
- __ محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ط(دت ن) دار الفكر _ بيروت .
- __ محمد أمين بن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ط1 (1415هـ/1994م) دار الكتب العلميّة ، بيروت _ لبنان .
- __ وكذا ط 1984م ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر .
- __ محمد بن إبراهيم بن المنذر ، الإجماع ، تحقيق فؤاد عبد المنعم ، ط 2 ، سنة (1407هـ/1987م) قطر .
- __ محمد بن أحمد بن جزي ، أبو القاسم ، القوانين الفقهية ، ط (دت ن) دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- __ محمد بن أحمد بن رشد ، أبو الوليد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط (1409هـ/1989) دار شريفة _ الجزائر .
- __ محمد بن عبد الله أبو عبد الله ، الخرشي على مختصر سيدي خليل ، ط (دت ن) دار الفكر .
- __ محمد بن محمد أبو حامد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، ط(1414هـ/1994م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان .
- __ وكذا ط (1399هـ/1978م) دار المعرفة ، بيروت .
- __ محمد بن محمد أبو حامد الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، ط (دت ن) دار العلوم الحديثة ، بيروت _ لبنان .
- __ محمد بن محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي ، المعروف بالخطّاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط (1423هـ/2003م) دار عالم الكتب _ الرياض .
- __ محمد بن يوسف العبدري الشّهير بالمواق ، التّاج والإكليل لمختصر خليل ، مطبوع بهامش مواهب الجليل للخطّاب ، ط (دت ن) مكتبة التّجّاح طرابلس _ ليبيا .
- __ محمد سعيد رمضان البوطي ، محاضرات في الفقه المقارن ، ط 2 ، سنة 1401هـ/1981م) دار الفكر ، دمشق _ سوريا .
- __ محمد صدقي ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، ط (دت ن) مؤسّسة الرّسالة .

__ محمد علاء الدّين الحصكفي ، **الدّر المختار شرح تنوير الأبصار** ، بهامش حاشية بن عابدين .
__ محمد علي حسين المكي المالكي ، **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية** ، مطبوع بهامش الفروق للقرافي .

__ محمد عليّش ، **حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل** ، مطبوع بهامش شرح منح الجليل على مختصر خليل ، ط (دت ن) مكتبة النّجاح ، سوق التّرك _ طرابلس .
__ محمد نجيب المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ط 2 ، سنة (1472هـ / 2006م) دار عالم الكتب _ الرياض .

__ محي الدّين بن شرف التّووي ، **المجموع شرح المذهب للشيرازي** ، تحقيق محمد نجيب المطيعي ، ط 3 ، سنة (1427هـ / 2006م) دار عالم الكتب _ الرّياض .
__ منصور بن إدريس البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، ط (1402هـ / 1982م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان .
__ مصطفى أحمد الزّرقاء ، **المدخل الفقهي العام** ، ط 10 ، سنة (1387هـ / 1968م) دار الفكر .

__ موفق الدّين محمد بن عبد الله ابن قدامة ، **المغني والشرح الكبير** ، ط (1414هـ / 1993م) دار الفكر ، بيروت _ لبنان .

__ وكذا **المغني** ، ط 5 ، سنة (1426هـ / 2005م) دار عالم الكتب .
__ موفق الدّين محمد بن عبد الله بن قدامة ، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل** ، تحقيق صدقي محمد جميل ، ط (دت ن) دار الفكر .

__ وكذا الطّبعة الخامسة ، سنة (1426هـ / 2005م) ، دار عالم الكتب .
__ يحي بن شرف التّووي ، **روضة الطالبين** ، ط (دت ن) المكتب الإسلامي للطباعة والنّشر _ وهبة الزّحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلّته** ، ط (1409هـ / 1989م) دار الفكر _ دمشق .
__ وهبة الزّحيلي ، **أصول الفقه الإسلامي** ، ط 1 ، سنة (1406هـ / 1986م) دار الفكر ، دمشق .

__ **مجلة الأحكام العدليّة** ، جمعيّة المجلّة ، تحقيق نجيب هواوي ، ط (دت ن) دار النّشر كارخانة .

خامساً : كتب قانونيّة وعامة

__ ابن هشام ، **السيرة النبويّة** ، ط (دت ن) دار القلم _ بيروت .

- ابن قيم الجوزية ، **زاد المعاد في هدي خير العباد** ، ط (1408هـ / 1988م) مؤسسة الرسالة — بيروت .
- ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، تحقيق محي الدين عبد الحميد ، ط 1 ، سنة (1374هـ / 1955م) مطبعة السعادة .
- وكذا طبعة 1969م ، تحقيق عبد الرحمن الوكيل ، دار الكتب الحديثة _ القاهرة .
- ابن قيم الجوزية ، **إغاثة اللّاهفان من مصائد الشّيطان** ، تحقيق محمد سيد الكيلاني ، الطبعة الأخيرة ، سنة 1961م ،
- أحمد بسيوني أبو الروس ، **جرائم السرقات** ، ط 1987م ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .
- أحمد بسيوني أبو الروس ، **جرائم السرقات والتّصب وخيانة الأمانة والشيك بدون رصيد** ، ط 1996م ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية .
- أحمد فتحي بهنسي ، **نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي** ، ط (1403هـ / 1983م) دار الشروق .
- أحمد فتحي بهنسي ، **شرح وتعليق على رسالة الشيخ محمود شلتوت في المسؤولية الجنائية** ، ط 1 ، سنة (1407هـ / 1987م) مؤسسة الخليج العربي ، القاهرة .
- الشهرستاني ، **الملل والنحل** ، تحقيق محمد سيد كيلاني ، ط (1404هـ / 1985م) دار المعرفة ، بيروت — لبنان .
- باعليات إبراهيم ، **أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري** ، ط 1 ، سنة (1428هـ / 2007م) دار الخلدونية للنشر والتوزيع — الجزائر .
- بن شيخ حسين ، **مبادئ القانون الجزائري العام** ، ط (دت ن) دار هومة — الجزائر .
- تقي الدين أحمد بن تيمية ، **الحسبة في الإسلام** ، تحقيق محمد زهري النجار ، ط (دت ن) من منشورات المؤسسة السعدية بالرياض لصاحبها فهد بن عبد العزيز السعيد .
- تقي الدين أحمد بن تيمية ، **السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية** ، ط (دت ن) قصر الكتب ، البلدة — الجزائر .
- شمس الدّين أبو عبد الله بن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين عن ربّ العالمين** ، تعليق عبد الرّؤوف سعيد ، ط (دت ن) دار الجيل للنشر ، بيروت — لبنان .
- شمس الدّين أبو عبد الله بن قيم الجوزية ، **الطّرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، تحقيق بشير محمد عون ، ط 4 سنة (1426هـ / 2005م) مكتبة دار البيان — دمشق .

- __ عبد الحافظ عبد الهادي ، **القرائن في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون الوضعي** ، أصل الكتاب رسالة دكتوراه ، أكاديمية الشرطة ، كلية الدراسات العليا ، رقم 6948 .
- __ عبد الرحمن بن الجوزي ، **تاريخ عمر بن الخطاب** ، ط 1 ، سنة 1990 ، مطبعة الزهراء ، الجزائر .
- __ عبد العزيز عامر ، **التعزير في الشريعة الإسلامية** ، ط 4 (دت ن) دار الفكر .
- __ عبد القادر العربي شحط ، **الإثبات في المواد الجزائية** ، ط (دت ن) دار الهدى ، عين مليلة _ الجزائر .
- __ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** ، ط 1988م ، منشورات الحلبي الحقوقية _ بيروت .
- __ عبد القادر عودة ، **التشريع الجنائي الإسلامي** ، ط 9 ، سنة (1408هـ / 1987م) مؤسّسة الرسالة _ بيروت .
- __ عبد الله بن يوسف الجديع ، **العقيدة السلفية في كلام رب البرية وكشف أباطيل المبتدعة الردية** ، ط 2 ، سنة (1416هـ / 1995م) دار الإمام مالك .
- __ عبد الله سليمان ، **شرح قانون العقوبات الجزائري** ، ط 5 ، سنة 2004م ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر .
- __ عدلي خليل ، **جريمة السرقة** ، سنة النشر 2006م ، دار الكتب القانونية ، مصر ، رقم الإيداع 4291 .
- __ عطية عبد الله الغامدي ، **سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية** ، ط (1415هـ / 1994م) رقم 24 ، المملكة العربية السعودية .
- __ عطية عبد الله الغامدي ، **أسباب سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي** ، ط (1415هـ / 1994م) سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية ، المملكة العربية السعودية ، جامعة أم القرى .
- __ علي الميث أبو اليزيد ، **البحث العلمي عن الجريمة** ، ط (1976م) مؤسّسة شباب الجامعة .
- __ علي بن خليل الطرابلسي ، **معين الحكّام فيما يتردّد بين الخصمين من الأحكام** ، ط 2 ، سنة (1393هـ / 1973م) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .
- __ علي بن محمد الجرجاني ، **التعريفات** ، ط 3 ، سنة 1413هـ / 1992م) دار الكتاب العربي ، بيروت _ لبنان .

- __ علي بن محمد الماوردي ، أبو الحسين ، **الأحكام السلطانية والولايات الدينية** ، تحقيق د/ مبارك البغدادي ، ط (دت ن) ، دار الوفاء _ الكويت .
- __ علي خفيف ، **الملكية في الشريعة الإسلامية** ، ط (دت ن) معهد البحوث والدراسات العربية .
- __ قاسم بن سلام أبو عبيد ، **الأموال** ، ط (دت ن) مؤسسة ناصر للثقافة .
- __ محمد أبو زهرة ، **فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي** ، ط 1960م ، معهد الدراسات العالية.
- __ محمد أبو زهرة ، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي** ، ط (دت ن) دار الفكر العربي .
- __ محمد أبو زهرة ، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية** ، ط (دت ن) دار الفكر العربي .
- __ محمد الحسين الفراء أبو يعلى ، **الأحكام السلطانية** ، تعليق محمد حامد الفقي ، ط 3 ، سنة (1408هـ / 1987م) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده .
- __ محمد بن علي بن سنان ، **الجانب التعزيري في جريمة الزنى** ، ط 1 ، سنة (1402هـ / 1982م) ، (ددن) .
- __ محمد سعيد رمضان البوطي ، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** ، ط 2 ، سنة (1393هـ / 1973م) مؤسسة الرسالة _ بيروت .
- __ محمد سليم عوا ، **النظام الجنائي الإسلامي** ، ط (دت ن) دار المعارف ، بيروت .
- __ محمد صبحي نجم ، **شرح قانون العقوبات الجزائري** ، ط 6 ، سنة 2005 ، ديوان المطبوعات الجامعية _ الجزائر .
- __ محمد عبد الرؤوف المناوي ، **التعاريف** ، تحقيق محمد رضوان الداية ، ط (دت ن) دار الفكر المعاصر _ بيروت .
- __ محمد قدري باشا ، **مرشدة الحيوان إلى معرفة أحوال الإنسان** ، ط 3 ، سنة (1405هـ / 1985م) المكتب الإسلامي _ بيروت .
- __ وسام أحمد السمروط ، **القرينة وأثرها في إثبات الجريمة** ، ط 1 ، سنة 2007م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت _ لبنان .
- __ وهبة الزحيلي ، **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي** ، ط 1969م ، مكتبة المغازي _ دمشق .
- __ يعقوب بن إبراهيم ، أبو يوسف ، **الخراج** ، ط 5 ، سنة 1316هـ ، القاهرة .

__ **أثر تطبيق الحدود في المجتمع** ، من البحوث المقدّمة بمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ، سنة 1396هـ ، أشرفت على طباعته ونشره إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، سنة (1401 هـ / 1984 م)

__ **قانون الأوقاف الجزائري** ، دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي ، رسالة علمية قدّمت لنيل درجة الماجستير ، من تقديم الطالب : إبراهيم بلالي ، سنة 2004/2003 م ، كليّة العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر .

__ **أساليب الجريمة ومؤسسات التحقيق الجنائية العالمية** ، إعداد قسم التأليف والترجمة في دار الرشيد ، ط (1411هـ/1991م) دار الرشيد .

__ **مجلة الأدب البيروتية** ، مقالة لـ محمد النويهي ، تحت عنوان " نحو ثورة في الفكر الديني " عدد ماي سنة 1980 م .

__ **قانون العقوبات الجزائري** ، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط 3 ، سبتمبر 2001 ، رقم الإيداع القانوني : 100_2001 ، 6 _ 010 _ 41 _ 9961 ISBN .

سادساً : كتّبة التّراجمة والمعاجم

__ إبراهيم بن علي ، أبو إسحاق الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، تحقيق الدكتور إحسان ، طبعة سنة 1970م ، دار الرائد العربي ، بيروت .

__ ابن جرير الطّبري ، **تاريخ الأمم والملوك** ، طبعة دار المعارف ، (دت ن) .

__ ابن خلكان ، **وفيات الأعيان** ، تحقيق الدكتور إحسان عباس ، طبعة سنة (1398 هـ / 1978م) دار صادر ، بيروت .

__ ابن عماد الحنبلي ، أبو الفلاح ، **شذرات الذهب في خير من ذهب** ، ط (دت ن) مكتب البخاري للطباعة والنشر _ بيروت .

__ ابن فرحون ، **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب** ، سنة 1351هـ ، مطبعة المعاهد _ القاهرة .

__ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، **الإصابة** ، تحقيق علي محمد البجاوي ، ط 1 ، سنة (1412 هـ / 1992 م) دار الجيل ، بيروت _ لبنان .

__ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، **الدّرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة** ، سنة 1987م ، طبعة المدني ، مصر .

__ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، **لسان الميزان** ، دار الفكر للطباعة والنشر ، (دت ن)

— أحمد بن علي ، أبو بكر ، الخطيب البغدادي ، **تاريخ بغداد** ، دار الكتاب العربي ، بيروت (دت ن) .

— إسماعيل باشا البغدادي ، **هدية العارفين** ، طبع بعناية وكالة المعارف في مطبعتها باستانبول سنة 1951 م ، منشورات مكتبة المثنى ببغداد .

— إسماعيل بن كثير ، أبو الفداء ، **البداية والنهاية** ، سنة (1409 هـ / 1989 م) مكتبة المعارف ، بيروت .

— الزركلي ، **الأعلام** ، ط 2 ، سنة 1989 م دار العلم للملايين .

— القاضي أبو الفضل عياض ابن موسى بن عياض اليحصبي ، **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك** ، تحقيق جماعة من الأساتذة ، وزارة الأوقاف المغربية ، سنة 1403 هـ .

— تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ، **طبقات الشافعية الكبرى** ، ط 2 ، (دت ن) دار المعرفة ، بيروت — لبنان .

— شمس الدين السخاوي ، **الضوء اللامع بأعيان القرن التاسع** ، ط 1 ، سنة (1412 هـ / 1992 م) دار الجيل ، بيروت .

— شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت الحموي ، **معجم البلدان** ، ط (دت ن) دار صادر — بيروت .

— عبد الله مصطفى المراغي ، **الفتح المبين في طبقات الأصوليين** ، بيروت ، (دت ن) .
— نجم الدين الغزي ، **الكواكب السائرة في أعيان المائة العاشرة** ، تحقيق جبرائيل سليمان جبور ، ط (دت ن) بيروت .

— عمر رضا كحالة ، **معجم المؤلفين** ، ط 1 ، سنة (1414 هـ / 1993 م) مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، مؤسسة الرسالة .

— محمد الذهبي ، **تذكرة الحفاظ** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (دت ن) .
— محمد الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، تحقيق : محب الدين أبو سعيد عمر بن غرامة العمري ، ط 1 ، سنة (1417 هـ / 1997 م) دار الفكر ، بيروت .

— محمد بن شاكر بن أحمد الكتبي ، **فوات الوفيات والذيل عليها** ، تحقيق الدكتور إحسان عباس ، دار الثقافة ، بيروت (دت ن) .

— محمد بن عبد الحلي ، أبو الحسنات اللكنوي ، **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** ، طبعة نور محمد بكرتشي ، سنة 1393 هـ .

- __ محمد بن محمد ، مخلوف ، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية** ، ط 1 ، سنة (1349هـ — / 1929 م) دار الكتاب العربي ، بيروت .
- __ **طبقات المفسرين** للأدنويه .
- __ **معجم المفسرين** لعادل نويهض .
- سابعاً : كتب اللغة**
- __ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي** ، ط (دت ن) ، المكتبة العلمية ، بيروت — لبنان .
- __ جمال الدين ابن منظور ، أبو الفضل ، **لسان العرب** ، ط (1955م / 1375هـ) ، دار بيروت — وكذا الطبعة الأولى (دت ن) .
- __ الطاهر أحمد الزاوي ، **ترتيب القاموس المحيط** ، ط 3 ، سنة 1980م الدار العربية للكتاب .
- __ الدكتورة عقيلة حسين ، رسالة ماجستير " الشبهات المسقطة للحدود — دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السنية — " سنة 1416 هـ / 1995 م بالمعهد الوطني العالي لأصول الدين ، الجزائر .

فهرس الفها رفس

- ـ فهرس الآفات
- ـ فهرس أطراف الحديث
- ـ فهرس الأعلام
- ـ فهرس الموضوعات

فہرست القرآن

الآية رقمها والسورة التي تقع فيها الصفحة

118	البقرة/ 105	﴿ والله ذو الفضل العظيم ﴾
106	البقرة/ 160	﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنُوا ﴾
379	البقرة/ 172	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ ﴾
320_165	البقرة/ 173	﴿ فَمَن اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾
116	البقرة/ 187	﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا ﴾
273	البقرة/ 190	﴿ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾
425	البقرة/ 195	﴿ وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾
488	البقرة/ 273	﴿ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ ﴾
168_169_162	البقرة/ 281	﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾
169	البقرة/ 282	﴿ وَلَا يَأْبُ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾
286	البقرة/ 283	﴿ فَإِن أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا ﴾
169	البقرة/ 383	﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾
184	آل عمران/ 77	﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ أَيْمَانَهُمْ ﴾
177	آل عمران/ 81	﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ ﴾
413	آل عمران/ 83	﴿ طَوْعًا وَكَرْهًا ﴾
509	النساء/ 4	﴿ فَإِن طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا ﴾
407	النساء/ 17	﴿ إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّوْءَ بِجَهَالَةٍ ﴾
509	النساء/ 20	﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا ... ﴾
425	النساء/ 29	﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾
63_45_44_23	النساء/ 34	﴿ وَاللَّائِي تَخَافُونَ نَشُوزَهُنَّ فَعْظَوْهُنَّ ﴾
288	النساء/ 58	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾
358	النساء/ 59	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ﴾
406	النساء/ 97	﴿ إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ﴾
109	النساء/ 114	﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ ﴾
109	النساء/ 128	﴿ وَإِن امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا ﴾
177	النساء/ 135	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ﴾

273_285_65	التّساء / 179	﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾
485_306_		
499	المائدة / 1	﴿ يا أيّها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت... ﴾
400_287	المائدة / 2	﴿ وتعاونوا على البرّ والتقوى ولا تعاونوا... ﴾
425_423_420	المائدة / 3	﴿ فمن اضطرّ في مخمصة ﴾
20	المائدة / 12	﴿ وقال الله إنّ معكم لئن أقمت الصلاة ﴾
53	المائدة / 32	﴿ من قتل نفساً بغير نفس ﴾
547_53	المائدة / 33	﴿ إنّما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾
121	المائدة / 33	﴿ إلّا الذين تابوا من قبل أن يقدرُوا عليهم ﴾
150_146-128	المائدة / 38	﴿ والسّارق والسّارقة فاقطعوا أيديهما ﴾
491_466_406		
539_509_495		
318_241_551_543		
118	المائدة / 66	﴿ ولو أنّهم أقاموا التّوراة والإنجيل ﴾
182	المائدة / 89	﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾
000	الأنعام / 54	﴿ وإذا جاءكم الذين يؤمنون بآياتنا ﴾
427	الأنعام / 57	﴿ إنّ الحكم إلّا لله ﴾
492_485	الأنعام / 119	﴿ وقد فضّل لكم ما حرّم عليكم ﴾
445	الأنعام / 119	﴿ وما لكم ألا تأكلوا لما ذكر اسم الله عليه ﴾
427	الأعراف / 54	﴿ ألا له الخلق والأمر ﴾
118	الأعراف / 96	﴿ ولو أنّ أهل القرى آمنوا واتّقوا ﴾
20	الأعراف / 157	﴿ فاللّذين آمنوا به وعزّروه ونصروه ﴾
434	الأعراف / 199	﴿ وأعرض عن الجاهلين ﴾
109	الأنفال / 1	﴿ فاتّقوا الله واصلحوا ذات بينكم ﴾
121	الأنفال / 38	﴿ قل للّذين كفروا إنّ ينتهوا يغفر لهم ﴾
487	الأنفال / 41	﴿ واعلموا أنّما غنمتم من شيء ﴾
177	التّوبة / 102	﴿ وآخرون اعترفوا بذنوبهم ﴾
182	يونس / 53	﴿ ويستنبئونك أحقّ هو قل أي ربّي ﴾
103	هود / 114	﴿ وأقم الصّلاة طرفي التّهار وزلفاً من اللّيل ﴾

194_189	يوسف/ 18	﴿ وجاءوا على قميصه بدم كذب ﴾
189	يوسف/ 26_27	﴿ وشهد شاهد من أهلها ﴾
435	التَّحِل/ 43	﴿ وما أرسلناك من قبل إلا رجلاً نوحى ﴾
435	التَّحِل/ 43	﴿ فاسألوا أهل الذِّكر إن كنتم لا تعلمون ﴾
467	التَّحِل/ 90	﴿ إنَّ الله يأمر بالعدل والإحسان ﴾
182	التَّحِل/ 91	﴿ ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ﴾
405	التَّحِل/ 106	﴿ من كفر بالله من بعد إيمانه ﴾
417_180	التَّحِل/ 106	﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾
436	الإسراء/ 15	﴿ وما كنّا معذّبين حتّى نبعث رسولا ﴾
127	الكهف/ 46	﴿ المال والبنون زينة الحياة الدّنيا ﴾
503_491	مريم/ 64	﴿ وما كان ربّك نسيّاً ﴾
509_505		
421	الأنبياء/ 83	﴿ مسّني الضرّ ﴾
379	المؤمنون/ 51	﴿ يا أيّها الرّسل كلوا من الطّيّبات واعملوا ﴾
406	التّور/ 4_5	﴿ والّذين يرمون المحصّنين ... ﴾
99	التّور/ 22	﴿ وليعفوا وليصْفَحوا ﴾
106	التّور/ 31	﴿ وتوبوا إلى الله جميعاً أيّها المؤمنون ﴾
471	التّور/ 58	﴿ يا أيّها الّذين آمنوا ليستأذنكم الّذين ملكت أيمانكم ﴾
469_468_461	التّور/ 61	﴿ ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج ﴾
505	الأحزاب/ 49	﴿ فما لكم عليهنّ من عدّة تعتدّوهما ﴾
106	غافر/ 3	﴿ غافر الذّنْب وقابل التّوب ﴾
445	فصّلت/ 46	﴿ وما ربّك بظلام للعبيد ﴾
106	الشّورى/ 25	﴿ وهو الّذي يقبل التّوبة عن عباده ﴾
20	الفتح/ 9	﴿ لتؤمنوا بالله ورسوله وتعزّروه وتوقّروه ﴾
444	الحجرات/ 15	﴿ سكّرت أبصارنا ﴾
109	الحجرات/ 9_10	﴿ إنّما المؤمنون إخوة فاصلحوا بين أخويكم ﴾
171	الحجرات/ 6	﴿ إنّ جاءكم فاسق بنبأ فتبيّنوا ﴾
168	المنافقون/ 1	﴿ قالوا نشهد إنّك لرسول الله ﴾

505	الطّلاق / 1	﴿ومن يتعدّى حدود الله فقد ظلم نفسه﴾
172_171_168	الطّلاق / 2	﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾
545_540	التّحريم / 4	﴿إن تتوبوا إلى الله فقد صفت قلوبكم﴾
118	الجنّ / 16	﴿وألّو استقاموا على الطّريقة﴾
194	القيامة / 4	﴿بلى قادرين على أن نسوي بنانه﴾

فہرست اطراف و احوال

- 289 — أتشفع في حدّ من حدود الله ورسوله
- 514 — أتى برجل سرق ، فقال : أسرقت ؟ قل وجدته
- 61_15 — أتى برجل قد خضّب يديه ورجليه
- 373 — أتى برجل كان يسرق الصبيان ، فأمر به ففقطع
- 410 — أتى رجل من امرأته ثم غاب ، ثم قدم خمسة أشهر
- 408_515 — أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بلصّ اعترف اعترافاً
- 410 — أتى عليّ بامرأة زنت
- 544 — أتى عمر بسارق أقطع اليد والرجل قد سرق نعالاً
- 516 — أتى عمر بسارق قد اعترف
- 393 — ادرءوا الحدود
- 392_352_175 — ادرءوا الحدود بالشبهات
- 395 — ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم
- 392 — ادرءوا الحدود ولا ينبغي للإمام أن يعطلّ الحدود
- 393 — ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً
- 394 — ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم
- 395 — إذا اشتبه الحدّ فادرءوه
- 509 — إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء
- 46 — إذا وجد الغلول عند الرجل أخذه وجلده مائة
- 483 — أرسله فما من أحد إلا وله في هذا المال حقّ
- 104 — اشفعوا إليّ ويقضي الله على لسان نبيّه ما يشاء
- 458 — أصبت أرضاً من أرض خيبر
- 531 — اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر
- 151 — اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك
- 107_104_103 — أقبّلوا ذوي الهيئات عشراهم إلا الحدود
- 190 — الأيم أحقّ بنفسها من وليّها
- 185_182_167 — البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر

- 396 — الحلال بيّن والحرام بيّن
- 341 — الصيد لمن أخذه
- 288 — العارية مؤذاة
- 377 — المسلمون شركاء في ثلاث
- 109 — ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة
- 183_170_169_165_113 — أما علمت أنّ القلم رفع عن المجنون حتى يفريق
- 189 — أنّ ابني عفراء تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر
- 216 — إنّ أطيب ما أكل الرجل من كسبه
- 409 — أنّ امرأة بمى كانت على حمار تبكي
- 417 — إنّ الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان
- 57 — أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم سجن في المدينة في قهمة دم
- 57 — أنّ النبي صلى الله عليه وسلم حبس في قهمة
- 57 — أنّ النبي صلى الله عليه وسلم حبس في قهمة يوماً وليلة
- 151_149_129 — أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد سارق في مجنّ ثمنه ثلاثة دراهم
- 465_216 — أنت ومالك لأبيك
- 466_306_285_273 — إنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام
- 103 — أنّ رجلاً أصاب من امرأة قبله
- 515 — أنّ رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : أنّه زنى بامرأة سماها
- 514 — أنّ رجلاً سرق شملة ، فأتي به النبي صلى الله عليه وسلم
- 103 — أنّ رجلاً قال يا رسول الله إني أصبت حداً
- 515 — أنّ عليّاً أتاه رجل فقال : إني سرقت فطرده
- 516 — أنّ عليّاً أتى برجل سرق جملًا
- 489 — أنّ عليّاً أتى برجل سرق مغفراً
- 423 — أنّ عليّاً أتى برجل سرق من الخمس
- 490 — أنّ عليّاً أتى برجل سرق من المغنم
- 483 — أنّ عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس
- 515 — أنّ عمر أتى بجارية سوداء سرقت
- 510 — إنّ غلامي سرق مرآة امرأتي

- أن غلّمة لحاطب ابن أبي بلتعة سرقوا ناقة 425
- إنك امرؤ فيك جاهليّة 45
- إنّما هلك الذين قبلكم أنّهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف 288
- أن نباشاً أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك 243
- أنه صلى الله عليه وسلم أتى بسارق ففقطعه يده 544
- إني والله إن شاء الله ، لا أحلف على يميني 182
- أيها الناس إن الله طيب لا يقبل إلا طيب 379
- أيها الناس إنّما ضلّ من قبلكم أنّهم كانوا إذا سرق الشريف 313_134_129
- تصدّقي ولو بظلف محرق 150
- تعافوا الحدود فيما بينكم 134
- تعلمن أن كلّ مسلم أخ للمسلم 65
- تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً 149_129
- تقطع يد السارق في ربع دينار 150
- ثلاث جدّهن جدّ وهزهن جدّ ، التّكاح والطلاق واليمين 184
- جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى النبيّ 168
- جيء إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم بسارق ، فقال " اقتلوه " 541
- حد يعمل به في الأرض خير لأهل الأرض من أن يعطروا أربعين صباحاً 134_119
- خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف 503
- رحم الله امرأً علّق سوطه بحيث يراه أهله 45
- رفع عن أمّي الخطأ والتّسيان وما استكروها عليه 183_180
- زنباعاً أبا روح وجد غلاماً له مع جارية 71
- سارق أمواتنا كسارق أحيائنا 242
- سمعت رجلاً من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجزية 156
- شاهدك أو يمينك 167
- عفوه صلى الله عليه وسلم عمّن اعترض على حكمه للزّبير 103
- عفوه صلى الله عليه وسلم عمّن قال : " ... إنّ ناساً ليقولون إنك تنهى عن الشرّ " 104
- عفوه صلى الله عليه وسلم عن رجل قال له في قسمة الغنائم 104
- علّموا أولادكم الصّلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر 46

- 103 — فاقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم
- 394 — فإني أن أخطئ في العفو أحب إليّ من أن أخطئ في العقوبة
- 24 — في كلّ إبل سائمة في كلّ أربعين ابنة لبون
- 312_161 — فهلاًّ قبل أن تأتيني به
- 509_503 — كلّكم راع وكلّكم مسئول عن رعيته
- 99 — كيف لا يشقّ عليّ وأنتم أعوان الشيطان على أخيكم
- 171 — لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة
- 426_423 — لا تقطع الأيدي في غدق ولا عام سنة
- 151_149_129 — لا تقطع يد السارق إلّا في ربع دينار
- 151_150 — لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجنّ
- 244 — لا قطع على المختفي
- 276 — لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن
- 341 — لا قطع في الطّير
- 344_258_257_147_143 — لا قطع في ثمر ولا كثر
- 429_425 — لا قطع في مجاعة مضطرّ
- 49_45_23 — لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلّا في حدّ
- 72 — لا يرث الكافر المسلم
- 152 — لا يقطع إلّا في دينار أو عشرة دراهم
- 179 — لا يقطع السارق حتّى يشهد على نفسه مرّتين
- 373 — لا يكون الحرّ عبداً
- 289 — لتتب هذه المرأة إلى الله ورسوله
- 150_129 — لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده
- 61_24 — لعن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم المخنّثين من الرّجال
- 336_142 — لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم
- 408_399 — لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة
- 394 — لئن أعطّل الحدود بالشبهات أحبّ إليّ من أن أقيمها
- 410 — ليس الحدّ إلّا على من علمه
- 289_285_275 — ليس على الخائن ولا المختلس قطع

- 275 — ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس
- 183 — ليس على مقهور يمين
- 275 — ليس على منتهب قطع
- 53 — من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد
- 244 — من اختفى ميتاً فكأنما قتله
- 273 — من أخذ شبراً من أرض ظلماً
- 344_46_24 — من أصاب منه بفيه من ذي حاجة
- 183 — من اقتطع حقّ امرئ مسلم بيمينه
- 59_47 — من بلغ حداً في غير حدّ فهو من المعتدين
- 150 — من بنى لله مسجداً ولو كمفحص قطاة
- 242 — من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه
- 373 — من سرق صغيراً حرّاً أو عبداً
- 71_46 — من غلّ فاحرقوا متاعه واضربوه
- 127 — من قتل دون ماله فهو شهيد
- 244 — من قتل عبده قتلناه
- 110 — من كانت عنده مظلمة لأخيه
- 101 — من مات عن حقّه فلورثته
- 176 — وتلك الكلمة من الحقّ يخطفها الجنّي
- 24 — والذي نفسي بيده لقد هممت أن آمر بحطب
- 52 — يضرب تسعة وتسعين سوطاً
- 520 — هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه
- 521_320 — يا رسول الله إني سرقت جملًا لبني فلان
- 527 — يا هزال لو سترته بردائك كان خيراً لك
- 436 — يدرس الإسلام كما يدرس وشي الثوب

فہرست الاولیاء

- 21 — إبراهيم برهان الدين بن فرحون أبو إسحاق
- 49 — إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي
- 436 — إبراهيم بن موسى الشاطبي أبو إسحاق
- 119 — أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي أبو العباس
- 69 — أحمد بن علي بن حجر العسقلاني
- 70 — أحمد بن محمد بن هاني الأثرم أبو بكر
- 528 — إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني أبو إبراهيم
- 519 — أشهب بن عبد العزيز بن داوود أبو عمر
- 529 — أصبغ بن الفرّج أبو عبد الله
- 105 — الحسن بن أحمد بن يزيد الأصبخري أبو سعيد
- 91 — تقي الدين أحمد بن تيمية أبو العباس
- 400 — جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي
- 526 — خليل بن إسحاق بن موسى أبو المودّة
- 75 — زفر بن الهذيل بن قيس العنبري أبو الهذيل
- 59 — زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم
- 519 — عبد الرحمن بن القاسم أبو عبد الله
- 446 — عبد الرحمن بن رجب الحنبلي أبو الفرّج
- 21 — عبد الله بن أحمد موفق الدين بن قدامة أبو محمد
- 72 — عبد الملك بن حبيب أبو مروان
- 489 — عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون أبو مروان
- 154 — عبيد الله بن الحسين الكرخي
- 560 — عثمان بن أبي بكر بن الحاجب أبو عمر
- 81 — عز الدين بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن
- 50 — علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد
- 179 — علي بن سليمان بن أحمد المرداوي
- 21 — علي بن محمد بن حبيب الماوردي أبو الحسن

541	— عمر ابن عبد العزيز بن مروان أبو حفص
455	— كمال الدين بن الهمام
22	— محمد أمين بن عبد العزيز عابدين الدمشقي
105	— محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي أبو عبد الله
48	— محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزيّ أبو القاسم
67	— محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي أبو عبد الله
338	— محمد بن الحسن الشيباني
89	— محمد بن الوليد بن محمد بن خلف الطرطوشي
559	— أبو محمد بن عبد الله بن نجيم بن شاس
271	— محمد بن عرفة أبو عبد الله
396	— محمد بن علي بن محمد الشوكاني
550	— محمد بن محمد الغزالي أبو حامد
67	— محمد بن محمد بن شهاب الدين بن يوسف البزازي
319	— يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري أبو يوسف
350	— الطحاوي
402	— السخاوي
559	— ابن مرزوق
87	— القُدوري
88	— الخرشي

فہرست الموضوعات

فهرس موضوعات البحث

الموضوع

مقدمة

الفصل الأول

التعزير في الشريعة الإسلامية مع
بيان جريمة السرقة الموجبة للحدّ

20	المبحث الأول : ماهية التعزير وما يتعلّق بذلك به
	المطلب الأول : التعزير: تعريفه ، دليله ، حكمة مشروعيّته
21	وشروط وجوبه
21	الفرع الأول : تعريف التعزير ودليل وحكمة مشروعيّته
21	الفقرة الأولى : تعريف التعزير لغة وشرعاً
23	الفقرة الثانية : دليل وحكمة مشروعية التعزير
23	أولاً : دليل مشروعية التعزير
28	ثانياً : الحكمة من مشروعية التعزير
28	الفرع الثاني : شروط وجوب التعزير
28	الفقرة الأولى : هل العقل شرط لوجوب التعزير
	الفقرة الثانية : المراحل التي يمرّ بها الإنسان منذ ولادته
30	حتى سنّ الرشد
30	أولاً : مرحلة انعدام الإدراك
31	ثانياً : مرحلة الإدراك الضعيف
31	ثالثاً : مرحلة الإدراك التام
32	— ملاحظة تتعلّق بالجنون
34	المطلب الثاني : مقاصد العقوبة التعزيرية وأقسامها

34	الغرم الأول : مقاصد العقوبة التعزيرية
35	الفقرة الأولى : أغراض التعزير المستخلصة من تعريف الفقهاء له
37	الفقرة الثانية : أغراض أخرى للتعزير مستخلصة من روح الشريعة
38	الفقرة الثالثة : ما يخرج عن أغراض التعزير
38	الغرم الثاني : أقسام التعزير
39	الفقرة الأولى : التعزير على المعاصي
41	الفقرة الثانية : التعزير للمصلحة العامة
43	الفقرة الثالثة : التعزير على المخالفات
45	المطلب الثالث : التعزير بالقول والتعزير بالفعل المتعلق بالبدن
45	الغرم الأول : التعزير بالقول
46	الغرم الثاني : التعزير بالفعل المتعلق بالبدن
46	الفقرة الأولى : عقوبة الجلد
54	الفقرة الثانية : القتل تعزيراً
		لمطلب لربع : التعزير بالفعل المتعلق بسلب الحرية
57	ومسّ الاعتبار والمال
57	الغرم الأول : العقوبة السالبة للحرية
57	الفقرة الأولى : عقوبة الحبس
59	النوع الأول : الحبس المحدد المدة
60	النوع الثاني : الحبس غير المحدد المدة
61	الفقرة الثانية : النفي تعزيراً
63	الفرع الثاني : العقوبة الماسة بالاعتبار
63	الفقرة الأولى : عقوبة التشهير
64	الفقرة الثانية : عقوبة الهجر
65	الفقرة الثالثة : عقوبة الصلب
65	الغرم الثاني : التعزير بالعقوبة المالية
66	الفقرة الأولى : عرض أقوال الفقهاء في مسألة العقوبة بأخذ المال تملكاً
72	الفقرة الثانية : العقوبة المالية دون أخذ المال تملكاً
78	المبحث الثاني : اجتماع التعزير مع العقوبات المقدرة وكيفية تطبيقه

79	المطلب الأول : اجتماع التعزير مع الحدّ والقصاص والكفّارة
79	الفهرم الأول : اجتماع التعزير مع الحدّ والقصاص
79	الفقرة الأولى : مذهب الحنفية والمالكية
81	الفقرة الثانية : مذهب الشافعية والحنابلة
83	الفهرم الثاني : اجتماع التعزير مع الكفّارة
85	المطلب الثاني : مدى تفويض عقوبة التعزير لرأي الإمام
85	الحالة الأولى : عقوبة الجلد
86	الحالة الثانية : عقوبة الحبس أو التّقي
86	الفهرم الأول : مذهب الحنفية والمالكية
90	الفهرم الثاني : مذهب الشافعية والحنابلة
92	المطلب الثالث : حكم إقامة العقوبة التعزيرية والضّمان في التعزير
92	الفهرم الأول : حكم إقامة العقوبة التعزيرية
92	الفقرة الأولى : آراء المذاهب الفقهيّة
94	الفقرة الثانية : التّرجيح
95	الفهرم الثاني : الضّمان في التعزير
96	الفقرة الأولى : مذهب الشافعية
96	الفقرة الثانية : مذهب الجمهور
99	المطلب الرابع : أسباب سقوط العقوبة التعزيرية
	الفهرم الأول : أسباب سقوط العقوبة التعزيرية بموت الجاني
100	والعفو والشفاعة والتّوبة
100	الفقرة الأولى : سقوط العقوبة التعزيرية بموت الجاني
102	الفقرة الثانية : سقوط العقوبة التعزيرية بالعفو والشفاعة والتّوبة
102	أولاً : سقوط العقوبة التعزيرية بالعفو والشفاعة
105	ثانياً : سقوط العقوبة التعزيرية بالتّوبة
	الفهرم الثاني : سقوط العقوبة التعزيرية بالتّقدم
107	والصلح والتداخل والجنون الطّارئ
108	الفقرة الأولى : سقوط العقوبة التعزيرية بالتّقدم والصلح
108	أولاً : سقوط العقوبة التعزيرية بالتّقدم

109 ثانياً : سقوط العقوبة التعزيرية بالصّح
111 الفقرة الثانية : سقوط العقوبة التعزيرية بالتداخل والجنون الطّارئ
111 أولاً : سقوط العقوبة التعزيرية بالتداخل
112 ثانياً : سقوط العقوبة التعزيرية بالجنون الطّارئ
114 المبحث الثالث : لحة عامة عن جريمة السرقة الموجبة للحدّ
 لمطلب الأول : الحدّ : تعريفه ، حكمه مشروعته ،
115 والفرق بينه وبين التعزير
116 المدرج الأول : تعريف الحدّ وحكمه مشروعته
116 الفقرة الأولى : تعريف الحدّ لغة وشرعاً
117 الفقرة الثانية : حكمه مشروعته الحدّ
119 المدرج الثاني : الفرق بين عقوبتي الحدّ والتعزير
123 لمطلب الثاني : تعريف السرقة وبيان حدّها وحكمه مشروعته
123 المدرج الأول : تعريف السرقة لغة وشرعاً وقانوناً
123 الفقرة الأولى : السرقة لغة
124 الفقرة الثانية : السرقة شرعاً
124 الفقرة الثالثة : تعريف السرقة في قانون العقوبات الجزائري
127 المدرج الثاني : مشروعته حدّ السرقة والحكمة منه
128 الفقرة الأولى : مشروعته حدّ السرقة
 الفقرة الثانية : الحكمة من تشريع عقوبة القطع
130 ومدى صلاحيتها
130 أولاً : الحكمة من تشريع عقوبة القطع
132 ثانياً : صلاحية عقوبة القطع لكلّ زمان ومكان
136 المطلب الثالث : أركان جريمة السرقة الموجبة للحدّ
136 المدرج الأول : ركن الأخذ خفية
136 الفقرة الأولى : شروط الأخذ خفية
138 الفقرة الثانية : أنواع الأخذ خفية
138 أولاً : الأخذ المباشر
139 ثانياً : الأخذ بالتسبب

140	العنصر الثاني : كون المسروق مالا
141	الفقرة الأولى : كون المسروق مالا متقوماً منقولاً
141	أولاً : كون المأخوذ مالا متقوماً
148	ثانياً : كون المأخوذ مالا منقولاً
149	الفقرة الثانية : أن يكون المأخوذ محرراً وقد بلغ نصاباً
149	أولاً : أن يبلغ المال المسروق نصاباً
155	ثانياً : أن يكون المال المسروق محرراً
160	العنصر الثالث : كون المال المأخوذ مملوكاً للغير
163	العنصر الرابع : الركن المعنوي لجريمة السرقة
166	المطلب الرابع : طرق إثبات جريمة السرقة
166	العنصر الأول : البيّنة وأثرها في إثبات جريمة السرقة
166	الفقرة الأولى : تعريف البيّنة والشهادة وأصل مشروعيتها
166	أولاً : البيّنة لغة وشرعاً
167	ثانياً : الشهادة لغة وشرعاً
168	ثالثاً : أصل مشروعية الشهادة
169	الفقرة الثانية : الشروط العامة للشهادة
172	الفقرة الثالثة : الشروط الخاصة بالشهادة وجريمة السرقة
176	العنصر الثاني : الإقرار وأثره في إثبات جريمة السرقة
176	الفقرة الأولى : تعريف الإقرار وأصل مشروعيته
178	الفقرة الثانية : شروط الإقرار المثبت للجناية
181	العنصر الثالث : اليمين المردودة وأثرها في إثبات جريمة السرقة
181	الفقرة الأولى : اليمين ، تعريفها ، دليلها ، وصيغتها
183	الفقرة الثانية : شروط اعتبار اليمين ، وحكم التناول
183	أولاً : شروط اعتبار اليمين
185	ثانياً : حكم التناول
185	الفقرة الثالثة : هل تثبت جريمة السرقة باليمين المردودة
187	العنصر الرابع : القرينة وأثرها في إثبات جريمة السرقة
185	الفقرة الأولى : القرينة : تعريفها ، دليلها ، أقسامها

187	أولاً : تعريف القرينة لغة واصطلاحاً
188	ثانياً : دليل مشروعية القرينة
191	ثالثاً : أقسام القرينة في الشريعة الإسلامية
192	الفقرة الثانية : مدى حجّة القرينة في إثبات جريمة السرقة
192	أولاً : حجّة القرينة في الحدود
		ثانياً : مدى حجّة القرائن الحديثة في إثبات جريمة السرقة
193	(البصمات _ البقع الدّموية)

الفصل الثاني

جريمة السرقة غير الموجبة للحدّ
بسبب تخلف شرط من شروطها
وحكمها في قانون العقوبات الجزائري

199	المبحث الأول : التعزير عند تخلف شرط الحرز في السرقة
200	المطلب الأول : أثر إبطال الحرز على جريمة السرقة شرعاً وقانوناً
201	المعنى الأول : أثر إبطال الحرز على جريمة السرقة شرعاً
201	المعنى الأولي : إبطال الحرز بثقبه أو فتح الباب
203	المعنى الثانية : إبطال الحرز بالإذن بالدخول فيه
203	أولاً : الإذن بدخول المنزل
206	ثانياً : السرقة من المحلات التجارية العامة
207	ثالثاً : السرقة من الحمام
209	رابعاً : السرقة من المسجد
212	خامساً : سرقة الخدم من أموال مخدوميهم
212	سادساً : سرقة الضيف من المضيف
214	سابعاً : حكم السارق إذا كان له حق الانتفاع بالحرز
215	ثامناً : السرقات بين الأقارب

217 تاسعاً : السرقة بين الزوجين
218 العزم الثاني : أثر الإذن في جريمة السرقة في قانون العقوبات الجزائري
	الفقرة الأولى : السرقة التي تقع من الخدم والضيّف والمنفعين
218 ومن المحلات التجارية قانوناً
218 أولاً : السرقة التي تقع من الخدم والضيّف والمستخدمين والصنّاع
219 ثانياً : السرقة من المحلات التجارية العامة ودور العبادة
220 ثالثاً : حكم السارق إذا كان له حق الانتفاع بالشّيء
221 الفقرة الثانية : السرقة من المكان المسكون والتي تقع بين الأقارب
221 أولاً : السرقة من المكان المسكون أو المعدّ للسكنى
223 ثانياً : السرقة التي تقع بين الأقارب
	المطلب الثاني : حكم الإعانة على السرقة واستهلاك المسروق
227 داخل الحرز شرعاً وقانوناً
227 العزم الأول : حكم الإعانة على السرقة شرعاً وقانوناً
227 الفقرة الأولى : حكم الإعانة على السرقة شرعاً
233 الفقرة الثانية : حكم تعدّد الجناة والإعانة على السرقة قانوناً
236 العزم الثاني : حكم استهلاك الشّيء داخل الحرز شرعاً وقانوناً
236 الفقرة الأولى : حكم استهلاك الشّيء داخل الحرز شرعاً
238 الفقرة الثانية : حكم استهلاك الشّيء في مكانه قانوناً
240 المطلب الثالث : حكم النّباش والطرّار شرعاً وقانوناً
240 العزم الأول : حكم النّباش شرعاً وقانوناً
240 الفقرة الأولى : حكم النّباش شرعاً
246 الفقرة الثانية : حكم النّباش قانوناً
247 العزم الثاني : حكم الطرّار أو النشال شرعاً وقانوناً
248 الفقرة الأولى : حكم الطرّار شرعاً
249 الفقرة الثانية : حكم الطرّار قانوناً
252 المطلب الرابع : مسائل متفرقة تتعلّق بتخلّف شرط الحرز
252 العزم الأول : حكم سرقة الحرز نفسه شرعاً وقانوناً
252 الفقرة الأولى : حكم سرقة الحرز نفسه شرعاً

255 الفقرة الثانية : حكم سرقة الحرز نفسه قانوناً

العنصر الثاني : حكم سرقة الثمار المعلقة والدواب

256 من المرعى شرعاً وقانوناً

256 الفقرة الأولى : حكم سرقة الثمار المعلقة شرعاً وقانوناً

257 أولاً : حكم سرقة الثمار المعلقة شرعاً

260 ثانياً : حكم سرقة الثمار في قانون العقوبات الجزائري

261 الفقرة الثانية : حكم سرقة الدواب من المرعى شرعاً وقانوناً

261 أولاً : حكم سرقة الدواب من المرعى شرعاً

265 ثانياً : حكم سرقة الدواب في قانون العقوبات الجزائري

المبحث الثاني : التعزير عند تخلف ركن الخفية والملكية في السرقة

269 **المطلب الأول :** حكم الاختلاس والنهب والغصب شرعاً وقانوناً

269 **العنصر الأول :** حكم الاختلاس والنهب والغصب شرعاً

269 الفقرة الأولى : تعريف الاختلاس والنهب والغصب

273 الفقرة الثانية : حكم الغصب والنهب والاختلاس شرعاً

273 أولاً : أدلة تحريم الغصب والنهب والاختلاس

274 ثانياً : ما يترتب على تحريم الاختلاس والنهب والغصب

275 ثالثاً : عبارة الفقهاء في عدم قطع هؤلاء

278 **العنصر الثاني :** حكم الاختلاس والنهب والغصب قانوناً

الفقرة الأولى : انطباق اسم السرقة قانوناً على كل من

279 الاختلاس والنهب والغصب

280 الفقرة الثانية : عبارة شرّاح القانون الدالة على تحريم هؤلاء

283 **المطلب الثاني :** أثر التسليم في جريمة السرقة شرعاً وقانوناً

283 **العنصر الأول :** أثر التسليم في جريمة السرقة شرعاً

285 الفقرة الأولى : خيانة الأمانة

287 الفقرة الثانية : جحد العارية

292 **العنصر الثاني :** أثر التسليم في جريمة السرقة قانوناً

292	الفقرة الأولى : التسليم المانع من الاختلاس
298	الفقرة الثانية : جرائم الاعتداء على أموال الناس عن طريق التسليم
298	أولاً : جريمة التصبب
300	ثانياً : جريمة خيانة الأمانة
307	المطلب الثالث : أثر امتلاك السارق للمسروق شرعاً وقانوناً
307	الفهرم الأول : أثر امتلاك السارق للمسروق شرعاً
307	الفقرة الأولى : إقرار المسروق منه بملكية السارق للعين المسروقة
309	الفقرة الثانية : تكذيب المسروق منه للسارق في دعواه بملكية العين المسروقة
311	الفقرة الثالثة : ملكية المسروق بموجبه هبة أو بيع قبل القضاء
313	الفهرم الثاني : أثر امتلاك السارق للمسروق في (ق ع ج)
314	الفقرة الأولى : سرقة الأموال المتنازع على ملكيتها بين الحائز والمتهم
315	الفقرة الثانية : اختلاس الإنسان ملك نفسه جهلاً
317	المطلب الرابع : مسائل أخرى تتعلق بهذا الفصل بين الشريعة والقانون
317	الفهرم الأول : سرقة مال المجهول شرعاً وقانوناً
317	الفقرة الأولى : سرقة مال المجهول شرعاً
322	الفقرة الثانية : سرقة مال المجهول في (ق ع ج)
324	الفهرم الثاني : حكم السرقة من السارق شرعاً وقانوناً
324	الفقرة الأولى : حكم السرقة من السارق شرعاً
327	الفقرة الثانية : حكم السرقة من السارق قانوناً
329	الفهرم الثالث : أثر اليد المعترضة في جريمة السرقة شرعاً وقانوناً
330	الفقرة الأولى : أثر اليد المعترضة في جريمة السرقة شرعاً
331	الفقرة الثانية : أثر اليد المعترضة في جريمة السرقة قانوناً
334	المبحث الثالث : التعزير في جريمة السرقة عند تخلف ركن المالية
335	المطلب الأول : سرقة المال التافه وما لا يقبل الادّخار
335	الفهرم الأول : حكم سرقة المال التافه
336	الفقرة الأولى : الخلاف الوارد في حكم سرقة المال التافه
338	الفقرة الثانية : ما يتفرّع عن المسألة السابقة

338	أولاً : حكم سرقة ما كان في ماله قصور
341	ثانياً : حكم سرقة الصيد والطير
343	الفرع الثاني : حكم سرقة ما لا يقبل الادّخار
348	المطلب الثاني : مسائل متفرقة تتعلق بقيمة المسروق
348	الفرع الأول : أثر نقص قيمة المسروق والاختلاف في تقويمه
348	الفقرة الأولى : أثر نقص قيمة المسروق عن التّصاب بعد السرقة
351	الفقرة الثانية : أثر الاختلاف في تقويم المسروق في جريمة السرقة
	الفرع الثاني : مدى اشتراط العلم بقيمة المسروق وبيان
353	حكم سرقة ما لا قطع فيه متّصلاً بما فيه القطع
353	الفقرة الأولى : العلم بقيمة المسروق
355	الفقرة الثانية : سرقة ما لا قطع فيه متّصلاً بما فيه القطع
359	المطلب الثالث : مسائل تتعلق بشرط التّصاب
359	الفرع الأول : سرقة التّصاب على دفعات
359	الفقرة الأولى : موقف الفقهاء من هذه المسألة
362	الفقرة الثانية : استنتاج خاصّ بهذه المسألة
363	الفرع الثاني : حكم الاشتراك في سرقة التّصاب
363	الفقرة الأولى : اختلاف الفقهاء في مسألة الاشتراك في سرقة التّصاب
367	الفقرة الثانية : حكم القانون في مسألة تعدّد الجناة
369	المطلب الرابع : حكم خطف الأطفال وسرقة القوى الطّبيعية شرعاً وقانوناً
369	الفرع الأول : حكم خطف الأطفال شرعاً وقانوناً
369	الفقرة الأولى : حكم خطف الأطفال شرعاً
374	الفقرة الثانية : حكم سرقة الأطفال قانوناً
376	الفرع الثاني : حكم سرقة القوى الطّبيعية شرعاً وقانوناً
377	الفقرة الأولى : حكم سرقة القوى الطّبيعية شرعاً
379	الفرع الثاني : حكم سرقة القوى الطّبيعية قانوناً (ق ع ج)
380	أولاً : حكم سرقة الكهرباء قانوناً
382	ثانياً : حكم سرقة المياه قانوناً

الفصل الثالث

التعزير في جريمة السرقة عند وجود
شبهة دائرة للحدّ ، وبيان حكم التكرار
وفوات محل القطع

- 388 **المبحث الأول :** مفهوم الشبهة وتعلّقها بقصد الجاني وإدراكه
- 389 **المطلب الأول :** تعريف الشبهة وأدلة الفقهاء على العمل بها
- 389 **الفهرم الأول :** تعريف الشبهة وأقوال الفقهاء فيها
- 390 **الفقرة الأولى :** تعريف الشبهة لغة وشرعاً
- 391 **الفقرة الثانية :** أقوال الفقهاء في الشبهة
- 391 **الفهرم الثاني :** أدلة الفقهاء على اعتبار الشبهة وعدم اعتبارها
- 391 **الفقرة الأولى :** أدلة الجمهور على اعتبار الشبهة
- 396 **الفقرة الثانية :** أدلة ابن حزم على عدم اعتبار الشبهة
- 398 **المطلب الثاني :** مناقشة أدلة الفقهاء على العمل بالشبهة مع الترجيح
- 398 **الفهرم الأول :** مناقشة الجمهور لأدلة ابن حزم وإبطال ما ذهب إليه
- 398 **الفقرة الأولى :** مناقشة أدلة ابن حزم والردّ عليها
- **الفقرة الثانية :** الردود المتعلقة بعدم ثبوت حديث
- 401 " درأ الحدود بالشبهات "
- 405 **الفهرم الثاني :** بيان الأدلة التي تؤيد ما ذهب إليه الجمهور
- 405 **الفقرة الأولى :** الأدلة من القرآن
- 407 **الفقرة الثانية :** الأدلة من السنة
- 409 **الفقرة الثالثة :** من أقوال الصحابة وأفعالهم
- 412 **المطلب الثالث :** تعلّق الشبهة بالقصد الجنائي
- 412 **الفهرم الأول :** شبهة الإكراه
- 413 **الفقرة الأولى :** تعريف الإكراه لغة وشرعاً

	الفقرة الثانية : ضوابط شبهة الإكراه وبيان أثرها في
414 جريمة السرقة شرعاً وقانوناً
414 أولاً : ضوابط الأخذ بشبهة الإكراه شرعاً وقانوناً
414 1/ ضوابط الأخذ بشبهة الإكراه شرعاً
416 2/ الشروط الواجب توافرها في الإكراه قانوناً
416 ثانياً : حكم ارتكاب المكره لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً
416 1/ حكم ارتكاب المكره لجريمة السرقة شرعاً
417 2/ حكم ارتكاب المكره لجريمة السرقة قانوناً
420 المخرج الثاني : شبهة الاضطرار
420 الفقرة الأولى : تعريف الضرورة وبيان ضوابطها
420 أولاً : تعريف الضرورة لغة وشرعاً وقانوناً
422 ثانياً : ضوابط شبهة الاضطرار شرعاً وقانوناً
423 الفقرة الثانية : حكم ارتكاب المضطر لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً
423 أولاً : حكم ارتكاب المضطر لجريمة السرقة شرعاً
429 ثانياً : حكم ارتكاب المضطر لجريمة السرقة قانوناً
433 المطلب الرابع : تعلق الشبهة بإدراك الجاني
433 المخرج الأول : شبهة الجهل بين الشريعة والقانون
434 الفقرة الأولى : تعريف الجهل وبيان ضوابط العذر به
434 أولاً : تعريف الجهل لغة وشرعاً
435 ثانياً : ضوابط الأخذ بشبهة الجهل
438 الفقرة الثانية : حكم ارتكاب الجاهل لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً
438 أولاً : حكم ارتكاب الجاهل لجريمة السرقة شرعاً
440 ثانياً : حكم الجهل وسرقة الجاهل في (ق ع ج)
443 المخرج الثاني : شبهة السكر
444 الفقرة الأولى : تعريف السكر وبيان ضوابط الشبهة المتعلقة به
444 أولاً : تعريف السكر لغة وشرعاً
445 ثانياً : ضوابط شبهة السكر
446 الفقرة الثانية : حكم ارتكاب السكران لجريمة السرقة شرعاً وقانوناً

447	أولاً : حكم ارتكاب السّكران لحدّ السرقة شرعاً.....
	ثانياً : هل السّكر من موانع المسؤولية الجنائية
450	وما حكم سرقة السّكران في (ق ع ج)
452	المبحث الثاني : تعلّق الشبهة بالإباحة.....
454	المطلب الأول : شبهة الملك ، تعريفها وضوابطها
455	الفرع الأول : تعريف الملك وبيان أقسامه
455	الفقرة الأولى : تعريف الملك لغة وشرعاً وقانوناً
457	الفقرة الثانية : أقسام الملك
459	الفرع الثاني : أسباب قوّة شبهة الملك وبيان ضوابطها
460	الفقرة الأولى : متى يكون الملك شبهة قويّة في السرقة
462	الفقرة الثانية : ضوابط شبهة الملك
	الاستحقاق.....
464	المطلب الثاني : التطبيقات الفقهية لشبهة الملك الخاصّ
464	الفرع الأول : السرقات التي تقع بين الأصول والأقارب
465	الفقرة الأولى : السرقات التي تقع بين الأصول والفروع
465	أولاً : حكم سرقة الآباء من أموال الأبناء
467	ثانياً : حكم سرقة الأبناء من أموال الآباء
469	الفقرة الثانية : حكم سرقة الأقارب من بعضهم البعض شرعاً وقانوناً
469	أولاً : حكم سرقة الأقارب من بعضهم البعض شرعاً
471	ثانياً : حكم سرقة الأقارب من بعضهم البعض قانوناً
	الفرع الثاني : السرقات التي تقع بدعوى الاستحقاق
472	بموجب دين أو أجر أو شركة
472	الفقرة الأولى : حكم سرقة الدائن من مال مدينه شرعاً وقانوناً
472	أولاً : حكم سرقة الدائن من مال مدينه شرعاً
475	ثانياً : حكم سرقة الدائن من مال مدينه في (ق ع ج)
476	الفقرة الثانية : حكم سرقة الشريك من مال شريكه شرعاً وقانوناً
476	أولاً : حكم سرقة الشريك من مال شريكه شرعاً
478	ثانياً : حكم سرقة الشريك من مال شريكه في (ق ع ج)

479	الفقرة الثالثة : حكم سرقة المؤجر من مال المؤجر شرعاً وقانوناً
479	أولاً : حكم سرقة المؤجر من مال المؤجر شرعاً
481	ثانياً : حكم السرقة التي تقع بين المؤجر والمستأجر في (ق ع ج)
482	لمطلب الثالث : التطبيقات الفقهية لشبهة الملك العام
482	المعنى الأول : حكم السرقة من بيت المال شرعاً وأملاك الدولة قانوناً
483	الفقرة الأولى : حكم السرقة من بيت مال المسلمين
486	الفقرة الثانية : حكم سرقة أملاك الدولة
487	المعنى الثاني : حكم السرقة من أموال الغنمة والوقف
487	الفقرة الأولى : حكم السرقة من المغمم
492	الفقرة الثانية : حكم السرقة من مال الوقف شرعاً وقانوناً
492	أولاً : حكم السرقة من مال الوقف شرعاً
495	ثانياً : حكم الاعتداء على المال الموقوف قانوناً
498	المطلب الرابع : شبهة العقد وما يتعلق بها من تطبيقات فقهية
498	المعنى الأول : تعريف العقد وضوابط الشبهة المتعلقة به
498	الفقرة الأولى : تعريف العقد وتعلق الشبهة به
498	أولاً : تعريف العقد لغة وشرعاً
499	ثانياً : متى يكون العقد شبهة
500	الفقرة الثانية : ضوابط شبهة العقد
500	أولاً : جهل العاقد بشروط العقد ، وآثاره الشرعية
500	ثانياً : اختلاف الفقهاء حول كون العقد صحيحاً أو فاسداً
501	المعنى الثاني : التطبيقات الفقهية لشبهة العقد
501	الفقرة الأولى : حكم سرقة الزوجة من مال زوجها
507	الفقرة الثانية : حكم سرقة الزوج من مال زوجته
511	المبحث الثالث : تعلق الشبهة بالإثبات وبيان مسائل هامة تتعلق بالسرقة
513	المطلب الأول : تعلق الشبهة بالإقرار والتطبيقات الفقهية المتعلقة بها
513	المعنى الأول : ضوابط شبهة الإقرار وحكم رجوع المقر عن إقراره في السرقة
514	الفقرة الأولى : ضوابط شبهة الإقرار
515	الفقرة الثانية : حكم رجوع المقر بحد السرقة عن إقراره

	العنصر الثاني : حكم هروب المحدث وتكذيب
518	المسروق منه السارق في إقراره
519	الفقرة الأولى : هل الهروب رجوع عن الإقرار ؟
520	الفقرة الثانية : تكذيب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقه
523	المطلب الثاني : تعلق الشبهة بالشهادة والتطبيقات الفقهية المتعلقة بها
525	العنصر الأول : أثر رجوع الشهود عن شهادتهم في درء الحد وكذا فسقهم
525	الفقرة الأولى : أثر رجوع الشهود عن شهادتهم في درء الحد عن السارق
525	أولاً : أن يرجع الشهود قبل الحكم بشهادتهم
526	ثانياً : أن يرجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم وقبل التنفيذ
527	ثالثاً : رجوع الشهود بعد التنفيذ
527	الفقرة الثانية : أثر فسق الشهود وتغير حالهم في درء الحد
527	أولاً : تغير حال الشهود بعد أداء الشهادة وقبل الحكم
530	ثانياً : تغير حال الشهود بعد الحكم بشهادتهم
	العنصر الثاني : أثر اختلاف الشهود وتكذيب المشهود له
531	أو عليه الشهود في درء الحد عن السارق
	الفقرة الأولى : أثر اختلاف الشهود حول جريمة السرقة
531	في درء الحد عن السارق
536	الفقرة الثانية : أثر تكذيب المشهود له أو المشهود عليه الشهود على السرقة
539	المطلب الثالث : التعزير عند التكرار في السرقة
	العنصر الأول : القائلون بقطع أربعة السارق عند العود
539	والتعزير في الخامسة وأدلتهم على ذلك
	العنصر الثاني : القائلون بأن محل القطع طرفان
542	وتفنيدهم لأدلة الرأي الأول
542	الفقرة الأولى : القائلون بأن محل القطع طرفان وأدلتهم في ذلك
545	الفقرة الثانية : تفنييد المانعين لقطع أربعة السارق أدلة المجيزين
547	— ملاحظة : حكم العود في السرقة في (ق ع ج)
550	المطلب الرابع : التعزير عند فوات الحل بذهاب الطرف

الفهرم الأول : حكم السّارق إذا قطعت يمناه قبل التّنفيد

- 550 أو يسراه قبل قطع اليمنى
- 551 الفقرة الأولى : حكم السّارق إذا قطعت يمناه قبل التّنفيد
- 553 الفقرة الثانية : حكم السّارق الذي سقطت يسراه أو شلت قبل قطع يمناه
- 557 الفهرم الثّاني : أثر الخطأ في تنفيذ حدّ القطع على السّارق
- 558 الفقرة الأولى : عرض آراء المذاهب الفقهيّة في المسألة
- 561 الفقرة الثانية : سبب الخلاف والتّرجيح
- 563 **الخاتمة**
- 589 **المصادر**

الخلاصة

بعد أن أعاني الله عزّ وجلّ ووفّقني لإتمام هذا البحث المتواضع ، والذي هو تحت عنوان "الجانب التعزيري في جريمة السرقة ، مع دراسة نقدية لقانون العقوبات الجزائري " ها أنا أضع بين يدي القارئ الكريم خلاصة بسيطة وميسرة تتناول المحاور الأساسية لهذه الأطروحة .

وكما هو ظاهر من عنوان الأطروحة أنّ موضوع البحث يتعلّق بجريمة خطيرة هدامة لكيان المجتمع ، وحائلة دون استقراره وأمنه ؛ لأنّ فيها تفويت لمصلحة معتبرة شرعاً تتعلّق بإحدى الأصول الخمسة التي سعت كلّ الشرائع والأديان لحفظها ، وتمثّل في أصل " حفظ المال " .

وعنوان الأطروحة يتكوّن من شقين أساسيين : عقوبة اسمها التعزير ، وجريمة اسمها السرقة ، وهناك شقّ ثالث يربط بينهما ويتمثّل في تطبيق العقوبة التعزيرية على السارق عند اختلال أركان أو شروط جريمة السرقة ، أو وجود شبهة قويّة دائمة للحدّ ، وهذا الشقّ هو الجانب الجوهريّ والمهمّ في هذه الدّراسة ، كما أنّه لا يمكن دراسة هذا الجانب إلّا بعد إعطاء الشّقين السّابقيين حقّهما من الدّراسة اللاّزمة ، ثمّ تطرّقت للدّراسة التقديرية لقانون العقوبات الجزائري فيما يتعلّق بالتّشريع الخاصّ بجريمة السرقة ، وكان ذلك مباشرة عند إنهاء كلّ مسألة من مسائل البحث كلّما أمكن ذلك ، فتمثّلت خطّة البحث في مقدّمة وثلاثة فصول وخاتمة .

مقدّمة البحث عرّفت فيها بالموضوع وأبرزت أهمّيته ، ثمّ وضّحت فيها دوافع إختياري للموضوع والصّعوبات التي واجهتني ، والمنهج المتّبع أثناء معالجة الموضوع ، والمنهجية المتّبعة في تخريج الأحاديث النبويّة وتوثيق المعلومات ، وهذا كلّ بعد طرح الإشكالية التي يثيرها البحث .

الفصل الأوّل : خصّص للتعزير في الشريعة الإسلامية مع بيان جريمة السرقة الموجبة للحدّ ، وقد احتوى هذا الفصل على ثلاثة مباحث ، أوّلها تناولت فيه ماهية التعزير في الشريعة الإسلامية وما يتعلّق بذلك ، وفي هذا المبحث أربعة مطالب تناولت فيها تعريف التعزير فاخترت تعريف ابن فرحون وهو " تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرّع فيها حدود ولا كفّارات " وبعد التعريف ذكرت الأدلّة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول على مشروعية العقوبة التعزيرية ، ثمّ بيّنت الحكمة من مشروعية هذه العقوبة ، والشروط الواجب توفّرها لإقامة العقوبة التعزيرية فتوصّلت إلى أنّ التعزير يطبّق على الصبيّ والمجنون ، فالصبيّ يعزّر سواء تعلّق الأمر بحقّ العبد أو تعلق بحقّ الله تعالى إذا تجاوز السبع كضربه على ترك الصّلاة أو ارتكاب الزّنى

... الخ ، وأما المجنون فيعزّر فيما يتعلّق بالمسؤوليّة المدنيّة ؛ لأنّ أموال التّاس ودماهم معصومة ، وكذا إبعاد خطر المجنون عن التّاس يستوجب حبسه .

كما تناولت في هذه المطالب أغراض العقوبة التعزيريّة ، وتمثّل في الإصلاح والتهذيب ، وكذا الرّدع والزّجر ، هذا بالدرجة الأولى وينتج عنه إيجاد مجتمع صالح تسوده المحبّة وتنتفي فيه البغضاء والكراهية ، فبموجب تطبيق التعزير يدفع الفساد ويخلو العالم منه ، وي زال المنكر ، وفيه تسكين للمجنّى عليه ولروح الحقّد والكراهية المكّنة للجاني ، كما أنّها تنزل بالجاني المأّ يكفّر به عن إثمه ويظهر به نفسه ، هذا كلّ مع التّنبية إلى أنّه لا يجوز في التعزير الخروج عن أغراضه كالإتلاف مثلاً بإقامته مقيّدة بشرط السّلامة .

كما تناولت في مطالب هذا المبحث أقسام التعزير وهي ثلاثة : الأول تعزير على المعاصي ، وهي أفعال حرّمتها الشريعة لذواتها وإتيانها يعتبر معصية ، مثل الشروع في السرقة ، وأكل الميتة ، والوطء في الإحرام ، والقسم الثاني تعزير للمصلحة العامّة ، وهي أفعال لم تحرّم لذواتها وإنّما لأوصافها ، مثل حبس المتهم ، وحبس المجنون ، وتأديب الصّبيان على ترك الصّلاة ، أما القسم الثالث فتعزير على المخالفات ، وهي أفعال حرّمت لذواتها وإتيانها مخالفة وليس معصية ، كتنكرار إتيان المكروه وترك المندوب ، والفرق بين هذه الثلاثة : أنّ الفعل في الأوّل يكون دائماً محرّماً ومعصية ، أمّا الثاني لا يكون محرّماً إلّا إذا توفّر فيه وصف معيّن ، والثالث يكون فيه الفعل مأموراً به منهياً عنه ولكن إتيانه يعتبر مخالفة لا معصية .

وفي المطالب الأخيرة من هذا المبحث تطرّقت لأنواع التعزير وهي :

— التعزير بالقول : ويكون بالوعظ والتذكير بالله تعالى والترغيب بما عنده من ثواب ، ويكون أيضاً بالإعلام عن طريق إرسال القاضي له رسولاً أو أحد أعوانه فيترّجر ، ويكون بالتوبيخ وذلك بإحضاره إلى المحكمة وتوبيخ القاضي له والاستخفاف به وشتمه ن مثل يا ظالم ، يا معتدي ، ويكون بالتهديد من طرف القاضي ووعيده بالعقاب إن عاد إلى الفعل .

— التعزير بالفعل : ومنه ما يتعلّق بالبدن كعقوبة الجلد والقتل تعزيراً ، ومنه ما يتعلّق بسلب الحرية ومسّ الاعتبار والمال

أمّا ما يتعلّق بالبدن ، فعقوبة الجلد مشروعة بالقرآن والسنة ، وقد اتفق الفقهاء على عدم تحديد أقلّه ، وأنّه متروك إلى اجتهاد القاضي أو الإمام ، أمّا أكثره فقد اختلف فيه على أقوال :

فالرَّاجح عند الحنفية والشافعية تسعة وثلاثون سوطاً ، وعند المالكية أكثره أيضاً مفوض لرأي الإمام ، والرَّاجح عند الحنابلة التحديد بعشر جلدات مع بعض الاستثناءات في المذهب ويوافقهم في ذلك الظاهرية .

وأما القتل تعزيراً فقد وقع فيه خلاف كبير بين الفقهاء ، حيث هناك من منعه ولم يقل به إطلاقاً ، وهناك من أجاز له لكن ضيق فيه جداً ، فحصره في حالات معينة كمن تكرر منه فعل الفساد ولم يرتدع بالحدود المقدرة فهو كالصائل ، ومن أكثر من سب النبي صلى الله عليه وسلم من أهل الذمة ، وكذا قتل السارق سياسة إذا تكرر منه ذلك ، وكذا السَّاحِر والزَّندِيق الدَّاعي إذا أخذ قبل التوبة ، وكذا الخنَّاق الذي تكرر منه الفعل ولم يقلع ، وهذه العقوبة جاءت استثناءً من قاعدة " الأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب " وذلك لما تقتضيه المصلحة العامة .

وأما التعزير بالفعل المتعلق بسلب الحرية فيتمثل في عقوبة الحبس ، وعقوبة التقي تعزيراً ، فعقوبة الحبس مشروعة بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وفعل الصحابة رضي الله عنهم ، وهو نوعان : حبس محدد المدة (ويكون في الجرائم العادية إذا كان تعزير الجاني فيها بالضرب غير رادع له ، وأقله غير مقدّر عند الفقهاء رحمهم الله ؛ ويرجع إلى اجتهاد الإمام بما يرى فيه الكفاية للردع والزجر ، أما أكثره فغير محدود عند الجمهور ، وهو أيضاً مفوض لرأي الإمام ، وخالف ذلك الشافعية حيث ذهبوا إلى تحديد أكثره بأن لا يبلغ للحر سنة ، والرَّاجح ما ذهب إليه الجمهور) ، والحبس غير المحدد المدة (يكون في حالة ارتكاب الجاني لأكثر من جريمة ، أو ارتكابه لجريمة معينة أكثر من مرة ولم يترج بضرر ولا حبس مؤقت ويكون حتى التوبة أو الموت) .

أما عقوبة التقي تعزيراً فقد أجمع الفقهاء رحمهم الله على جوازها إذا تعدت أفعال الجاني إلى اجتذاب غيره إليها ، أو إضرارهم بها ، والأصل فيها السنة النبوية الشريفة المبينة لفعل الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك ، وكذا أفعال الصحابة من بعده .

والتعزير بالفعل المتعلق بمسّ الاعتبار فيتمثل في عقوبة التشهير ، وعقوبة الهجر ن وعقوبة الصلب ، أما عقوبة التشهير فتتمثل في إعلام الناس بجريمة المحكوم عليه تنكيلاً به حتى يحذر من شره ، حيث ينادى عليه بذنبه بين الناس إذا تكرر منه ولم يقلع ، كالفساق المدمنين يطاف بهم ويعلم أمرهم ويفضحون .

أما عقوبة الهجر فالأصل فيها القرآن الكريم في قوله تعالى " واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن

واهجرون في المضاجع ... " النساء / 34 ، كما دلت عليها السنة النبوية المطهرة ، وذلك فيما فعله الرسول صلى الله عليه وسلم مع الثلاثة الذين تخلّفوا عن غزوة تبوك (كعب بن مالك ، ومُرارة بن الربيع ، وهلال بن أمية) كما دلّ عليها فعل الصحابة رضي الله عنهم من بعده .

أمّا عقوبة الصلب فتتمثل في صلب الجاني حيّاً ، ولا يمنع من الطعام أو الشراب أو الضوء أو الصلاة ، ولكنه يصلي بالإيماء ، وتكون هذه العقوبة بحسب اجتهد الإمام إذا رأى فيها الردع، للجاني ولغيره ن وتكون عند تكرار الجناية .

والتعزير بالفعل المتعلق بالمال ، وهو ما يسمّى بالتعزير بالعقوبة المالية ، وهي ثابتة شرعاً والمقصود منها العقوبة الخاصة بالجنايات المتعلقة بالأموال فحسب ، وهذه العقوبة لا يكون فيها أي نوع من أنواع تملك مال المعزّر أو أخذه ؛ لأنّ أخذ أموال الناس وتمليكها ولو على سبيل العقوبة غير جائز شرعاً ، ولم يقل به أحد من الفقهاء من الفقهاء ؛ ولأنّ التّهي عن أخذ أموال الناس إلّا بالحقّ يشمل هذه الصّورة ما لم يأت دليل خاصّ يخرجها من دائرة العموم ، ويضعها ضمن دائرة ما أخذ بالحقّ .

وهناك من أخلط في هذه المسألة وأقحم فيها مسائل تتعلق بالعقوبة المالية وهي غير جائزة شرعاً ، كالعقوبة بأخذ المال تملكاً ، وتعميم هذه العقوبة لكلّ أنواع الجنايات ؛ فالتسمية الصحيحة هي العقوبة المالية دون أخذ المال تملكاً ، وهذه العقوبة أدلّة من السنة الفعلية للرسول صلى الله عليه وسلم ، وكذا فعل الصحابة رضي الله عنهم ، كحرق متاع الغال ، وحرق قصر سعد بالكوفة ، وحرق بيت رويشد من ثقيف وجد به حمراً ... الخ .

وإذا تقرّر هذا يجب أن تكون العقوبة المالية في الجنايات التي تتعلق بالمال ، حتّى تكون العقوبة من جنس العمل ، ثمّ ما كان من هذه العقوبة على سبيل الإلتلاف والتّغيير فهو جائز ومشروع ؛ لما ثبت من فعل الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة الكرام رضي الله عنهم ن أمّا ما كان على سبيل الأخذ والتمليك فهو غير جائز ، وبهذا تكون الغرامة المالية كعقوبة على الجاني في جنائية لا علاقة لها بالمال ، ولا علاقة لها بأيّ نوع من أنواع التعويض أو الضّمان أو تسوية الحقوق فهي غير جائزة شرعاً ، ومن قال بجوازها يكون قد فتح الباب على مصراعيه أمام الولاة الظّلمة لأكل أموال الناس بالباطل ، واعتبار ذلك مورداً للدولة فتتطلّع دائماً إلى المزيد خاصّة عند وقوع الأزمات .

والمبحث الثاني يتعلّق باجتماع التعزير مع العقوبات المقدّرة وكيفية تطبيق التعزير ، وهذا المبحث كذلك يحتوي على أربعة مطالب تناولت فيها إمكانية اجتماع التعزير مع غيره من العقوبات المقدّرة ، كالحدود والقصاص ؛ إذ الأصل في العقوبة التعزيرية أن تكون في الجرائم التي لم تحدّد لها عقوبة معيّنة من قبل الشارع ، لكن رغم ذلك نجد العقوبة التعزيرية في بعض الحالات تضاف إلى العقوبة المقدّرة ، وذلك من باب المصلحة العامة إذا لم يكف الإمام بالعقوبة المقدّرة ، كما أنّها تضاف إلى الكفّارة إذا اقتضت المصلحة ذلك ، وقد قرّر هذا الكثير من الفقهاء ، فقليل من المعاصي ما يكون فيه الكفّارة والأدب ، كالجماع في الإحرام وفي شهر رمضان ، ووطء المظاهر منها قبل الكفّارة إذا كان الفعل متعمّداً في جميعها .

كما تناولت في هذا المبحث مدى تفويض العقوبة التعزيرية لرأي الإمام ، حيث أنّ هذه العقوبة مفوّضة لرأي الإمام باتّفاق العلماء رحمهم الله تعالى ، فالإمام هو الذي يختار العقوبة المناسبة لكلّ حالة تعرض عليه ، لكنّه يراعي في كلّ حالة ظروف الجاني ، والجريمة ، والمجنى عليه ، والزمان والمكان ، ذلك أنّ العقوبة التعزيرية تخضع لكلّ هذه الظروف وتختلف باختلافها .

فمشروعية تفويض العقوبة التعزيرية ، تخوّل للإمام أن يطبّق ما شاء من أنواع العقوبات حسب اجتهاده بما يرى فيه الكفاية من الزجر والردع للجاني ، بشرط عدم تحكيم الهوى ، وعدم المخالفة لنصّ من القرآن أو السنّة أو الإجماع ؛ لأنّ الاجتهاد الذي يصطدم بشيء من ذلك لا عبرة به ، وكذا عدم مجاوزته للنوع الذي يرى فيه الكفاية لزجر الجاني وردعه ؛ لأنّ العقوبة إذا فاقت قدر الجناية تعتبر تحكيماً للهوى .

أمّا مسألة كيفية تطبيق التعزير ، فتناولت فيها حكم إقامة العقوبة التعزيرية ، وهل في التعزير ضمان ، ففي المسألة الأولى اختلف الفقهاء في تطبيق العقوبة التعزيرية ، هل هي واجبة على الإمام ؟ أم هي حقّ له إن شاء أقامها ، وإن شاء تركها ؟ فذهب بعض الشافعية إلى اعتبارها حقّ له مطلقاً إن شاء عزّر وإن شاء ترك ، كما ذهب البعض الآخر منهم إلى التفصيل ؛ فجعل ما كان منها حقّ لله تعالى فهي غير واجبة على الإمام تطبيقها ، وما كان منها من حقوق العباد وجب عليه إقامتها بشرط طلب المجنى عليه .

في حين ذهب الجمهور إلى أنّ العقوبات التعزيرية واجب على الإمام إقامتها إذا رأى في ذلك مصلحة ، وهناك من استثنى حالات خاصّة منصوص عليها ، فأوجب على الإمام إقامة التعزير على مرتكبها مطلقاً دون نظر إلى المصلحة ، وكذا ما تعلّق بحقّ العبد يكون واجباً قياساً على

الحدود ، ورأي الجمهور هو الموافق لروح الشريعة الإسلامية ، ففي أغلب الأحيان يندم الجاني على ما فعل ، وتجد آثار التوبة ظاهرة على وجهه ؛ فمن المصلحة أن يترك عقابه لأن الغرض قد تحقق وظهر ، أمّا ما ذهب إليه الشافعية فيفتح الباب على مصراعيه أمام حكام الجور لتحكيم الهوى ، بالإضافة إلى عدم قوّة ما استدّلوا به .

وفيما يخصّ مسألة الضمان في التعزير ، فإنّ العقوبة التعزيرية جعلت للتأديب والزجر لا للإتلاف ، إلّا إذا استفحل خطر الجرم وحكم عليه بالقتل ، وفيما سوى ذلك إذا أدّت هذه العقوبة إلى الإتلاف فهل يعتبر ذلك خطأ من الإمام يستوجب الضمان والتعويض ؟ طبعاً يختلف الفقهاء في التلف بسبب التعزير ، فذهب الجمهور إلى أنّ الهالك بسبب التعزير دمه هدر مثله مثل الهالك بسبب الحد ؛ لأنّ الإمام يطبّق الشريعة فلا ضمان عليه ، وذهب الشافعية إلى التفرقة بين الحد والتعزير فأوجبوا الضمان في التعزير ؛ لأنّه مشروط بسلامة العاقبة .

وآخر مسألة تناولتها في هذا المبحث ، هي أسباب سقوط العقوبة التعزيرية ؛ حيث أنّ الله عزّ وجلّ جعل الجزاء رادعاً ومثالاً أمام من تحدّثه نفسه بالجريمة ، وزجر أولي الأمر عن التهاون في تنفيذ العقوبة المشروعة ، لكنّه عزّ وجلّ كما شرّع العقوبة شرّع في المقابل أسباباً تسقط هذه العقوبة ، وموانع تحدّ من كثرة تنفيذها ؛ فكما اقتضت حكمة الله تعالى شرع العقوبات ، فقد اقتضت رحمته شرع الموانع والمسقطات لهذه العقوبات ؛ لأنّه تعالى أرحم بعباده من الأمّ بولدها .

فالعقوبة التعزيرية تسقط بأسباب مختلفة ، ولكن ليس من هذه الأسباب ما يعتبر سبباً عاماً مسقطاً لكلّ عقوبة تعزيرية ، وإنّما تتفاوت الأسباب في أثرها على العقوبات ، فبعضها يسقط معظم العقوبات ، وبعضها الآخر مسقط لأقلّها ، وبعضها خاصّ بعقوبات دون أخرى ، والمسقطات تتمثّل في : موت الجاني ، والعفو ، والشفاعة ، والتوبة ، والتّقادم ، والصّلاح ، والإرث ، والتّداخل بين الجرائم ، والجنون .

أمّا المبحث الثالث فيتعلّق بإعطاء لمحة عامّة عن جريمة السرقة الموجبة للحدّ ، وفيه أربعة مطالب كغيره من المباحث الأخرى حفاظاً على توازن خطّة البحث ، وتناولت فيها : تعريف الحدّ لغة وشرعاً ، فمن الناحية الشرعية استقرّ جمهور العلماء غير الحنفية على تعريف الحدّ بقولهم "عقوبة مقدّرة شرعاً ، سواء أكانت حقّاً لله أم للعبد " وعليه تقسّم الحدود عندهم إلى سبعة أنواع (حدّ الزّنى ، والقذف ، والشّرب ، والسرقة ، والبغي ، والرّدة ، والقتل) ، في حين

استقرّ الأحناف على تعريفه بقولهم " عقوبة مقدّرة وجبت حقّاً لله تعالى " وعليه تقسّم الحدود عندهم إلى خمسة أنواع (حدّ الزّنى ، والقذف ، والشّرب ، والسّرقه ، والبغى) .

كما تناولت فيه حكمة مشروعيّة الحدّ ، والفرق بينه وبين التعزير ، أمّا حكمة تشريع الحدّ فتتمثّل في زجر الناس وردعهم عن اقتراف جرائم الحدود ، وصيانة المجتمع من الفساد ، والتطهّر من الذّنوب ، فيسود الأمن وتطمئنّ النفوس ، وتنصرف إلى العمل المستمرّ والإنتاج الذي ينشر الرّخاء في ربوع الأمّة ، فتتسع الأرزاق وتكثر البركة ، ويتيسّر للناس أن يبتغوا من فضل الله الواسع .

وهذا يتّفق الحدّ مع التعزير من جهة أنّه للتأديب والاستصلاح والزّجر ، ولكنّه يفترق معه من أوجه كثيرة يمكن حصرها فيما يلي :

- 1/ الحدّ مقدّر شرعاً ، وأمّا التعزير فهو غير مقدّر شرعاً وإنّما مفوّض لرأي الإمام .
- 2/ أنّ الحدود واجبة التنفيذ ، أمّا التعزير ففيه خلاف سبقت الإشارة إليه .
- 3/ التعزير يجري وفق قاعدة (اختلاف العقوبات باختلاف الجنايات) ، أمّا الحدود فقد خرجت عن هذا الأصل من جهة أنّ الشّارع سوى في الحدّ بين سرقة دينار وألف دينار في العقوبة ، وبين شارب قطرة من الخمر وشارب جرّة .
- 4/ الحدود لا تكون شرعاً إلّا في معصية ، بخلاف التعزير قد يكون في أفعال لا عصيان فيها شرعاً كتأديب الصّبيان والبهائم والجانين استصلاحاً لهم .
- 5/ الحدود لا تسقط بحال ولو بالتوبة على الأصحّ ، بخلاف التعزير فإنّه يسقط وإن قيل بوجوبه .
- 6/ أنّ التّخيير يدخل في التّعازير مطلقاً ، ولا يدخل في الحدود إلّا في الحراة .
- 7/ التعزير يختلف باختلاف الفاعل والمفعول معه والجناية ، وأمّا الحدود فلا تختلف باختلاف ذلك
- 8/ التعزير يجوز فيه العفو والشفاعة ولا يدرأ بالشبهة بل يجب معها ، بخلاف الحدّ فلا عفو فيه ولا شفاعة ويدرأ بالشبهة .
- 9/ التعزير شرّع للزّجر المحض ، بخلاف الحدّ فإنّه بالإضافة إلى الزّجر فيه معنى التّكفير عن الذّنوب
- 10/ أنّ الحدّ مختصّ بالإمام _ إلّا في سيّد يقيم الحدّ على عبده أو جاريته _ ، أمّا التعزير فيفعله الزّوج والمولى وغيرهم .
- 11/ في الحدّ يحبس المشهود عليه حتّى تتحقّق إدانته أو عدمها ، وفي التعزير فلا يجري فيه ذلك لأنّ الحبس تعزير .

كما تطرقت في هذا المبحث إلى تعريف جريمة السرقة شرعاً وقانوناً ، وبيان حدّها وحكمة مشروعيتها ، أمّا تعريف السرقة شرعاً ، فهناك عدّة تعاريف ، بعضها مجمل وبعضها مفصّل ؛ فمن عمد إلى التفصيل أراد وضع الشّروط الّتي يلزم توافرها في السرقة الموجبة للحدّ عنده ، ومن عمد إلى الإجمال ترك تحديد الشّروط إلى الفقه ، فكان التعريف على سبيل المثال عند الحنفيّة "أخذ البالغ العاقل نصاب القطع خفية ، فما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتموّل للغير من حوز بلا شبهة " وعند الحنابلة " أخذ مال الغير من مالكه أو نائبه على وجه الاستخفاء " .

وفي قانون العقوبات الجزائري عرّفت السرقة في المادة 350 منه بأنّها " كلّ من اختلس شيئاً غير مملوك له يعدّ سارقاً " وقد بيّنت هذه المادة والمواد الّتي تليها (350 _ 360) أحكام وظرف وجزاءات هذه الجريمة . والفرق بين التعريف الشرعي والقانوني ، أنّ القانون استعمل كلمة اختلاس للتعبير عن السرقة ؛ فكّل من السرقة والاختلاس شيء واحد ، بينما التعريف الشرعي فقد فرق تماماً بين السرقة كجريمة والاختلاس بذكر قيد الأخذ خفية الوارد في التعريف .

وأما حدّ السرقة التامة شرعاً فهو قطع يد السّارق ، وهذه العقوبة مشروعة بالقرآن والسنة والإجماع . ولا شك أنّ تشريع عقوبة القطع اقتضته ضرورة حفظ أموال الناس ، وحفظ المجتمع من أن يختلّ توازنه أو يخرم عوده ، فما من مجتمع سرت فيه هذه الآفة إلّا وسقط عالياً سقيماً ، والحكمة من تشريع هذا النوع من العقوبة لهذه الجريمة ، ذلك أنّ السّارق يتّصف دائماً بصفة الجشع والطّمع وعدم الرّضا بما يكسبه عن طريق الحلال ؛ فيدفعه ذلك إلى تنمية كسبه عن طريق الحرام ، فالدّافع إلى فعل السرقة بالدّرجة الأولى هو دافع نفسي ؛ فحاربت الشريعة هذا الدّافع في نفس السّارق بتقرير عقوبة القطع ؛ حتّى تكون العقوبة من جنس العمل .

وهذه العقوبة صالحة لكلّ زمان ومكان مهما قيل للإنقاص من قيمتها ، خاصّة في الوقت الحاضر ممّن يدعوا إلى التمدّن والتحضر ، والسرّ في ذلك يكمن في أمرين اثنين :

1/ الأوّل عامّ تتميّز به الشريعة الإسلامية ككلّ ، وهذه المميّزات هي (الكمال _ والسموّ _ والدوام) .

2/ والأمر الثاني خاصّ بالتشريع الجنائي الإسلامي ، ويتمثّل في (الوقاية قبل العلاج ؛ حيث لا يقام الحدّ حتّى يوقر الإسلام ضروريّات الحياة للفرد ، ويعلمه بعصمة أموال الناس _ المفاسد أولى من جلب المصالح ، وذلك بتحقيق مصلحة المجتمع في إقامة الحدّ وإن كان فيه مفسدة التّلف _

أثر العقوبة بعد العقاب من زجر وردع وإصلاح ، بحيث تقوم النفس المنحرفة وترجعها إلى جادة الصواب ، والاسترزاق بالطرق الحلال نتيجة قلع العوامل النفسية الدّعية لارتكاب الجرم .

كما تطرقت في هذا المبحث لأركان جريمة السرقة الموجبة للحد ، حيث أنّ حد السرقة لا يقام إلاّ عند توفر أركانها المعتبرة شرعاً ، وتتمثل في :

أولاً : ركن الأخذ خفية : ومعناه أن يؤخذ الشيء دون علم المجنى عليه ، ودون رضاه ، وحتى يتحقق هذا الركن لابدّ له من شروط ثلاثة وهي :

— أن يخرج السارق الشيء المسروق من حوزة المعدّ لحفظه .

— أن يخرج السارق الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه .

— أن يدخل الشيء المسروق في حيازة السارق .

فإذا لم تتوفر هذه الشروط اعتبر الأخذ غير تامّ ، ولا قطع على السارق .

والأخذ قد يكون مباشراً كأن يتولّى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحوزة بنفسه ، أو أن يؤدي فعله مباشرة إلى إخراجه ، وقد يكون الأخذ بالتسبّب ؛ حيث لا يباشر السارق إخراج المسروقات من الحوزة بنفسه ، وإنما يؤدي فعله بطريق غير مباشر إلى إخراج المسروقات ، مثل أن يلقي بالمسروق في ماء جار إلى خارج المنزل فيخرج به التيار ، أو يعرض المسروق إلى ريح هابّة فيطير المسروق إلى الخارج ، وكلّ من النوعين يستوجب الحدّ إذا توفّرت شروط الأخذ .

وعليه فالتسليم ينفي ركن الأخذ خفية ؛ لأنّه يجعل المجنى عليه عالماً بأخذ الشيء سواء توفّر الرضا أو انعدم .

ثانياً : كون المسروق مالاً : وهو محلّ السرقة ، ويجب أن تتوفر فيه شروط :

أ/ كون المسروق مالاً متقوماً ، فلا محلّ للسرقة في الوقت الحاضر إلاّ للمال ، فلا يمكن أن يكون الإنسان محلاً للسرقة ، ما عدا الاستثناء الموجود عند مالك في الطفل غير المميّز وعند أهل الظاهر ، كما أنّ المال يجب أن يكون متقوماً ومحترماً شرعاً ، فلا قطع في سرقة الخمر وآلات اللهو والصليب والخنزير... الخ .

ب/ كون المسروق مالاً منقولاً ؛ لأنّ السرقة تقتضي نقل الشيء وإخراجه من حوزة ، ونقله من حيازة المجنى عليه إلى حيازة الجاني ، وهذا لا يمكن إلاّ في المنقولات فهي بطبيعتها التي يمكن نقلها

من مكان إلى آخر ، وليس من الضروري أن يكون المال منقولاً بطبيعته ؛ بل يكفي أن يصير منقولاً بفعل الجاني أو بفعل غيره ، كما يشترط أن يكون المنقول مادياً كالتقود والأخشاب ، ويستوي أن يكون صلباً أو غازياً أو سائلاً ، أمّا الأموال المعنوية فلا يمكن أن تكون محلاً للسرقة ماعدا الأوراق المثبتة لها فيمكن سرقتها .

ج/ أن يبلغ المال المسروق نصاباً ، وقد دلّ على مشروعية اشتراطه السنّة النبوية الشريفة ، وهي كثيرة جداً لهذا اشترط جمهور الفقهاء ذلك في وجوب قطع السارق ، وذهب الحسن البصري وداود الظاهري والخوارج إلى عدم اشتراطه ؛ بل يقطع سارق القليل والكثير لإطلاق الآية الكريمة " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " المائدة / 38 ، ولحديث " لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده " ، والتقاش يطول في هذه المسألة .

د/ أن يكون المال المسروق محرزاً ، والحرز هو ما نصب عادة لحفظ أموال الناس ، كالدار والحانوت والخيمة والشخص ، وتحديدده يرجع إلى العرف والعادة ، والحرز يشترطه جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى ، ولا يخالفهم في ذلك إلا أهل الظاهر ، وطائفة من أهل الحديث .

والحرز عند من يشترطه نوعان (حرز بالمكان _ أي بنفسه _ وهو كلّ بقعة معدّة للإحراز ممنوعة الدخول فيها إلا بإذن ، كالدار والحانوت والخيمة والفسطاط ، وزرائب المواشي _ وحرز بالحافظ أو بغيره ، وهو كلّ مكان غير معدّ للإحراز ، ويدخل إليه بلا إذن ، كالمساجد والطرق والصّحراء فلا تكون حرزاً إلا بالحافظ .

ثالثاً : كون المال المأخوذ مملوكاً للغير : فإن كان المال مملوكاً للمجنى عليه لا يعدّ الفعل سرقة بأيّ وجه من الوجوه ، وقد ورد التصريح بهذا الشرط في أغلب عبارات الفقهاء أثناء تعريفهم لجريمة السرقة ، كقولهم " ... أخذ المكلف ... من مال محترم لغيره ... " والعبرة بملكية السارق للمسروق وقت السرقة ، فإن كان يملكه قبل السرقة ثم خرج من ملكه قبيل السرقة فهو مسئول عن السرقة وعليه القطع ، أمّا إذا دخل في ملكه وقت السرقة فلا مسئولية عليه كأن ورثه أثناء السرقة ، ويكفي لوجود السرقة أن يكون الشيء مملوكاً للغير ولو كان المالك مجهولاً ، أو غير معيّن كسرقة مال الوقف .

رابعاً : الركن المعنوي لجريمة السرقة : ويتمثل في توافر القصد الجنائي ، وهذا الأخير لا يتحقق إلا بتوافر عناصره التي حددها العلماء بناء على استقراءهم للشريعة الإسلامية ، وتتمثل في :

أ/ العلم بتحريم الفعل .

ب/ العلم بملكيّة الغير .

ج/ العلم بعدم رضا وعلم الجاني .

د/ توافر نيّة التملّك .

وهناك بعض الحالات التي يجتمع فيها القصد الجنائي مع جميع الأركان الأخرى للسرقة التامة، ومع ذلك لا يعاقب الآخذ إطلاقاً ، أو يعاقب بالتعزير ، وتسمّى بحالات الإباحة ، ويمكن تلخيصها فيمايلي :

أ/ أخذ مال الحربي والباغي خفية بقصد التملّك .

ب/ استعمال الحقوق ، وأداء الواجبات التي تبيح إتيان الفعل أو توجبه مثل حقّ الدّفاع الشرعي، حيث يبيح للإنسان أن يستولي على مال غيره لأجل الدّفاع .

ج/ لا قطع على غير المكلف إذا أخذ خفية شيئاً مملوكاً للغير بقصد التملّك ، كالحربي والباغي إذا أخذ مال المسلم .

د/ لا قطع على ناقص الأهلية (المجنون والمعتوه والصغير غير المميّز)

هـ/ لا عقوبة على المكره سواء كان الإكراه مادياً أو معنوياً ، ولا على المضطرّ .

وآخر مطلب في هذا المبحث تناولت فيه طرق إثبات جريمة السرقة ، وتتمثل في البيّنة أو الشهادة ، والإقرار ، واليمين المردودة ، والقرينة .

أما البيّنة : فالمقصود بها شهادة الشهود ، والشهادة هي " إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر " ، وهي مشروعة بالقرآن والسنة النبوية ، ويشترط فيها (البلوغ ، والعقل ، والإسلام ، والحفظ ، والكلام ، والرؤية ، والعدالة) هذا بالإضافة إلى انتفاء موانع الشهادة المثبتة في (القرابة ، والعداوة ، والتهمة) ، وهذه كلّها شروط عامّة تشترط للشهادة في جميع الجرائم ، وهناك شرط خاصّة بالإشهاد في جريمة السرقة وهي (عدد الشهود ، حيث اتفق العلماء على أنّ السرقة تثبت بشهادة رجلين عدلين ، واختلفوا في ثبوتها بشهادة النساء منفردات أو مع الرجل ، والذي عليه الجمهور خلافاً للظاهرية أنها لا تثبت بذلك _ كما يشترط فيها عدم التقادم وهذا عند الأحناف ، لكن التقادم لا يمنع من ثبوت المال المسروق

للمجنى عليه بنفس الشهادة _ كما يشترط قيام الخصومة لقبول الشهادة في السرقة ، وذلك عند الأحناف أيضاً ، وتكون ممن له يد صحيحة على الشيء المسروق ، وانتفاء هذا الشرط لا يمنع من حبس المتهم بناءً على هذه الشهادة .

أما الإقرار : يقال أنه سيد الأدلة ، وعرف شرعاً بأنه " إظهار مكلف مختار ما عليه بلفظ أو كتابة أو إشارة أخرس أو على موكل أو مموله أو موروته بما يمكن صدقه " وقد ثبتت مشروعية اعتبار الإقرار كدليل إثبات بالقرآن والسنة والإجماع ، ويشترط فيه أن يكون (ميبناً مفصلاً قاطعاً ، لهذا الاعتراف المجلد الذي يمكن أن يفسر على أكثر من وجه لا تثبت به الجناية _ كما يشترط فيه أن يكون صحيحاً ، حيث يصدر من عاقل مختار ، فلا يقبل إقرار زائل العقل أو مكره _ ومن شروطه أيضاً قيام الخصومة وإن كان في هذا الشرط خلاف بين الفقهاء _ ويشترط فوق كل الشروط المذكورة عدم تكذيب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقة ، وهذا عند الأحناف _ وكذا عدم رجوع السارق عن إقراره صراحة أو ضمناً إذا لم يكن هناك دليل على السرقة إلا الإقرار) .

أما اليمين المردودة : وهي " تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق " ، وهي مشروعة بالقرآن والسنة النبوية والإجماع ، وصيغتها التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي " اليمين بالله تعالى الذي لا إله إلا هو " ، وشروط اعتبارها تتمثل في (كون الحالف بالغاً عاقلاً مختاراً ؛ لأنه قول يتعلق به وجوب حق ، ولأنه قول حمل عليه بغير حق _ ويجب أن تكون على البث والقطع ؛ إذ الأصل فيها لتوكيد المحلوف عليه ، لكن يجوز الإقدام عليها عند الظن) .

وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه مهما كانت صفته ؛ لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم " اليمين على المدعى عليه " وهي تفيد الظن كغيرها من الأدلة الأخرى ؛ لأن الوازع الديني لدى الإنسان يردعه عن الحلف بالله تعالى كاذباً .

أما إذا وجهت اليمين إلى المدعى عليه فنكل ، فإن نكوله يعتبر قرينة على صدق المدعى ويقوي جانبه ، لكن هل التناول وحده بينة كاملة ، أم لابد معه من يمين المدعى وهو ما يسمى باليمين المردودة ؟ اختلف في ذلك على قولين ، حيث اشترط مالك والشافعي اليمين المردودة مع التناول ، وأبو حنيفة وأحمد قضيا على المدعى عليه بنكوله فقط دون اليمين المردودة .

أما القرينة : وهي " الأمانة البالغة حدّ اليقين " أو هي " ما تدلّ على أمر خفيّ مصاحب لها بواسطة نصّ أو اجتهاد أو فهم يفيضه الله تعالى على من يشاء من عباده " ، وبكلّ اختصار القرينة تمكّنا من استنتاج المجهول من المعلوم ، والقرينة مشروعة بالقرآن والسنة النبويّة ، كما في قوله تعالى " وجاءوا على قميصه بدم كذب " يوسف / 18 ، وأدلتها في السنة كثيرة ، منها قصّة العرنيين ، حيث أن الرسول صلّى الله عليه وسلّم حكم عليهم بناء على شاهد الحال ، ولم يطلب بيّنة .

وجهور الفقهاء لم يسلموا باعتبار القرائن دليلاً عاماً من أدلّة الإثبات في الجرائم ، إلّا فيما نصّ عليه بنصّ خاصّ كالقسامة ؛ لأنّ القرائن تحمل أكثر من وجه ، في حين ذهب مالك وأصحابه والحنابلة إلى العمل بالقرائن مع التحفظ ، واعتبر الحنفية القرينة القطعية وحدها بيّنة نهائية كافية للقضاء بها ، كما لو رُئي شخص مدهوشاً ملطّخاً بالدم ومعه سكّين ملوثة بالدم بجوار مضرج بدمائه في مكان ، فيعترف أنّه هو الفاعل .

وخلاصة القول ثبوت جريمة السرقة إذا ضبط المال المسروق في حيازة السارق ، خاصّة إذا دُعِمَت هذه القرينة بالقرائن العلمية ، كالكشف عن بصمات السارق ، وتحليل الدم الذي قد يترّف منه أثناء عمليّة السطو ، هذا إذا لم تثبت قرينة أخرى مناقضة ومعارضة فتكون سبباً في درء الحدّ .

الفصل الثاني : وجعل لجريمة السرقة غير الموجبة للحدّ بسبب تخلف شرط من شروطها وحكمها في قانون العقوبات الجزائي ، ويشمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث أيضاً حفاظاً على خطّة البحث .

المبحث الأوّل : تناولت فيه التعزير في جريمة السرقة عند تخلف شرط الحرز ، ويشمل هذا المبحث كغيره من المباحث على أربعة مطالب ، تناولت فيها أثر إبطال الحرز على جريمة السرقة شرعاً وقانوناً ، أمّا شرعاً فإنّ إبطال الحرز قد يكون قبل إخراج المسروقات من الحرز ، وقد يكون بعد ذلك ، فإذا أبطل الحرز قبل الإخراج تكون السرقة قد تعلّقت بمال غير محرّز ففيها التعزير ، أمّا إذا بطل الحرز بعد الإخراج وبأيّ سبب من الأسباب ، كالتقب أو الفتح أو الإذن فلا أثر له على السرقة ، فتكون تامة الشروط ويحدّ السارق .

ثم اختلف الفقهاء في مبطلات الحرز ، فهناك من اعتبر الثقب وفتح الباب والإذن من المبطلات ، وهناك من خصّ ذلك في الإذن بالدخول فقط وبني على ذلك اختلاف الفقهاء في بعض المسائل ، كالسرقة من المنزل ، والسرقة من المحلات التجارية العامة ، والسرقة من الحمام والمسجد ، وكذا سرقة الخدم من أموال مخدوميهم ، وسرقة الضيف من المضيف ، وسرقة من له حق الانتفاع بالحرز ، والسرقات التي تقع بين الأقارب وبين الزوجين ، فهناك من يقول بالقطع وهناك من يقول بالتعزير .

أما قانون العقوبات الجزائري فلم يشترط الحرز في السرقة أصلاً ، إلا إذا كان مكان السرقة مأذوناً بدخوله إذناً خاصاً ، أو كان السارق يتمتع بحق من حقوق الانتفاع كالمستأجر مثلاً ، وتمت السرقة من حرز خارج عن محل الإذن ، وعن محل الحق المخول ، والإذن الذي يعطيه صاحب المنزل لمن يدخل منزله من ضيف أو خدم أو غيرهما ، والإذن الذي يتحصّل عليه من يدخل المحلات التجارية العامة من فنادق ومطاعم ، والإذن بدخول الحمام وأماكن العبادة وغيرها لا يدلّ على رضا المالك عن التصرف في الشيء المملوك له بصورة مطلقة ، ففي مثل هذه الأحوال قد يدرج السارق قانوناً ضمن الظروف المشددة ، نظراً للثقة الممنوحة من طرف المالك ، والقانون تناول هذه المسائل ضمن مسألة التسليم ينفي الاختلاس ، والتسليم هنا يتضمن الإذن ، فإذا سلّم صاحب المنزل المفاتيح لشخص يكون قد أذن له بدخوله .

ثم تطرقت بعد ذلك إلى حكم الإعانة على السرقة ، واستهلاك المسروق داخل الحرز شرعاً وقانوناً ، فبالنسبة لمسألة الإعانة على السرقة شرعاً ، الأصل فيها أن القطع لا يجري إلا على من يباشر السرقة ، أو يخرج المسروق من الحرز ، لكن الكثير من الفقهاء خرجوا عن هذا الأصل سداً لذريعة الفساد ، وعصمة لأموال الناس ، فألحقوا المعين بالمباشر سواء كانت الإعانة مادية أو معنوية ، والفقهاء الذين يلحقون المعين بالمباشر قيّدوا هذه الإعانة بأن تكون فقط في الإخراج من الحرز ، فإذا كانت الإعانة في الثقب أو الكسر أو الفتح أو الحمل بعد الإخراج من الحرز لم يقطع المعين بل يعزّر .

أما قانون العقوبات الجزائري فقد تناول مسألة تعدّد الجناة ، وذلك في المادة 353 منه ، ونجده قد شدّد العقوبة على جريمة السرقة التي يرتكبها شخصان فأكثر نتيجة اتّفاقهما الجنائي ، فهذا يدلّ على خطورة إجرام الجناة ، ويتحقّق التعدّد كلّما ارتكب السرقة شخصان على الأقلّ بصفة فاعلين أصليين ، كما يتحقّق التعدّد متى كان مع الفاعل الأصلي شريك أو أكثر في تنفيذ

الجريمة ، أو ساعدوه في الأعمال المتممة لها ، سواء كان بأدائهم عملاً إيجابياً ، أو على الأقل بحضورهم ، أو مراقبتهم ، أو دفع خطر القبض عنهم .

وبالتسبة لمسألة استهلاك الشيء داخل الحوز تحايلاً وفراراً من العقوبة ، كأن يبتلع الشيء وهو في الحوز خاصة إذا كان الشيء ثميناً كالجواهر وأمثالها ، وقد يأكله إذا كان طعاماً ، أو يتطّيب به إذا كان طيباً وهكذا ، فإن جمهور الفقهاء قرّروا اعتبار من يستهلك الشيء داخل الحوز يعتبر متلفاً لا سارقاً ، إلا إذا أخرج شيء منه بعد الإتلاف وكان ما أخرج نصاباً فهو سارق ، وذهب أبو يوسف من فقهاء الأحناف إلى عدم قطعه في الحالتين بل يعزّر .

أمّا قانون العقوبات الجزائري فقد تطرّق إلى مسألة إعدام الشيء في مكانه ولم يعتبر الفعل هنا سرقة ؛ لأنّه خرج عن معنى الاختلاس إلى الإتلاف ، فيطبّق على الفاعل عقوبة أخرى ، إلا إذا كان الشيء المعلوم طعاماً أو شراباً فأعدمه في مكانه فيعتبر الفعل اختلاساً .

كما تناولت في هذا المبحث حكم النباش والطّار شرعاً وقانوناً ، فبالنسبة للنباش شرعاً وهو من يسرق من القبر سواء كان كفناً أم مجوهرات أم شيئاً آخر ، فقد اختلف الفقهاء في حكمه بين موجب للقطع ومانع لذلك ، وسبب الخلاف في هذه المسألة راجع إلى اختلافهم في القبر هل هو حرز أم لا ؟ فمن اعتبر القبر حرزاً بنفسه قال بوجوب قطع النباش ، وهم (مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ، وبه قال عمر ابن عبد العزيز) ، ومن اعتبر القبر ليس حرزاً بنفسه أصلاً ؛ إذ لا تحفظ فيه الأموال عادة قال بعدم القطع وهو مذهب (أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وسفيان الثوري وزيد بن ثابت) والخلاف هنا جار فيما كان مشروعاً ، أمّا ما كان غير مشروع كالدرهم والجواهر وأمثالها فلا قطع فيها بالإجماع ، ومن قال بعدم القطع قال بالتعزير طبعاً .

أمّا قانون العقوبات الجزائري فقد شرّعت فيه نصوصاً تتعلّق بعقاب نبش القبور وحرمة الموتى والجثث ، لكن سرقة الأكفان والألبسة والمجوهرات التي تودع مع الميت لم يرد في شأنها نصّاً صريحاً يجرّم الفعل ، كبعض القوانين الوضعيّة (الفرنسية والإيطالية) إلا أنّ شرّاح القانون الجزائري تعرّضوا لهذه المسألة ، وقالوا بأنّ الأكفان والأشياء التي توضع مع الموتى لا تعدّ من الأموال المتروكة لكونها وضعت لهدف خاص ، وبالتالي يعاقب من يتعرّض لها .

والمسألة الثانية المتعلّقة بحكم الطّار وهو الذي يسرق من جيب الرّجل أو كمّه نصاباً خفية ، سواء عن طريق البطّ ، أو إدخال اليد في الجيب ، ويعرف الفاعل باسم النشال ، وبما أنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الإنسان يعتبر حرزاً لكلّ ما يلبسه أو يحمله من نقود أو غيرها ، والنشل

إمّا أن يكون سرّاً أو علانية ، فإذا حدث والمخني عليه منتبه له فهو اختلاس ، والاختلاس لا قطع فيه شرعاً بل التعزير ، وأمّا إذا حدث النشل خفية ففيه القطع مطلقاً عند جمهور الفقهاء ، أمّا عند الأحناف يقطع النشل إذا كانت الدراهم مصرورة داخل الكمّ .

وفي قانون العقوبات الجزائري لم ترد كلمة طرّار أو نشال ولا بيان لحكمه ، لكن لو بحثنا فيه عن حكم الذي يدخل يده في جيب الرّجل ويأخذ ماله على غفلة منه نجد أنّه مختلساً ، وينطبق عليه فعل الاختلاس ، وبالتالي يعاقب بعقوبة السرقة المقرّرة قانوناً ؛ لأنّه استولى على مال الغير بدون علم ورضا صاحبه أو حائزه ، فأيّ شبهة بقيت هنا لاعتبار فعل النشل من جريمة السرقة .

كما تطرّقت في هذا المبحث إلى مسائل متفرّقة تتعلّق بشرط الحرز وتتمثّل في :

1/ حكم سرقة الحرز نفسه ، حيث ذهب الأحناف إلى عدم قطع سارق الحرز ؛ لأنّ الحرز غير محرز ، وذهب الجمهور إلى قطع سارق الحرز لأنّ الحرز محرزاً بإقامته ، وقانون العقوبات الجزائري يوافق مذهب الجمهور (مالك والشافعي وأحمد) في تجريم سارق الحرز نفسه إذا توفّر فيه شرط إمكانية التّقل .

2/ حكم سرقة الثّمار المعلّقة ، حيث ذهب الأحناف إلى عدم القطع في سرقة الثّمر المعلّق _ أي قبل أن يحرز _ لأنّه لا يمكن إحرازه ومما يتسارع إليه الفساد ، ولحديث " لا قطع في ثمر ولا كثر " وذهب الجمهور إلى عدم القطع إذا كانت الأشجار غير محرزة وإلاّ فالقطع ، وفي قانون العقوبات الجزائري يعتبر الفعل سرقة ، بل وتشدّد العقوبة على الفاعل إذا كانت المحاصيل الزراعيّة والثّمار مفصولة ومهيّئة في حزم .

3/ حكم سرقة الدّواب من المرعى ، فهناك من قال بعدم القطع (الأحناف والمالكيّة) أمّا سرقته من المراح إذا كان معها حافظ فالقطع ، وذهب الشافعيّة والحنابلة إلى التفصيل ، فإذا كانت الدّواب راعية ومعها حافظ أو سائرة ومعها سائق أو باركة ومعها حارس فهي محرزة والقطع في سرقته وإلاّ فلا ، ومن باب أولى إذا كانت الماشية في أبنية مغلقة .

أمّا سرقة الدّواب في قانون العقوبات الجزائري فقد نصّت عليه المادة 361 منه في فقرتها الأولى ، ولم تفرّق بين سرقة الدّواب من المرعى أو من المراح ، بل أنّه لم يلتفت إلى ذلك إطلاقاً ، وذلك طبعاً لعدم اشتراط الحرز في القانون ، والفعل سرقة في جميع الأحوال .

المبحث الثاني : تناولت فيه التعزير في جريمة السرقة عند تخلف ركن الخفية والملكية ، ويشمل هذا المبحث أربعة مطالب أيضاً ، تناولت فيها : حكم الاختلاس والتّهب والغصب ، وهذه الأفعال الثلاثة المحرّمة شرعاً تجتمع في كون الأخذ فيها يكون مجاهرة ، وتفترق في كون الأوّل يعتمد على الهرب والخفّة ، ويعتمد الثاني على القوّة والغلبة ، ويعتمد الثالث على الظلم والقهر ، والثّابت شرعاً عدم القطع في هذه الأفعال المحرّمة شرعاً ، وإنّما يجب فيها التعزير .

أمّا في قانون العقوبات الجزائري فالحرز غير مشروط ، وكذا الخفية ، وبالتالي الاختلاس تتحقّق معه جريمة السرقة ، ولا مانع من اعتبار التّهب والغصب من جريمة السرقة أيضاً طالما توفّرت فيها أركان جريمة السرقة المعاقب عليها قانوناً ، فكلّ سرقة معتبرة شرعاً تعدّ سرقة قانوناً ، وليست كلّ سرقة معتبرة قانوناً تعدّ سرقة شرعاً .

كما تناولت في هذا المبحث أثر التّسليم في جريمة السرقة ، وقد سبق أن ذكرت بأنّ التّسليم ينتفي معه ركن الخفية ، وبناء عليه لا قطع على الخائن شرعاً ، وكذا في قانون العقوبات الجزائري ينتفي مع التّسليم الرّكن المادي (الاختلاس) بشرط أن يكون التّسليم إرادياً ، وصادراً من مالك الشّيء أو حائزه ، وناقلاً للحيازة ، وأن يكون غير اضطرارياً حتّى ولو كان ناتجاً عن خطأ أو غشّ أو تدليس ، وبناء عليه اعتبرت خيانة الأمانة خارجة عن جريمة السرقة ، وإنّما لها عقوبة خاصّة بها .

كما تناولت في هذا المبحث أثر امتلاك السّارق للمسروق شرعاً وقانوناً ، أمّا شرعاً فيندرج تحت هذه المسألة ثلاثة مسائل :

1/ إقرار المسروق منه بملكيّة السّارق للعين المسروقة ، وهي حجة كافية لثبوت هذه الملكيّة ؛ لأنّ الإقرار صدر ممّن هو أهل له ، وبالتالي لا قطع على السّارق ، أمّا إذا كان هذا الإقرار بعد وصول الأمر إلى الحاكم فليس له قوّة التّملك التي كانت له لو صدر قبل المرافعة ؛ لأنّ المقرّ هنا يتّهم بأنّه ليس صادقاً في إقراره ، وهنا يدرأ الحدّ للشبهة ويعزّر السّارق عند البعض .

2/ تكذيب المسروق منه للسّارق في دعواه بملكيّة العين المسروقة : هناك من اعتبر ملكيّة المسروق شبهة يدرأ بها الحدّ عن السّارق (الشافعي وأبو حنيفة ورأي عند أحمد) خلافاً لمالك وبعض الحنابلة ، والرّاجح عدم درء الحدّ عن السّارق هنا ؛ لأنّ دعواه باطلة مردودة ، ولو أخذنا بهذا لتعطّل الحدّ وضاعت أموال الناس .

3/ ملكية المسروق بموجب هبة أو بيع قبل القضاء : لا خلاف بين الفقهاء في درء الحد عن السارق إذا ثبت ذلك قبل المرافعة ، أما إذا كان بعد المرافعة وقبل إمضاء الحكم ، فعند الأحناف يسقط القطع عن السارق ، أما بعد الحكم وقبل التنفيذ يسقط عند أبي حنيفة ويثبت عند أبي يوسف ، وذهب الشافعي وأحمد وأبو يوسف وغيرهم إلى أنه إذا كان قبل المرافعة يسقط .

أما في القانون الجزائري ففي حالة ادعاء الملكية يبحث في القضية ، فإذا تبين للمحكمة أن الملكية للمتهم وجب القضاء ببراءته من جريمة السرقة ؛ لأن الحكم القضائي المثبت للملكية له أثر كاشف وليس أثر منشأ .

وفي آخر هذا المبحث تطرقت لمسائل متفرقة تتعلق بركن الحفية والملكية وتتمثل في :

1/ سرقة مال المجهول : ذهب المالكية إلى قطع سارق مال المجهول ، في حين ذهب الجمهور إلى أن الفعل سرقة لكن لا قطع فيها ؛ لأنهم يشترطون مطالبة الجنى عليه بالمسروق ، والخلاف في هذه المسألة راجع إلى اشتراط الخصومة مع الإقرار هل هي شرط في إقامة الحد أم لا ؟

أما القانون الجزائري فلم يتطرق لهذه المسألة لعدم إشكاليتهما عندهم ؛ ولأن المال المسروق يجب أن يكون مملوكاً للغير دون تعيين هذا الأخير ، لهذا اعتبر أخذ المال المفقود والضائع سرقة ، وبناءً عليه من يأخذ حافظة نقود من الشارع العام ، ولم يبذل أي تصرف لإخبار السلطات المختصة لتوفر نية التملك عنده يعد سارقاً ، وبناءً عليه من يسرق مال المجهول يعد سارقاً .

2/ حكم السرقة من السارق : ذهب المالكية ومن وافقهم من الشافعية إلى قطع السارق من السارق ، والسارق من الغاصب ؛ لأن السارق يسرق مال غيره في جميع الأحوال ، وسواء قطع السارق الأول أم لم يقطع ، وذهب الجمهور إلى عدم قطع السارق من السارق سواء قطع السارق الأول أم لم يقطع ، ماعدا الأحناف فإنهم يقطعون السارق الثاني في حالة درء القطع عن السارق الأول ؛ لأنه يمتلك المسروق بالضمان ، وسبب الخلاف في هذه المسألة ، هل الخصومة ورفع الدعوى شرط لوجوب القطع ؟ وإذا كانت كذلك فمن يملك الخصومة ؟ والذي اخترته ما ذهب إليه الجمهور _ أي لا قطع على السارق من السارق _ فإذا كان السارق من الحرز المهتوك لا قطع عليه ، فمن باب أولى السارق من السارق ؛ لأن حرزه غير معتبر شرعاً .

3/ أثر اليد المعترضة في جريمة السرقة : وذلك أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه المعد لحفظه ، ومن حيازة الجنى عليه ، لكن فعله هذا لا يستتبعه حتماً دخول المسروق في حيازته ،

بحيث تعترضه يداً أخرى ، فيرى الأحناف في هذه الحالة أن يعزّر السّارق ولا قطع عليه ، وذهب الجمهور (مالك والشافعي وأحمد) إلى أن المسروق دخل في حيازة السّارق حكماً بمجرد خروجه من حيازة المجنى عليه ؛ فيقطع السّارق .

المبحث الثالث : تناولت في هذا المبحث التعزير في جريمة السرقة عند تخلف ركن المايّة ، ويشمل هذا المبحث أربعة مطالب ، تناولت فيها سرقة المال التّافه وما لا يقبل الادّخار ، وبالنسبة لحكم سرقة المال التّافه ، فقد اختلفت عبارة فقهاء الشريعة في حكم ذلك ، فهناك من جعل للتّافهة أثراً في إقامة الحدّ على السّارق (أبو حنيفة) وهناك من رأى القطع حتّى ولو كان المال تافهاً ، طالما يمكن تملكه وأخذ العوض عنه (الجمهور) .

وبالنسبة لحكم سرقة ما لا يقبل الادّخار ، ويتسارع إليه الفساد : أيضاً اختلف فقهاء الشريعة في حكمه بين موجب للقطع وغير موجب ، حيث ذهب الأحناف إلى عدم قطع سارق ما لا يقبل الادّخار ويتسارع إليه الفساد ، ولا يبقى من سنة إلى سنة كالطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة واللحم والخبز ... الخ ؛ لأنّه يقلّ خطره عند الناس فيعتبر تافهاً ، لكن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة ويرى القطع في ذلك ، أمّا الجمهور (المالكيّة والشافعية والحنابلة) فيرون القطع في كلّ الأموال المتموّلة التي يجوز بيعها وأخذ العوض عنها ، سواء كانت طعاماً أم ثياباً أم أحجاراً أم زجاجاً أم ثمراً أم فاكهة ونحوها ؛ لعموم الآية 38 من سورة المائدة ؛ ولأنّ هذا المال يتموّل عادة ويرغب فيه .

كما تناولت في هذا المبحث مسائل متفرّقة تتعلّق بقيمة المال المسروق ، وتتمثّل في :

1/ نقص قيمة المسروق عن التّصاب : ووجه هذه المسألة أن يطرأ على قيمة المسروق نقصان بعد الإخراج من الحرز ، وهذا النقصان قد يكون بسبب فعل الجاني وقد يكون بسبب نزول السّعر ، ففي الحالة الأولى العبرة اتّفاقاً بقيمته وقت السرقة ، وفي الحالة الثانية اختلف الفقهاء ، حيث ذهب الجمهور إلى أنّه لا أثر للنقصان بعد السرقة فيقطع السّارق ، وذهب الأحناف إلى أنّه إذا كان النقصان قبل الاستيفاء سقط القطع .

2/ الاختلاف في تقويم المسروق : قد يختلف المختصمون في تقويم المسروق ، فيقدّره بعضهم بأقلّ من التّصاب ، ويقدّره بعضهم بالتّصاب ، فهل يؤخذ بالتقويم الأكثر ويحدّ السّارق ، أم يؤخذ بالأقلّ فيدرأ الحدّ عنه ؟ ذهب الأحناف والحنابلة إلى درء الحدّ عن السّارق في هذه الحالة ،

وذهب المالكيّة والشافعية إلى الأخذ بشهادة المقومين لقيمة المسروق بأنّه بلغ نصاباً ، ولو عارض ذلك شهادات أخرى .

كما تناولت في هذا المبحث حكم سرقة التّصاب على دفعات ، حيث ذهب أبو حنيفة إلى اعتبار كلّ دفعة وحدها فإن بلغت التّصاب وجب القطع ، وإلاّ فلا ، وذهب مالك إلى أنّه يراعى قصد الجاني في ذلك إن قصد ابتداء أخذ المسروق ولكّنه أخرجه على دفعات ، فالأفعال كلّها سرقة واحدة ، وذهب الشافعية إلى القول بالقطع ؛ لأنّه سرق نصاباً من حرز مثله ، وإلى القول بعدم القطع ؛ لأنّ السرقة كانت من حرز مهتوك واشتهر خرابه ، وأمّا الحنابلة ففرّقوا إذا كانت الدّفعات متباعدة أو متقاربة فلا قطع في الحالة الأولى ويقطع في الثانية .

وآخر ما تناولته في هذا المبحث مسألتي خطف الأطفال ، وسرقة القوى الطّبيعيّة ، فبالنسبة لخطف الأطفال سبقت الإشارة إليها فيما سبق ، ففي وقت كان الإنسان يباع ويشترى (العبيد) كان الإنسان محلاً للسرقة ، أمّا بعد إبطال الرّق وفي الوقت الحاضر فلا محلّ للسرقة إلاّ للمال ، هذا ويرى المالكيّة أنّ الطّفل غير المميّز يكون محلاً للسرقة ، ولو كان حرّاً ، وعلى من يأخذه القطع كسارق المال ، كما ذهب الظّاهرية أيضاً إلى وجوب قطع سارق الحرّ الصّغير ولو لم تتحقّق فيه المائيّة ، ولهم في ذلك مجموعة من الأدلّة .

أمّا في قانون العقوبات الجزائري ، فهذا الفعل يتعلّق بجريمة أخرى وهي جريمة _ خطف القصر _ واعتبرها القانون من الجنايات الخطيرة ، وشدّد العقوبات عليها إذا توافرت الظروف المشدّدة .

وبالنسبة لسرقة القوى الطّبيعيّة فتعتبر من السرقات المعاصرة جدّاً ، لهذا لم يتعرّض لها الفقهاء القدامى في كتبهم ، خاصّة سرقة الكهرباء إمّا عن طريق توصيل سلك كهربائي ، وإمّا عن طريق التّزوير في جهاز العداد ، إلاّ فيما يتعلّق بسرقة الماء ، وليس في الشريعة الإسلامية ما يمنع كون القوى الطّبيعيّة محلاً للسرقة ، كالضّوء والحرارة والبرودة والماء والهواء ، والعبرة في ذلك كلّه بإمكان احتياز الشّيء والتسلّط عليه ، وبالتالي يقطع من يتعرّض لهذه القوى بالسرقة إذا توفّرت الشّروط ، وإلاّ فالتعزير كمن يدّعي استرجاع حقّه الضّائع .

أما في قانون العقوبات الجزائري ، فلا أهمية لشكل ونوع وطبيعة المال أو الشيء محل السرقة ، فقد يكون جسماً صلباً أو سائلاً أو غازاً أو تياراً كهربائياً ، وهذا ما نصت عليه المادة 350 من القانون ، فسارق القوى الطبيعية يعدّ سارقاً في نظر القانون .

الفصل الثالث : جعل للتعزيز في جريمة السرقة عند وجود شبهة دائرة للحدّ ، وبيان حكم التكرار وفوات محل القطع ، ويشمل هذا الفصل كذلك على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : جعل لمفهوم الشبهة وتعلّقها بالقصد الجنائي وإدراكه ، وفيه أربعة مطالب تناولت في أولها تعريف الشبهة ، وأدلة الفقهاء على العمل بها ومناقشة الأدلة والترجيح .

أما تعريف الشبهة فهناك تعاريف كثيرة اخترت أوضحها ، وهو ما جاء به الشيخ أبو زهرة والمتمثل في " الحال التي يكون عليها المرتكب ، أو تكون بموضوع الارتكاب ويكون معها المرتكب معذوراً في ارتكابها أو يعدّ معذوراً عذراً يسقط الحدّ ويستبدل به عقاب دونه ، على حسب ما يرى الحاكم " ومن خلال التعريف نجد أنّ الشبهة قد تتعلّق بالجاني ، وقد تتعلّق بالنص فتؤدّي إلى درء الحدّ عن المرتكب ، وتخفيف العقاب عنه .

وذهب جمهور الفقهاء (مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة) إلى اعتبار الشبهة مسقطاً للحدود ، ويجب على الإمام اعتبارها إذا كانت قوية حتّى وإن وجب على الجاني الضمان أو الدية ، ويستبدل الحدّ بعقوبة تعزيرية يراها الإمام ، في حين ذهب ابن حزم إلى عدم اعتبار الشبهة دائرة للحدود ، بل لا يحلّ أن تدرأ بالشبهة ولا أن تقام بشبهة ، فالحدود لله يجب إقامتها ، إلا أنّ مبدأ درء الحدود بالشبهات ، مبدأ شرعي مجمع عليه بين جمهور الفقهاء ، ولا يعتدّ برأي من خالف ، خاصّة بعد إبطال كلّ الشبهات التي أثارها ابن حزم حول الموضوع .

وبعد هذا تطرّقت لتعلّق الشبهة بالقصد الجنائي ، وتتمثل في شبهتي الإكراه والاضطرار ، أما شبهة الإكراه ، فلا عقاب على الجاني إلّا إذا كان مختاراً للفعل المحرّم ، فيتوقّر الاختيار يتحقّق القصد الجنائي الذي هو ركن من أركان الجريمة ، وبانعدامه يختلّ القصد الجنائي ، والذي ينعدم اختياره يكون مكرهاً ، والإكراه يكون من طرف من له قوّة التنفيذ لما توعّد به .

وبناءً عليه إذا أكره الإنسان على السرقة ، وهُدّدَ تهديداً شديداً على أخذ أموال الغير ، بحيث إن لم يحضرها ينفذ فيه الوعيد ، فإنّه لا يعاقب بعقوبة الحدّ ولا يعزّر ، فتكون براءته تامة من العقاب .

في حين نجد القانون الجزائري كذلك يعطي الاعتبار للإكراه ، ويعتبره مؤثراً في العقوبة ، ذلك أن القانون إذ يخاطب الناس ، فإنما يتوجّه بخطابه إلى الأشخاص القادرين على فهم الخطاب ، المتمتعين بقدرة التمييز في أفعالهم ، والمدرّكين للنتائج المترتبة عليها ، والذين يصحّ أن يكونوا أهلاً للمسؤولية ، ويتحمّلوا نتائج أفعالهم عن إدراك وإرادة ، والإرادة يشترط لتوفرها التمييز وحرية الاختيار ، وهذه الأخيرة تنعدم مع وجود الإكراه ، فيعتبر الإكراه مانع من موانع المسؤولية الجنائية ، وقد نصّت المادة 48 من القانون الجزائري على إعفاء الجريمة تحت تأثير الإكراه أو الاضطراب ، فلا عقوبة على السارق قانوناً .

أمّا شبهة الاضطراب : فإنه من يستقرأ الشريعة في مواردها ومصادرها يجدّها مبنية على قوله تعالى " فمن اضطرّ غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه " البقرة / 173 ، والضرورة هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة ، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو العضو أو بالعرض أو تأخير عن وقته دفعاً للضرورة عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع ، وهذا قول الدكتور وهبة الزحيلي وكان كلاماً أكثر بياناً ، وبناء على هذا إذا سرق السارق وأخذ مال الغير وهو في حالة ضرورة متحققة (المخمصة وعام القحط) فإنّ عبارة الفقهاء قد اتفقت على درء الحدّ عنه ، أمّا إذا كانت غير ذلك وأخذ أكثر من حقه يعزّر .

وقد أخذ قانون العقوبات الجزائري باعث الضرورة بعين الاعتبار ، إذا ما تحقّقت شروط تطبيق حالة الضرورة فيعفى السارق من المسؤولية الجنائية إذا كان مضطراً ، ويسمّى الفعل بالسرقّة الضرورية .

وبعد ذلك تطرّقت لتعلّق شبهة بإدراك الجاني ، فالقصد الجنائي مثلما يتجلّى في كون الجرم له مطلق الإرادة والاختيار في ارتكاب الجريمة ، فإنه يتجلّى أيضاً في كون الجرم كامل الإدراك والوعي بأنّ العمل الذي يقوم به حرام ومعاقب عليه ، وبناءً على هذا نجد أنّ الجاهل والسّكران لا إدراك لهما بالفعل المحرّم ، فالجاهل قصر إدراكه عن الفعل المحرّم بسبب فقدانه للعلم الشرعي ، الذي به يفرّق بين الحلال والحرام ، كما أنّ السّكران قصر إدراكه عن الفعل المحرّم بسبب غياب عقله ووعيه ، لذلك اعتبر الفقهاء كلّ من الجهل وزوال العقل شبهتان لدرأ الحدّ عن الجاني ، إلّا أنّه اشترط لتحقق الشبهتان توفّر شروط صارمة حتّى تؤخذ بعين الاعتبار ، فلا يعذر بالجهل السارق الذي يعيش في دار الإسلام وهو قريب من سؤال العلماء ، ويفهم لغة الخطاب ،

وبإمكانه الإطلاع على نصّ تحريم السرقة لكنّه قصّر ، فإنّه لا يعذر بجهله إطلاقاً ، فيقام عليه الحدّ ، ويدراً عنه الحدّ إذا تعلّق الجهل بالعين المسروقة ، وكذا إذا تعلّق الجهل بالحكم والعين معاً .

أمّا في قانون العقوبات الجزائري فلا يعذر الإنسان بجهله للقانون ، وعبرة الجهل بالقانون تشمل عدم العلم به والخطأ في فهمه وتفسيره ، وللإنسان أن يحتجّ بالجهل إذا كان في ظروف يستحيل معها العلم بصدوره .

وبالتسبة للسّكران فقد يكون السّكر عمداً ، وقد يكون اضطرارياً أو جهلاً بحكمها (لحفظ النفس وحمايتها من التلف) فلا يدراً حدّ السرقة في حالة السّكر مطلقاً ، ولا يجب مطلقاً ، فالفقهاء فرّقوا بين الحالتين ، واتفقوا على وجوب الحدّ على السّارق حالة سكره إذا كان بالحرام وعن علم واختيار ، ويدراً عنه الحدّ إذا كان مضطراً أو جاهلاً .

والقانون الجزائري كذلك فرّق بين حالة السّكر الإرادي وغير الإرادي ، فيكون مسئولا جنائياً في الحالة الأولى ، ويعاقب بعقوبة السرقة المقررة قانوناً ؛ لأنّ القصد الجنائي كان متوفراً قبل السّكر ، وعدم مسؤوليته في الحالة الثانية ، ويعفى من العقوبة والله أعلم .

المبحث الثاني : وتناولت فيه تعلّق الشبهة بالإباحة ، وفيه أربعة مطالب ، تناولت في الأوّل منها مسألة شبهة الملك وتعريفها وضوابطها ، وفي الثاني والثالث منها تناولت التطبيقات الفقهية لهذه الشبهة .

إنّ الشبهة مثلما تعلّقت بقصد الجاني وإدراكه ، فإنّها تتعلّق أيضاً بالإباحة _ أي بوجود صورة المبيح للفعل _ وتتفرّع هذه الشبهة إلى شقين : الأوّل تتعلّق الشبهة فيه بالملك (ملكيّة المسروق) والثاني تتعلّق الشبهة فيه بالعقد (عقد الزوجية) ، والشبهة لا تقوى إلّا إذا تعلّقت بهاتين الشقين .

فبالتسبة لتعلّق الشبهة بالملك ، يجب بيان بأن الملك خاصّ وعامّ ، فالأوّل ما كانت ملكيّة الشيء فيه مختصّة بإنسان معيّن ، والثاني ما كانت ملكيّة الشيء فيه لمجموع أفراد الأمة .

ويكون الملك شبهة قويّة دارئة لحدّ السرقة إذا كانت للشخص أسباب قويّة ، كاختلاط ملكيته مع ملكيّة الآخرين ، فيصعب عليه التمييز بين ماله ومال غيره ، أو وجود علاقات القرابة والرّحم أين قد يكون المال غير محرز عن بعضهم البعض ، ويكون الملك شبهة أيضاً فيمن أخذ

حقّه من اللّذي منعه منه كأخذ المستأجر حقّه من المؤجر ، وقد يدّعي السّارق شبهة الملك حين يأخذ من بيت المال والمغنم ، ويمكن تلخيص الصّور الّتي تعلّقت بها شبهة الملك فيمايلي :

- 1/ سرقة الآباء من أموال الأبناء : لا قطع فيها لشبهة الملك الثّابتة شرعاً خلافاً لابن حزم .
- 2/ سرقة الأبناء من أموال الآباء : لا قطع فيها عند جمهور الفقهاء لشبهة الاستحقاق .
- 3/ سرقة الأقارب من بعضهم البعض : لا قطع في السرقة من ذوي الأرحام وحتّى من أزواجهم وزوجاتهم عند الأحناف ، خلافاً للجمهور وابن حزم .
- 4/ سرقة الدّائن من مال مدينه : لا قطع فيها عند الأحناف إذا كان المسروق من جنس المعقود عليه ، ولا قطع فيها عند المالكيّة إذا كان المدين جاحداً والمسروق بقدر الدّين أو زيادة ما لم تبلغ النّصاب ، واشترط الشّافعية الجحود والمماطلة وكون الدّين حالاً ، وعند الحنابلة يسقط عند العجز ، وعند ابن حزم يسقط مطلقاً وبدون شرط .
- 5/ سرقة المؤجر من مال المؤجر : لا قطع فيها باتّفاق إذا لم يأخذ حقّه بعد انتهاء العمل .
- 6/ سرقة الشّريك من مال شريكه : لا قطع فيها عند الحنفيّة والحنابلة ، وكذا عند الشّافعية ، واشترط المالكيّة أن يحجب عنه ويمنعه حقّه .

هذا فيما يخصّ الصّور المتعلّقة بالملك الخاصّ ، أمّا صور الملك العامّ فتتمثّل في :

- 1/ السرقة من بيت مال المسلمين : لا قطع فيها مطلقاً عند الحنفيّة والحنابلة لشبهة الاستحقاق ، وفيها القطع عند المالكيّة لأنّ بيت المال حرز لجماعة المسلمين ، أمّا الشّافعية وابن حزم فقد فصلوا في المسألة واشترطوا شروطاً كثيرة لسقوط القطع .
- 2/ السرقة من الغنيمة : لا قطع فيها عند الحنفيّة إذا كان السّارق مجاهداً أو غازياً ، وعند الشّافعية إذا كان السّارق قد شهد المغنم ، وعند الحنابلة وبعض المالكيّة يسقط الحدّ مطلقاً ، أمّا ابن حزم فقال بوجوبه .
- 3/ السرقة من الوقف : لا قطع فيها إذا كان السّارق من الموقوف عليهم ، وإلاّ فالقطع .

ونستنتج ممّا سبق أنّ شبهة الملك لا تقوى إلّا بضوابط يجب أن تتحقّق ، فليس كلّ من يمثّل أمام القاضي بعد ثبوت التّهمة عليه بالسرقة ، ويدّعي شبهة الملك يفلت من يد العقاب مباشرة ، فلا بدّ إذن من :

- 1/ الأبوة والقراية وصلة الرّحم : وبذلك تقوى شبهة الإذن بالدّخول ، وشبهة الاستحقاق .
- 2/ ضابط دعوى الاستحقاق : إذا تحقّق هذا الضّابط يكون السّارق قد أخذ حقّه وغلب على

ظنّه أنّه لم يتعدّى على حقّ الغير .

3/ ضابط دعوى الجهل : والجهل هنا بأن يجهل السّارق أنّ المال محرّم عليه أخذه ، لكنّه أخذه وهو يغلب على ظنّه أنّه مباح له بسبب كونه مال عام ، أو مال لقريب أو شريك ... الخ .

4/ ضابط دعوى الاضطرار : أن يكون مضطراً إلى المال فيغلب على ظنّه أنّ مال قريبه أو شريكه أو المال العام مباح في حقّه .

أمّا بالنسبة لتعلّق الشبهة بالعقد : فإنّه من شأن العقود في الشريعة الإسلامية أن تترتب عليها آثارها الشرعية إذا كانت صحيحة تامّة الشّروط والأركان ، ولعقد الزّواج كغيره من العقود الشرعية آثاراً حدّدها الشّارع الحكيم ، من شأنها أن تحفظ العلاقة الزوجية ، وتؤكد استمرارها ، إلّا أنّه قد يتخذ العقد الشرعي سبباً للتخلّص من المسؤولية الجنائيّة .

وطبعاً العقد الذي يعتبر شبهة هو العقد الصّحيح الذي يجمع الأركان والشّروط ، ويترتب عليه جميع الآثار كتبادل الحقوق والواجبات وثبوت النّسب والتّفقة ، هذا واعتبار العقد شبهة في جريمة السرقة يتصوّر في السرقة التي تقع بين الزوجين ، فالذين ذهبوا إلى عدم قطع أحد الزوجين بسرقة مال الآخر يرجعون ذلك إلى وجود العقد الذي يعتبر شبهة ، حيث أنّ الزّوجة لها حقّ التّفقة ، والزّوج له حقّ الحجر عليها في ثلث ما لها ، أمّا العقد الفاسد فلا يعتبر شبهة مطلقاً ، والعقد الباطل يعتبر شبهة عند الأحناف دون الجمهور ، وفي حالة درء الحدّ يجب التعزير .

ولشبهة العقد ضوابط كذلك يجب تحقّقها ولا بدّ منها .

1/ جهل العاقد بشروط العقد وآثاره الشرعية : يعتبر الجهل هنا ضابطاً إذا كان السّارق يجهل بأحكام الزّواج وشروطه وآثاره وحقوقه وواجباته ، فيأخذ من مال زوجته ظناً منه أنّه مباح له .

2/ اختلاف الفقهاء حول كون العقد صحيحاً أو فاسداً : كالزّواج بدون ولي عند الأحناف ، وبدون حضور الشّهود يوم العقد عند المالكيّة ، وزواج المتعة عند الشيعة ، كلّ هذا يورث شبهة يدرأ بها الحدّ عن السّارق ؛ لأنّه يقلّد إماماً ولم يخرج من دائرة الشّرع .

المبحث الثالث : تناولت فيه تعلّق الشبهة بالإثبات ، ومسائل متفرّقة تتعلّق بالسرقة ، أمّا تعلّق الشبهة بالإثبات _ أي بثبوت الجريمة عند القاضي _ فالمعلوم أنّ الحدّ لا يقام على الجاني إلّا إذا ثبتت الجريمة بالإقرار أو الشّهادة ، وليس كلّ إقرار تنفّذ به العقوبة ، بل لا بدّ من تمسّك المقرّ بإقراره مدّة الحاكمة ، فإن رجع عن إقراره كانت الشبهة متحقّقة ، كما أنّه ليست كلّ شهادة تنفّذ بها العقوبة ، بل لا بدّ من أن يكون الشّهود عدولاً عاقلين بالغين يشتون على كلامهم إلى

وقت تنفيذ العقوبة على الجاني ، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم كلّهم أو بعضهم تحققت الشبهة، كما تتحقق الشبهة إذا اختلف الشهود اختلافاً بيناً حول زمان ومكان الجريمة .

إذن لابدّ لشبهة الإقرار من ضوابط ، وتتمثل في :

- 1/ أن يكون الإقرار والرجوع فيه في مجلس القضاء .
- 2/ جواز تلقين القاضي المقرّ بالحدّ بالرجوع عن إقراره .
- 3/ الإقرار حجة قاصرة على المقرّ رجع عنه أم لم يرجع .

ومن التطبيقات الفقهية لهذه الشبهة نجد :

- 1/ إذا أقرّ الجاني بالسّرقه ، ثمّ رجع عن إقراره صراحة أو ضمناً ، ولم يكن هناك دليل على السّرقه إلاّ الإقرار ؛ فإنّه لا يقطع لأنّ العدول عن الإقرار شبهة قوية لدرء الحدّ عن السّارق ، إلاّ أنّه يضمن المال المسروق ، ويخالف هذا الرأى أهل الظاهر وبعض الشافعية حيث قالوا بالقطع .
- 2/ تكذيب المسروق منه السّارق في إقراره بالسّرقه يبطل الإقرار ، ولا يقام الحدّ عند الأحناف ، وعند المالكية يقطع إذ لا أثر للتكذيب في الحدّ ، وكذا عند الشافعية بشرط أن يكون التكذيب بعد المخاصمة وإلاّ فيدراً الحدّ .

أما الضوابط المتعلقة بالشهادة وتطبيقاتها الفقهية ، فيمكن تلخيصها فيما يلي :

- 1/ اختلاف الشهود حول مكان الجريمة وزمانها : يحول هذا الأمر دون اكتمال الشهادة ودون مصداقيتها ، فتصير كأنّها ثابتة وليست بالثابتة ، فتتحقق الشبهة ويدراً الحدّ عن السّارق .
- 2/ رجوع الشهود عن شهادتهم : في كثير من الأحيان يرجع الشهود ولا يثبتون على شهادتهم إلى غاية الاستيفاء ، كلّهم أو بعضهم نتيجة تقلّبات نفسية خاصة وعلاقات قرابة ونسب ، وبالتالي يقدح في عدالة الشهود ، ويكون ذلك شبهة دائرة للحدّ .
- 3/ تكذيب المشهود عليه للشهود : قد يحدث أن يكذب المشهود عليه البيّنة ، ويقول : شهد الشهود بزور ، ويحضر بيّنة أقوى تبرّاه ، وهذا قدح أيضاً في عدالة الشهود ، ويكون بمثابة شبهة تدراً الحدّ عن الجاني .
- 4/ تكذيب المشهود له بيّنته : ويحدث أيضاً أن يكذب المشهود له الشهود ، فيقول : شهد شهودي بزور ، فهذا من شأنه أن يبطل الشهادة عند بعض الفقهاء ، ويكون شبهة دائرة للحدّ .

وآخر مطالب هذا المبحث تناولت فيها التعزير في جريمة السرقة عند التكرار في السرقة ،
والتعزير في جريمة السرقة عند فوات محل القطع .

فبالنسبة للمسألة الأولى : بعدما اتفق جمهور الفقهاء على وجوب قطع اليد اليمنى للسارق ابتداءً _ أي في السرقة الأولى _ اختلفوا في حكم من عاد إلى السرقة بعد قطع يمناه ، فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى للآثار الواردة في ذلك ، وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك . ثم اختلف جمهور الفقهاء بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليمنى في السرقة الثانية ، هل يقف القطع ويعزّر السارق إذا سرق في الثالثة ؟ أم يستمر القطع وتكون أربعة السارق محلاً لذلك ويكون التعزير في السرقة الخامسة ؟

ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة في وجه إلى قطع أربعة السارق عند التكرار ، والتعزير في الخامسة ، وذهب الأحناف والحنابلة إلى قطع طرفان فقط ثم يعزّر في الثالثة ، واستدل كل فريق بأدلة من القرآن والسنة ، إلا أنّ الرأي الراجح ما ذهب إليه الأحناف ومن وافقهم ؛ لأنّ ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأوّل فيه هلاك للجاني ، وهذا يتنافى مع الغرض الشرعي للعقوبة .

وبالنسبة للمسألة الثانية المتعلقة بفوات محل القطع : فقد بيّنت حالة ما إذا كانت اليد اليمنى للسارق قد قطعت قبل تنفيذ الحدّ ، بغضّ النظر عن كونها قطعت بفعل سماوي أو بفعل جنائية ، هل يسقط القطع ويعزّر السارق ؟ أم ينتقل إلى اليد اليسرى ، أم إلى الرجل اليسرى ، كما أنّ الخلاف واقع إذا ما كانت اليد اليسرى للجاني قد أتلّفت ، أو شلّت قبل تنفيذ العقوبة ، هل يسقط القطع أم تقطع يده اليمنى أم تقطع الرجل اليسرى ؟

1/ حكم السارق إذا قطعت يمناه قبل التنفيذ : قد يسرق السارق ولا يمين له ، فينتقل القطع إلى البدل بإجماع الفقهاء ، وقد يسرق السارق ويده اليمنى صحيحة ، لكن بعد السرقة وقبل تنفيذ الحدّ سقطت بآفة أو جنائية فيفوت محلّ القطع ، هنا تكاد تتفق عبارة الفقهاء في سقوط حدّ السرقة وتعزير السارق ، ماعدا الأحناف اشترطوا أن يكون إتلاف اليمنى بعد الخصومة وإلا فلا يسقط الحدّ ، وهناك من شدّد وقال بانتقال القطع إلى البدل كمن سرق ولا يمين له .

2/ حكم السّارق الذي سقطت يسراه أو شلت قبل قطع يمينه : لو ذهب يد السّارق اليسرى إمّا بجناية أو بسبب سماوي أو شلت قبل قطع اليمين ، فهل تقطع يده اليمينى فيفقد منفعة البطش ، أم يسقط الحدّ ، وإذا سقط القطع عن اليمينى هل ينتقل إلى الرّجل اليسرى ؟

ذهب الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال : فمنهم من قال بسقوط الحدّ عن اليد اليمينى وعدم الانتقال إلى البدل ، ويعزّر السّارق (الأحناف والحنابلة في وجه) ، ومنهم من قال بعدم سقوط القطع ولا أثر لحال اليسرى في اليمينى (الشّافعية والمالكية) ، وهناك من قال بسقوط القطع والانتقال إلى البدل _ الرّجل _ (رواية عند الحنابلة) .

وأخيراً ختمت رسالتي بخاتمة تحمل نتائج البحث المتوصّل إليها وهي جدّ مهمّة .

**Ministère des études Supérieurs
Et la Recherche Scientifique
Université d'Alger 1
Faculté des sciences Islamique
Département : charia et droit**

**L'aspect coercitif du délit de vol dans la
jurisprudence islamique
étude critique
De droit algérien**

**Thèse pour l'obtention du doctorat
En sciences islmiqes
Spécialité Ousoul Al Fikh**

La postulante : Farida Boulouh

**Année universitaire
2010-2011 grégorien /1432-1433 hégirien**

**Ministère des études Supérieurs
Et la Recherche Scientifique
Université d'Alger 1
Faculté des sciences Islamique
Département : charia et droit**

**L'aspect coercitif du délit de vol dans la
jurisprudence islamique
étude critique
De droit algérien**

**Thèse pour l'obtention du doctorat
En sciences islamiques
Spécialité Ousoul Al Fikh**

La postulante : Farida Boulouh Encadrée par prof : Ali Azzouz

**Année universitaire
2010-2011 grégorien /1432-1433 hégirien**

Résumé

Résumé de la thèse

Par la bénédiction de dieu le tout puissant et son incontournable aide que j'ai pus réaliser ma thèse que j'ai intitulé : la partie coercitive du vol dans le code pénal algérien et une étude critique de ce dernier .

Pour cela je mets entre les mains du lecteur un résumé succinct des principaux axes de cette thèse .

Comme suggéré de façon implicite par le titre de la thèse : le thème de cette étude concerne un grave délit sapant la structure sociale et minant la cohésion et la stabilité de la société, contraire aux intérêts et aux biens d'autrui , condamné par toutes les religions, les doctrines et naturellement par toutes les législations civiles qui s'accordent à s'armer légalement pour annihiler et contrecarrer cette tare qu'est le vol .

Le titre se compose en deux voies principales relie entre eux par une troisième voie intermédiaire :

1^{er} une punition intitulé coercition (TAAzir)

2^{em} un délit intitulé vol

3^{em} application de la peine coercitive à l'encontre du voleur en cas de disqualification du délit ou

Dans le cas de manque de preuve faisant tampon à l'application de la peine.

Pour faire ressortir l'intérêt de cette voie il faut donner toute l'importance à l'étude des deux voies précédentes citées plus haut afin d'appréhender toute la profondeur et la complexité de cette étude ce qui par voie de cause a effet me dictas une étude critique du code pénal algérien dans son coté législatif et plus précisément celui réservé au délit de vol .

Après avoir définie les voies à étudier, l'adoption de la méthodologie suivante s'est naturellement imposée :

L'étude comporte deux grands chapitres divisés en deux sous chapitres comportant chacun trois alinéas :

Le chapitre premier donne une vision générale de la coercition comme punition légale et une idée sur la définition du vol comme délit punissable par la loi.

Quand au chapitre deux il sera réservé à l'étude du délit de vol en lui-même et l'obligation de sa coercition.

Ces chapitres seront développés comme suit :

*chapitre premier

_sous chapitre 1

Consacré a donné une vision globale de la coercition en tant que peine légale avec une étude critique du code pénal algérien.

Sous chapitre doté de trois alinéas :

1^{er} alinéa

- Réservé à l'étude étymologique et linguistique du mot coercition
- Les preuves justifiant la légalité et la justesse de la peine
- La classification de la morale de cette législation
- Les divergences entre l'esprit coercitif et les peines légales
- Les différents genres et degrés de coercition dans la charia –islamique avec un parallèle des peines dans le code pénal algérien

2^{em} alinéa

- L'avis de la charia islamique sur la condamnation et sur le condamné dans l'optique coercitive et aussi l'avis du législateur algérien
- L'obligation des peines coercitives divines et législative dans le code pénal algérien
- Les causes de la dilution entre la coercition et le code pénal algérien
-

3^{em} alinéa

- Réunion de la notion de coercition avec les peines distinctes et la méthode d'application de la coercition et de la peine législative à travers le code pénal algérien.

J'ai axé l'étude sur les conditions de l'applicabilité de la coercition et de la peine dans le code pénal algérien et la corrélation entre les causes de la coercition et les peines civiles ; il comporte aussi les points suivants :

- L'interaction entre la coercition, la prescription, le châtement et l'expiation, l'idée du degré de soumission de la coercition à l'avis de l'imam et à la question discrétionnaire du juge dans la législation algérienne.

La mise en œuvre et l'application de la coercition et de la peine législative est-elle une obligation pour l'imam et serait-elle livrée à son libre arbitre pour son application ou non.

s/ chapitre 2

pour donner une vue d'ensemble sur le délit de vol entre la charia et le code civil et il contient 3 alinéas.

Alinéa 1

Le délit de vol tombe sous le coup de l'interdiction divine, définissant sa notion étymologique et linguistique et la morale de sa légalité.

Définition du vol dans la charia et dans la législation du code civile

Définition de la sacralité et l'inviolabilité des biens de l'individu dans la charia et dans la législation du droit.

Définition des peines en cas d'outrage passément dans les deux codes (charia/code pénal algérien).

Définition de la morale de la pénalisation du vol et les différentes applications entre les deux codes et quelle peine est la plus appropriée pour lutter contre ce délit.

Alinéa 2

Définition de la charia et la législation contre l'appropriation illégale, la mise à sac, le vol et l'arnaque.

L'apport d'un reçu dans une affaire de vol et l'apport d'appropriation légale du butin par le voleur, l'infirmité du vrai propriétaire de la véracité des documents présentés par l'accusé.

Et en dernier différentes questions relatives notamment à la dissimulation et à la propriété, ou le vol d'un bien inconnu.

Quel verdict pour le voleur par rapport au vol de l'avis de la charia et du code pénal algérien.

Les conséquences du vol du butin d'un autre voleur avant que ce dernier ne puisse en jouir.

Alinéa 3

Coercition du vol d'argent ou de numéraire non destiné à l'épargne.

L'évaluation du bien volé par la charia et le code pénal algérien et son incidence sur le échour (taxe divine).

La question sur la connaissance de la valeur du vol comme condition sine qua non pour l'énoncé du verdict (EL HAD) ou bien l'intention suffit ?

Démonstration d'un délit de vol sans sentence d'amputation relié à un délit de vol avec sentence d'amputation et leurs interdépendances.

J'aborde ici différends vols et aussi le rapt(kidnapping) ou bien l'enlèvement des enfants ;et aussi le vol des énergies et le détournement des forces de la nature tel que l'eau et autres.

CHAPITRE 2

S/CHAPITRE 1

La coercition en cas de manque ou d'insuffisance de preuves et son empêchement ainsi que l'aspect de la récidive dans le délit de vol.

L'abrogation de la légitimité de l'amputation légale (charia).

ALINEA 1

Le concept du soupçon et de sa relation avec le coupable et le degré de connaissance de son crime.

Notion du concept du soupçon : étymologique et linguistique et l'aptitude des scolastiques à son assimilation.

Débattre des preuves et privilégier les plus pertinentes.

Eclaircir la relation entre la notion de soupçon et l'intention criminelle dont :
Soupçon d'agissement sous la contrainte.

Soupçon d'agissement par nécessité.

Soupçon d'agissement par ignorance.

Soupçon d'agissement sous l'effet de l'alcool ou de psychotropes (drogues).

ALINEA 2

J'aborde ici le soupçon d'indécence et ses implications.

Les soupçons sur la propriété, sa définition et les préceptes y afférents.

Les différentes applications du soupçon de la propriété privée mal acquise ou même le vol des ascendants qui s'approprient les biens de leurs descendants et vice versa ou bien toute appropriation frauduleuse entre parents, du vol de son créancier, le vol de son associé, le vol de l'employé contre son employeur ainsi que les différentes applications du témoignage.

La législation concernant l'amputation avec plusieurs cas de figures abordés par le législateur.

Enfin j'ai terminé cette thèse par une conclusion incluant les résultats auxquels je suis parvenue .