T.C.
VAN YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

GÜNÜMÜZ HUKUKU İLE İSLÂM HUKUKUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

(KAYNAKLAR, CEZA HUKUK VE KAZAÎ DELİLLER AÇISINDAN)

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan

NAJIP MUHSIN SHAKIR

VAN-2018

T.C.
VAN YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

GÜNÜMÜZ HUKUKU İLE İSLÂM HUKUKUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

(KAYNAKLAR, CEZA HUKUK VE KAZAÎ DELİLLER AÇISINDAN)

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan
NAJIP MUHSIN SHAKIR

Danışman
Prof. Dr. Sahip BEROJE

VAN-2018

T.C.
YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü

TEZ KABUL VE ONAY SAYFASI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu çalışma, jürimiz tarafından **TEMEL İSLAM BİLİMLERİANABİLİM DALI İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**'nda **DOKTORA TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Başkan	: Prof. Dr. Sahip BEROJE	İmza: .....
ÜYE (Danışman)	: Prof. Dr. Sahip BEROJE	İmza: .....
ÜYE	: Doç. Dr. İbrahim ÖZDEMİR	İmza: .....
ÜYE	: Dr. Öğr. Üyesi Mahmut DÜNDAR	İmza: .....
ÜYE	: Dr. Öğr. Üyesi Davut EŞİT	İmza: .....
ÜYE	: Dr. Öğr. Üyesi MehmetSelim ASLAN	İmza: .....

ONAY: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

21/09/2018

Doç. Dr. Bekir KOÇLAR
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ARAPÇA ÖZET ..... **I**

İÇİNDEKİLER ..... **III**

ÖNSÖZ ..... **XI**

GİRİŞ ..... **XV**

KONUNUM ÖNEMİ ..... **XV**

KONUNUN SEÇİLME NEDENLERİ ..... **XVI**

KONUYLA İLGİLİ ÖNCEKİ ÇALIŞMALAR ..... **XVI**

KONUNUN ZORLUĞU ..... **XVII**

KONUNUN PLAN VE YÖNTEMİ ..... **XVIII**

1.SEMÂVÎ (İLÂHÎ) VE BEŞRİ HUKUKUN TARİHÇESİ **1**

1.1. KUR'ÂN PERSPEKTİFİNDE GEÇMİŞ MİLLETLERİN SEMÂVÎ VE BEŞERİ HUKUKU 1

1.2. SÜMERLİLER BABİLLER VE ASURLULARDA BEŞERİ HUKUK 6

1.3.YUNANLILARDA BEŞERİ HUKUK 8

1.4. ROMALILARDA BEŞERİ HUKUK 9

1.5. ESKİ MISIRLILARDA BEŞERİ HUKUK 10

1.6. CÂHİLİYE DÖNEMİNDE BEŞERİ HUKUK 11

1.7. İSLÂM FIKHININ ORTAYA ÇIKIŞI 14

2. İSLÂM HUKUKU İLE BEŞERÎ KANUNLARIN KAYNAKLARI **18**

2.1. İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI 18

2.1.1. KUR'ÂNI- KERÎM 18

2.1.2. SÜNNET 22

2.1.3. İCMA 31

2.1.4. KIYAS 33

2.2. BEŞERİ KANUNU VE TEMEL DAYANAKLARI 36

2.2.1. KANUNUN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 36

2.2.2. BEŞERİ KANUNUN DAYANAKLARI 37
2.2.2.1. ET-TEŞRÎ' (YASAMA) 37
2.2.2.2 KANUNA GÖRE MEŞRU OLMAYAN DAYANAKLAR 38
2.2.2.3.ÖRF 41
2.2.2.4. BEŞERİ KANUN İLKELERİ VE ADALET TEMELLERİ 42
2.2.3. ŞERİAT VE KANUN ARASINDA KAYNAKLARIN İHTİLAF BOYUTLARI 43
3. ŞERİAT VE KANUNA GÖRE CERÎME (SUÇ) KAVRAMI 45
3.1. CERİMENİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 46
3.2. **BİRİNCİ MERTEBE:** HADD GEREKTİREN CERİMELER (SUÇLAR).. 49
3.3. CERÎMETU'Z-ZİNÂ (ZİNA SUÇU) 54
3.4. CERÎMETU'L-KAZF (İFTİRA SUÇU) 61
3.5. CERÎMET-UL ŞURBİ'L- HAMR (İÇKİ İÇME SUÇU) 65
3.6. CERÎMETU'S-SERİKA (HIRSIZLIK SUÇU) 69
3.7. CERÎMETU'L-HARABE (EŞKİYALIK SUÇU) 75
3.8. CERÎMETU'R- RİDDE (RİDDE SUÇU) 83
3.9. CERÎMETU'L-BAĞY (ASİLİK SUÇU) 89
3.10. **İKİNCİ MERTEBE:** KISAS VE DİYET GEREKTİREN SUÇLAR 97
3.10.1. İSLÂM HUKUKUNA GÖRE KATLİN (ÖLDÜRME EYLEMİNİN) TANIMI VE KISIMLARI 97
3.10.2. KASDÎ ÖLDÜRME (EL-KATLU'L –'AMD) 101
3.10.2.1. KASDÎ ÖLDÜRMENİN CEZALARI 101
3.10.2.2. ASLİ CEZALAR 101
3.10.2.3. ÜZERİNDE GÖRÜŞ BİRLİĞİ SAĞLANAN CEZA: KISAS 101
3.10.2.4. KISASIN ŞARTLARI 102
3.10.2.5. KISAS CEZASININ DÜŞMESİ 102
3.10.2.6. ÜZERİNDE GÖRÜŞ BİRLİĞİ SAĞLANA CEZA: KEFÂRET ... 103

3.10.2.7. KASDÎ ÖLDÜRME CEZASININ BİRİNCİ ALTERNATİFİ..... 104

3.10.2.7.1. DİYET..... 104

3.10.2.7.2. DİYETİN MEŞRUTİYETİ..... 104

3.10.2.7.3. DİYETİ GEREKTİREN DURUMLAR VE DİYETİN MİKTARI 105

3.10.2.7.4. KASDÎ ÖLDÜRME DURUMUNDA DİYETİN VERİLECEĞİ ZAMAN 106

3.10.2.7.5. KASDİ ÖLDÜRMENİN DİYETİ 106

3.10.2.8. KASDÎ ÖLDÜRME CEZASININ İKİNCİ ALTERNATİFİ 106

3.10.2.9. KASDÎ ÖLDÜRME SUÇUNA TABÎ OLAN CEZA 106

3.10.2.10. BEŞERİ KANUNA GÖRE KATİLİN MİRASÇI OLMA DURUMU..... 107

3.10.2.11. BEŞERİ KANUNA GÖRE KATİLİN VASİYET ETME HAKKI 107

3.10.2.12. BEŞERİ KANUNA GÖRE KATİLİN KASDÎ ÖLDÜRME..... 108

3.10.2.13. KASDÎ ÖLDÜRME SUÇUNDA İSLÂM HUKUKU İLE BEŞER KANUNLARIN MUKAYESESİ 109

3.10.3. KASDA BENZER ÖLDÜRME (EL-KATL ŞBHU'L-AMD)..... 110

3.10.3.1. KASDTA BENZER ÖLDÜRMENİN RÜKÜNLERİ/ŞARTLARI.110

3.10.3.2. KASDTA BENZER ÖLDÜRMENİN CEZALARI 110

3.10.3.3. ASLI CEZALAR 110

3.10.3.4. ALTERNATİF CEZALAR..... 111

3.10.3.5. TABÎ CEZALAR..... 111

3.10.3.6. VAZ'Î KANUNLARA GÖRE KASDA BENZER ÖLDÜRME SUÇUNDAN MİRAS KONUSU VASİYET..... 111

3.10.3.7. BEŞERİ KANUNLARA GÖRE KASDA BENZER ÖLDÜRME SUÇU..... 112

3.10.3.8.KASDA BENZER ÖLDÜRME SUÇUNDAN İSLÂM HUKUKU İLE BEŞERİ KANUNLARIN MUKAYESESİ..... 112

3.10.4. HATAEN ÖLDÜRME (EL-KATLU'L –HATA')..... 113

3.10.4.1. HATAEN ÖLDÜRMENİN RÜKÜNLERİ/ŞARTLARI 113

3.10.4.2. HATAEN ÖLDÜRMENİN CEZALARI 113

3.10.4.3. ASLÎ CEZALAR: DİYET VE KEFÂRET 113

3.10.4.3.1. HATAEN ÖLDÜRME SUÇUNDAN DİYETİN ÖDENME ZAMANI 114

3.10.4.3.2. HATAEN ÖLDÜRME SUÇUNDAN DİYETİN AĞIRLAŞTIRILMASI 114

3.10.4.4. HATAEN ÖLDÜRME SUÇUNDAN TABÎ CEZA : MİRAS VE VASİYETTEN MAHRUM BIRAKILMA 115

3.10.4.5. VAZ'Î KANUNLARA GÖRE HATAEN ÖLDÜRME SUÇUNDA MİRAS KANUSU VE VASİYET 115

3.10.4.6. HATAEN ÖLDÜRME SUÇUNDA İSLÂM HUKUKU İLE BEŞERİ KANUNLARININ MUKAYESESİ 116

3.10.4.7. HADD CEZALARI İLE KISAS VE DİYET CEZALARININ MUKAYESESİ 117

3.11. **ÜÇÜNCÜ MERTEBE:** SÜRGÜN EDİLMEYİ GEREKTİREN SUÇLAR (CERÂİMUT- TA'ZÎR) 118

3.11.1. TA'ZÎRİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 118

3.11.2. TA'ZÎRİN MEŞRUTİYETİ 119

3.11.3. TA'ZÎR HAKKI 119

3.11.4. TA'ZÎR HAKKI 119

3.11.5. TA'ZÎR GEREKTİREN SUÇLARIN ÇEŞİTLİLİĞİ 122

3.11.6. HADD VE TA'ZÎR SUÇUNUN KARŞILAŞTIRILMASI 123

4. İSLÂM HUKUKU VE VAZ'Î KANUNLARA GÖRE İSPAT YOLLARI .. 125

4.1. İKRAR (İTİRAF) 128

4.1.1. İKRARIN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 128

4.1.2. İKRARIN MEŞRURİYETİ 129

4.1.3. İKRARIN ŞARTLARI 130

4.1.4. İSLÂM HUKUKUNDA İKRARIM HÜKMÜ 131

4.1.5. VAZ'Î KANUNLARA GÖRE İKRARIN HÜKMÜ 131
4.1.6. KANUNA GÖRE İKRARIN İSTİDLAL DEĞERİ 131
4.1.7. BEŞERİ KANUNLARA GÖRE İKRARIN ÇEŞİTLERİ 132
4.2. ŞAHİTLİK (EŞ-ŞEHÂDE) 135
4.2.1. ŞAHİTLİĞİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 135
4.2.2. KANUNLARA GÖRE ŞAHİTLİK 136
4.2.3. ŞAHİTLİĞİN MEŞRUİYETİ 137
4.2.4. ŞAHİTLİĞİN RÜKÜNLERİ/ ŞARTLARI 137
4.2.5. İSLÂM HUKUKUNDA ŞAHİTLİĞE ENGEL DURUMLAR 139
4.2.6. KADINLARIN ŞAHİTLİĞİ 139
4.3. NÜKUL VE YEMİN İMTİNA ETMEK 152
4.3.1. NÜKUL VE YEMİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 152
4.3.2. YEMİN MEŞRUİYETİ 153
4.3.3. BEŞERİ KANUNLARDA YEMİN VE NÜKUL 154
4.4. YAZI (KİTÂBET) 156
4.4.1. KİTABETİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 156
4.4.2.KİTÂBETİN MEŞRUİYETİ 156
4.4.3. KİTÂBETİN GEÇERLİLİK HÜKMÜ 156
4.4.4. BEŞERİ KANUNLARDA KİTÂBET 157
4.5. İZ SÜRME/BİLİR KİŞİLİK (EL-QİYAFFE) 158
4.5.1. QİYÂFFENİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞIĞI 158
4.5.2. QİYÂFFENİN GEÇERLİLİK HÜKMÜ 158
4.5.3. QİYÂFFENİN ÇEŞİTLERİ 160
4.5.4. BEŞERİ KANUNLARDA QİYÂFFE 160
4.6. KURA (EL-KUR'A) 160
4.6.1. KURANIN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 160

4.6.2. KURANIN MEŞRULUĞU 160
4.7. KARİNELER (EL-KARÂİN)..... 164
4.7.1 KARİNENİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI..... 164
4.7.2. KARİNENİN MEŞRULUĞU..... 165
4.7.3. KARİNENİN İSTİTLAL DEĞERİNE DAİR ÂLİMLERİN GÖRÜŞLERİ 165
4.8. YEMİN (EL – KASAME) 169
4.8.1. KASÂMENİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 169
4.8.2. KASAMEDEKİ FAYDA VE HİKMET..... 169
4.8.3. KASÂMENİN MEŞRUİYETİ..... 170
4.9. HÂKİMİN BİLGİSİ (İLMU'L- HÂKİM) 171
4.10. TANIKLIK (EL MU'ÂYENE)..... 182
4.10.1. MU'ÂYENİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI..... 182
4.10.2. VÂZ'İ KANUNLARDA MU'ÂYENE 182
4.10.3. MU'ÂYENİN MEŞRUİYETİ 182
4.11. UZMAN GÖRÜŞÜ (EL- HİBRE)..... 184
4.11.1. HİBRENİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI..... 184
4.11.2. VAZA'İ KANUNLARDA HİBRE..... 185
4.12. İSPATIN MODERN ARAÇ VE YÖNTEMLERİ..... 188
4.12.1. ANESTEZİ TAHLİL YÖNTEMLERİ 188
4.12.2. HİPNOTİZE..... 189
4.12.3. YALAN MAKİNASI..... 190
4.12.4. EĞİTİMLİ KÖPEKLER 191
4.12.5. DNA 192
5. İSLÂM HUKUKU VE BEŞERİ KANUNLARA GÖRE KAYBOLMUŞ VE KENDİSİNDEN HABER ALINAMAYAN KİŞNİN HÜKMÜ (EL – ĞÂİB)..... 194
5.1. ĞÂYİBİN SÖZLÜK VE ISTILAH KARŞILIĞI 194

5.1.1. KİŞİNİN ĞÂYİB SAYILABİLME SÜRESİ 194
5.1.2 İSLÂM HUKUKUNDA ĞÂİB SAYILMA SINIRI 194
5.1.3. ĞÂİBİN HÜKMÜ İLE İLGİLİ FUKAHANIN GÖRÜRÜŞÜ..... 196
5.2. ALLAH VE KULLARIN HIKUKUNDA ĞÂİBİN HÜKMÜ..... 200
5.3. ĞÂİBİN ÖLÜMÜNE HÜKMEDİLME DURUMU VE ŞARTLARI..... 201
5.4. ĞÂİBİN GERİ DÖNMESİ 201
5.5. BEŞERİ KANUNLARA GÖRE ĞÂİBİN HÜKMÜ..... 202
SONUÇ..... 205
KAYNAKÇA 209

ÖZET

Araştırmamızda, İslâm hukuku ile günümüz hukuku kaynaklar, ceza hukuk ve kazaî deliller açısından karşılaştırılması yapılmıştır. Birinci bölümde geçmiş milletlerin inanç ve hukuklarına değinilmiştir.Tarih ve Kur'ân-ı Kerîm perspektifinde Sümerler, Babiller, Asurlular, Yunanlılar, Romalılar, Eski Mısırlılar ve Câhiliye döneminde yaşamış olanların hukuklarının ele alındığı bu bölüm İslâm hukukunun ortaya çıkma sürecinin anlatılmasıyla sonlandırılmıştır.

İkinci bölümde de İslâm hukuku ve günümüz hukukunun kaynakları incelenmiştir. İslâm hukukunun kaynaklarına öncelik verilerek bu kaynakların aslî (birincil) ve fer'î (ikincil) şeklinde ikili ayırımı üzerinde durulmuştur. Aslî kaynakların sırasıyla Kur'ân, sünnet, icmâ ve kıyastan ibaret olduğu vurgulandıktan sonra Kur'ân lafzının delâlet açısından kat'î ve zannî olarak ikiye ayrıldığı konusu ele alınmıştır. Bu bölümde sünnetin İslâm hukukunun ikinci dayanağı olduğu özellikle de Kur'ân'ın sünnetle nesh edilebileceği meselesine etraflıca işlenmiştir. İcmâ ve kıyas dayanaklarının da ele alındığı bu bölümdeyasama, örf, geleneksel ilkeler ve adalet kurallarından ibaret olan vaz'î/beşeri hukuk (ilgili ve yetkililer tarafından oluşturulmuş hukuk kurallarına) da yer verilerek bir karşılaştırmaya gidilmiştir.

Üç ayrı başlık altında ele alınan üçüncü bölümde ise genel bir şekilde suç kavramının İslâm hukuku ve beşerî hukuk boyutu incelenmiştir. Hadd cezalarının anlatıldığı birinci başlığın altında gerek İslâm hukuku gerekse beşeri hukuk bazında haddin tanımı, çeşitleri ve boyutları ele alınmıştır. Sonrasında ilgili alandaki söylemlerin bir arada toplanılabilmesi hasebiyle Malikilerin görüşüne öncelik verilerek yedi tane suç unsuru sırasıyla incelenmiştir. Zina suçu, zina suçunun tespitine yönelik deliller, İslâm ve beşeri hukuka göre cezası karşılaştırmalı bir şekilde aktarıldıktan sonra fıkhî mezheplerin yaklaşımları ile günümüz hukukunun öngörüleri bağlamında kazif, içki içme, hırsızlık,yol kesme, irtidâd (İslâm dininden çıkma), zülüm ve haksızlık suçları mukayeseli bir şekilde incelenip değerlendirmeye tabî tutulmuştur.

Üçüncü bölümün ikinci başlığı altında kısas ve diyet gerektiren suçlara değinilerek "katl" yani öldürme fiili ve fıkıh kitaplarında yer alan tüm benzeri eylemler tanıtılmıştır. Katl fiilinin üç çeşidinin irdelendiği bu başlıkta her bir çeşidi

iki hukuk açısından mukayeseli olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca varis olma ve vasiyet etme durumlarına da değinilmiştir.

Üçüncü bölümün üçüncü başlığında ise ta‘zîr gerektiren suçlar incelenmiş ta‘zîrin ne olduğu, meşruiyeti, çeşitleri ve yargıdan sorumlu en üst kimlikli hâkimin, hakkında herhangi bir nassın olmadığı suçlarda yetkisini kullanarak uygun bir ceza verebileceği konusu üzerinde durulmuştur.

Dördüncü bölümde ispat konusu İslâm hukuk ve beşeri hukuk açısından incelenmiştir. İspat yollarından biri olan ikrar (itiraf) dan başlanarak tanımı, meşruiyeti, şartları, rükünleri ve ilgili hükümler mukayeseli bir şekilde ele alınmıştır. Daha sonra şahitlik, tanıklığın reddi, yeminin reddi, yazı, parmak vs. izi, ip uçlar, yemin, hâkimin bilgisi, tanık ve bilir kişi raporları gibi diğer ispat delilleri detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Bu bağlamda modern yöntemler olarak anestezi, hipnotize, yalan makinesi, eğitimli köpekler ve DNA’nın ispattaki rolü üzerinde de ayrıca durulmuştur.

Gâib (kaybolmuş-kendisinden haber alınamayan) kişinin İslâm ve beşeri hukuka göre konumunun irdelendiği beşinci bölümde gâibin tanımı, gâib sayılma süresi, gâible ilgili ilahi ve beşerî hükümler mukayese edilmiştir. Çalışmamızın sonunda araştırmamızdan elde ettiğimiz sonuçlar özetlenerek araştırma sonlandırılmıştır.

ABSTRACT

Our research was restricted to "Comparing Islamic jurisprudence (Fiqh) with positive laws on the side, crimes, judicial arguments and other matters", where we mentioned the situation of the former nations. In the legislation of heaven, the positive law of beliefs and judgment, the positivist laws of Sumerians and Babylonians, the Assyrians, the Romans, the ancient Egyptians, the pre-Islamic era and the historical development, the principles of Islamic jurisprudence and its evolution.

We then have moved on to mention sources of Islamic jurisprudence and positivist law and we have started with sources of jurisprudence (Fiqh). There are two sources, and we have focused on the basic sources, namely, the (Qur'an), and the origin of the sources. And the second source: (Sunah) and its four law delete Quran by (Sunah) .then have moved to third & fourth: (consensus) and (measurement) and then stated in the sources of positive law in the legislation, and principles of law and positive law and the rules of justice. Ten comparisons among them.

Then we have moved to third Section. Mention the concept of crimes in the Shariah: (Islamic Law) and law, and we have defined the crime and its Sections, starting from the crimes of the boundary, its types, the basically in the Shariah and Law.

And we took the crimes to say the Maalikis that it is seven and the same for all of the words, so we talked about the crime of adultery, evidence of its provenance and punishment in Sharia and law, comparison between them, and then the crime of libel, drinking Alcohol crime, theft, the crime of banditry and the crime of apostasy, And the crime of tyranny, all with the doctrinal doctrine of the laws of the situation and comparison between each part of the particles. second in the crimes of retribution and religion, we know the killings and formulas contained in the books of jurists as a whole and divided the killing into three sections of the laws of the status of each section and then compared originally alternative penalties and subject to succession and guardianship and the sequence of laws for each section.

The third rank in the crimes of Discipline is known Discipline and legitimacy and sections and the Imam or a ruler can create and criminalize and prepare some of the penalties not stipulated.

Then we have moved to the fourth chapter in the means of proof in the Islamic jurisprudence and positive law, they are varied and varied, starting with the recognition and knowledge and conditions and its pillars and ruling all this in the law and law and a comparison between them. Then we listed the testimony, the denial, the right of return, the writing, the evidence, the censure, the inspection, the experience and all that with reference to the legal formulas, if found with the comparison between them.

Then we have specified the fifth chapter to the rule of the absent in the Islamic jurisprudence and positive law, so we knew the absent, and determine the distance of absence, and judgment on the absent. In the rights of God and the rights of slaves, and then judged in the law status

Finally, the conclusion has been included in the most important findings and recommendations.

May Allah support to the successful & blessing

الجمهورية التركية
جامعة وان يوزونجوييل
معهد العلوم الإجتماعية / رئاسة العلوم الإسلامية
قسم الحقوق الإسلامية

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية "في الجرائم وحججها القضائية "

رسالة الدكتوراه

إعداد الباحث
نجيب محسن شاكر

وان – 2018

الجمهورية التركية
جامعة وان يوزونجوييل
معهد العلوم الإجتماعية / رئاسة العلوم الإسلامية
قسم الحقوق الإسلامية

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية "في الجرائم وحججها القضائية "

رسالة الدكتوراه

إعداد الباحث
نجيب محسن شاكر

إشراف
ب . د . صاحب بروزه

وان – 2018

الملخص العربي

دراستنا مقتصرة على"المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في الجرائم وحججها القضائية"حيث تحدثنا في الفصل الأول عن أحوال الأمم الغابرة في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية في المعتقدات والحكم، فتحدثنا عن القوانين الوضعية عبر التاريخ والسرد القرآني للأمم الغابرة في المعتقدات والحكم، والقوانين الوضعية عند السومريين، والبابليين، والآشوريين، والأغريق والرومان، والقدماء المصريين، والعصر الجاهلي، وانهينا الفصل بنشأة وظهور الفقه الإسلامي.

ثم انتقلنا إلى الفصل الثاني فخصصناه في مصادر أدلة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فبدءنا بمصادر أدلة الفقه الإسلامي وجحية الادلة من حيث العقوبات و هناك مصدران المصادر الأساسية والمصادر الفرعية، فركزنا في المصادر الأساسية وهي القرآن وأنه أصل الأصول والمصدر الأول والأساسي من مصادر التشريع، وأنه قطعي الورود. أما دلالة لفظه فينقسم إلى قطعي وظني، ثم انتقلنا إلى المصدر الثاني السنة فعرفنا السنة وحجيتها، وأن الأحكام الواردة فيها أربعة، وأسهبنا في مسألة نسخ القرآن بالسنة، ثم انتقلنا الى المصدر الثالث والرابع الإجماع والقياس، ثم تحدثنا في مصادر القانون الوضعي فكانت متمثلة بالتشريع، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ومن ثم المقارنة بين المصدرين.

ثم أفردنا الفصل الثالث في مفهوم الجرائم في الشريعة والقانون، وقسمنا الجرائم إلى ثلاثة مراتب:

المرتبة الأولى في جرائم الحدود فعرفنا الحدود وأنواعه وأقسامه وجسامته في الشريعة والقانون، وأخذنا الجرائم على قول المالكية بأنها سبعة وذلك للجمع بين الأقوال، فتحدثنا عن جريمة الزنا وأدلة ثبوتها وعقوبتها في الشريعة والقانون والمقارنة بينهما، ثم في جريمة القذف، وجريمة شرب الخمر، وجريمة السرقة، وجريمة الحرابة، وجريمة الردة، وجريمة البغي، كل ذلك مع تعاريف المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية والمقارنة بين كل جزئية من جزئياته.

والمرتبة الثانية في جرائم القصاص والديات، فعرفنا القتل والصيغ الواردة في كتب الفقهاء قاطبة، وقسمنا القتل إلى ثلاثة أقسام مع ذكر القوانين الوضعية في كل قسم، ومن ثم المقارنة بينهما في العقوبات الأصلية والبدلية والتبعية من التوريث والوصية. ودرج القوانين الوضعية مقابل كل قسم.

والمرتبة الثالثة في جرائم التعازير فعرفنا التعزير ومشروعيته وأقسام التعازير، وأن الإمام يستطيع إحداث وتجريم بعض العقوبات الغير المنصوص عليها.

ثم انتقلنا إلى الفصل الرابع في طرق ووسائل الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وهي تتعدد وتتنوع فبدءنا بالإقرار وعرفناه ومشروعيته، وشروطه وأركانه وحكمه كل ذلك في الشريعة والقانون ومن ثم المقارنة بينهما، ثم أسردنا الكلام في الشهادة، والنكول واليمين المردودة، والكتابة، والقافة، والقرعة، والقرآئن، والقسامة، وعلم الحاكم، والمعاينة، والخبرة، والإثباتات المستحدثة من وسائل التحليل التخديري والتنويم المغناطيسي، وأجهزة كشف الكذب، والكلاب البوليسية، والطبعة الجينية، كل ذلك مع الإشارة إلى الصيغ القانونية إن وجد مع المقارنة بينهما.

ثم خصصنا الفصل الخامس في الحكم على الغائب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فعرفنا الغائب، وتحديد مسافة الغيبة، والحكم على الغائب في حقوق الله وحقوق العباد، ثم الحكم عليه في القوانين الوضعية.

وأخيراً جاءت الخاتمة وقد ضمنتها أهم النتائج والتوصيات.

والله ولي التوفيق

المحتويات

الملخص العربي I
المحتويات III
المقدمة XI
التمهيد XV
أهمية الموضوع XV
أسباب اختيار الموضوع XVI
الدراسات السابقة XVI
الصعوبات التي واجهت الباحث XVII
منهج البحث XVIII
1. الشرائع السماوية والقوانين الوضعية عبر التاريخ 1
1. 1 السرد القرآني للإمم الغابرة في الشرائع السماوية والوضعية 1
1 . 2 القوانين الوضعية عند السومريين والبابليين والآشوريين 6
1. 3 القوانين عند الأغريق 8
1. 4 القوانين عند الرومان 9
5.1 القوانين عند القدماء المصريين 10
6.1 القوانين في العصر الجاهلي 11
1. 7 نشأة وظهور الفقه الإسلامي 14
2. مصادر أدلة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 18
2. 1 مصادر أدلة الفقه الإسلامي 18
2. 1. 1 القرآن الكريم 18
2. 1 . 2 السنة 22
2 . 1. 3 الإجماع 31
2. 1. 4 القياس 33
2. 2 مصادر القانون الوضعي 36
2. 2. 1 القانون لغة واصطلاحاً 36
2. 2. 2 إستناد القوانين الوضعية 37
2. 2. 2 . 1 التشريع 37
2. 2. 2. 2 المصادر غير التشريعية في القانون 38
2. 2. 2. 3 العرف 41
2. 2. 2. 4 مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة 42
2. 2. 3 أوجه إختلاف المصادر بين الشريعة والقانون 43
3. مفهوم الجرائم في الشريعة والقانون 45
3. 1 الجريمة لغة واصطلاحاً 46

3. 2 المرتبة الاولى: جرائم الحدود 49
3. 3 جريمة الزنا 54
3. 4 جريمة القذف 61
3. 5 جريمة شرب الخمر 65
3. 6 جريمة السرقة 69
3. 7 جريمة الحرابة 75
3. 8 جريمة الردة 83
3. 9 جريمة البغي 89
3. 10 المرتبة الثانية: جرائم القصاص والديات 97
3. 10. 1 تعريف وتقاسيم القتل في الفقه الإسلامي 97
3. 10. 2 القتل العمد 101
3. 10. 2. 1 عقوبات القتل العمد 101
3. 10. 2. 2 النوع الأول: العقوبات الأصلية 101
3. 10. 2. 3 القسم الأول: العقوبة المتفق عليها: القصاص 101
3. 10. 2. 4 شروط القصاص من الجاني 102
3. 10. 2. 5 سقوط القصاص 102
3. 10. 2. 6 القسم الثاني: العقوبة الأصلية المختلف فيها: الكفارة 103
3. 10. 2. 7 النوع الثاني: العقوبة البدلية للقتل العمد 104
3. 10. 2. 7. 1 الدية 104
3. 10. 2. 7. 2 مشروعية الدية 104
3. 10. 2. 7. 3 الأصناف التي تودى منها الدية ومقدارها 105
3. 10. 2. 7. 4 وقت أداء الدية في القتل العمد 106
3. 10. 2. 7. 5 دية القتل العمد 106
3. 10. 2. 8 العقوبة البدلية الثانية للقتل العمد(التعزير) 106
3. 10. 2. 9 النوع الثالث: العقوبة التبعية للقتل العمد 106
3. 10. 2. 10 موقف القوانين الوضعية في توريث القاتل 107
3. 10. 2. 11 موقف القوانين الوضعية من الوصية للقاتل 107
3. 10. 2. 12 القتل العمد في القوانين الوضعية 108
3. 10. 2. 13 المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في القتل العمد 109
3. 10. 3 القتل شبه العمد 110
3. 10. 3. 1 أركان القتل شبه العمد 110
3. 10. 3. 2 عقوبات شبه العمد 110
3. 10. 3. 3 العقوبات الأصلية 110

3. 10. 3. 4 العقوبات البدلية(التعزير).....111
3. 10. 3. 5 العقوبة التبعية.....111
3. 10. 3. 6 موقف القوانين الوضعية في الإرث والوصية في شبه العمد 111
3. 10. 3. 7 القتل شبه العمد في القوانين الوضعية.....112
3. 10. 3. 8 المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في شبه القتل 112
3. 10. 4 القتل الخطأ 113
3. 10. 4. 1 أركان القتل الخطأ 113
3. 10. 4. 2 عقوبات القتل الخطأ 113
3. 10. 4. 3 العقوبات الأصلية: الدية، والكفارة 113
3. 10. 4. 3. 1 وقت أداء دية القتل الخطأ.....114
3. 10. 4. 3. 2 تغليظ الدية في القتل الخطأ 114
3. 10. 4. 4 العقوبة التبعية: وهي الحرمان من الميراث والوصية.....115
3. 10. 4. 5 موقف القوانين الوضعية من الميراث والوصية للقاتل الخطأ 115
3. 10. 4. 6 القتل الخطأ في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية 116
3. 10. 4. 7 المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في القتل الخطـأ 117
3. 10. 4. 8 المقارنة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص والديات 117
3. 11 المرتبة الثالثة: جرائم التعازير 118
3. 11. 1 التعزير لغة واصطلاحاً 118
3. 11. 2 مشروعية التعزير 119
3. 11. 3 حق التعزير.....119
3. 11. 4 أقسام التعازير 119
3. 11. 5 أنواع العقوبات التعزيرية 122
3. 11. 6 المقارنة بين الحد والتعزير.....123
4. طرق ووسائل الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 125
4. 1 الإقرار 128
4. 1. 1 الإقرار لغة واصطلاحاً.....128
4. 1. 2 مشروعية الإقرار.....129
4. 1. 3 أركان الإقرار وشروطه 130
4. 1. 4 حكم الإقرار في الفقه الإسلامي.....131
4. 1. 5 الإقرار في القوانين الوضعية 131
4. 1. 6 حجية الإقرار في القانون.....131
4. 1. 7 أنواع الإقرار في القوانين الوضعية.....132
4. 2 الشهادة.....135

4. 2. 1 الشهادة لغة واصطلاحاً 135
4. 2. 2 الشهادة في القانون.....136
4. 2. 3 مشروعية الشهادة 137
4. 2. 4 أركان الشهادة.....137
4. 2. 5 موانع الشهادة في الفقه الإسلامي 139
4. 2. 6 شهادة النساء 139
4. 2. 6. 1 شهادة النساء في الحدود 139
4. 3 النكول واليمين المردودة 152
4.3. 1 اليمين والنكول لغة و اصطلاحاً 152
4. 3. 2 مشروعية اليمين.....153
4. 3. 3 اليمين والنكول في القوانين الوضعية.....154
4. 4 الكتابة.....156
4. 4. 1 الكتابة لغة واصطلاحاً 156
4. 4. 2 مشروعية الكتابة 156
4. 4. 3 حكم العمل بالكتابة 156
4. 4. 4 الكتابة في القوانين الوضعية.....157
4. 5 القافة.....158
4. 5. 1 القافة لغة واصطلاحاً 158
4. 5. 2 الحكم بالقافة.....158
4. 5. 3 أنواع القيافة 160
4. 5. 4 القيافة في القوانين الوضعية.....160
4. 6 القرعة 160
4. 6. 1 القرعة لغة واصطلاحاً.....160
4. 6. 2 مشروعية القرعة.....160
4. 7 القرائن.....164
4. 7. 1 القرينة لغة واصطلاحاً 164
4. 7. 2 مشروعية القرائن 165
4. 7. 3 أقوال العلماء في الإحتجاج بالقرائن.....165
4. 8 القسامة.....169
4. 8. 1 القسامة لغة واصطلاحاً 169
4. 8. 2 الحكمة والفائدة من القسامة.....169
4 . 8. 3 مشروعية القسامة.....170
4. 9 علم الحاكم في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.....171

4. 10 المعاينة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.....182
4. 10. 1 المعاينة لغة واصطلاحاً 182
4. 10 . 2 المعاينة في القانون.....182
4. 10. 3 مشروعية المعاينة 182
4. 11 الخبرة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية 184
4. 11. 1 الخبرة لغة واصطلاحاً 184
4. 11. 2 الخبرة في القوانين الوضعية.....185
4. 12 الإثباتات المستحدثة 188
4. 12. 1 وسائل التحليل التخديري. 188
4. 12 . 2 التنويم المغناطيسي 189
4. 12. 3 أجهزة كشف الكذب 190
4. 12 . 4 الكلاب البوليسية 191
4. 12. 5 الطبعة الجينية في الإثبات الجنائي 192
5. الحكم على الغائب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 194
5. 1 الغائب لغة واصطلاحاً 194
5. 1. 1 تحديد المسافة في الحكم على الغائب 194
5. 1. 2 حد الغيبة في الفقه الاسلامي 194
5. 1. 3 آراء الفقهاء في الحكم على الغائب.....196
5. 2 الحكم على الغائب في حقوق الله وحقوق العباد 200
5. 3 شروط القضاء على الغائب عند المجيزين 201
5. 4 رجوع الغائب 201
5. 5 الحكم على الغائب في القوانين الوضعية.....202
الخاتمة والنتائج والتوصيات 205
المصادر والمراجع..... 209
ملخص البحث بالتركية والإنجليزية(من خلف).....1 – 11

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿إِنَّ الْمُجْرِمِينَ فِي ضَلَالٍ وَسُعُرٍ﴾

القمر: 47/54

الاختصارات

الرموز المستخدمة في هذه القائمة يراد بها الآتي:

إلخ: إلى آخره.

ب.د.ن: بدون دار النشر

ت: تاريخ الوفاة.

تح: التحقيق أو حققه فلان.

د.ط: دون الطبعة.

د.ت: دون تاريخ.

د.م.ط: دون مكان الطبعة.

ر.م.ح: رقم الحديث.

ش: الإشراف أو أشرف عليه.

ص: الصحيفة أو الصفحة.

ط: الطبعة.

ع: اعتنى به أو بعناية فلان.

ق.م: قبل الميلاد

م: السنة الميلادية.

هـ: السنة الهجرية.

المقدمة

الحمد لله الذي ليس له منازع يعادله، مغير أطوار الأمم والنظام، أقام بالعدل نظام ملكه، وثبت به أركان شريعته، شرع لنا من حكم دينه ما هو كفيل بالسعادة، وضامن لنا الحسنى وزيادة، وهو الحاكم على الدوام، وهو أحكم الحاكمين، وهو العدل اللطيف الخبير العليم الحكيم، والصلاة والسلام على من أرسله الله بالحكمة والحكم والبيان، وعلى آله وأصحابه الذين هذبوا أعمالهم فكانت غرة وجه الإسلام، على مر الأيام بالحكمة والعدل والإحسان.

وبعد:

فقد من الله ـ عز وجل ـ علينا بشريعة عظيمة جليلة، حفظت لنا النفوس والأموال، وقطعت سبل الظلم والطغيان، وحرصت على تحقيق مصالح الأنام، والشريعة الإسلامية بمصادرها الأصلية والتبعية، تصوغ تلك الحياة الإنسانية صياغة حكيمة عادلة، تحقق التوازن بين بني الإنسان، وتلبي حاجتهم في كل بيئة، وفي كل عصر وزمان، بما يحفظ الحقوق، ويصون الواجبات، ويفي بالالتزامات، وقد وسعت في ألوان النشاط البشري وما يتعلق بجوانب الحياة المختلفة، وما عجز يوماً عن الوفاء بمطلب أو الفصل في خصومة، أو الاهتداء إلى مخرج، لذلك جاءت الشريعة الإسلامية شاملة لأمور الحياة كافة، فهي تنظم علاقة الإنسان بربه وعلاقته بالإنسان من الأفراد والجماعات، كما تنظم علاقة الدول بعضها بالبعض الآخر سلماً أو حرباً، وذلك بما تضمنه دستور هذه الأمة من قواعد عامة ومبادئ أساسية اتسمت بالعموم والشمول والمرونة، وهدفها إسعاد العباد، وتحقيق مصالح البلاد. والقصد بأحكام الشريعة: "القواعد التي سنها الله تعالى لعباده ليكونوا مؤمنين عاملين بها على ما يسعدهم في الدنيا والآخرة".[1] ويعرفها الفقهاء بأنها: " مجموعة الأحكام والقواعد الشرعية التي سنها الله لعباده، والتي بلغت عن طريق الرسل، وتحتوي على ما ينظم علاقة الإنسان بنفسه ثم بربه ثم بأخيه الإنسان، وبالجماعة التي يعيش فيها". أو هي: "النظم التي شرعها الله أو شرع أصولها ليأخذ الإنسان بها نفسه في علاقته بربه، وعلاقته بأخيه المسلم، وعلاقته بأخيه الإنسان، وعلاقته بالكون، وعلاقته بالحياة".[2]

---

[1] عليان، شوكت محمد، ***التشريع الإسلامي والقانون الوضعي***، دار الشواف، الرياض، ط1، 1956م، ص 11.

[2] شلتوت، محمود، ***الإسلام عقيدة وشريعة***، دار الشروق، القاهرة، ط18، 2001م، ص 10، التهانوي، محمد علي، ***موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم***، مكتبة لبنان، بيروت، ط1، 1996م، 1018/1، العمروسي، أنور، ***التشريع والقضاء في الإسلام***، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (د . ط)، 2000م، ص18 ـ 19 ، الزرقا مصطفى أحمد، ***المدخل الفقهي العام***، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م، 48/1.

حيث جاءت الشريعة الإسلامية بنظام حي مدني يرتب وينظم مشاكل الأفراد العدالة مع بعضهم البعض، ويصون ويؤمن حقوقهم ومصالحهم وذلك من خلال العقيدة والعبادة والقضاء، ويؤكد أن الإسلام دين ودولة.

ومن أجل أن الشريعة الإسلامية من عند الله فلا مجال للمسلم في القبول أو الرفض لأن الإقرار من مقتضيات الإيمان، والفطرة التي فطر الناس عليها.

فإذا علم المسلم هذا الشي يتذكر قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾.[3]

هذه الشريعة عمومية أي ليست تشريعاً لفئة أو جنس أو جماعة أو منطقة وإنما للعالم بأسره جنه وإنسه، قال تعالى: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾.[4]

هذه الشريعة حوت على أحكام ونظم وقوانين من كل جانب وناحية من جوانب ونواحي الحياة، سواء كانت بالعقائد والعبادات أم بالمعاملات والجنايات وعلاقات داخلية وخارجية ودولية وهذه العمومية جاءت في قوله تعالى: ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِي الكِتَابِ مِن شَيْءٍ﴾.[5] ففي أمور العبادات: قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ وَآتُواْ الزَّكَاةَ﴾.[6] وفي المعاملات قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.[7] وفي المداينة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلاَ يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللّهُ﴾.[8] وفي الحكم القضائي: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ﴾.[9] وفي الجنايات والعقوبات قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى﴾.[10] وفي القرائن القضائية قال تعالى: ﴿وَجَآؤُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾.[11] وفي المعاملة مع الجوار قال تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾.[12]

---

[3] الأحزاب، 36/33.

[4] الاعراف، 581/7.

[5] الأنعام، 38/6.

[6] البقرة، 43/2.

[7] البقرة، 275/2.

[8] البقرة، 282/2.

[9] النساء، 58/4.

[10] البقرة، 178/2.

[11] يوسف، 18/12.

[12] الممتحنة، 8/60.

وبقاء هذا الدين بحيوته ونشاطه كان ومازال بفضل عدالة الإسلام، وتسييسه في حياة المجتمع، والشريعة ظلت هي القانون المطبق في البلاد الإسلامية، منذ أن استقرت فيها الحضارة الإسلامية إلى منتصف القرن التاسع عشر، فما أن أشرف القرن التاسع عشر على الانتهاء حتى أصبحت كل البلاد الإسلامية، باستثناء السعودية واليمن[13]، خاضعة للتشريعات الأوربية، وحلت القوانين الغربية محل الشريعة الإسلامية في التطبيق، وكان لهذا الأمر أسباب عديدة منها خارجية ومنها داخلية ساهمت كلها في تسهيل الغزو الثقافي الغربي للبلاد الإسلامية، فبعد أن كان يحكم بشرع الله في كل القضايا، أصبح الآن حكماً مزدوجاً، وخليطاً، فهناك حكم وضعي، وهناك حكم يحكم وفق الشريعة الإسلامية، وحظي الأحكام الوضعية الغالب في الأحكام من الحكمين، وترك الأحكام الشرعية كاملاً، لكن عمل به في بعض الدول الإسلامية في عدة مسائل، وهي التي يطلق عليها مصطلح"الأحوال الشخصية".

حيث ظهر هذا المصطلح عند العلماء المسلمين في أواخر القرن الميلادي الماضي عندما ألف الاستاذ محمد قدري باشا (ت:1888م) كتاب "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" في صورة مواد قانونية مأخوذة من مذهب الحنفية تشمل أحكام الزواج، والطلاق وما يتعلق بهما، والميراث، والوصايا، والهبة، والحجر، وغيرها.

وقد عالج العلماء والفقهاء هذه الأفكار وتعيين مواضع الداء في القضاء والتشريعات، بطرق علمية، منها المقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، وأكثر المصنفات كانت بعد القرن التاسع عشر الميلادي، لأنه لم يعرف مثل هذه المصنفات قبل ذلك لعدم وجوده أصلاً، وبعد ذلك اصبحت المقارنة الوسيلة الأساسية للدفاع عن الشريعة كنظام يحتل موقعاً بارزاً للنظم التشريعة.

إن دراسة المقارنة لها أهمية كبيرة؛ نظراً لدورها الفعال في الانفتاح على القوانين الأخرى، فهي تظهر محاسن الشريعة الإسلامية وتفوقها على القوانين الوضعية، وتبرهن للمجتمعات صمود الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

ولا شك في أن الاعتراف العالمي بمكانة الشريعة الإسلامية بين النظم القانونية العالمية إنما يرجع إلى اتباع منهج الدراسة المقارنة التي أدت إلى التعرف على مبادئ هذه الشريعة وتأثيرها في التفكير القانوني الغربي.

إن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة تشريعية لا يمارى فيها، وأن اختلاف المذاهب الفقهية في هذا النظام القانوني العظيم ينطوي على ثروة من المفاهيم الفقهية، وصناعة هي مناط الإعجاب، يتيحان

---

[13] الصدة، عبدالمنعم فرج، ***أصول القانون***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د. ط)، 1972م، ص124.

لهذا التشريع الأستجابة لمطالب الحياة الحديثة والتلاؤم مع حاجتها.[14]

وهنا تأتي أهمية موضوع" المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في الجرائم وحججها القضائية" مما جذبني عنوانه في تناول هذا الموضوع بالبحث والدراسة، بين مذاهب الفقه الإسلامي فيما بينها من ناحية، والقانون الوضعي من ناحية أخرى، مقتصراً على المواضع الأكثر وقوعاً في الوقت الحاضر.

ومن الجدير بالذكر أن أتقدم، بالشكر الجزيل، والثناء الجميل، مزين بأزهى الحلل والعرفان، الى أستاذي الدكتور(صاحب بروزه) ـ حفظه الله ـ، الذي تفضل بالإشراف على الرسالة، الذي أمدني بالإهتمام والتوجيه، والإرشاد والعون، فكان الموجه والصابر على تلميذه، أمد الله في عمره، وجعله نبراساً لطلبة العلم، أسأل الله العظيم أن يجزيه خير الجزاء، إنه نعم المولى ونعم المجيب. كما أتقدم بالشكر والعرفان لأستاذي الكريمين عضوي لجنة المناقشة، اللذين تفضلا بقبول مناقشة هذا البحث، فتحملا في سبيل ذلك عناء المطالعة والمراجعة والتدقيق، والتنقيح، وعلى ما سيبدونه وسيقدمونه من ملاحظات وتوجبهات وإرشادات يكون لها الفضل بإذنه تعالى.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

---

[14] حسين سيد عبدالله، ***المقارنات التشريعية***، دار السلام، القاهرة، ط1، 1421هـ / 2001م، 9/1.

التمهيد

أهمية الموضوع

إن عقد مقارنة بين قانون وضعي وآخر سماوي ليس بيان أفضلية أحدهما وصلاحيته للتطبيق لأن شريعة الله ـ عز وجل ـ أجل وأعلى من أن تقارن بقوانين من صنع البشر إذ هم عرضة للخطأ والنسيان بل إن ذلك من طبيعتهم وسجيتهم التي سارت عليها حياتهم، وإنما الهدف من وراء هذه الدراسة هو معرفة نقاط التلاقي والتنافر بين الفقه والقانون لأن ذلك يحقق غايات ثلاث:

ـ الأولى: أنه يساعد المشرع الوضعي على تطوير قوانينه وتعديلها بما يخدم العدالة وهذا يؤدي إلى تحقيق رغبات الأفراد وسعادة المجتمع وتلبية حاجاته.

ـ الثانية: أن في دراسة القانون عوناً لدراسة الفقه لأن مناهج البحث الحديثة التي يطبقها القانونيون تعين الباحث في الفقه على الدراسة وتيسر له سبل الوصول إلى نتائج أفضل، وفي المقارنة أيضاً دفع لدارس الفقه على التعمق في دراسة الشريعة والتقريب بين المذاهب الإسلامية وترجيح ما قوي دليله وكان محققاً لمصالح الناس.

ـ الثالثة: أن في هذه الدراسة إظهاراً لما تحويه الشريعة الإسلامية في الموضوع محل الدراسة من أسس وقواعد لا تقل أهمية إن لم تزد عن أحدث ما وصل إليه الفقه القانوني وفي هذا إماطة اللثام عن الوجه الأصيل للفقه الإسلامي.

وبهذا يتبين أن هدف الدراسة المقارنة هو البحث عن نظام قانوني يتفق مع النظام الشرعي نتمكن من خلاله من رد النظم القانونية الوضعية إلى حظيرة الإسلام بالحجة والبرهان. إن بيان أوجه الاتفاق والإختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من شأنه أن يلقي الضوء على العلاقات التاريخية بين الشعوب مما يؤكد التواصل بينهما، ويشجع على التقارب بين الشعوب، ويساعد على التعرف على ما عند الآخر وفهمه. إن الاعتراف بمكانة الشريعة الإسلامية بين النظم القانونية، إنما يرجع إلى اتباع منهج الدراسة المقارنة التي أدت إلى التعريف على مبادئ هذه الشريعة وتأثيرها في التفكير القانون الغربي. إن للدراسة المقارنة آثاراً عملية عديدة، من بينهما تيسير التقنين المنهجي لأحكام الفقه الإسلامي لما يفيده إثبات أوجه الاتفاف من التعرف على المصالح في السياقات الاجتماعية الحديثة، ولا بد أن يكون لكل موضوع فقهي وقانوني أهمية بالغة، خاصة أن أحكام الدين لم يشرع عبثاً، فكل جزئية من جزئيات الدين مهمة وضرورية، وجاءت هذه الدراسة لتلقي الضوء على دراسة المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي، وتكشف عما يتصل بها كشفاً دالاً، يضيف إلى فقهنا لبنة تسهم في إثرائه بدراسة متخصصة تعني بالمقارنة بين الشريعة والقانون.

أسباب اختيار الموضوع

بالإضافة لأهمية الموضوع هناك عدة أمور دفعتني لاختيار الموضوع ومن أهمها:

أ. إن أحكام هذا الموضوع وجزئياته كانت متفرقة في شتى الكتب، فلم يجمع أحكامه وجزئياته في بحث جامع ومانع، ولذا تشرفت بجمع أهم مسائله وقضاياه.

ب. المساهمة في كشف درر التشريع الإسلامي، كي يكون الأول والأصل في مصادر التشريع.

ت. بيان أن الشريعة الإسلامية، صالحة لكل زمان ومكان.

ث. إن كثيراً من أحكام القوانين الوضعية مستمدة من الشريعة الاسلامية.

ج. الرد على المتربصين بالإسلام، والحاقدين عليه، وكشف زيفهم، وحقدهم، الظاهر في طلبهم بإلغاء أحكام الشريعة الإسلامية.

ح. الفائدة العلمية التي تعود على الباحث من خلال المقارنة بين نظامين إلهي وبشري.

الدراسات السابقة

"المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في الجرائم وحججها القضائية"

هناك دراسات كثيرة حول هذين الموضوعين إلا أنها لم تكن مجتمعة مع البعض في بحث مستقل، وما قمنا به هو الجمع بينهما في دراسة جامعة ومانعة لكل جزئياته.

ومن هذه الدراسات

1. التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي لعبدالقادر عودة.
2. إرتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الوضعي(دراسة مقارنة) لعلي عدنان الفيل.
3. موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية لمصطفى الزلمي.
4. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية لمصطفى الزحيلي.

والدراسات السابقة كانت مقتصرة على أحد فروع الجرائم أو كانت من جهة الفقه الإسلامي، أو كانت مقارنة، لكن لم تكن المقارنة في كل جزئياته فعندما لم يجدوا الصيغة القانونية كانوا يكتفون بعبارة"لا وجود لهذه العبارة في النصوص القانونية" مثلاً لم أجد المقارنة بين الشريعة والقانون في مسألة الحرابة والبغي.

كذلك لم أجد دراسة عن أقسام القتل بكل أنواعه وحتى إن وجدت فلم تكن هناك مقارنة حقيقية بين القوانين الوضعية في الخطأ وشبه الخطأ، وما قمنا به هو توضيح أنواع القتل مع الإشارة في

الألفاظ الواردة في كتب الفقهاء قاطبة مع إثبات الصيغ القانونية لكل قسم مع المقارنة بين الشريعة والقانون والسبب يرجع لأن طلاب الشريعة غير ملمين بكتب القوانين فضلاً بأن مناهج الدراسة خالية من كتب القوانين في كليات الشريعة، والعكس أيضاً صحيح لطلاب القانون.

أما بخصوص الموضوع الثاني الحجج القضائية فهناك دراسات عدة في كل جزئية من جزئياته إلا أنني لم أجد المقارنة الحقيقية مع القوانين الوضعية في مسألة القرعة والقافة وغيرها من المسائل، وما قمنا به هو الجمع بين هذين الموضوعين من جانب الفقه الإسلامي والمقارنة بين القوانين الوضعية، وذلك في كل جزئية من جزئيات البحث تعريفاً وتفصيلاً، ولذا أقوال بأنه لم يبحث من قبل هذا الموضوع بحثاً علمياً متخصصاً شاملاً، وذلك في حدود علمي واطلاعي، ولم أعلم أن أحداً قد تناولها بشكلها التفصيلي.

الصعوبات التي واجهت الباحث

كانت الصعوبات التي تواجهني أكثر من أن تعد وتحصى، ومن أهمها:

أ. يعتبر موضوع البحث من الأمور المهمة، التي تفتقر إلى المقارنة.

ب. الظروف الصعبة التي تحيط بنا في العراق من كل جانب، خاصة في شماله.

ت. الاحتياج إلى بعض المراجع التي لا يستغني عنها كل طالب.

ث. ندرة المادة العلمية لموضوع البحث، وقلة المراجع والمصادر التي تتحدث عنه ومسائله في ثنايا الكتب.

ج. الإيجاز في طرح هذا الموضوع فقهياً وقانونياً مما جعل الباحث في حيرة، وضرورة لطرق أبواب كتب القانون عله أن يجد مستنداً إليه.

ح. إلحاح كثير من أهل العلم والأحباب عليّ بان أغير موضوع رسالتي، لكن بفضل الله وتوفيقه لم يضعف ذلك من عزيمة الباحث، بل زاده ذلك عزماً واصراراً بواجب خدمة الدين والدعوة إلى الله.

خ. عدم التمكن من الحصول على كثير من المصادر والمراجع التي رغبنا في الرجوع إليها لمعالجة بعض مسائل هذا البحث. وبالرغم من العمل الدائم والمتواصل في بلوغ البحث إلى الكمال فيه، فإني أقدم اعتذاري لما وقع فيه من الهفوات بما قاله المزني(ت: 264هـ)"قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة، فما من مرة إلا وكنا نقف على خطإٍ، فقال الشافعي: هيه أبى الله أن يكون كتاب صحيحاً غير كتابه"[15] .

---

[15] البخاري، الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، ***كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م، 10/1.

منهج البحث

اعتمدت على منهجية علمية في كتابة هذا الموضوع الذي يمكن تحديد أهم ملامحه فيما يلي:

أ. تعتمد هذه الدراسة على أكثر من منهج نظراً لطبيعة الموضوع، لأنها مقارنة بين نظامين.

ب. الرجوع إلى أمهات المصادر والمراجع المعتمدة والموثوقة، من كتب التفسير والحديث والفقه والأصول والقانون واللغة والتراجم والتاريخ.

ت. الرجوع إلى المراجع الأصلية لكل مذهب من المذاهب، فلا أنقل قولاً لمذهب إلاّ من كتب فقهاء المذهب نفسها.

ث. التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.

ج. اقتصرت على ذكر آراء المذاهب الفقهية المعتبرة، وتجنب ذكر الأقوال الشاذة.

ح. وضع تمهيد أو تعريف لكل عنوان من عناوين الموضوع، ثم أذكر الأدلة الشرعية أو القانونية بمفردات الموضوع.

خ. الالتزام بمنهج اللغويين في الكشف عن المعني اللغوي للمصطلح والمنهج العلمي السليم في بيان المعاني الاصطلاحية.

د. التعريف بالمصطلحات الغامضة، لغوياً وفقهياً، وذلك بالرجوع إلى معاجم اللغة والقواميس الفقهية.

ذ. استقراء أدلة كل مذهب وتحليلها ومناقشتها مبينة وجه الدلالة فيها، والترجيح بين ماظهر لي وجه ترجيحه، فإن لم يظهر لي الترجيح اكتفيت بسياق الأقوال وأدلتها.

ر. بذلت ما في وسعي في القراءة أولاً في فقه كل إمام مع ذكر الموضوع واسم الكتاب والصفحة، وجمع المتماثل منها تحت عنوان، والتوفيق بين أقوال العلماء في الأدلة، وترجيح الأقوال، وإتيان الصيغ القانونية لكل قول ومسألة إن وجد.

ز. الرجوع الى بعض المؤلفات الحديثة عند عدم العثور على المعلومات.

س. التعمق في دراسة أقسام الجرائم، ومقابلتها بما ورد في القوانين الوضعية.

ش. إلقاء الضوء على الشبهات المثارة في بعض مسائل الجرائم مثل الرجم في الزنا، وعقوبة قتل المرتد.

ص. ركزت في القوانين الوضعية وبالدرجة الأولى إلى القانون المصري ثم السوري، ثم العراقي رغم أن الأخيرين يشبهان الأول من جهة الصياغة والفقرات، وتركنا الآخرين لأصالة الأولى عند الدول العربية، والإسلامية.

ض. اتبعت في الرسالة المنهج العلمي في التوثيق، وذلك بالإشارة إلى اسم الشهرة أو اللقب لصاحب المرجع، ثم إلى اسمه الكامل، ثم إلى اسم المرجع، ثم مكان طباعته وتاريخها، وقد ذكرت ذلك عند ذكر المرجع أو المصدر لأول مرة يذكر فيها، ثم توثيقه مرة أخرى في قائمة المراجع والمصادر.

ط. راعيت التسلسل الزمني في ترتيب الأقوال، بدءً بالحنفية، فالمالكية، فالشافعية، فالحنابلة، فالظاهرية، فالإمامية، بغض النظر عن قوة الدليل وضعفه.

ظ. ترتيب كتب ومصادر المذاهب في الهامش حسب تاريخ وفاة إمام كل مذهب.

ع. الالتزام بمنهج المفسرين في تفسير الآيات القرآنية.

غ. تخريج آثار الصحابة من المصنفات، والحكم عليها وذلك بالرجوع إلى كتب الجرح والتعديل لسلسلة رواة الأثر.

ف. المعلومات الواردة في هذا البحث إذا لم تكن موثوقة في الهامش فهو من كلامي أو الرأي الذي أميل إليه.

ق. اتبعت البحث بفهرس المراجع والمصادر.

ك. ختمت البحث بخاتمة لأهم النتائج والتوصيات.

1. الشرائع السماوية والقوانين الوضعية عبر التاريخ

1. 1 السرد القرآني للإمم الغابرة في الشرائع السماوية والوضعية

إذا نظرنا إلى تاريخ البشرية من جانب الإيمان بالله وملائكته ورسله واليوم الآخر نجده أنه قد نشأ من نظم وأحكام، وما استقر من أعراف وتقاليد، إلى الإرادة الآلهية، أي إلى الخالق. فالإنسان الأول، قبل أن يأمره الله سبحانه وتعالى بهبوطه إلى الأرض، كان ملزماً ومحكماً بالأوامر والنواهي، بشأن سلوكه الشخصي.

وهذا جلي وواضح في قوله تعالى: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلاَ مِنْهَا رَغَداً حَيْثُ شِئْتُمَا وَلاَ تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الْظَّالِمِينَ﴾.[16]

وعندما لم يلتزم بهذا الأمر الآلهي فقد الجنة وأنزل إلى الأرض ويصور لنا القرآن الإنسان الأول بأنه لم يكن إجرامياً قال تعالى: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الأَسْمَاء كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلاَئِكَةِ فَقَالَ أَنبِئُونِي بِأَسْمَاء هَؤُلاء إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ﴾.[17]

وبظهور الأسرة الأولى كانت القواعد الإلهية هي التي تنظم العلاقات بين أفراد هذه الأسرة: ﴿قُلْنَا اهْبِطُواْ مِنْهَا جَمِيعاً فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّي هُدًى فَمَن تَبِعَ هُدَايَ فَلاَ خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلاَ هُمْ يَحْزَنُونَ﴾.[18]

وتزايد عدد أفراد الأسرة فظهرت القبائل والجماعات الكثيرة والمختلفة. وظلت هذه القواعد المنظمة لتلك الجماعات البشرية إلهية. وبقيت القواعد التي أتى بها الرسل تحكم لمدة طويلة.

وظهر ابتعاد بعض القبائل عن الأحكام الإلهية في إقامة شعائر وإرساء قواعد وعادات لا صلة لها البتة بالأحكام الآلهية، فانصرف الناس عن عبادة الله إلى عبادة الأصنام وتأليه بعض الملوك والرؤساء.

إن القوانين الوضعية اتسمت في بداية مراحلها الأولى بصيغة دينية، على شكل أوامر يبلغها الحاكم أو الكاهن إلى المجتمع، ولكنها مالبثت أن فقدت جوهرها واختلطت مع القوانين التي يضعها رجال الدين والحكام من عند انفسهم إلى الآلهة المزعومة التي أخذوا يعبدونها من دون الله. وتطورت القوانين في مرحلة لاحقة فظهرت في صورة أعراف وتقاليد تختلف بإختلاف الزمان والمكان، وفي مراحل أخيرة دونت في مجموعات خاصة عقب اكتشاف الكتابة ونشوء الدولة بمفهومها الحديث.

---

[16] البقرة، 35/2.

[17] البقرة، 31/2.

[18] البقرة، 38/2.

وأرست تلك القواعد المبادئ القانونية العامة للمجتمعات الإنسانية عبر تأريخها الطويل.

العصور الغابرة حوت كثيراً من الأمم والملل والرسل والشرائع السماوية و الوضعية، وكثير منها اندرست أخبارها، إلا ما قص الله ـ سبحانه وتعالى ـ علينا من أنبائها في القرآن، قال تعالى: ﴿وَرُسُلاً قَدْ قَصَصْنَاهُمْ عَلَيْكَ مِن قَبْلُ وَرُسُلاً لَّمْ نَقْصُصْهُمْ عَلَيْكَ وَكَلَّمَ اللّهُ مُوسَى تَكْلِيمًا﴾[19] ، "وحضارة أولئك الأقوام نشأت في مثلث عرف"بمثلث الحضارات القديمة"أي مصر، واليمن، وبابل، وبعبارة أخرى فيما بين وادي النيل في مصر إلى أراضي الرافدين في العراق، وما بينهما من اليمن إلى بلاد الشام[20]"، وهذه المناطق وردت في القرآن في معرض الحديث عن سيدنا نوح ـ عليه السلام ـ في قصة السفينة، قال تعالى: ﴿وَاسْتَوَتْ عَلَى الْجُودِيِّ وَقِيلَ بُعْداً لِّلْقَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾[21]، قال الطبري(ت 310هـ) ـ رحمه الله " الجودي وهو جبل بناحية الموصل"[22]. وفي ذكر بابل قال تعالى: ﴿وَمَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ﴾[23]، وفي ذكر حضرموت: قال تعالى: ﴿وَاذْكُرْ أَخَا عَادٍ إِذْ أَنذَرَ قَوْمَهُ بِالْأَحْقَافِ﴾[24]،قال البغوي (ت: 510هـ) ـ رحمه الله ـ : "والأحقاف: واد بين عمان ومهرة، وقال مقاتل(ت: 150هـ):" كانت منازل عاد باليمن في حضر موت بموضع يقال له: "مهرة" وإليها تنسب الإبل المهرية، وكانوا أهل عمد سيارة في الربيع فإذا هاج العود رجعوا إلى منازلهم، وكانوا من إرم". وقال: "ذكر لنا أن عاداً كانوا أحياء باليمن، وكانوا أهل رمل مشرفين على البحر بأرض يقال لها: "الشحر"، والأحقاف جمع حقف، وهي المستطيل المعوج من الرمال".[25]

إنّ قوم عاد وثمود كانا أول الخلفاء لقوم نوح بعد كارثة الطوفان، وأن الله قد زادهم بسطة، قال تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَيَنظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ كَانُوا أَشَدَّ مِنْهُمْ قُوَّةً وَأَثَارُوا الْأَرْضَ وَعَمَرُوهَا﴾[26]، قال البيضاوي (ت:685هـ) ـ رحمه الله ـ (وهم عاد وثمود).[27]

---

[19] النساء، 164/4.

[20] الدواليبي، محمد معروف، ***التاريخ العام للقانون***، دار الفكر، دمشق، ط2، 1382هـ / 1963م، ص54.

[21] هود،11/ 44.

[22] الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، ***جامع البيان في تأويل القرآن***، تح: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت ط 1، 1420هـ / 2000م: 334/15.

[23] البقرة، 102/2.

[24] الأحقاف،46/ 21.

[25] البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود، ***معالم التنزيل في تفسير القرآن***، تح: محمد عبدالله النمر وعثمان جمعة ضميرية، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط 4، 1417هـ / 1997م، 262/7.

[26] الروم، 30/ 9.

[27] البيضاوي، ناصرالدين أبو سعيد عبدالله بن عمر بن محمد الشيرازي، ***أنوار التنزيل وأسرار التأويل***، تح: محمد عبدالرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1418هـ، 202/4.

الأمم الغابرة كانوا على ضلال في عقائدهم وهذا يظهر جلياً في الآية الكريمة حيث أخبر سبحانه وتعالى عن قوم نوح ـ عليه السلام ـ، ﴿وَقَالُوا لَا تَذَرُنَّ آلِهَتَكُمْ وَلَا تَذَرُنَّ وَدًّا وَلَا سُوَاعًا وَلَا يَغُوثَ وَيَعُوقَ وَنَسْرًا ـ وَقَدْ أَضَلُّوا كَثِيرًا وَلَا تَزِدِ الظَّالِمِينَ إِلَّا ضَلَالًا﴾[28]، وقال تعالى عن قوم شعيب: ﴿كَذَّبَ أَصْحَابُ الْأَيْكَةِ الْمُرْسَلِينَ إِذْ قَالَ لَهُمْ شُعَيْبٌ أَلَا تَتَّقُونَ﴾. [29]

هكذا كانت الأمم الغابرة، فجميع دعوة الرسل كانت تقابل بالتكذيب، ولهذا كانت تؤمر أغلب تلك الأمم بالحكم بشرائعهم كما جاء في حق أهل الكتاب كقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ﴾، [30] وقوله تعالى: ﴿وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ الإِنجِيلِ بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فِيهِ﴾[31] ، الا أنه في قصة شعيب"عليه السلام"الإشارة الواضحة الى الاهتمام بالتشريع في حياتهم اليومية، قال تعالى:﴿وَإِلَى مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُواْ اللّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ وَلاَ تَنقُصُواْ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ إِنِّيَ أَرَاكُم بِخَيْرٍ وَإِنِّيَ أَخَافُ عَلَيْكُمْ عَذَابَ يَوْمٍ مُّحِيطٍ وَيَا قَوْمِ أَوْفُواْ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلاَ تَبْخَسُواْ النَّاسَ أَشْيَاءهُمْ وَلاَ تَعْثَوْاْ فِي الأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾[32]، فالقيام بالقسط في المكيال والميزان، وعدم بخس الناس أشياءهم التي يستحقونها، ومنع الفساد في الأرض، هو منتهى العدل للتشريع السماوي المنزل عليهم.

أما حكمهم واحتكامهم فأول من احتكم إلى الله ـ تعالى ـ ـ قابيل وهابيل ـ ولدا آدم عندما تنازعا قال تعالى: ﴿وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقُبِّلَ مِن أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ﴾[33]، وتقديم القربان نوع من الاحتكام، فاستغل الكهنة ذلك، فكانوا يطلبون من المتنازعين تقديم القرابين للآلهة، ثم يجعل الكهنة حكم الآلهة لصالح أحد المتنازعين أو يؤخرونه لتقديم المزيد من القرابين، وكذلك الاحتكام إلى الآثار والقرائن، كاحتكام المصريين إلى قميص يوسف إن كان قد قُدّ من دبر كان بريئاً من إتهام امرأة العزيز له بأنه أراد منها سوء وإن كان قد قُدّ من قبل كان إيهامه صحيحاً. فتبين أن قميصه قُدّ من دبر وكان هذا قرينة على براءته[34]، قال تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ

---

[28] نوح،71 / 23 ـ 24.

[29] الشعراء، 26/ 176 ـ 177.

[30] المائدة، 5/ 44.

[31] المائدة، 5/ 47.

[32] هود، 11/ 84 ـ 85.

[33] المائدة، 5/ 27.

[34] العطار، عبدالناصر توفيق، ***الوجيز في تاريخ القانون***، مطبعة السعادة، القاهرة، (د.ط) (د.ت)، ص109 ـ 110.

الكَاذِبِينَ ـ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِن الصَّادِقِينَ ـ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾.[35]

عصر بني إسرائيل يبدأ بنزول التوراة على موسى ـ عليه السلام ـ، فكانت شرعة ومنهاجاً لبني إسرائيل، واختتم بنزول الإنجيل على عيسى ـ عليه السلام ـ ، قال تعالى: ﴿وَقَفَّيْنَا عَلَى آثَارِهِم بِعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّوْرَاةِ وَآتَيْنَاهُ الإِنجِيلَ فِيهِ هُدًى وَنُورٌ وَمُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّوْرَاةِ وَهُدًى وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ ـ وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ الإِنجِيلِ بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فِيهِ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.[36]

يقول القرطبي(ت: 671هـ) ـ رحمه الله ـ: "أي جعلنا عيسى يقفوا آثارهم، أي آثار النبيين الذين أسلموا، فإنه رأى التوراة حقاً، ورأى وجوب العمل بها إلى أن يأتي ناسخ".[37]

والمتتبع لأحوال بني إسرائيل في القرآن الكريم يجدهم أنهم كانوا منقسمين الى فئتين:

الفئة الاولى: المكونة من النبيين والربانيين والأحبار كانوا يقومون بتطبيق أوامر الله، قال تعالى: ﴿وَمِن قَوْمِ مُوسَى أُمَّةٌ يَهْدُونَ بِالْحَقِّ وَبِهِ يَعْدِلُونَ﴾[38].

فالآية تدل دلالة واضحة وجلية أنهم كانوا يلتزمون بتعاليم شرع الله وتطبيق احكامه.

الفئة الثانية: وهم الأكثرية من بني إسرائيل الذين لم يعملوا بالتوراة، وعطلوا أحكامه، قال تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ آمَنُواْ وَاتَّقَوْاْ لَكَفَّرْنَا عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ وَلأدْخَلْنَاهُمْ جَنَّاتِ النَّعِيمِ ـ وَلَوْ أَنَّهُمْ أَقَامُواْ التَّوْرَاةَ وَالإِنجِيلَ وَمَا أُنزِلَ إِلَيهِم مِّن رَّبِّهِمْ لأكَلُواْ مِن فَوْقِهِمْ وَمِن تَحْتِ أَرْجُلِهِم مِّنْهُمْ أُمَّةٌ مُّقْتَصِدَةٌ وَكَثِيرٌ مِّنْهُمْ سَاء مَا يَعْمَلُونَ﴾.[39]

أما تغيرهم لأحكام الله فالقرآن وصف ذلك: بالتحريف والنسيان لما أنزل الله ـ تعالى ـ، قال تعالى: ﴿أَفَتَطْمَعُونَ أَن يُؤْمِنُواْ لَكُمْ وَقَدْ كَانَ فَرِيقٌ مِّنْهُمْ يَسْمَعُونَ كَلاَمَ اللّهِ ثُمَّ يُحَرِّفُونَهُ مِن بَعْدِ مَا عَقَلُوهُ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾[40]، **قال ابن عرفة(ت: 803هـ) ـ رحمه الله ـ: "وهم السبعون الذين سمعوا كلام الله مع موسى، ثم بدلوه".**[41]

---

[35] يوسف، 12/ 26 ـ 27 ـ 28.

[36] المائدة، 5/ 46 ـ 47.

[37] القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدين، ***الجامع لأحكام القرآن***، تح:أحمد البردوني وابراهيم أطفيش،دار الكتب المصرية، القاهرة،ط 2، 1384هـ / 1964م، 208/6.

[38] الأعراف، 7/ 159.

[39] المائدة، 5/ 65 ـ 66.

[40] البقرة، 2/ 75.

[41] ابن عرفة، أبو عبد الله بن محمد الورغمي التونسي المالكي، ***تفسير الإمام ابن عرفة***، تح: حسن المناعي، مركز البحوث بالكلية الزيتونية، تونس، ط 1، 1986م، 340/1.

ووصفه بالكتمان والأخفاء لما أنزل الله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلَ اللّهُ مِنَ الْكِتَابِ وَيَشْتَرُونَ بِهِ ثَمَنًا قَلِيلاً أُولَئِكَ مَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ إِلاَّ النَّارَ وَلاَ يُكَلِّمُهُمُ اللّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلاَ يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ـ أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَواْ الضَّلاَلَةَ بِالْهُدَى وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ فَمَآ أَصْبَرَهُمْ عَلَى النَّارِ﴾[42] **قال القرطبي(ت:671هـ) ـ رحمه الله ـ: "علماء اليهود كانوا يخفون ما أنزل الله في التوراة من صفة محمد-ﷺ- وصحة رسالته[43]"، وقال تعالى في إخفائهم لما أنزل:** ﴿يَا أَهْلَ الْكِتَابِ قَدْ جَاءكُمْ رَسُولُنَا يُبَيِّنُ لَكُمْ كَثِيرًا مِّمَّا كُنتُمْ تُخْفُونَ مِنَ الْكِتَابِ وَيَعْفُو عَن كَثِيرٍ قَدْ جَاءكُم مِّنَ اللّهِ نُورٌ وَكِتَابٌ مُّبِينٌ﴾[44] **، قال ابن عباس: "أخفوا آية الرجم من التوراة وبينها الرسول عليه الصلاة والسلام لهم.[45]" وقال سبحانه:** ﴿وَمَا قَدَرُواْ اللّهَ حَقَّ قَدْرِهِ إِذْ قَالُواْ مَا أَنزَلَ اللّهُ عَلَى بَشَرٍ مِّن شَيْءٍ قُلْ مَنْ أَنزَلَ الْكِتَابَ الَّذِي جَاء بِهِ مُوسَى نُورًا وَهُدًى لِّلنَّاسِ تَجْعَلُونَهُ قَرَاطِيسَ تُبْدُونَهَا وَتُخْفُونَ كَثِيرًا وَعُلِّمْتُم مَّا لَمْ تَعْلَمُواْ أَنتُمْ وَلاَ آبَاؤُكُمْ قُلِ اللّهُ ثُمَّ ذَرْهُمْ فِي خَوْضِهِمْ يَلْعَبُونَ﴾[46]**، قال ابن عباس ـرضي الله عنهـ: "هذه الآية نزلت في بني إسرائيل".**[47]

ووصفهم أيضاً بتبديل التوراة بآخر بادعاء أنه من عند الله، قال تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلَّذِينَ يَكْتُبُونَ الْكِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ هَذَا مِنْ عِندِ اللّهِ لِيَشْتَرُواْ بِهِ ثَمَناً قَلِيلاً فَوَيْلٌ لَّهُم مِّمَّا كَتَبَتْ أَيْدِيهِمْ وَوَيْلٌ لَّهُمْ مِّمَّا يَكْسِبُونَ﴾.[48] **قال الواحدى (ت: 468هـ) ـ رحمه الله ـ: "شدة العذاب على اليهود الذين عمدوا إلى تغير صفة محمد-ﷺ- وكتبوا صفته على غير ما كانت في التوراة، وأخذوا عليه الأموال".**[49]

فيتبين أن في الأمم الغابرة كان الاهتمام بالتشريع السماوي قائماً بينهم، خاصة في قصة شعيب الذي أمرهم الله ـ سبحانه وتعالى ـ بالقسط، وأن فئة من بني إسرائيل كانوا يحكمون بشريعة الله في حياتهم اليومية ويحثون الناس عليها.

---

[42] البقرة، 2/ 174 ـ 175.

[43] القرطبي، ***الجامع لأحكام القرآن***، 234/2.

[44] المائدة، 5/ 15.

[45] النعماني، أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي، ***اللباب في علوم الكتاب***، تح: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1419 هـ / 1998م، 258/7.

[46] الأنعام، 6/ 91.

[47] الثعالبي، أبو زيد عبدالرحمن بن محمد بن مخلوف، ***الجواهر الحسان في تفسير القرآن***، تح: الشيخ محمد علي معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1418هـ، 492/2.

[48] البقرة، 2/ 79.

[49] الواحدي، أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي النيسابوري الشافعي، ***الوجيز في تفسير الكتاب العزيز***، تح: صفوان عدنان الداوودي، دار القلم الدار الشامية، دمشق ـ بيروت، ط 1، 1415هـ، ص114.

1 . 2 القوانين الوضعية عند السومريين والبابليين والآشوريين

السومريون جماعات غير سامية نشأت في الجبال الشمالية الشرقية وهبطت إلى بلاد مابين النهرين، وأقامت في القسم الجنوبي منها بالقرب من مصبَّي دجلة والفرات. وصار هذه القسم يعرف باسم بلاد سومر. وينقسم تاريخ بلاد سومر إلى مرحلتين:

أولهما عهد المدن المستقلة، وثانيهما عهد المملكة المتحدة.

أما التشريعات السومرية فكانت إحدى وستين مادة تعالج موضوعات مختلفة منها:

ـ أحكام لتسعير بعض المواد، كالشعير والزيت والملح والنحاس.

ـ أحكام حول تأجير ما يستعمل للنقل كالعربات والحيوانات والقوارب.

ـ أحكام لتنظيم العلاقة بين الحاصدات ومستأجريها.

ـ أحكام لتأجير الأشخاص.

ـ أحكام تتضمن عقوبات على بعض الأفعال.

فإذا قبض على رجل في حقل شخص، نهاراً، داخل السياج، فعليه أن يدفع عشرة شيقلات من الفضة. ومن يقبض عليه ليلاً داخل السياج، فإن حكمة الموت. وإذا قبض على رجل في داخل بيت رجل آخر، نهاراً، فعليه أن يدفع عشرة شيقلات من الفضة. ومن يقبض عليه ليلاً داخل الدار، فإن حكمه الموت.

ـ أحكام تتعلق بوضع الأسير العائد وتحديد علاقته بزوجته التي اقترنت بغيره خلال غيابه. وقد أجاز التشريع رجوع المرأة إلى زوجها. ولكنه حرّم هذا الرجوع في حال مغادرة الزوج المدينة لفترة ثم عودته إليها ثانية.

ـ أحكام تتعلق بعقوبة من يغتصب أمة، وبمسألة الرضاعة وأحكامها، وبمسؤولية من يودع عنده مال كأمانة فيفقد المال بفعل السرقة أو الحريق أو ماشابه ذلك.[50]

عرف السومريون القوانين حيث عثر على لوح حجري كتب عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح أبرمت في القرن الحادي والثلاثين قبل الميلاد، بين دولتي مدينة (لجش) المعروفة اليوم باسم(تلو) قرب الشطرة، ومدينة (أوما) القريبة منها، حيث كان بين هاتين المدينتين نزاع مستمر بسبب الحدود ومياه الإرواء، وكان الحَكَم ملكاً مستقلاً، فنصت المعاهدة على وجوب احترام خندق

---

[50] المجذوب، طارق، ***تاريخ النظم القانونية***، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.ط)، 2009م، ص103 ـ 104.

الحدود بين المدينتين، لفض أي نزاع قد ينشأ بينهما بشأن الحدود.[51]

واقترن اسم حمورابي بأهم التشريعات التاريخية التي حكم فيها الأموريون بابل. فقد عثر على اللوح الذي دوّن عليه تشريع حمورابي، سنة 1901 ـ 1902 في مدينة سوما في خوزستان من قبل بعثة تنقيب فرنسية.

إن أول ما يلفت النظر في تشريع حمورابي هو طريقة صياغة المواد القانونية، حيث يلاحظ أن هذه المواد تبدأ بأداة الشرط، ثم افتراض واقعة معينة، ثم إيراد الحكم على تلك الواقعة.

يبلغ عدد المواد التي تم التعرف إليها وقراءتها 282 مادة.

ـ القسم الأول(من المادة1إلى 5)يتعلق بالإدارة القضائية والشهود.

ـ القسم الثاني(من المادة6إلى 25) يتعلق بالجرائم المرتكبة ضد الملكية.

ـ القسم الثالث(من المادة26إلى 41)يتعلق بتنظيم علاقات رجال الجيش.

ـ القسم الرابع(من المادة42إلى100)يتعلق بتنظيم شؤون الأراضي والزراعة.

ـ القسم الخامس(من المادة 101 إلى 107)يختص بالتجارة.

ـ القسم السادس(من المادة108إلى 111)يختص بمحلات الخمر.

ـ القسم السابع(من المادة112 إلى 126)يختص بمعاملات البيع.

ـ القسم الثامن(من المادة127 إلى 195)يختص بأحكام الأسرة وعلاقة أفراها والأحوال المادية التي تترتب على هذه العلاقة.

ـ القسم التاسع(من المادة196إلى 227)يختص بالعقوبات على جرائم معينة.

ـ القسم العاشر(من المادة 228إلى 240)يختص بالأسعار وتحديداً أجور بناء الدور والقوارب.

ـ القسم الحادي عشر(من المادة 241 إلى 247)يختص بإيجار الأشخاص.

ـ القسم الثاني عشر(من المادة 247إلى 282)يختص بأحكام الرقيق.

إن مدونة حمورابي تفوق على كثير من المدونات الأخرى في العدالة غير أنه تميز بقسوة أحكامه الجنائية، فالقصاص والقطع من العقوبات التي تجد مجالاً كبيراً في التطبيق ويضاف إلى ذلك أنه يقر الفوارق بين الطبقات كما الحال في المجتمع البابلي القديم خلافاً لما فعله قانون الألواح الأثنى عشر الرومان فيما بعد إذ انقسم المجتمع البابلي إلى الأحرار ثم المساكين ثم الأرقاء. إن بعض أحكام تشريع حمورابي وردت مشابهة تماماً لأحكام تشريعات سابقة له من الناحية الزمنية، كتشريع"بيلالاما"، وتشريع"لبت عشتار" على وجه الخصوص".

---

[51] الدوري، قحطان عبدالرحمن، ***عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي***، دار الفرقان، عمان،(د.ط)، 1422 هـ / 2002م، ص37.

كانت أشور في المرحلة الأولى دولة ضعيفة خضعت لسيطرة الدول القوية التي تعاقبت على بلاد ما بين النهرين وما حولها مثل السومريين والبابليين.

وعرفت الدولة الأشورية بعد ذلك فترات من القوة والضعف حتى كانت سنة 722ق.م عندما اغتصب الحكم الملك سرجون الثاني الذي بلغت أشور في عهده وعهد خلفائه ذروة مجدها.

والقانون الآشوري يتمثل في ألواح تسعة، ويتضمن أحد هذه الألواح ستين مادة تتناول أحكام الزواج وأحكاماً خاصة بجرائم النساء والجرائم التي تقع بسببهنّ.

وهناك لوح دونت فيه عقوبات بدنية ومالية وأحكام خاصة ببعض العقود، كعقد الإيجار وعقد القرض.

فالقواعد القانونية الأشورية لا تختلف، من حيث الصياغة القانونية، عن مجموعة حمورابي، أو عن التشريعات الأخرى السابقة، إلا أن التشريع الأشوري يتسم بشدة القواعد العقابية. فالمرأة التي تجهض نفسها تتعرض لعقوبة القتل وعدم الدفن.[52]

1. 3 القوانين عند الأغريق

القانون اليوناني أو الأغريقي لم يكن موحداً ومنظماً، وقد تداخلت مصادره وتشابكت في أحيان كثيرة، لكن مع هذا التشابك فهناك ثلاثة مصادر رئيسية للقانون هي: الأعراف، والأحكام القضائية، والتشريعات.

فالأعراف كانت المصدر الجوهري للقانون، والأحكام القضائية اندرجت في بعض الحالات بين مصادر القانون، ولكنها بقيت دون الأعراف والتشريعات منزلة.

أما التشريعات فهي أبرز المصادر وأهمها. وقد ظهرت بشكل خاص عبر القرنين السابع والسادس قبل المسيح عليه السلام نتيجة للتغييرات الإجماعية التي قادت إلى تنظيم جديد للدولة. وغالباً ماكان الأشراف أنفسهم يختارون من بينهم رجلاً حكيماً يكلفونه سن تشريعات أكثر إنصافاً من سابقاتها، تخوفاً من الثورة عليهم.

"القوانين كان معروفاً عند الأغريق، فكانوا يفصلون في المنازعات والدعاوى بين الدول اليونانية مجلس دائم للحكام كان يعرف بـ (الأمفيكتيوني)، والمحكمة الوسيلة الوحيدة التي تفض بموجبها المنازعات، فكان أكبر الأعضاء سناً من المشتركين يقوم بإصدار الأحكام، وكانت تتم في سياق الوظيفة العامة للمجتمع، والعقوبة التي تترتب عليها تتم باسم المجتمع أيضاً". [53]

---

[52] المجذوب، ***تاريخ النظم القانونية***، ص108.

[53] المصدر نفسه، ص146.

1. 4 القوانين عند الرومان

الأصل العام للقوانين اللاتينية هو القانون الروماني، حتى أن القانون المصري واللبناني ينتميان إليه، ودراسة القانون الروماني تعد من الدراسات المهمة لتكوين العقلية القانونية، نظراً لأنه قانون مبني على المنطق والفن القانوني.[54] ومن ناحية أخرى، فالقانون الوضعي المعاصر مازال يحتوى على بعض النظريات القانونية الرومانية، بالإضافة إلى أن القانون الروماني هو الذي كون الفكر القانوني العالمي، ونظراً لأن البلاد العربية قد اقتبست أحكامها من القانون الأوربي وخصوصاً القانون الفرنسي الذي بدوره مشتقاً من القانون الروماني، ولذا فالقانون الروماني يعد مصدراً تاريخياً للقانون الخاص في البلاد العربية.

ولذا فدراسة القانون الروماني هامة باعتبار المصدر التاريخي الأول لمعظم أحكام القانون المدني المصري والقانون اللبناني.

وتتجلى أهمية القانون الروماني أنه قد اثر تأثيراً كبيراً في نشأة وتكوين الأفكار والنظم القانونية العالمية. فقد تميز الرومان بالقدرة على التحليل والتصنيف والتنظير، واستخلاص المبادئ العامة واستنباطها وهم بحق يعتبرون أول من وضعوا أسس اللغة القانونية. ومن ناحية ثانية فقد اقتبست القوانين الحديثة الأفكار والتقسيمات والنظم الرومانية ولذا فان دراسة القانون الروماني تعتبر هامة لبيان الأصول التاريخية للأفكار والنظم القانونية الموجودة في التشريعات الحديثة هذا من ناحية ومن ناحية ثانية فالقانون الروماني من أسس تكوين التراث القانون العالمي.

فدراسة القانون الروماني بلا أدنى شك هامة لتفهم أسس وتفاصيل القوانين في مصر وفي كافة البلاد العربية التي اقتبست قانونها من القانون المدني المصري.

ويتميز القانون الروماني بالارتباط الوثيق بين القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية، بالإضافة إلى اعتباره الجريمة المصدر الأول للالتزام. ولا يمكن انكار الفلسفة الإغريقية على نشأة وتكوين وتطور النظم القانونية الرومانية.

ويجب في البداية أن نعرف أن عصور القانون الروماني تنقسم ـ اعتماداً على تطور النظم القانونية وتطور مصادر القانون الروماني ـ إلى ثلاثة عصور وهم: عصر القانون القديم والعصر العلمي والعصر الإمبراطوري. فعصر القانون القديم عصر الطفولة للقانون الروماني. وقد كانت مصادر

---

[54] ممدوح، عمر مصطفى، ***القانون الروماني***، دار المعارف، القاهرة، ط3، 1959م، ص3 ـ 4، حسن، أحمد إبراهيم، ***تاريخ القانون المصري***، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د.ط)، 2004م، ص3.

القانون في هذا العصر تنحصر في العرف ثم التشريع. وكان الكهنة والأشراف هم الذين يسيطرون على صياغة القانون وتفسيره.

"القانون الروماني كان مقتصراً على القانون المدني الخاص، وأما في قوانين العقوبات فكان يتم تحديدها وتوقيعها على مرتكبيها من الملك بمعاونة الكهنة، ولكثرة الأعباء الملقاة على عاتق الملك تم إنشاء وظيفة خاصة يتولاها حاكم يسمى"البريتور" يقتصر دوره على سماع ادعاءات الخصوم، وتسجيلها ثم يرفع النزاع برمته إلى الحكم الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعهم.

أما القوانين الدولية فلم يكن معروفاً عندهم، لأنهم كانوا ينكرون المساواة بين الدول حتى أنهم يعتبرون الغريب عدواً يجوز سلبه وقتله".[55]

5.1 القوانين عند القدماء المصريين

النظام القانوني في العهد الفرعوني يشوبه بعض الغموض لسببين: أولها قدم عهده، وثانيهما: قلة المصادر التي كتبت عنه، غير أنه مما لا جدال فيه، أن الملك كانت له السلطة العامة إدارية وقضائية لأنه رئيس الدولة ومصدر جميع السلطات التي يستمدها من الإله رأساً. كان الملك يباشر القضاء، إما بواسطة موظفيه الدينيين أو المدنيين، ولكنه ما كان يجلس للقضاء في الأكثر إلا إذا شكا أحد رعاياه من الحكم الصادر عليه، وطلب منه التدخل، وكان الحكم يصدر متوجاً باسم الملك.

وقد وجد نص قديم يرجع للأسرة السادسة يفهم منه أن ملكة اتهمت بالخيانة، فعين الملك أحد القضاة للحكم في قضيتها، وهذا يثبت وجود نظام قضائي في مصر في هذه العصور السحيقة، كما يثبت شدة حرص الفراعنة على العدل والانصاف.

فكانت توضع على منصة القضاء للأسرة وأثناء انعقاد الجلسات، ثماني مجلدات ضخمة تحوي كل القوانين المصرية القديمة، وأمامه أربعين لفة من البردي موضوعة في جلد، ويظن أغلب العلماء، أن هذه اللفات كانت عبارة عن القوانين التي كان يرجع إليها الوزير (قاضي القضاة)، وكانوا ينتخبون قضاتهم ممن اتسعت تجاربهم، وعظمت معلوماتهم الدينية والدنيوية وكثرت ثقافتهم العلمية، وكانت أحكامهم محترمة ونافذة. أما مرتبات القضاة فكانت تصرف إليهم من خزينة الملك.

"وقد كثرت أنواع المحاكم عندهم بحسب اختصاصها، فوجدت المحاكم الأسرية أو المنزلية، وكما وجدت المحاكم المدنية ذات الدرجتين، كذلك وجدت المحاكم العسكرية، كما وجد القضاء الإداري، والقضاء الجنائي بنوعيه العادي الذي يفصل في قضايا الأفراد، وغير العادي الذي ينظر في الجرائم التي تمس الملك أو الدولة بصفة عامة، وتتولاه المحكمة الخاصة، وكان يفصل في القضائين المدني والجنائي، حتى القرن الثالث عشر قبل الميلاد بمصر هيئة واحدة".[56]

---

[55] الأسطل، إسماعيل أحمد، ***التحكيم في الشريعة الاسلامية***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط) (د.ت)، ص26.

[56] مشرفة، عطية، ***القضاء في الإسلام***، شركة الشرق الأوسط، القاهرة، ط2، 1966م، ص 122 ـ 123 ـ 124.

6.1 القوانين في العصر الجاهلي

يعرف العصر الجاهلي بالفترة الممتدة قبل بعثة سيدنا محمد -ﷺ- والتي استمرت قرنين قبل البعثة، ورغم أن كلمة الجاهلية مشتقة من الجهل، إلا أن الجهل هنا لايقع في النقطة المقابلة للعلم، وانما يقع في النقطة المقابلة للعقل والمنطق، فهي تعني السفه والغضب، والأنفة، وهى الحال التي كانت عليها العرب قبل الاسلام لما كانوا عليه من مزيد جهل في كثير من الأعمال والأحكام من الجهل بالله - تعالى - ورسوله وشرائع الدين والمفاخرة بالأنساب والكبر والتعجب.[57]

العرب كانوا منقسمين فى معيشتهم الى بدو، وحضر. فالبدو كانوا رعاة ، أميين ، في صحراء نائية بعضها من بعض يتنقلون لأجل الماء والكلأ، طبيعتهم ميالين إلى القتال، والإغارة، والسلب، أما الحضريون فكانوا مدنيين بطبعهم يعملون في حقل الزراعة والتجارة .

والعرب بطبعهم شديدو البأس، لايمهلون الثأر، صبورون على ضنك العيش، متضامنون في كل شيء، من جهة نصرة أخيه سواء كان ظالماً أو مظلوماً، وهذا كان جلياً في أشعارهم. الفكر السائد عندهم الدم لا يمحوه إلا الدم. فاهل القبيلة كانوا مطالبين بالثأر من الجاني أو عشيرته، وكانت دولة رؤساء تسودهم القبيلة، القبيلة حكومة مصغرة، وكانت دولة رؤساء القبائل في قومهم كدرجة الملوك، فكانت القبيلة تبعاً لرأي سيدها، في السلم والحرب، لا تتأخر عنه بحال، إذا غضب غضب له ألوف من السيوف، لا تسأله فيما غضب، إلا أن المنافسة في السيادة بين أبناء العم كانت تدعوهم إلى بذل الندى، وإكرام الضيف، والكرم، والحلم، وإظهار الشجاعة، والدفاع عن الغير، حتى يكسبوا المحامد في أعين الناس، ولا سيما الشعراء الذين كانوا لسان القبيلة في ذلك الزمان، وحتى تسموا درجتهم عن مستوى المنافسين.[58]

اتسعت رقعة البدو والحضر فأصبحوا مجاورين للدولة البيزنطية، الرومانية الشرقية، والفارسية، وانتشرت في جزيرة العرب الديانة اليهودية والمسيحية، وأشهر أماكن اليهود يثرب، فكان الناظرة في الحيرة، واليعاقبة في غسان، وفي سائر قبائل الشام، وكانت نجران أهم موطن للنصرانية في بلاد العرب،[59] فنشرت في جزيرة العرب الثقافة والتعاليم ومبادئ الدين، فاستفاد العرب الشيء الكثير من حكمهم و معتقداتهم ، و مكة كانت مقصد العرب فيأتيها الملأ من كل مكان أيام الحج والمواسم.

أما دهماء العرب فكانوا يدينون بالوثنية، وهؤلاء كانوا يحتكمون الى الأزلام، وهو مايسمونه"

---

[57] ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الأنصاري الأفريقي، ***لسان العرب***، دار الصادر، بيروت، ط 3، 1414هـ، مادة (جهل)، 11/ 130.

[58] المباركفوري، صفي الرحمن، ***الرحيق المختوم***، المطبعة العالمية، ط1، 1422هـ/ 2001م، ص26.

[59] الطباخ، أحمد أمين ابراهيم، ***فجر الإسلأم***، دار الكتاب العربي، بيروت، ط10، 1969م، ص10.

الاستسقام بالأزلام "، "وكانت الأزلام محفوظة عند سدان الكعبة ، كتب على الأول منها " أمرني ربي" ، "وعلى الثاني " نهاني ربي"، وكان يستقم بهذين القدحين في حالة التفكير في سفر أو تجارة أونكاح....الخ فإن خرج القدح الأول أقدموا، وإن خرج الثاني أحجموا، وهناك ثلاثة أزلام اخرى كتب على الأول منها (منكم) وعلى الثاني (من غيركم) وعلى الثالث (ملصق)، فإن أختلف القوم في نسب واحد منهم استقسموا بها، فإن خرج القدح الأول أقروا لصاحبهم بالنسب وإن خرج الثاني انكروه، وان خرج الثالث بقيت الشبهة عالقة به، والقدحان الأخيران، هما القدح السادس وقد كتب عليه (العقل)، والسابع وقد كتب عليه قدح العقل العاقلة ألزموه الدية. والظاهر أن الاستسقام على هذا النحو كان يتم في جوف الكعبة، عند (هبل) وهو أعظم الأصنام عند كفار العرب، كأنهم يعتقدون أنه هو الذي يجيبهم بهذه الطريقة الرمزية".[60]

والعرب كانوا يتفاخرون بشرف الأنساب في مجالسهم وأسواقهم، لا سيما في (سوق عكاظ) فأصبحت مكة بيئة للعلم ومركزاً للحركة التجارية والأدبية، أما الذين اختلطوا باليهود والمسيحيين، فكانوا يؤمنون بالبعث، وينبذون عبادة الأصنام، ولا يبيحون وأد البنات، ومن العرب من كانوا يعبدون النجوم، إله الخير، وإله الشر، وأشهر العداء في الجاهلية كان بين الأوس والخزرج، وبين عَبْس وذبيان، وبين ربيعة ومضر وغيرها، أما المنازعات فيما بينهم فكانت محدودة، لا تتعدى على من سبق الماء أولاً، أو أيهم أحق بالمرعى لسرح الماشية.

العرب في الجاهلية لم يسنوا لهم قانوناً يتقيدون فيه بمواده في الحكم فيما شجر بينهم من نزاع، وإنما أحلوا التقاليد والعادات محل القانون لفض المنازعات، وكانوا يسمون القاضي(حكماً)، والقضاء(الحكومة)[61] وكان الحكم موجوداً لدى كل قبيلة من قبائل العرب للفصل في المنازعات والبت في الخلافات، ولم يكن القضاء عملاً مستقلاً سوى في قبيلة قريش.[62] وكانت تنصب للقضاة الخيام يجلسوا فيها عند مزاولة عملهم، أو تحت ظلال الأشجار هذا قبل أن تبنى أماكن بمزاولة القضاء فيها مثل (دار الندوة) في مكة، التي بناها قصي بن كلاب وجعل بابها إلى الكعبة.[63]

---

[60] العجلاني، منير، ***عبقرية الإسلام في اصول الحكم***، دار النفائس، بيروت، ط1، 1405هـ / 1985م، ص334 ـ 335.

[61] علي، د. جواد، ***المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام***، دار العلم للملايين، بيروت، ومكتبة النهضة، بغداد، مطابع دار العلم للملايين، 1976 / 1980م، (ج1، 2، 3، 6، 10 (ط3) و (ج 2، 4، 5 (ط2)، 636/5.

[62] الآلوسي، السيد محمود شكري بن عبدالله بن أبي الثناء محمود الحسيني البغدادي، ***بلوغ الإرب في معرفة أحوال العرب***، شرح وتصحيح وضبط: الأستاذ محمد بهجة الأثري، مكتبة محمد الطيب، مطابع دار الكتاب العرب، القاهرة، ط 3 ، (د.ت)، 321/1.

[63] ابن حبيب، أبو جعفر محمد البغدادي، ***المحبر***، تح: أليزه ليختن، المكتب التجاري للتوزيع والطبع، بيروت، (د.ط) (د.ت)، ص165.

والجدير بالذكر كانت في الجاهلية بعض القوانين التي يتقيدون بها مثل:

ـ **عقاب السارق:** كان عقاب السارق في الجاهلية قطع اليد، فكان أول من حكم به الوليد بن المغيرة، وقيل: عبد المطلب[64] ، وأول سارق قطع في الإسلام من الرجال الخيار بن عدي بن نوفل بن عبد مناف، ومن النساء: مرة بنت سفيان بن عبد الأسد، من بني مخزوم.[65]

ـ **تحريم شرب الخمر:** هناك من الحكام في الجاهلية من حكم بتحريم الخمر قبل الإسلام، منهم الوليد بن المغيرة وعبدالمطلب.[66]

ـ **القيافة:** عرفها العرب قبل الإسلام[67]، وكان لها دور كبير في القضاء والأحكام، وقد أخذ بها الإسلام وكانت هذه المسألة فيصلاً في الحكم في قضية هلال بن أمية الذي قذف امرأته بشريك بن سمحاء، فقال رسول ـ ﷺ ـ: "أبصروه، فإن جاءت به أبيض سبطاً فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكمل جعداً حمش الساقين فهو لشريك".[68]

ـ **الدية:** حكم بالدية من القاتل لأهل المقتول قبل الإسلام.[69]

ـ **القرعة:** كان الحكام في الجاهلية يستخدمون وسائل عدة للوصول لأحكام منها القرعة، وقد اتبعها النبي ـ ﷺ ـ مع نسائه، كما جاء في الحديث عن عائشة ـ رضي الله عنهاـ أنها قالت: إن النبي ـ ﷺ ـ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها.[70]

كان هناك أشخاص من قريش يقومون بمزاولة الحكم والقضاء، فيتحاكم إليهم الناس، فيقول عبدالله بن عباس ـ رضي الله عنهماـ في ذلك: "كان في قريش أربعة يتنافر الناس إليهم ويتحاكمون: عقيل بن أبي طالب، ومخرمة بن نوفل الزهري، وأبو جهل بن حذيفة العروي، وحويطب بن العامري،

---

[64] ابن حبيب، أبو جعفر محمد البغدادي، ***المنمق في أخبار قريش***، ع: خورشيد أحمد فاروق، مطبعة دائرة المعارف، القاهرة، ط 1، 1962م، ص459 ـ 460.

[65] الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، ***الحاوي الكبير***، تح: محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1414 هـ / 1994م، 117/17.

[66] ابن حبيب، المحبر، ص236ـ 237، الآلوسي، ***بلوغ الإرب***، 324/1.

[67] ابن حبيب، ***المحبر***، ص133 ـ 135، الآلوسي، ***بلوغ إلارب***، 308/1.

[68] البزار، أحمد بن عمرو بن عبدالخالق البصري، ***المسند***، مكتبة العلوم والحكم، (د.ط) 2005م، ر.م.ح (6727)، 233/13.

[69] ابن حبيب، ***المحبر***، ص236.

[70] البخاري، أبو عبدالله محمد بن اسماعيل الجعفي، ***صحيح البخاري***، تح: محمد بن زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، ط1، 1422هـ، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها، ر.م.ح (2593)، 159/3.

وكان الثلاثة يعدون محاسن الرجل إذا أتاهم، فإذا كان أكثر محاسن نفروه على صاحبه، وكان عقيل يعد المساوي، فيقول الرجل: "وددت أني لم آته، أُظهر من مساوى ما لم يكن الناس يعلمون".[71]

العصر الجاهلي عصر العادات والتقاليد، حيث كانوا يسنون لهم القوانين المحصولة من الأعراف، والحاكم الذي يفصل بين المنازعات هو كبير القوم، يراعى في اختياره الشجاعة، والسن، والفطانة، وكثرة التجارب، فكان للحكام في الجاهلية خصائص ومميزات، استمدت من واقع الحياة، والعادات والأعراف والتقاليد والحضارات والديانات الأخرى فأصبح لهم نظاماً قانونياً عرفياً استطاع أن يفرض نفسه ويحكم الحياة ويضبط أمورها.[72]

1. 7 نشأة وظهور الفقه الإسلامي

ولد النبي عليه الصلاة والسلام في مكة، ونشأ وترعرع فيها، حتى إختاره الله رحمة للعالمين﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾.[73]

ومكة بطبيعتها كانت من الثقافة والمعرفة ما لم تكن لأي منطقة أخرى، من الأسواق، والتجارة، يقول جواد(ت: 1987م): "وكان لأسواق العرب وظيفة دينية، إذ يبدو أن موقع السوق يحدده وجود آلهة وأصنام فيه أو فيما يحيط به. ومن الممكن حقاً أن تكون هذه الأسواق قد بدأت على أساس أنها احتفالات دينية لتكسب بفعل الزمن بعداً تجارياً، وما سوقا دومة الجندل وعكاظ سوى نموذجين ينطبق عليهما ذلك تماماً".[74]

فأمره الله بتبليغ دينه وشريعته، فكان عليه الصلاة والسلام يدعو إلى الإيمان بالله وباليوم الآخر ويدعو إلى الأخلاق الفاضلة، والدعوة إلى العقيدة الصحيحة التي حرفتهما اليهودية والمسيحية.

فظهور الشريعة الإسلامية بهذا الشكل واتساع شهرته كان لأجل الموقع الجغرافي، ووفود القبائل العربية وغير العربية إلى مكة.

فجاء الحاقدون على شريعة الله وزعموا أن الفقه الإسلامي مستمد من القانون الروماني فيقول"كأيموس" الذي زعم في كتابه" القانون المدني الروماني" إن الشرع المحمدي ليس إلاّ القانون

---

[71] ابن الأثير، عزالدين علي بن محمد، ***أسد الغابة في معرفة الصحابة***، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1997م، 265/3.

[72] اللهيبي، صالح محمد زكي، ***القضاء في الحضارة الإسلامية دراسة تأريخية***، دار ابن الجوزي، الدمام، ط 1، 1436هـ، ص17، أمين، أحمد، ***فجر الإسلام***، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 10، 1969م، ص225 ـ 226.

[73] الإنبياء، 107/21.

[74] علي، ***المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام***، 731/7.

الروماني للإمبراطورية الشرقية معدلاً وفق الأحوال السياسية في الممتلكات العربية".[75]

وقصدهم أن القوانين الرومانية تدخل إلى الفقه الإسلامي عن طريق الأعراف واجتهادات الفقهاء، وفي النتيجة عدم أصالة الفقه الإسلامي، وبدعوى أسبقية القانون الروماني، أي قبل ظهور الفقه الإسلامي، ودعوى الرحلات التجارية في ذلك الوقت.

والجواب عن هذه الدعاوى أن تجارة العرب مع الرومان كانت محدودة، حتى أنهم كانوا لا يسمحون لهم تجاوز مناطق معينة ينزلون فيها، ويتاجرون مع أهلها.[76]

والناظر بإنصاف إلى قوانين الأحكام الشرعية يرى بأنها تختلف مع جميع القوانين، والشرائع السماوية، حتى في مسائل الأحوال الشخصية من النكاح، والطلاق، والإرث، والوصية. ومصادر الفقه الإسلامي يختلف مع مصادر القوانين الوضعية.

يقول الحجوي(ت:1376هـ): "إعلم أن الفقه الإسلامي جامعة ورابطة للأمة الإسلامية، وهو حياتها تدوم ما دام، وتنعدم ما انعدم، وهو جزء لا يتجزء من تاريخ حياة الأمة الإسلامية في أقطار المعمورة، وهو مفخرة من مفاخرها العظيمة، ومن خصائصها لم يكن مثله لأي أمة قبلها، إذ هو فقه عام مبين لحقوق المجتمع الإسلامي بل البشري، و به كمل نظام العالم، فهو جامع للمصالح الاجتماعية بل والأخلاقية، وهو بهذه المثابة لم يكن لأي أمة من الأمم السالفة، ولا نزل مثله على نبي من الأنبياء، فإن فقهنا بيَّنَ الأحوال الشخصية التي بين العبد وربه، من صلاة وصوم وزكاة وحج ونظافة كغسل البدن كلاً من الجنابة أو للجمعة أو للعيدين، أو بعضاً وهو الوضوء عند أداء الفرائض الخمس في اليوم والليلة، وسن أمور الفطرة من ختان وقص شارب والسواك وتقليم الأظفار ونتف الإبط وحلق العانة. فالفقه الإسلامي نظام عام للمجتمع البشري لا الإسلامي فقط، تام الأحكام لم يدع شاذة ولا فاذة، وهو القانون الأساسي لدول الإسلام والأمة الإسلامية جمعاء، وإن انتظام أمر دول الإسلام في الصدر الأول وبلوغها غاية لم تدرك بعدها في العدل والنظام لدليل واضح على ما كان عليه الفقه من الانتظام وصراحة النصوص وصيانة الحقوق ونزاهة القائمين بتنفيذ أوامره مما لا يوجد الآن، ودليل على ما كان لهاتيك الدول من التمسك بحبله المتين".[77]

فالشريعة الإسلامية تفوق في كثير من بحوثها الشرائع الأوربية، بل هي التي تعطي العالم بأسره أرسخ الشرائع إثباتاً.

---

[75] المحمصاني، صبحي، ***فلسفة التشريع في الإسلام***، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1980، ص274.

[76] أبو طالب، صوفي، ***الشريعة الإسلامية والقانون الروماني***، مكتبة نهضة، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ص25 ـ 26.

[77] الحجوي، محمد بن الحسن، ***الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/ 1995م، 68/1.

فهذه المفاهم تحولت إلى القيم الدينية فترة تلو الأخرى، حيث أخذت سيطرتها وعلوها، والذي أراه بأن معنى الفقه كان في زمن النبي -ﷺ- علماً شاملاً في العقيدة والعبادات والمعاملات، وفي كل شيء يمثله الدين.

والفقه الإسلامي مر بمراحل كثيرة، وفي جميع هذه المراحل خرج الفقه بحلة جديدة ومتميزة، لأن الأصل ثابت، والفرع في السماء.

والأحكام الفقهية مع بداية التشريع الإسلامي، حتى في عهد التابعين كانوا يأخذون الأحكام ويستنبطون حكمه فهماً وتطبيقاً. فإن لم يجدوا حكماً للمسألة كانوا يجتهدون ولكن في مسائل قليلة جداً.

وهذه الحاجة القليلة دعت إلى إيضاح مسائل فقهية، فاهتموا بالفقه أيما اهتمام، فوضعوا مواد وقواعد فقهية وأصولية مستنبطة من الكتاب والسنة.

فأصبح الفقه علماً يحتل المركز الأول وبرز دور علماء المذاهب في صياغة القوانين والقواعد الفقهية، لكن من غير تعصب وفرقة. فكانوا معروفين ومشهورين ومعدودين كما كان في عهد الصحابة فمنهم من كان مكثراً للحديث، ومنهم من كان مكثراً للفتوى، ومنهم من كان معروفاً في علم الفرائض وهكذا. ويرجع الفضل الأكثر في هذا للمذاهب لأنهم كانوا يدونون الكتب، والفتاوى مما لم يفعله الآخرون. وانتشار توسع الفقه الإسلامي بهذه الدرجة يرجع لعدة اسباب:

- جميع التكاليف الشرعية روعيت فيها التيسير والتخفيف على الخلق، والأمثلة على ذلك لا تعد ولا تحصى، وفي أحكام الضرورة أباح أكل الميتة ولحم الخنزير.

- وميزت هذه الشريعة عن غيرها قلة التكاليف، كي لا يشق عليهم، ولا يتعبهم، وهذا وجد عن طريق الاستقراء أن ما في القرآن من الواجبات والمنهيات لا يرهق كاهل الناس.

- وروعيت فيها التدرج في الأحكام وذلك كي يكون أوقع في النفس، وأقرب إلى العمل والخضوع والإنقياد. فحكم الزنا في بداية التشريع كانت العقوبة الحبس، ثم تدرج إلى ما هو أشد.

- وأنها روعيت فيها مصالح الناس فشرع بعض الأحكام ثم نسخت لما اقتضت المصلحة ذلك،

- وأنها تحقق العدالة بين جميع مكونات الأمة فلا فرق بين جنس، أو نسب، أو حسب، أو جاه فالكل سواسية كأسنان المشط.

ـ وهي قائمة على أساس الشورى في الحكم من غير تسلط وتفرد.

فكانت دراسة الفقه الإسلامي تثبت جلاء سيادته، وأصالته، وأحقيته في أن يسوس الحياة البشرية سياسة رشيدة، ويحكم سلوكها في كل شأن من شؤونها: العقدية، والتعبدية، والدستورية، والمدنية، والجنائية، والدولية، والسياسية، والقضائية، والإدارية، والاقتصادية، والإجتماعية.

2. مصادر أدلة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

2. 1 مصادر أدلة الفقه الإسلامي

هناك مصدران للفقه الإسلامي

أ.المصادر الأساسية

ب. المصادر الفرعية(التكميلية)

أ. المصادر الأساسية

1. القرآن 2. السنة 3.الإجماع 4. القياس

ب. المصادر الفرعية

1. الاستحسان 2. المصلحة المرسلة 3. العرف 4. الاستصحاب 5. شرع من قبلنا 6. مذهب الصحابي.

وسنتكلم عن المصادر الأساسية للفقه الإسلامي لأنها نقطة إتفاق بين العلماء، علماً بأن القياس مصدر أساسي من مصادر الفقه الإسلامي مع الخلاف عند بعض لكننا لانخوض في المصادر الفرعية(التكميلية)وهي مقبولة في الجملة.

2. 1. 1 القرآن الكريم

القرآن أول مصدر من مصادر التشريع، وأهم المصادر، وعمدة الشريعة، والمصادر المتبقية ترجع إليه، ونبحث عن هذا المصدر من ثلاث وجوه:

الوجه الأول: تعريف القرآن

الوجه الثاني: حجية القرآن

الوجه الثالث: أحكام القرآن الواردة فيه.

الوجه الأول: القرآن لغة واصطلاحاً

القرآن لغة: مصدر قرءاً وقراءة وقرآناً، فهو مقرءة، على وزن غفران، ومعنى القرآن معنى الجمع. وسمي قرآناً لأنه جمع القصص والأمر والنهي والوعد والوعيد والآيات والسورَ بعضها إلى بعض.[78]

القرآن اصطلاحاً: القرآن الكريم أشهر من أن يعرَّف، لأنه كما يقول الشاطبي: أصل الأصول[79]،

---

[78] ابن منظور، ***لسان العرب***، 129/1.

[79] الشاطبي، ابراهيم بن موسى، ***الموافقات في أصول الفقه***، تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، ط1، 1417هـ / 1997م، 143/4.

ومع ذلك عرفه علماء الأصول بأنه: "كلام منزَّل على محمد ـ ﷺ ـ، معجز متعبد بتلاوته".[80]

فالقرآن هو المصدر الأول والأساسي من مصادر التشريع الإسلامي الذي تكفل الله تعالى ـ بحفظه وإبقائه إلى يوم القيامة من دون تبديل أو تحريف مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾.[81]

وبعض مسائل الأحكام الشرعية الواردة في القرآن قطعية لا مجال للاجتهاد فيها كجرائم البغي، والردة، والزنا، والقذف، والسرقة، والحرابة، والشرب. كما جاء عند علماء الأصول: "لا مساغ للإجتهاد في مورد النص".[82] والقرآن خاتم الكتب، ولأنه قطعي الورود، ولفظه ومعناه من عند الله، ولأنه اجتمعت فيه أصول الشريعة وكلياتها، فكان تبياناً لكل شي.

والقرآن في صياغته ورد في بعضه قطعي الدلالة، وورد في البعض الآخر ظني الدلالة ليجمع بين الثبات والمرونة.[83]

أ. نص قطعي الدلالة على حكمه: أي مادل على معنى متعين فهمه منه، ولا يحتمل تأويلاً ولا مجال لفهم معنى غيره منه.

يقول رشيد رضا(ت: 1354هـ): "وما كان قطعي الدلالة فهو الشرع العام الذي يجب على جميع المسلمين اتباعه عملاً وقضاءً.[84] مثل قوله تعالى في شأن الزاني والزانية﴿فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾.[85] فهذا قطعي الدلالة على أن حد الزنا مائة جلدة لا أكثر ولا أقل.

ب. نص ظني الدلالة على حكمه: فهو مادل على معنى ولكن يحتمل أن يؤول ويصرف على هذا المعنى ويراد منه معنى غيره. والمقصود بظنية الدلالة للنص أن النص يحتمل الاختلاف في وجهات النظر بحيث يقطع الإنسان بخطأ مخالفه في المسألة حتى إن تبين الراجح.

يقول رضا(ت:1354هـ): "وما كان ظني الدلالة فهو موكول إلى إجتهاد الأفراد في التعبدات

---

[80] المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي، ***تحرير المنقول وتهذيب علم الأصول***، تح: عبدالله هاشم، و هشام العربي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، (د.ط)، (د.ت)، ص113، الرزقاني، محمد عبد العظيم، ***مناهل العرفان في علوم القرآن***، دار الفكر، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 19/1 .

[81] الحجر، 9/15.

[82] الزحيلي، محمد مصطفى، ***القواعدالفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة***، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ/2006م، 499/1.

[83] جريشة، علي، ***مصادر الشرعية الإسلامية***، دار التراث العربي، القاهرة، ط2، 1407هـ/1987م، ص19.

[84] رضا، محمد رشيد، ***تفسير القرآن العظيم(تفسير المنار)***، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، (د.ط)، 1990م، 109/2.

[85] النور، 24/2.

والمحرمات، وإلى أولي الأمر في الأحكام القضائية".[86] مثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾.[87]

فلفظ الميتة عام والنص يحتمل الدلالة على تحريم كل ميتة ويحتمل أن يخصص بما عدا ميتة البحر، فالنص الذي فيه نص مشترك أو لفظ عام أو لفظ مطلق أو نحو هذا يكون ظني الدلالة، لأنه يدل على معنى ويحتمل الدلالة على غيره.[88]

وبعض الآحكام الواردة في القرآن تتفق فيها الشرائع السماوية السابقة، لأن القرآن بيّن هذه الحقائق بقوله تعالى:﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾.[89]

فالله تعالى أوحى إلى الأنبياء ديناً واحداً متفقاً من جهة الأصول التي لا تختلف فيها الشرائع من التوحيد، وتحريم الاعتداء على حقوق الآخرين والكذب، والظلم، والزنا، والسرقة.

الوجه الثاني: حجية القرآن

لا خلاف بين العلماء قاطبة على حجية القرآن، ويجب العمل بما ورد فيه، وأن الشرع الواجب التطبيق هو شرع الله، ولا يجوز الحكم إلا بما أنزل الله ـ تعالى ـ.

والأدلة على تطبيق الأحكام الشرعية وافرة في القرآن، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾[90]، وقوله تعالى: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾[91]، وقال تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللّهُ﴾[92].

ووردت آيات كثيرة تحذر من الحكم بغير ما أنزل الله، حتى وصف الحاكم الذي يحكم بغير حكم الله كافراً، وفاسقاً، وظالماً، لأنه تعدى على حدود الله، قال تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُواْ لِلَّذِينَ هَادُواْ وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُواْ مِن كِتَابِ اللّهِ وَكَانُواْ

---

[86] رضا، ***تفسير المنار***، 109/2.

[87] المائدة، 3/5.

[88] خلاف، عبدالوهاب، ***علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي***، مكتبة الدعوة، القاهرة، ط8، (د.ت)، ص35.
زيدان، عبدالكريم، ***الوجيز في اصول الفقه***، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط6، (د.ت)، ص159 ـ 160.

[89] الشورى، 13/42.

[90] النساء، 4/ 59.

[91] النساء، 4/ 65.

[92] النساء، 4/ 105.

عَلَيْهِ شُهَدَاء فَلاَ تَخْشَوُاْ النَّاسَ وَاخْشَوْنِ وَلاَ تَشْتَرُواْ بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلاً وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ وَقَفَّيْنَا عَلَى آثَارِهِم بِعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّوْرَاةِ وَآتَيْنَاهُ الإِنجِيلَ فِيهِ هُدًى وَنُورٌ وَمُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّوْرَاةِ وَهُدًى وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ الإِنجِيلِ بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فِيهِ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.[93]

الوجه الثالث: أحكام القرآن الواردة فيه: القرآن يشتمل على جميع الأحكام التي تخص الانسان في حياته الدنيوية والأخروية، وتصنيف هذه الأحكام بما يلي:

أ- الأحكام الاعتقادية: وهي الأحكام التي تتعلق بعقيدة المسلم.

ب - الأحكام الأخلاقية: وهي الأحكام التي تتعلق بالفضائل والسلوك.

ت - الأحكام العملية: وهذه الأحكام تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أحكام العبادات وهي الأحكام التي تتعلق علاقة الإنسان بخالقه.

القسم الثاني: أحكام المعاملات وهي الأحكام التي تتعلق بعلاقة الإنسان فيما بينهم.

وتنقسم أحكام المعاملات إلى سبعة أنواع[94]:

النوع الأول: أحكام الأحوال الشخصية: وهي الأحكام التي تتعلق بالأسرة.

النوع الثاني: الأحكام المدنية أو المالية: وهي التي تتعلق بالبيوع والسلم والقرض.

النوع الثالث: الأحكام الجنائية: الجرائم والعقوبات: فالقرآن نص على جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وعقوباتها لخطورتها على المجتمع وترك للسلطة التشريعة الزمنية صلاحية استحداث الجرائم بالعقوبات بحسب متطلبات الحياة وتسمى الجرائم والعقوبات التعزيرية.

النوع الرابع: أحكام المرافعات: وهي الأحكام التي تتعلق بنظام القضاء والإثبات لأجل إقامة العدل بين الناس.

النوع الخامس: الأحكام الدستورية: وهي الأحكام التي تبين علاقة الحاكم بالمحكومين.

---

[93] المائدة، 5/ 44 ـ 45 ـ 46 ـ 47.

[94] خلاف، ***علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي***، ص33، الزحيلي، د.محمد مصطفى، ***أصول الفقه الإسلامي***، دار الخير، دمشق، ط2، 1427هـ/ 2006م، 164/1 ـ 165. الزلمي، مصطفى إبراهيم، ***المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد***، المكتبة المركزية، أربيل، ط5،2009م، ص17.

النوع السادس: الأحكام الدولية: وهي التي تتعلق بمعاملة الدولة الإسلامية لغيرها من الدول في حالتي السلم والحرب، وتنظيم علاقة الدولة بأهل الذمة المستأمنين المقيمين على أرضها.

النوع السابع: الأحكام الاقتصادية والمالية: وهي التي تنظم الموارد والمصارف في الدولة الإسلامية.

2. 1 . 2 السنة

وهي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي

السنة لغة واصطلاحاً

السنة لغة: هي الطريقة يقال: استقام فلان على سنن واحد، والسنة السيرة.[95]

السنة اصطلاحاً: ما ثبت عن النبي ـ ﷺ ـ من قول أو فعل أو تقرير.[96]

حجية السنة

تعتبر السنة مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي، أما حجية السنة فوارد في القرآن في كثير من الآيات: قال تعالى: ﴿قُلْ إِن كُنتُمْ تُحِبُّونَ اللّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ﴾[97]، وقال تعالى: ﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾[98]، وقال تعالى: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾[99].

أما حجية السنة من السنة: فقوله عليه الصلاة والسلام: "ألآ إني أوتيت الكتاب ومثله معه"[100].

أما مرتبة السنة

فيقول الشاطبي(ت: 790هـ):"ورتبة السنة التأخر عن الكتاب في الاعتبار".[101]

---

[95] الرازي، زين الدين أبو محمد بن أبي بكر بن عبد الله الحنفي، ***مختار الصحاح***، تح: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية ـ الدار النموذجية، بيروت ـ صيدا، ط5، 1420هـ/ 1999م، ص155.

[96] الصنهاجي، عبدالحميد بن محمد بن باديس، ***مبادئ الأصول***، تح: د.عمار الطالبي، الشركة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط2، 1988، ص27.

[97] آل عمران، 33/ 31.

[98] النساء، 4/ 59.

[99] النساء، 4/ 65.

[100] أبو داود، سليمان بن أشعث بن اسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، ***سنن أبي داود***، تح: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قرة بللي، دار الرسالة العالمية، بيروت، ط1، 1430هـ / 2009م، ر.م.ح(4606)، 200/2. قال الألباني، صحيح.

[101] الشاطبي، ***الموافقات***، 298/4.

ودور السنة كبير يقول الإمام أبو حنيفة(ت150هـ) رحمه الله(لولا السنة ما فهم أحد منا القرآن).[102]

وحجية السنة من الأمور المسلمة في التشريع الإسلامي، لأن القرآن واجب الإتباع، وكذا سنة النبي ـ ﷺ ـ قال تعالى:﴿لَقَدْ مَنَّ اللّهُ عَلَى الْمُؤمِنِينَ إِذْ بَعَثَ فِيهِمْ رَسُولاً مِّنْ أَنفُسِهِمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَإِن كَانُواْ مِن قَبْلُ لَفِي ضَلاَلٍ مُّبِينٍ﴾.[103]

فبوب الشافعي(ت: 204هـ)في رسالته باباً مستقلاً سماه"بيان فرض الله في كتابه اتباع سنة نبيه".

فوضع الله رسوله من دينه وفرضه وكتابه الموضع الذي أبان جل ثناؤه أنه جعله علماً لدينه، بما افترض من طاعته، وحرم من معصيته، وأبان من فضيلته، بما قرن من الإيمان برسوله مع الإيمان به.

فقال تبارك وتعالى: ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولاً مِّنكُمْ يَتْلُو عَلَيْكُمْ آيَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمْ تَكُونُواْ تَعْلَمُونَ﴾.[104]

فذكر الله الكتاب، وهو القرآن، وذكر الحكمة، فسمعت من أرضى من أهل العلم بالقرآن، يقول: الحكمة: سنة رسول الله، وهذا يشبه ما قال، والله أعلم".[105]

وتكمن مهمة السنة النبوية البيان والتفصيل، قال تعالى:﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾.[106]

والقرآن والسنة هما متلازمان لا يمكن عزل أحدهما عن الآخر، فالقرآن محفوظ من عند الله ـ تعالى ـ، والسنة محفوظة ضمناً.

والسنة النبوية من حيث ورود الأحكام فيها فإنها لاتعدو واحداً من أربعة:

الأول: أن تأتي تأكيداً وموافقة لما ورد في القرآن من أحكام، خاصة ما تعلق منها بأمهات

---

[102] الدمشقي، محمد جمال الدين، ***قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ص52.

[103] آل عمران، 164/3.

[104] البقرة، 151/2.

[105] الشافعي، محمد بن ادريس، ***الرسالة***، تح: عبداللطيف الهميم وماهر ياسين الفحل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، (د.ت)، ص111.

[106] النحل، 44/16.

الأحكام كحرمة القتل، وأصول العبادات كوجوب الصلاة، والزكاة،والصيام، والحج.

قال رسول الله ـ ﷺ ـ: "اجتنبوا السبع الموبقات قيل: يا رسول الله وما هن؟ قال: الشرك بالله، والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل مال اليتيم، وأكل الربا، والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات".[107]

فإذا نظرنا إلى أحكام الحديث الشريف نجدها تمثل وتؤكد وتوافق أمهات الأحكام في القرآن الكريم فقال تعالى في الشرك: ﴿يَا بُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ﴾.[108] **وفي السحر قال تعالى: ﴿وَلَا يُفْلِحُ السَّاحِرُ حَيْثُ أَتَى﴾.**[109] **وفي القتل قال تعالى: ﴿وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾.**[110] **وفي أكل مال اليتيم قال تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي﴾.**[111]**وفي الربا قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.**[112]

وفي التولي عن الزحف قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُواْ زَحْفاً فَلاَ تُوَلُّوهُمُ الأَدْبَارَ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلاَّ مُتَحَرِّفاً لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَاء بِغَضَبٍ مِّنَ اللّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ ﴾.[113] **وفي القذف قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.**[114]

الثاني: أن تأتي السنة بياناً لما ورد في القرآن من نصوص مجملة بالشرح والتفسير والتوضيح، حتى يتمكن المكلف من فهم الأمر وتطبيق الحكم على نحو ما أراد الشارع، لأن السنة كما يقول

---

[107] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ر.م.ح(2766)، 10/4، مسلم، أبو الحسن الحجاج النيسابوري، ***صحيح مسلم***، تح: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، ر،م،ح(145)،92/1. أبو داود، ***سنن أبي داود***، كتاب الوصايا، باب التشديد في أكل مال اليتيم، ر.م.ح(2874)، 498/4.

[108] لقمان، 13/31.

[109] طه، 69/20.

[110] الفرقان، 68/25.

[111] الأنعام، 152/6.

[112] البقرة، 275/2.

[113] الأنفال، 15/8ـ16.

[114] النور، 4/24.

الإمام، الشاطبي(ت: 790هـ):"راجعة في معناها إلى الكتاب، فهي تفصيل مجمله، وبيان مشكله، وبسط مختصره".[115]

أما طرق البيان فأنواع:

أ. توضيح وتفسير النصوص المجملة التي لا يمكن فهم أو معرفة المراد منها إلا ببيان من المجمل، ويندرج تحت هذا النوع الأحاديث التي بينت كيفية الصلاة، والزكاة، والصوم، والجنايات من قصاص في النفس وما دون النفس ونحوها مما وقع مجملاً في القرآن وبينته السنة النبوية.[116] ففي القصاص ورد قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾.[117] فهذه الآية أمرت بالقصاص من القاتل، ولكنها لم تبين كيفية أخذ القصاص، فجاءت السنة النبوية وبينت ذلك تفصيلاً بما لا يدع مجالاً للريبة والشك.

ب. تخصيص نصوص عامة في القرآن عمومها غير مراد، منها قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاَتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللّهَ كَانَ غَفُوراً رَّحِيمًا وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾.[118]

فقوله تعالى(واحل لكم ماوراء ذلكم)اشتمل على الاسم الموصول الدال على العموم(ما)، القاضي بشمول كل امرأة ماعدا المذكورات في الآية الكريمة إلا أن هذا العموم خصص بإخراج الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها بحديث الرسول ـ ﷺ ـ: "لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها".[119]

ت. توضيح مشكل القرآن وهو ما احتمل أكثر من معنى سواء كان حقيقة فيها أم في بعضها، كما في بيان الرسول ـ ﷺ ـ المراد من الخيط الأبيض والخيط الأسود الوارد في قوله تعالى: ﴿وَكُلُواْ

---

[115] الشاطبي، ***الموافقات***، 296/4.

[116] المصدر نفسه، 296/4.

[117] البقرة، 178/2.

[118] النساء، 23/4 ـ 24.

[119] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، ر.م.ح(5109)، 12/7، مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، ر.م.ح(1408)، 1028/2.

وَاشْرَبُواْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾.[120] فعندما وقع بعض الصحابة في تفسير معنى المراد بالخيط الأبيض والخيط الأسود في الآية، لأن الخيط حقيقة في السلك فوضح الرسول ـ ﷺ ـ أن المراد به بياض النهار وسواد الليل. فعن عدي بن حاتم، ـ رضي الله عنه ـ قال: لما نزلت: ﴿حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ﴾[121]. عمدت إلى عقال أسود، وإلى عقال أبيض، فجعلتها تحت وسادتي، فجعلت انظر في الليل، فلا يستبين لي، فغدوت على رسول الله ـ ﷺ ـ فذكرت له ذلك فقال: "إنما ذلك سواد الليل وبياض النهار".[122]

ث. تقيد مطلق الكتاب، فقد قيدت كثيراً من النصوص المطلقة في القرآن من ذلك قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ﴾.[123]، فلفظ "الأيدي" ورد مطلقاً من غير تحديد(اليمين، واليسار)كما لم يحدد النص موضع القطع فلفظ اليد ـ كما هو معلوم ـ شامل للجزء المحصور بين الكتف وأطراف الأنامل، كما لم يحدد مقدار المال المسروق وشروطه التي يجب فيها الحد، إلا أن السنة النبوية قيدت هذا الإطلاق وحددت أن المراد من الأيدي(اليمين) المفصل. فعن مسرة بن معبد اللخمي، قال: سمعت عدي بن عدي، يحدث عن رجاء بن حيوة: "أن النبي ـ ﷺ ـ قطع رجلاً من المفصل".[124] وأن المقدار المقطوع به ما بلغت قيمته ربع دينار فصاعداً، فعن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: قال النبي ـ ﷺ ـ "تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً".[125] وأن يكون المال محرزاً، فعن عمر بن شعيب عن النبي ـ ﷺ ـ: "لا قطع في ثمر ولا كثر".[126]

الثالث: الأحكام الجديدة التي بينتها السنة النبوية مما سكت عنه القرآن إلا أن العلماء اختلفوا في طريقة ثبوتها بين قائل باستقلالها في إثبات أحكام جديدة فهي كالقرآن من جهة تحليل الحلال وتحريم الحرام، وبين قائل بأن كل حكم أثبتته السنة النبوية يندرج تحت أصل من أصول القرآن،

---

[120] البقرة، 187/2.

[121] البقرة، 187/2.

[122] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الصوم، باب قول الله تعالى: ﴿وَكُلُواْ وَاشْرَبُواْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾، ر.م.ح(1916)، 28/3.

[123] المائدة، 38/5.

[124] ابن أبي شيبة، أبوبكر عبدالله بن محمد العبسي، ***الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار***، تح: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، كتاب الحدود، ما قالوا: من أين القطع، ر.م.ح(28599)، 522/5.

[125] مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها، ر.م.ح(1684)، 1312/3. الترمذي، ***سنن الترمذي***، أبواب الحدود، باب ماجاء في كم تقطع يد السارق، ر.م.ح(1445)، 102/3.

[126] الترمذي، ***سنن الترمذي***، أبواب الحدود، باب ماجاء في كم تقطع يد السارق، ر.م.ح(1449)، 104/3.

وهو رأي الشافعي.

ومن الأمثلة: ذكر القرآن أن من وسائل إثبات الحقوق المالية شهادة رجلين أو رجل وامرأتان بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء﴾.[127] وسكت عن شاهد ويمين فقضى بها رسول الله ﷺ.[128]

الرابع: النسخ مما اتفق على وقوعه بين المتماثلين أي نسخ القرآن بالقرآن والسنة بالسنة، إلا أن الخلاف وقع بينهم في جواز نسخ القرآن بالسنة، فجوزه بعض، ومنعه بعض.

أولاً: مذهب المجوزين:

أجاز نسخ القرآن بالسنة جمهور المتكلمين من الأشاعرة والمعتزلة، ومن الفقهاء مالك وأصحاب أبي حنيفة وابن سريج،[129] والغزالي، وابن حزم، والسبكي، والأنصاري وابن تيمية:

يقول الغزالي(ت: 505هـ): الذي خالف الشافعي: "لأن الكل من عند الله عز وجل، فما المانع منه؟ ولم يعتبر التجانس مع أن العقل لا يحيله، وقد دل السمع على وقوعه؟ إذ التوجه إلى بيت المقدس ليس في القرآن وهو في السنة وناسخه في القرآن".[130]

ويقول السبكي(ت: 785هـ) الشافعي:"أما نسخ الكتاب بالسنة والسنة بالكتاب فالجمهور على جوازه ووقوعه".[131]

ويقول الأنصاري(ت: 929هـ) الشافعي:"ويجوز في الأصح نسخ القرآن بالسنة متواترة أو آحاداً".[132]

ويقول ابن تيمية(ت: 652هـ):"فأما نسخ القرآن بالسنة المتواترة فيجوز عقلاً".[133]

---

[127] البقرة، 282/2.

[128] الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، ***سنن الترمذي***، تح: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (د.ط)، 1998م، أبواب الحدود، باب ماجاء في اليمين مع الشاهد، ر.م.ح(1344)، 21/3.

[129] الآمدي، أبو الحسن سيدالدين علي بن محمد بن سالم الثعلبي، ***الإحكام في أصول الأحكام***، تح: عبدالرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، (د.ط)، (د.ت)، 153/3.

[130] الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، ***المستصفى***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ/1993م، ص99.

[131] السبكي، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبدالكافي، ***الإبهاج في شرح المنهاج***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1416هـ/1995م، 274/2.

[132] السنيكي، زكريا بن محمد بن أحمد، ***غاية الوصول في شرح لب الأصول***، دار الكتب العربية الكبرى، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 92/1.

[133] ابن تيمية، مجدالدين عبدالسلام، ***المسودة في أصول الفقه***، تح: محمد محي الدين عبدالحميد، دار الكتاب العربي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ص204.

ويقول ابن حزم(ت: 456هـ): "وأن كل ذلك من عند الله تعالى:﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَى إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى﴾.[134] فإذا كان كلامه وحياً من عندالله عز وجل والقرآن وحي فنسخ الوحي بالوحي جائز".[135]

واستدلوا:

أ. من المنقول: نسخ وجوب الوصية الوارد في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾.[136]

بقوله ـ ﷺ ـ:"لا وصية لوارث".[137] وهو حديث مشهور، وقد نقل الإمام الشافعي الإجماع عليه.[138]

ب. ومنه أيضاً قوله عليه ـ الصلاة والسلام ـ:"خذ وا عني قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم".[139]

واتفق العلماء على أن من وجوه البيان التخصيص والتقييد وأنه واقع بين القرآن والسنة المتواترة، كما أن النسخ عند الإطلاق ينتظم معنى بيان الحكم في بعض المسميات ولا يعدو كونه تخصيصاً لبعض أفراد العام. فإذا كان الأمر كذلك فلا مانع من تخصيص القرآن بالسنة إذ كل منها وارد على معنى النسخ.[140]

ت.ومن المعقول بما علم من تساوي القرآن والسنة المتواترة في وجوب العلم والقطع على الحكم الثابت بهما وكل من عند الله.

---

134 النجم، 3/53 ـ 4.

135 ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد القرطبي، ***الإحكام في أصول الأحكام***، تح: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 107/4.

136 البقرة، 180/2.

137 ابن ماجه، أبو عبدالله بن محمد القزويني، ***سنن ابن ماجه***، تح: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، أبواب الوصايا، باب لاوصية لوارث، ر.م.ح(2713)، 18/4، حديث صحيح. الترمذي، ***سنن الترمذي***، أبواب الوصايا، باب ماجاء لاوصية لوارث، ر.م.ح(2120)، 504/3. أبو داود، ***سنن أبي داود***، كتاب الوصايا، باب في الوصية للوارث، ر.م.ح(2870)، 492/4، وهو حديث صحيح، الدار قطني، ***سنن الدار قطني***، كتاب الوصايا، ر.م.ح(4296)،267/5.

138 الشافعي، ***الرسالة***، ص163.

139 مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الحدود، باب حد الزنى، ر.م.ح(1690)، 1316/3.

140 الشاطبي، ***الموافقات***، 108/3.

فإذا جاز نسخ القرآن بالقرآن، جاز نسخ القرآن بالسنة المتواترة لأنه ليس في نسخه بها وجه من وجوه الإحالة.[141]

ثانياً: مذهب المانعين: وهو ماذهب إليه الإمام الشافعي ورواية عن أحمد وأكثر أهل الظاهر والإمامية.

يقول الشيرازي(ت: 476هـ): الذي وافق الشافعي في ذلك"أما نسخ القرآن بالسنة فلا يجوز من جهة السمع".[142]

ويقول الشيخ مفيد(ت:413هـ) من الإمامية: "إن القرآن ينسخ بعضه بعضاً و لا ينسخ شيئاً منه السنّة بل تنسخ السنة به كما تنسخ السنة بمثلها من السنة قال الله عز وجل: (ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها)[143] وليس يصح أن يماثل كتاب الله تعالى غيره، و لا يكون في كلام أحد من خلقه خير منه، ولا معنى لقول أهل الخلاف(نأت بخير منها) في المصلحة، لأن الشيء لا يكون خيراً من صاحبه بكونه أصلح منه لغيره، ولا يطلق ذلك في الشرع ولا تحقيق اللغة ولو كان ذلك كذلك لكان العقاب خيراً من الثواب، وابليس خيراً من الملائكة والأنبياء، وهذا فاسد محال".[144]

وقد استدل الشافعي بجملة من الادلة:

أ.قال تعالى: ﴿وَإِذَا تُتْلَى عَلَيْهِمْ آيَاتُنَا بَيِّنَاتٍ قَالَ الَّذِينَ لاَ يَرْجُونَ لِقَاءنَا ائْتِ بِقُرْآنٍ غَيْرِ هَذَا أَوْ بَدِّلْهُ قُلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أُبَدِّلَهُ مِن تِلْقَاء نَفْسِي إِنْ أَتَّبِعُ إِلاَّ مَا يُوحَى إِلَيَّ إِنِّي أَخَافُ إِنْ عَصَيْتُ رَبِّي عَذَابَ يَوْمٍ عَظِيمٍ﴾.[145]

"فأخبر الله أنه فرض على نبيه اتباع ما يوحى إليه ولم يجعل له تبديله من تلقاء نفسه".[146]

---

[141] الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، ***أحكام الفصول في الأصول***، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1988م، 350/1.

[142] الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف، ***التبصرة في اصول الفقه***، تح: محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط1، 1403هـ، ص264. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ***اللمع في اصول الفقه***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ/2003م، ص59. السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد، ***قواطع الأدلة في الأصول***، تح: محمد حسن محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1999م،450/1.

[143] البقرة، 106/2.

[144] المفيد، محمد بن محمد بن النعمان، ***أوائل المقالات***، تح: ابراهيم الأنصاري، مطبعة مهر، قم، ط1، 1413هـ، ص123.

[145] يونس، 15/10.

[146] الشافعي، ***الرسالة***، ص133.

ب.قال تعالى: ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلِهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللّهَ عَلَىَ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾.[147]

ت.قال تعالى: ﴿مَا يَكُونُ لِي أَنْ أُبَدِّلَهُ مِن تِلْقَاء نَفْسِي﴾.[148]

قال الشافعي:"بيان ما وصفت من أنه لا ينسخ كتاب الله إلا كتابه. كما كان المبتدىء لفرضه: فهو المزيل المثبت لما شاء منه، جل ثناؤه، ولايكون ذلك لأحد من خلقه".[149]

والحق أن ماذهب اليه الشافعي ومن معه أقرب إلى الصواب وذلك حفاظاً على نصوص أحكام الشريعة من الحاقدين عليه.

أما الخلاف مع جمهور العلماء فتكاد تكون خلافاً شكلياً إذ مراد الجمهور بالنسخ المعنى العام أي رفع الظاهر بمخصص أو تقييد أو شرط أو مانع فهذا مما لا خلاف فيه. لكن لا يخفى قوة أدلة الجمهور مصداقاً لقوله تعالى:﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا﴾.[150]

مما يدل أن السنة المتواترة كثبوت القرآن وليس في النقل والعقل ما يمنعان ذلك.

لكن ينبغي أن يعلم أن الحنفية يجيزون نسخ القرآن بالسنة المتواترة أو المستفيضة، أما الآخرون و ابن حزم فيجيزون النسخ ولو بخبر الآحاد.

ومن العجب أن يقول العلامة الزلمي(ت: 2016م): "ومن الناس من زعم أن من وظائف السنة نسخها لبعض آيات القرآن، وهذا خطأ لا يغتفر".[151]

وكأنهم قلة قليلة من الناس، بل كان الأحرى أن يقول وذهب جمهور العلماء أولاً، ثانياً يذكر"وهذا خطأ لا يغتفر"، لايغتفر لماذا أليس كل مجتهد مصيباً؟ اللهم اغفر لنا ولهم.

---

147 البقرة، 106/2.

148 يونس، 15/10.

149 الشافعي، ***الرسالة***، ص133.

150 الحشر،7/59.

151 الزلمي، مصطفى إبراهيم، ***اصول الفقه في نسيجه الجديد***، شركة الخنساء، بغداد، ط10، (د.ت)، 56/1.

2 . 1 . 3 الإجماع

الإجماع لغة واصطلاحاً

الإجماع لغة: له معنيان الأول: العزم على الأمر والقطع به، والثاني: هو الاتفاق: أي أن تجمع الشيء المتفرق جميعاً، فإذا جعلته جميعاً بقي جميعاً ولم يكد يتفرق.[152]

الإجماع اصطلاحاً: "اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور"[153].

أنواع الإجماع

الأجماع ربما يكون لفظياً وهو الإجماع القولي، وقد يكون عملاً وهو الإجماع العملي، ولا يشترط في الأجتماع في مجلس واحد لكليهما، فيجوز أن يجتمعوا في مجلس ويتفقوا على مسألة، كما يصح أن تعرض مشكلة على مجتهدين فيفتى فيها برأي، ثم تعرض على آخر، فيفتى فيها بنفس الرأى، وهكذا حتى يجمعوا على شيء، وقد يكون الإجماع بتكلم البعض أو عمله وسكوت الباقين على هذا لكن بعد علمهم به، ويمضى مدة التأمل بعد الفتوى أو القضاء، وعدم وجود مانع يخيف الساكت من إبداء رأيه على أن يكون السكوت مجرداً من علامات الرضا والاستحسان، ولا مصحوباً بما يدل على الكراهية وإلا لكان إجماعاً صريحاً في الأول ولما تحقق في الثاني[154]، والإجماع السكوتي قطعي عند أكثر الحنفية والحنابلة، خلافاً للمالكية والشافعية[155]. و لتحقق الإجماع لابد من أمور[156]:

الأول: أن يجمع جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية على رأي، فاجتماع غيرهم لا يكون إجماعاً.

ثانياً: أن يكون اجتماعهم على حكم شرعي قابل للاجتهاد .

الثالث: أن يكون الإجماع حاصلاً بعد وفاة الرسول ـ ﷺ ـ إذ لافائدة من الاجماع في حياته ـ ﷺ ـ.

---

152 ابن منظور، ***لسان العرب***، 58/8.

153 القرافي، شهاب الدين أحمد بن ادريس، ***نفائس الأصول في شرح المحصول***، تح: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض،مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط1، 1416هـ / 1995م، 2543/6.

154 مدكور، محمد سلام، ***المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ووصادره ونظرياته العامة***، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط2، 1996م، ص221.

155 الآمدي، ***الإحكام في أصول الأحكام***، 252/1.

156 الجويني، عبد الملك بن عبدالله بن يوسف بن محمد ، ***كتاب التلخيص في أصول الفقه***، تح: عبد الله بن جولم النبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)،68/3، ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبدالله المقدسي، ***روضة الناظر وجنة المناظر في اصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل***، مؤسسة الريان، بيروت، ط2، 1423هـ/ 2002م، 392/1، علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد بن محمد الحنفي، ***كشف الأسرار شرح أصول البزدوي***، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 243/3.

حجية الإجماع

اتفق جمهور الفقهاء على حجية الإجماع، واعتباره دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية[157]، والحكم المجمع عليه يصير ثابتاً قطعياً. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءتْ مَصِيراً﴾[158]، يقول الشيرازي(ت: 476هـ): "فتواعد على مخالفة سبيل المؤمنين، فدلّ على أن اتباعهم واجب ومخالفتهم حرام وأن ما عداه باطل".[159]

ـ وقوله عليه الصلاة والسلام: "عليكم بالجماعة واياكم والفرقة، ومن أراد بحبوبة الجنة فليلزم الجماعة".[160]

وكون الإجماع في المرتبة الثالثة بعد القرآن والسنة، فهو ما كان عليه الصحابه رضوان الله عليهم، فقد روي أن أبا بكر كان إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله، فإن وجد ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد نظر في سنة النبي ـﷺـ، فإن وجد في السنة ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد خرج فسأل الناس وقال: أتاني كذا وكذا، فهل علمتم أن رسول الله ـﷺـ قضى في ذلك بقضاء، فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله ـ ﷺـ فيه قضاء، فإذا لم يجد ذلك رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم، فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به، وكذلك كان يفعل عمرـرضي الله عنهـ.[161]

وقال ابن مسعود ـرضي الله عنهـ: "إذا سئل أحدكم فلينظر في كتاب الله، فإن لم يجده ففي سنة رسول

---

157 ابن ملك، المولى عبد اللطيف، ***شرح منار الأنوار في أصول الفقه***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ص 259.

158 النساء، 115/4.

159 الشيرازي، ***التبصرة في أصول الفقه***، ص349.

160 الحاكم، أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن محمد حمدويه بن نعيم بن الحكم الطهماني النسيابوري، ***المستدرك على الصحيحين***، تح: مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ /1990م، كتاب العلم، ومنهم يحيى بن أبي المطاع القرشي، ر.م.ح (387)، 197/1.

161 ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، ***إعلام الموقعين عن رب العالمين***، تح: محمد عبدالسلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت: ط1، 1411هـ / 1991م، 67/1، السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر، ***تاريخ الخلفاء***، تح: حمدي الدمرداش، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط1، 1425هـ/ 2004م، ص42 ـ 43.

الله ـ ﷺ ـ، فإن لم يجد فلينظر فيما اجتمع عليه المسلمون وإلا فليجتهد".[162] فدل على أن الإجماع مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، لكن لا ينبغي أن يفهم أن الإجماع مصدر مستقل بذاته أو قائم بذاته، فهو إن كان في مظهره كذلك إذ يغني بذاته عن البحث عن الدليل، إلا أنه في حقيقته لا يقوم بغير دليل، لأنه إجتهاد مجتهدين والمجتهد لا يجتهد بغير دليل، وإلا وقع فيما نص الله عليه من جزاء قال تعالى: ﴿لَّوْلَا يَأْتُونَ عَلَيْهِم بِسُلْطَانٍ بَيِّنٍ فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنِ افْتَرَى عَلَى اللَّهِ كَذِبًا﴾.[163]

2. 1. 4 القياس

الدليل الرابع من الأدلة الشرعية التي اتفق جمهور العلماء على الاستدلال بها، وجعلوه مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي هو القياس.

القياس لغة واصطلاحاً

القياس لغة: التقدير، مثل قست الثوب بالذراع أي: عرفت مقداره، وقاس الشيء يقيسه وقياساً، واقتاسه وقيسه: إذا قدره على مثاله.[164]

القياس اصطلاحاً: "هو قياس مسألة لم يرد نص عليها بمسألة ورد فيها نص".[165]

وللقياس أركان أربعة:

أ. مقيس عليه: وهو الأمر الذى ورد نص بحكمه ويسمى أصلاً.

ب. والمقيس: وهو الأمر الذي وجد ولم يرد في حكمه نص ويطلب معرفة حكم الله فيه ويسمى فرعاً.

ت. العلة: وهي الوصف المشترك بين الأصل والفرع والذي من أجله شرع الحكم في الأصل.

ث. حكم الأصل: وهو الحكم الشرعي الثابت للأصل بنص أو إجماع للوصف الملاحظ فيه ويريد المجتهد تعديته للفرع المقيس لوجود نفس الوصف فيه.

وهذه الأحكام الأربعة لها شروط يجب أن تتحقق في كل منها، وموضوع ذكرها في علم أصول الفقه.

---

[162] العجلوني، إسماعيل محمد، ***كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسن الناس***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1408هـ/ 1988، 488/2.

[163] الكهف، 15/18.

[164] ابن منظور، ***لسان العرب***، 187/6.

[165] المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد الشافعي، ***شرح الورقات***، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، (د.ط)، 1424هـ / 2004م، ص191.

حجية القياس

وردت نصوص كثيرة في الأخذ بالقياس منها:

قوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾[166]، قال القرطبي(ت: 671هـ): "ولو كان معنى الرد، الأمر بأن يقولوا: الله ورسوله أعلم لبطل الإجتهاد الذي خص به هذه الأمة والاستنباط الذي أعطيها، ولكن تضرب الأمثال ويطلب المثال حتى يخرج الصواب".[167]

وقوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾.[168]

وجه الاستدلال: الاعتبار هو القياس، والآية أمرت بالاعتبار، والأمر للوجوب، فيكون القياس واجباً على المجتهد، وإذا كان القياس واجباً على المجتهد فيجب عليه أن يلتزم بالحكم الذي وصل إليه إجتهاده، وأنه هو حكم الله تعالى في اعتقاده.[169]

وقد وردت في السنن أن أمراة جاءت إلى النبي ـﷺـ فقالت: إن أمي نذرت أن تحج، فماتت قبل أن تحج، أفأحج عنها؟ قال: (نعم، حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قضيته؟) قالت: نعم، فقال: (اقضوا الله فإن الله أحق بالوفاء).[170]

وعن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ـﷺـ يقول:"إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر".[171]

---

[166] النساء، 4/ 59.

[167] القرطبي، ***الجامع لأحكام القرآن***، 262/5.

[168] الحشر، 59/ 2.

[169] العطار، حسين بن محمد بن محمود الشافعي، ***حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 250/2.

[170] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب جزاء الصيد، باب الحج والنذور عن الميت، والرجل يحج عن الميت، ر.م. ح (1825)، 18/3.

[171] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الإعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ر.م.ح(7352)، 108/9. مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب، أو أخطأ، ر.م.ح(1716)، 1342/3. الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، ***المعجم الأوسط***، تح: طارق بن عوض الله بن محمد و عبدالمحسن بن ابراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، باب الباء، من اسمه بكر، ر.م.ح(3190)، 292/3.

وجه الإستدلال:

أنه عليه الصلاة والسلام صرح بإسناد الحكم إلى الإجتهاد والرأي، ولا يخفى بأن القياس نوع من أنواع الإجتهاد.

فهذه الأدلة تدل دلالة واضحة وجلية على أن القياس حجة، ومصدر من مصادر التشريع.

القياس طريق يلجأ إليه المجتهد بحثاً عن حكم الله في أمر لم يرد فيه نص. وإذ وردت في مجال العقيدة والتعبد نصوص كافية فلا حاجة بنا للقياس فضلاً عن أن كثيراً من أحكام الشعائر والنسك ليس مما يسهل ادراك علته أو حكمته فتعذر القياس فيها ويلحق بالعبادات أحكام الحدود والكفارات على الراجح لأن أغلبها لا تظهر فيها العلة، وأن الله سبحانه وتعالى وضع لكل جنابة عقوبة مقدرة من قبل لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾.[172] ولا صلاحية لأحد إحداث عقوبة لاحدى الجرائم حتى القاضي. وفي غير الحالات السابقة فإن باع القياس واسع وذلك في أحكام الأحوال الشخصية، وفي المعاملات المالية والمصرفية، وفي القضايا الدولية، والأحكام الدستورية مثل تنصب الخليفة بعد رسول الله ـ ﷺ ـ وذلك قياساً لرضاء الرسول عليه الصلاة وسلام لأمر دينه ورضاء الصحابة لأمر دنياهم.

---

[172] الإسراء، 15/17.

2. 2 مصادر القانون الوضعي

المجتمعات التي تخلو ظلاله من ظلال القانون ستكون بمنزلة حضيرة يسيطر القوي فيها على الضعيف، فتشل مسيرة الحياة، ويطغى الإضطراب وفقدان التوازن فيها، فالقانون العادل يحفظ الحقوق للأفراد، ويسعى إلى تنظيم المجتمع تنظيماً من شأنه العمل على تحقيق الخير العام والعدالة للأفراد جمعاء، ويعمل على محافظة الحريات للأفراد ومصالحهم الخاصة والعامة، فالقانون أمر لابد منه، ولايتسنى لمجتمع مهما كانت درجة ثقافتهم وعلو درجاتهم التملص نهائياً من وضع قواعد يمكنه من خلال تسيير أموره.

غير أن الحياة في جماعة تتطلب تنظيم سلوك أفرادها وعلاقاتهم عن طريق وضع قواعد تبين لكل منهما ما له من حق، وما عليه من واجبات، لمنع أي تداخل بين المصالح، ولتجنب الفوضى، واختلال التوازن، وذلك لما عرف به الإنسان من أنانية وحب للذات.

فلو انعدم مثل هذا التنظيم لكانت الفوضى هي المسيطرة، ولسادت شريعة الغابة، وأصبحت بالتالي الغلبة للأقوى، ولصدق كلمة الفيلسوف الفرنسيBOSSUET:"حيث يملك الكل فعل ما يشاء ولا يملك أحد فعل ما يشاء، وحيث لا سيد فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبد".[173]

فعلينا أن نعرف القانون ومصادره.

2. 2. 1 القانون لغة واصطلاحاً

القانون لغة: يعني مقياس كل شيء وطريقه.[174]

"ويطلق على القاعدة المطردة ـ أيضاً ـ التي تفيد استمرار أمر معين وفقاً لنظام ثابت وبهذا يطلق القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية، فيقال مثلاً: قانون الجاذبية الأرضية، وقانون غليان الماء".[175]

القانون اصطلاحاً: "كلمة قانون مفرد قوانين وتعني الأصول ولفظ القانون يفيد النظام، والمقصود به تكرار أمر معين على وتيرة واحدة، بحيث يعتبر خاضعاً لنظام ثابت، وبهذا المعنى أطلق لفظ القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية والإقتصادية والإجتماعية".[176]

---

[173] كيرة، حسن، ***المدخل إلى القانون***، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ط)، 1974م، ص1.

[174] ابراهيم، أنيس والاخرون، ***المعجم الوسيط***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 730/2.

[175] الصدة، عبدالمنعم، ***نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية***، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهر، (د.ط)، 1970م، 12/1.

[176] مرقس، سليمان، ***الوافي في شرح القانون المدني***، د.د.ن، ط6، 1987م، ص5ـ 6.

" انتقلت كلمة قانون الى العربية باصلها اليونانى Kanon، وتفيد مجازاً القاعدة والقدوة والمبدأ وهى تعني العصا المستقيمة، ويفسر ذلك انتقالها إلى اللغات الأخرى بمعنى"مستقيم" وقد عبرت عنها اللغة الفرنسية بكلمة Droit وتقابلها في الإيطالية Diritto وفي الألمانية "Recht . فيكون بذلك القانون هو الخط الذي يميز بين الاستقامة والانحراف".[177]

2. 2. 2 إستناد القوانين الوضعية

يستند القانون إلى مصدرين أساسيين: مصادر أصلية، ومصادر إحتياطية، أو تفسيرية.

ولا بد في صيانة القاعدة القانونية من مصدر تستمد منه موضوعها ومادتها، وهو(المصدر المادي)، ومصدر رسمي وهو الذي يوفر للقاعدة القوة القانونية. أما بخصوص الأخذ من المصادر فهناك مصدران رئيسيان يلجا إليها اغلب دول العالم هما: التشريع والعرف، أما بخصوص الدول الإسلامية فمع الأخذ بالمصدرين السابقين، فإنهم يضيفون مصدرين آخرين أحدهما القواعد الدينية، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

2. 2. 2 . 1 التشريع

التشريع هو أهم مصدر من مصادر القانون في جميع الدول العالم قاطبة، وأكثرها أهمية، وانتشاراً. ويعرف بأنه "القواعد القانونية المكتوبة و الصادرة عن السلطات المختصة السلطة التشريعية".[178]

إن العصور السالفة هي عصور الدين والعرف، أما التشريع في القوانين الوضعية فوجوده ضئيل أو شبه منعدم، وتطورت بتطور المجتمعات المدنية، ومع بنية الدولة، حتى أصبح أهم المصادر الرسمية القانونية في الوقت الحالي، ويرجع السبب إلى عده بهذه الدرجة لمرونة سنه من قبل السلطة التشريعة، وإلغائه في نفس الوقت، فالمشرع يسنه إذا دعت الضرورة أو المصلحة، ويلغيه إذا ما ظهر فساده أو عدم صلاحه، وسهولة دركه، والرجوع إليه، لاصداره في نصوص مكتوبة، بحيث يمكن من السهل الرجوع الى الوثائق والمستندات، والمساعدة على الدفاع عن الحريات وحفظ الحقوق للأفرد، فهو يحدد الحقوق والواجبات، ويطبق على جميع طبقات المجتمع من غير فرق أو استثناء، أما عيوبها، فالتشريع يصدر من أعلى سلطة في البلد، مما يخدم مصالحها الشخصية، على حساب العامة، ولهذا فالمواطن يحس بفقدان الثقة بالقانون، لأنه يتغير بسهولة، مما يجعل الفرد يواجه صعوبة في الإطلاع على كل القوانين. فهناك أناس لا يعلمون بدساتير بلدنهم فضلاً أنهم لم يروها ولم

---

[177] الأسيوطي، ثروت أنيس، ***المنهج القانون بين الرأسمالية والاشتراكية*** ـ مقال بمجلة مصر المعاصرة، عدد يوليو: 1968، ص660.

[178] عبدالله، محمد محمود، ***المدخل الى العلوم القانونية***، ب.د.ن، (د.ط)، 1982م، ص96.

يطلعوا عليها.

أما عناصر التشريع فثلاثة، العنصر الموضوعي وهو كون موضوع التشريع قاعدة قانونية، أي تنظيم سلوك الأفراد، والعنصر الشكلي، وذلك بصدور التشريع في صورة مكتوبة، والعنصر العضوي، وذلك بصدوره عن السلطة المختصة، التي يخول لها صلاحية وضع التشريع.

ولا تكتسب القاعدة القانونية وصف التشريع إلا بشرطين:

الأول: صدور التشريع عن السلطة المختصة، وتسمى السلطة التشريعة.

والثاني: صدور التشريع مكتبوباً، أي صدور التشريع وتدوينه في وثيقة رسمية، وصياغته بشكل واضح وبين، ويحتاج إلى مراحل: الإقتراح، والإقرار، والإصدار، والنشر.[179]

2. 2. 2. 2 المصادر غير التشريعية في القانون

المقصود بالمصادر غير التشريعية، الشريعية الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الشريعة لغة واصطلاحاً

الشريعة لغة: تطلق الشريعة في كلام العرب على مورد الماء الذي يقصده الناس للشرب والسقي، ومنه قولهم: شرَّعت الإبل، إذا وردت شريعة الماء[180]، كما تطلق على المذهب والطريقة المستقيمة، قال تعالى: ﴿لِكُلّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾.[181] الشرعة في الدين، والمنهاج الطريق البين الواضح وشرع: أي نهج وأوضح المسالك، وشرَّع لهم يُشرِّع شرعاً أي سنَّ.[182]

الشريعة اصطلاحاً: يراد بها "كل ما شرعه الله ـ تعالى ـ لعباده من الدين[183]" أي مجموعة الأحكام والنظم التي شرعها الله ـ تعالى ـ لعباده سواء في علاقتهم بربهم أم في علاقاتهم بالناس، وهذا المعنى عام يشمل جميع الشرائع السماوية، فإذا قيدناه بالإسلام كان المعنى مجموعة الأحكام التي سنها الله لعباده مما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية.

جاء في كشاف اصطلاحات الفنون"والشريعة شرعاً، ما شرع الله ـ تعالى ـ لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء ـ ﷺ ـ سواء كانت متعلقة بكيفية عمل، وتسمى فرعية وعملية ودون

---

179 السنهوري، عبدالرزاق، ***المدخل لدراسة القانون***، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1952م، ص158.

180 ابن منظور، ***لسان العرب***، 175/8.

181 المائدة، 48/5.

182 الطبري، ***جامع البيان***، 377/10، ***القرطبي، الجامع لأحكام القرآن***، 209/6.

183 الطبري، ***جامع البيان***، 377/10، القرطبي، ***الجامع لأحكام القرآن***، 209/6.

لها علم الفقه، أم بكيفية الاعتقاد، وتسمى أصلية واعتقادية ودوّن لها علم الكلام، أم كانت متعلقة بما يجب أن يكون عليه الإنسان من الحّلي بالصفات الفاضلة والتخلي عن الصفات الرذيلة ومحل دراستها علم الأخلاق أي التصوف". [184]

أما وجه المناسبة بين المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحي: فيتبين من تعريف الشريعة في اللغة والاصطلاح أن كلمة"شريعة" بمدلولها اللغوي وثيقة الصلة بالمدلول الاصطلاحي، فهي في كل منهما طريق مستقيم، يؤدي إلى غاية مطلوبة، إذ هي في اللغة طريق مستقيم مباشر إلى الماء المعين الذي يروى الأجسام.

الفقه لغة واصطلاحاً

الفقه لغة: بكسر الفاء العلم بالشيء والفهم له والفطنة فيه[185].

قال ابن سيده(ت: 458هـ): "وغلب على الدين لسيادته وشرفه، وفضله على سائر أنواع العلم".[186] وقد ورد في القرآن الكريم بهذا المعنى الدال على الفهم الدقيق وإدراك غرض المتكلم من كلامه، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَا لِهَؤُلاء الْقَوْمِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾[187]. وقوله: ﴿قَالُواْ يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ﴾[188]. وقوله: ﴿انظُرْ كَيْفَ نُصَرِّفُ الآيَاتِ لَعَلَّهُمْ يَفْقَهُونَ﴾.[189]

الفقه اصطلاحاً: لم يستقر الفقه في معناه الاصطلاحي على مدلول واحد في جميع الأوقات، بل تغير معناه ليدل على معان مختلفة، ففي العصر الأول كان معناه الدين أو الشريعة أي شامل لجميع الأحكام الشرعية سواء تعلقت هذه الأحكام بالعقيدة أم بالأخلاق أم بأفعال المكلفين العملية ـ عبادة أو معاملة ـ ومن هذا المعنى العام قوله تعالى: ﴿فَلَوْلاَ نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُواْ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾[190]، لذا سمى أبو حنيفة كتابه في العقائد بـ" الفقه الأكبر" وعد الفقه معرفة النفس ما لها وما عليها[191]، فمعنى الفقه في الصدر الأول كان مساوياً للدين

---

184 التهانوي، ***كشاف اصطلاحات الفنون***، 129/4.

185 الزاوي، الطاهر أحمد، ***ترتيب القاموس المحيط***، دار الفكر، دمشق، (د.ط)، (د.ت): 513/3، ابن منظور، ***لسان العرب***، 522/13.

186 ابن سيده، أبو علي، ***المحكم والمحيط الأعظم في اللغة***، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط1، 1968م، 92/4.

187 النساء، 78/4.

188 الأنعام، 65/6.

189 هود، 91/11.

190 التوبة، 122/9.

191 صدر الشريعة، عبيدالله بن مسعود، ***تنقيع الأصول***، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 10/1 ـ 11.

والشريعة في الإصطلاح.

وقد حدث تغيير على هذا المفهوم بعد برهة من الزمن ليدل على الأحكام العملية والأخلاقية، فعرفه بعضهم بأنه[192]" العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصلية" وهو تعريف بمعناه الوصفي أي الحال التي إذا وجد المرء عليها سمي فقيهاً.[193]

وعرفه بعضهم بأنه"الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية"[194]، وهذا تعريف باعتبار الفقه اسماً يتضمن مجموعة من المسائل والأحكام الشرعية عن طريق الاجتهاد.

وهذا التعريف لا يرى أن الفقه هو علم المجتهد بالأحكام باعتباره صفة للمجتهد والذي سار عليه أغلبهم، لأن تعريف الفقه بأنه العلم بالأحكام كان هذا المعنى معروفاً قبل تدوين الفقه لأنه كان يتوقف على مقدار علم المجتهد وحفظه للنصوص والأحكام والآراء والأدلة.

أما بعد تثبيته وتدوينه وتيسير سبل الاطلاع عليه فقد أصبح يطلق على مجموعة الأحكام العملية المشروعة.

المقارنة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي

الشريعة الإسلامية تشتمل على جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة والأخلاق والمعاملات، أما الفقه فإنه يقتصر على الأحكام العملية وهذا يعني أن الشريعة أعم وأشمل من الفقه، إلا أن لكل منهما خصائص تميزه عن الآخر، ومن أهمها[195]:

أ. الشريعة الإسلامية باقية وخالدة فهي تمثل القانون الأساسي والأول للدستور الإسلامي الذي يستند إليه الفقه وتكتسب أحكامه شرعيتها.

ب. الشريعة الإسلامية ملزمة لكل مكلف، ولا تجوز مخالفتها لأنها معصومة عن الخطأ. بخلاف الفقه فهو وإن استند في أحكامه إلى أصول الشريعة، إلا أن قوته الملزمة تختلف بحسب مجال الرأي والإجتهاد فيه فما ضعف فيه جانب الرأي أو انعدم كالأحكام المعروفة من الدين بالضرورة(كوجوب الصلاة، وحرمة القتل) عدّ جزءاً من الشريعة أي تشريعاً إليها ملزماً لا تجوز مخالفته، وما غلب فيه جانب الرأي والاجتهاد لا يعد كذلك فتجوز مخالفته إذا قام الدليل على ذلك، ويبنى على هذا أن رأي

---

192 السبكي، تاج الدين، ***جمع الجوامع***، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 42/1 ـ 43.

193 عبد الحميد، نظام الدين، ***مفهوم الفقه الإسلامي***، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1984، ص12.

194 الزلمي، ***أصول الفقه في نسيجه الجديد***، 7/1.

195 زيدان، عبد الكريم، ***المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية***، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، د.ط، د.ت، ص65ـ 66، البكري، عبدالباقي، ***المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية***، مطبعة الآداب، النجف، ط1، 1972م، 107/1 ـ 108.

الفقيه غير ملزم لغيره إلا إذا كان الرأي مجمعاً عليه.

ت. الشريعة الإسلامية عامة لجميع البشر في كل زمان ومكان، قال تعالى: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾[196]، وقال أيضاً: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا﴾[197]، وهذا العموم يقتضي أن تكون قواعدها وأحكامها على نحو يحقق مصالح الناس في كل عصر ومصر، ويلبي حاجاتهم، وهو متحقق فيها لابتنائها على قواعد عامة لا تقبل التغيير أو التبديل. أما الفقه فإن موضوعه الأحكام الجزئية التي تستند إلى القواعد الشرعية العامة، ومن ثم فإن أحكامه تقبل التغيير والتبديل في ضوء تطور الحياة وتغير الأعراف شأن القواعد القانونية ومن الأمثلة على ذلك أن الشافعي ـ رحمه الله ـ غير بعض اجتهاداته الفقهية في العراق عندما استقر في مصر حين وجد أن أحوال الناس وعاداتهم وأعرافهم تختلف عما ألفه في العراق.

ث. الشريعة تقتصر على النصوص، أما الفقه فقد يستقي أحكامه من غير النصوص كما في المصادر التبعية، وهذا يعني أن الفقه ليس إلا جانباً من جوانب الشريعة الإسلامية ويمثل علماً من علومها الواسعة المحيطة بكل شأن من شؤون الإنسان في دنياه وأخراه.

فالفقه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب نت أدلتها التفصيلية، أي المقصود به الجانب العملي من الشريعة، وعلى هذا ظهرت واستقرت المذاهب الرئيسية الإسلامية، وهذه المذاهب باختلافها في بعض الأحكام التفصيلية.

ج. أحكام الشريعة الإسلامية اكتملت كما أنها مفتوحة لاستنباط أحكام فقهية جديدة ومناقشة أحكام فقهية قديمة، أما بالنسبة للأصول الكلية فلا خلاف بشأنها من مذهب لآخر، أما مصادر الأحكام المتفق عليها كما ذكرنا سابقا القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس.

واستمدت أغلب الدول الإسلامية الشريعة مصدراً أساسياً من مصادر القانون، والبعض الآخر عدت الشريعة مصدراً ثانياً من مصادر القانون بعد نصوص التشريع، أي مصدراً مكملاً أو متمماً للتشريع، ويرجع إليها بمختلف مذاهبها لا إلى مذهب فقهي واحد منها، حتى أن أغلب القوانين المدنية تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للإستنباط منه.

2. 2. 2. 3 **العرف:** هو عبارة عن"اعتياد الناس أو إطرادهم على سلوك معين مع شعورهم بإلزام هذا السلوك" فهو عبارة عن عادة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً فالعرف هو إطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين: إطراداً مقترباً بإحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل

---

[196] الأعراف، 158/7.

[197] سبأ، 28/34.

احترام هذا السلوك.[198]

وباعتبار التعريف فإن للعرف معنيين: الأول: القاعدة القانونية غير المكتوبة أو غير المسنونة المنشيء من إطراد سلوك الناس في مسألة معينة، والثاني القاعدة غير المكتوبة في حد ذاتها التي تولدت من هذا المصدر أي المحصلة.

ويعد العرف من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، وهو المصدر الوحيد في الأنظمة القانونية القديمة. وعبر مرور الزمن أصبح التشريع هو المصدر الرئيسي، وأصبح العرف في أغلب البلاد مصدراً من الدرجة الثانية لا يلجأ إلى تطبيق أحكامه إلا عند عدم وجود نص تشريعي، أي عند وجود نقص في التشريع.

واغلب الدول الإسلامية يعدون العرف المصدر الثالث من مصادر القانون بعد التشريع والشريعة الإسلامية. والقانون يعد العرف أقدم من التشريع، إذ إن البشرية بدأت بعادات وأعراف جعلت منها شريعة تحتكم إليها، والشريعة الإسلامية حينما جاءت وجدت كثيراً من الأعراف في المجتمع، فأقرت الصالح منها، وألغت الفاسد من تلك العادات والأعراف كما أشرنا سابقاً.

والقانون لاينظر إلى مجال العرف في التشريعات الجزائية، بل التشريع هو وحده واجب التطبيق إذ لا جريمة ولا عقوبة من دون نص تشريعي.

2. 2. 2. 4 مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

القانون الطبيعي هو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني، ويعرف البعض بأنه"مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسمى صورها، أما العدالة فتعني ضرورة التسوية في الحكم، على الحالات المتساوية. والعدالة تقضي الأخذ بأقرب الحلول لموضوع واحد، وعند الحكم على حالة معينة يجب أن تراعى جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة، فالعدالة بهذا المفهوم هي المساواة في الحكم، على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداد دائماً بالجانب الإنساني، وكذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة".[199]

إن معنى ومفهوم القانون الطبيعي ومفهوم العدالة واحد ولا فرق بينهما، فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يمكن أن يستفاد منها في مجال تشريع القوانين الوضعية وأن يكون مصدراً من مصادره. فخلصنا بأن مصادر استنباط القوانين الوضعية يكون من التشريع، والمصادر غير

---

198 الرفاعي، أحمد محمد، ***المدخل للعلوم القانونية(نظرية القانون)***، ب.د.ن، (د.ط)،2007م. ص65.

199 فرج، توفيق، ***المدخل للعلوم القانونية***، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ص282 ـ 286.

التشريعية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي.

2. 2. 3 أوجه إختلاف المصادر بين الشريعة والقانون

هناك نقاط خلافية كثيرة بين مصدري الشريعة والقانون إلا أننا نذكر الأهم والأبرز:

1. المصدر الأساسي للشريعة الإسلامية القرآن، بينما في القوانين الوضعية التشريع من أهم مصادرها.

2.هذه القوانين من صنع البشر، ولا علاقة لها بالشريعة الإسلامية، وإن وقع بعض إشتباه وفي بعض النصوص فلا تعني أن الشريعة مصدر من مصادر القانون.

3. الشريعة الإسلامية شريعة كاملة بدليل قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِينًا﴾.[200] أما القوانين الوضعية فهي في طور البناء والتجديد لأنها تسعى إلى الكمال.

4. الشريعة الإسلامية تمس الدوائر التي تمسها القوانين الوضعية، لكن يفوقها من حيث حسن التنظيم، ورقي الهدف، ويترفع عن القصور أو الجهل، ويمس دوائر التي لم يمسها القوانين الوضعية مثل العقيدة والأخلاق.

5.القرآن فيه جميع أحكام السلم، والحرب، والغنائم، والأسرى، والجنايات، والقصاص، والديات وهذا رد على من قال أن الإسلام دين عبادة لا غير.

6.الشريعة الإسلامية لا تطابق القوانين الوضعية في شيء، كما لا تعد مصدراً من مصادرها في أغلب دول العالم، وإذا ما وقع تشابه في بعض نصوصه فلا يعني التشابه الجلي حتى في الدول الإسلامية، فقانون المدني المصري في المادة الأولى فقرة(2)والتي تنص على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".[201]

---

[200] المائدة، 3/5.

[201] القانون المدني المصري رقم(3)السنة 1948، ط8، 1999م، الفقرة2، ص5.

7.لا وجود لصيغة الأخلاق في القوانين الوضعية، فالقانون يحاسب الناس على الضرر أو الإخلال بالأمن العام، والشريعة الإسلامية، شريعة أخلاقية، وليست الأخلاق في الإسلام أدباً يجمل صاحبه، ولكنها التزامات من واجبات الدين.[202]

8. الشريعة الإسلامية شريعة تعبدية يثاب الإنسان عليها، أما القوانين الوضعية فهي جزائية دنيوية.

9.القانون عرضه للتغيير والتبديل، أما شريعة الله فهي باقية ودائمة من غير تبديل أو تغير، فالقوانين مؤقته، والشريعة دائمة.

[202] القطان، مناع، ***تاريخ التشريع الإسلامي***، مكتبة الوهبة، القاهرة، ط4، 1409هـ/1989م، ص21.

3. مفهوم الجرائم في الشريعة والقانون

الجريمة ظاهرة واقعية واجتماعية، وهي قديمة قدم المجتمع، وهي في أبسط وصف لها خروج عن النظام وخروج عن التنظيم القائم عليه المجتمع.

والجريمة من المشكلات الإجتماعية التي عرفها المجتمع الإنساني في كافة عصوره وعلى اختلاف نظمه وأشكاله، وكانت موضع اهتمام علماء الدين والمصلحين على مراحل متعاقبة.

والجريمة في جوهرها لا تختلف من مجتمع لأخر، ومن زمن لأخر إلا أن مفهومها يختلف باختلاف الأزمنة واختلاف المجتمعات. فالجريمة ظاهرة قديمة منذ أن خلق الله الإنسان وذلك بسفك دم هابيل من طرف قابيل كما أسلفنا.

ويعد الدين أول مصدر للتحريم في جميع المجتمعات للقضاء على الجرائم باعتبار أنها رذيلة ومخالفة لأوامر الله ـ تعالى ـ، وأيضاً فإن الدين هو الذي حدد معنى ومفهوم الجريمة في المجتمعات.

وقد عرفت المجتمعات الأولية جرائم معينة ومعددة مثل القتل والضرب والجرح فكان العقاب من شأن الأفراد أنفسهم وينحصر في التأثر أو الانتقام على حسب قوة المقابل للأخذ بها.

"وبتطور الفكر وظهور المجتمعات الكبيرة وجد نظام القصاص الذي يحد من شدة الثأر كما وجدت الدية والصلح بين الطرفين على قدر من المال وذلك للحد من الجرائم، وأصبح تحدد الجرائم يتم عن الطريق التشريع، أما بخصوص تحديد ومفهوم الجريمة بشكل ثابت فإن الجرائم تختلف باختلاف الزمان والمكان، فهناك بعض الأفعال في بعض الدول تكون أفعالاً عادية بينما تعتبرها الدول الأخرى جريمة أو مخلاً بالأداب العامة مثل أن يشرب شخص خمراً أو يقبل شخص امرأة على الطريق". [203]

ويختلف تعريف الجريمة كذلك في الدولة الواحدة أو المجتمع الواحد من فترة زمنية إلى مرحلة من فترة زمنية أخرى.

وقد ثار ويثور الجدل حول معنى الجريمة، فهناك مفاهيم متعددة ومتناقضة، لعل من أعقدها المفهوم القانوني، ومرد هذا التعدد تلك الطبيعة المركبة لعلم الإجرام، فهو يتعدد مفاهيمه، فلا تجد جواباً جامعاً ومانعاً للتساؤلات.

والجرائم في مفهوم الشريعة الإسلامية واضحة وجلية، وهي تلك المحظورات الشرعية التي زجر الله ـ تعالى ـ عنها بحد أو تعزير، وهي بطبيعة الحال تختلف وتتنوع بعقوبتها المقدرة بحد أو غير مقدرة

---

[203] فهمي، محمد سيد، ***الجريمة والعقاب***، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، (د.ط)، 2012م، ص22.

كالتعزيز، لأن الشريعة الإسلامية وضعت مقابل كل جريمة عقوبة مقدرة ومبينة بنصوص قطعية من القرآن والسنة النبوية، وأعطت وخولت ولي الأمر بعض العقوبات لأجل مصلحة المجتمع تمشياً مع الظروف والواقع بحسب بعض الجرائم المستحدثة والمتجددة.

فعلينا بيان وتعريف الجريمة في مفهومي الشريعة والقانون، ومدى اتفافهما واختلافهما.

3. 1 الجريمة لغة واصطلاحاً

الجريمة لغة: مأخودة من جرم، يقال جرم يجرم واجترم، ومعناه الكسب. ولفظ الكسب خص به كل كسب قبيح. والجرم التعدي، والذنب، والجمع أجرام وجروم، وهو الجريمة، وقد جَرَمَ يَجْرِمُ جَرماً واجترم وأجرم، فهو مجرم وجريم. وجرم إليهم وعليم جريمة وأجرم: جنى جناية، وجرم إذا عظم جرمه أي أذنب.

ويقال: "تجرم عليه، أي ادعى عليه جرماً، وإن لم يجرم".[204]

وكلمة الجريمة وردت لمعان كثيرة في القرآن الكريم منها متقاربة، ومتغايرة، ومتداخلة، إلا أن المعنى والمؤدى واحدة.

من ذلك قوله تعالى: ﴿وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُواْ﴾.[205] وقوله تعالى: ﴿يَوَدُّ الْمُجْرِمُ لَوْ يَفْتَدِي مِنْ عَذَابِ يَوْمِئِذٍ بِبَنِيهِ﴾.[206] وقوله تعالى: ﴿إِنَّهُ مَن يَأْتِ رَبَّهُ مُجْرِمًا فَإِنَّ لَهُ جَهَنَّمَ لَا يَمُوتُ فِيهَا وَلَا يَحْيَى﴾.[207] وقوله تعالى: ﴿قُل لَّا تُسْأَلُونَ عَمَّا أَجْرَمْنَا﴾.[208]

والملاحظ في هذه الآيات أن لفظ(الجرم)جاء لمعنى الذنوب، والمخالفة، والحمل على الإثم.

الجريمة اصطلاحاً: تستخدم لفظ الجريمة في المصطلح الفقهي لمعنيين خاص، وعام.

أما المعنى الخاص للجريمة فعرفها الماوردي(ت:450هـ)"محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزيز".[209]

---

[204] ابن منظور، ***لسان العرب***، 93/12، الفيروز آبادي، مجدالدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، ***القاموس المحيط***، تح: مكتب التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1426هـ/ 2005م،1/ 1087 .

[205] المائدة، 8/5.

[206] المعارج، 11/70.

[207] طه، 74/20.

[208] سبأ، 25/34.

[209] الماوردي، الشيخ الإمام أبو الحسن، ***الأحكام السلطانية***، تح: أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1409هـ 1989م، ص285.

وأما المعنى العام فهي"فعل ما نهى الله تعالى عنه، وعصيان ما أمر الله ـ تعالى ـ به، بحكم الشرع الحنيف" أو"هي إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك واجب معاقب على تركه".[210]

الجناية لغة واصطلاحاً

الجناية لغة: قال ابن منظور(ت: 711هـ):"الجناية مأخوذة من مادة جنى، فيقال: جنى الذنب عليه يجنبه جناية بمعنى جّره إليه". من جنى الثمر وهو أخذه من الشجر، وهو عام إلا انه خص بما يحرم من الفعل، ويسمى مكتسب الشر جانياً، والذي وقع عليه الشر كجنياً عليه، فالجناية هي الذنب، والجرم، وما يفعله الإنسان مما يوجب العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة.[211]

الجناية اصطلاحاً: عرفها الماوردي بنفس بتعريف الجرائم فقال الجناية: "محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزيز".[212]

وجاء في الفتاوى الهندية: بأنها "اسم لفعل محرّم سواء كان في مال أو نفس، لكن في عرف الفقهاء يراد بإطلاق اسم الجناية الفعل في النفس والأطراف، والأول يسمى قتلاً، والثاني قطعاً وجرحاً".[213]

العلاقة بين الجريمة والجناية

من خلال عرض التعاريف السابقة يتبين لنا بأن التعريفين متقاربان حتى نستطيع القول بأنهما مترادفان ومنقولان عن الآخر كما فعله الماوردي، إلا أن جمهور العلماء خصوا الجرائم بما فيه الحد والتعزيز، وخصوا الجنايات بما فيه القصاص.

فالحنفية يطلقون الجرائم على كل فعل محرم، سواء أكان في مال أم في نفس.

فيقول الزيلعي(ت:743هـ) وابن نجيم(ت:970هـ): والجامع بين تعريفي الجرائم والجناية، هو طريقة الفقهاء السابقين من اطلاق مصطلح(الجناية) علي بعض الجرائم فذكروا:"أن الجناية هي الفعل المؤلم الواقع على النفس والأطراف سواء أكان قتلاً أم جرحاً أم غير ذلك، والبعض يخصص بما وقع من جرائم الحدود والقصاص".[214] وهذا الفرق جاء في مسألة القصاص، ففي القصاص لو رفع الأمر إلى القاضي يجوز العفو فيه، ببدل مالي أو العفو بدون بدل، أما موجب الحد فلا عفو فيه بعد

---

[210] أبو زهرة، محمد، ***الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي***، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1998م، ص22.

[211] ابن منظور، ***لسان العرب***، 154/14.

[212] الماوردي، ***الأحكام السلطانية***، ص285.

[213] البلخي، نظام الدين، ***الفتاوى الهندية***، دار الفكر، بيروت، ط2، 1310هـ، 2/6.

[214] الزيلعي، ***تبيين الحقائق***، 97/6. ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، ***البحر الرائق شرح كنز الدقائق***، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط)،(د.ت)، 327/8.

رفعه الى القاضي.

أما الشافعية فمفهوم الجناية عندهم أعم، فيقول الباجوري (ت: 1859م):"الجناية أعم من أن تكون قتلاً أو قطعاً أو جرحاً".[215]

أما المالكية، فيقول ابن رشد: (ت:595هـ)" فإن مفهوم الجناية هي التي لها حدود مشروعة وهي أربعٌ:

أ. جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلاً وجرحاً.

ب. جنايات على الفروج وهو المسمى زناً وسفاحاً.

ت. جنايات على الأموال، وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب سمي حرابة إذا كان بغير تأويل، بتأويل سمي بغياً، وإن كان مأخوذاً على وجه المعافصة من حرز يسمى سرقة، وما كان منها يعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصباً.

ث. جنايات على الأعراض، وهو المسمى قذفاً.

ج. جنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب، وهذه إنّما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط.[216]

أقول: والذي يظهر أنه لا فرق بينهما لأن كلاً منها فعل محظور شرعاً يقابلها العقوبة المقررة لكل منهما. ولعل ما فعله العلامة الجرجاني: (ت: 816 هـ) هو الأفضل حيث ترك لفظ الجناية على عمومه فقال: "الجناية: هو كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو على غيرها".[217]

تعريف الجريمة في القانون

لم يرد في القوانين الوضعية تعريف جامع ومانع للجريمة، وهذا شائع في كثير من المسائل القانونية التي لم يضع المشرع تعريفاً لها، حتى في القانون المصري والسوري والعراقي. إلا ما جاء في القانون الإسباني لعام 1928 بأنها"عمل أو إمتناع عن عمل إداري يعاقب عليه القانون". وعرفها البعض بأنها"كل فعل أو إمتناع يقرّر له القانون جزاء في صورة عقوبة أو تدبير إحترازي مما ينص عليه قانون العقوبات".[218]

---

[215] البيجوري، الشيخ ابراهيم بن محمد، ***حاشية البيجوري***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1420هـ /1999م، 375/2.

[216] ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، ***بداية المجتهد ونهاية المقتصد***، دار الحديث، القاهرة، (د.ط)، 1425هـ/2004م، 177/4.

[217] الجرجاني، علي بن محمد الشريف الحسيني، ***كتاب التعريفات***، تح: محمد عبدالرحمن المرعشلي، دار النفائس، بيروت، ط3، 1433هـ/ 2012م، ص141.

[218] عالية، سمير، ***الوسيط في شرح قانون العقوبات***، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط1، 1431هـ/ 2010م، ص204.

أو:"كل سلوك إنساني غير مشروع، إيجاباً كان أم سلباً، عمدياً كان أم غير عمدي، يُرتب له القانون جزاءً جنائياً".[219]

المقارنة بين تعريفي الشريعة والقانون للجريمة

أهم الفروق بين تعاريف الشريعة والقانون للجريمة يظهر من خلال النقاط الآتية:

أ. التعريف الشرعي للجريمة أساسه قائم على مبادئ الحلال والحرم، وعلاقة الإنسان بربه.

ب. التعريف الشرعي للجريمة واضح ومبين لكل ما نهى الله عنه، وأنه يحاسبه في كل ما عرفت أنها جريمة في حين أن تعريف القانون لا يشير إلى تعداد وأنواع الجرائم.

ت. التعريف القانوني يؤكد دائماً على العقوبة، فالعقوبة هي الغاية عند القانون للجريمة، فالقانون يحاسب الجاني عند مقدرة الوصول إليه، وعند هروبه لا يستطيع محاسبته. فلا وجود لرقابة الإيمان أصلاً عند القانون.

ث. لا يعتبر الفعل أو الترك جريمة إلا إذا كان معاقباً عليها طبقاً للتشريع الجنائي، ولا بد من التركيز على أن الأساس في اعتبار الفعل جريمة في الإسلام، هو مخالفة الشرع، بينما في القانون المعتبر مخالفة القانون الوضعي.

أقسام الجريمة وأنواعها في الشريعة الإسلامية

الجرائم بأجمعها محرم ومعاقب عليه، إلا أنها تتنوع وتختلف من حيث النظر إلى الجرم والعقوبة، وفقهاء الشريعة الإسلامية يقسمون الأعمال الإجرامية من حيث شدة خطورتها والحق المعتدى عليه إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهي: جرائم الحدود، وجرائم القصاص والديات، وجرائم التعازير.

3. 2 المرتبة الاولى: جرائم الحدود

جرائم الحدود وهي الجرائم التي حدد تحريمها وتجريمها وعقوبتها بالنص القاطع ولهذا سميت جرائم الحدود، والحق المعتدي عليه فيها أما حق عام أي حق الله المحض أو حق مشترك بين الله وبين العبد، ولكن الحق العام فيها هو الغالب، ولذلك لا تقبل التخفيف والتشديد والعفو والصلح والتبديل والتعديل، أما في القوانين الوضعية فمصطلح الحق العام يقابله مصطلح حق الله المحض لأن الحق في الحالتين لا يعود إلى فئة معينة من الناس بل ينتفع به كافة الناس دون تخصيص. وكذلك

---

219 خضر، عبدالفتاح، ***الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي***، إدارة البحوث، السعودية، (د.ط)، 1405هـ /1985م، ص12.

الحق الخاص في القانون يقابله حق العبد(أو حق الناس)لأنه خاص بفرد أو جماعة محددة.[220] والعلماء مجمعون على أن عقوبات جرائم الحدود لا تطبق إلا على من كان عاقلاً بالغاً مختاراً.

الحدود لغة واصطلاحاً

الحدود لغة: الحد في اللغة المنع، والفصل بين شيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر، أو لئلا يتعدى أحدهما على الآخر، وفصل ما بين شيئين: حد بينهما، ومنتهى كل شيءٍ حَدُّه.

وحدُ كل شيء: منتهاه لأنه يرده ويمنعه عن التمادي ويمنع غيره عن إتيان الجنايات، وجمعه حدود.[221]

الحدود اصطلاحاً: عرفت الحدود في الشريعة بتعاريف عديدة.

أ. الحنفية: عرفه الكاساني(ت:587هـ) بأنه" عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله ـ تعالى ـ".[222]

ب. المالكية: عرفه العدوي(ت:1189هـ)بأنه: "ما وضع لمنع الجاني من عوده لمثل فعله، وزجر غيره".[223]

ت. الشافعية: عرفه الدمياطي(ت: 1310هـ)بأنه:"عقوبة مقدرة وجبت زجراً عن ارتكاب ما يوجبه".[224]

ث. الحنابلة: عرفه البهوتي(ت: 1051هـ) بأنه:"عقوبة مقدرة لتمنع من الوقوع في مثله".[225]

التعريف المختار

التعاريف كلها متقاربة، ولعل تعريف الحنفية هو الجامع والمانع، وذلك لإخراج القصاص والتعزير حيث ركزوا في تعريفهم على الحدود فقط.

---

[220] الزلمي، مصطفى إبراهيم، ***أسباب إباحة الأعمال الجرمية في الشريعة والقانون***، مطبعة شهاب، أربيل، ط2، 2010م، ص24.

[221] ابن منظور، ***لسان العرب***، 140/3.

[222] الكاساني، علاءالدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، ***البدائع في ترتيب الشرائع***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1406هـ/ 1986م، 33/7.

[223] العدوي، أبو الحسن علي بن أحمد، ***حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني***، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 288/2.

[224] الدمياطي، أبو بكر عثمان البكري، ***إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين***، دار الفكر، دمشق، ط1، 1418هـ / 1997م، 142/4.

[225] البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس الحنبلي، ***كشاف القناع عن متن الإقناع***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)(د.ت)، 77/6.

أنواع وتعداد الحدود

هناك اختلاف بين العلماء في تعداد الحدود فعند الحنفية الحدود خمسة.

يقول الكاساني(ت: 587هـ):"الحدود خمسة أنواع: حد السرقة، وحد الزنا، وحد الشرب، وحد السكر، وحد القذف".[226]

إلا أن ابن نجيم(ت: 970هـ)جعله أربعاً فقال: "فالحدود أربعة، وما في البدائع من أنها خمسة وجعل الخامس هو حد السكر، فلا حاجة إليه، لأن حد السكر هو حد الشرب كمية، وكيفية وإن اختلف السبب".[227]

وعند المالكية: ذكر الدسوقي(ت:1230هـ)بأن الحدود على سبعة أنواع"وهي: البغي، والردة، والزنا، والقذف، والسرقة، والحرابة، والشرب".[228]

أما الشافعية والحنابلة، فجعلوا الحدود خمسة: حد الزنا، وحد القذف، وحد الشرب، وحد السرقة، وحد قطع الطريق".[229]

يقول ابن حجر العسقلاني(ت: 852هـ): "وقد حصر بعض العلماء ما قيل بوجوب الحد به في سبعة عشر شيئاً فمن المتفق عليه الردة، والحرابة مالم يتب قبل القدرة، والزنا، والقذف به، وشرب الخمر سواء أسكر أم لا، والسرقة. ومن المختلف فيه جحد العارية، وشرب ما يسكر كثيره من غير الخمر، والقذف بغير الزنا، والتعريض بالقذف، واللواط ولو بمن يحل له نكاحها، وإتيان البهيمة، والسحاق، وتمكين المرأة القرد وغيره من الدواب من وطئها، والسحر، وترك الصلاة تكاسلاً، والفطر في رمضان، وهذا كله خارج عما تشرع فيه المقاتلة كما لو ترك قوم الزكاة ونصبوا لذلك الحرب".[230]

أقول: إن الذي يعنينا من هذا التقسيم هو المحافظة على الضرورات الخمس المتمثلة بالدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل.

---

[226] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 33/7.

[227] ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، ***البحر الرائق شرح كنز الدقائق***، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط)،(د.ت)، 3/5.

[228] الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، ***حاشية الدسوقي على الشرح الكبير***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 298/4.

[229] الدمياطي، ***إعانة الطالبين***، 161/4، ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن محمد الجماعيلي المقدسي الدمشقي الحنبلي، ***المغني***، مكتبة القاهرة، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 38/9.

[230] العسقلاني، ابن حجر أحمد بن علي، ***فتح الباري شرح صحيح البخاري***، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1379هـ، 58/12.

ونحن نأخذ بقول من جعل الحدود سبعاً: أ. جريمة الزنا ب. جريمة القذف ت. جريمة الشرب ث. جريمة السرقة ج. جريمة الحرابة ح. جريمة الردة خ. جريمة البغي

الجرائم في القوانين الوضعية

لايمكن حصر وتعداد الجرائم في القانون، لأن الجنايات والعقوبات تختلف من تشريع لآخر.

أما مكونات الجريمة في القانون فتتكون من عنصرين:

أ. عناصر أساسية"أصلية". ب. عنصار ثانوية"عرضية".

أ. عناصر أساسية: وهي المكوِّن للجريمة قانونياً، وانتفاء المكون الاساسي للجريمة تعني إنتفاء الجريمة بأكملها.

ب. عناصر ثانوية: فهي لا يؤثر وجودها أو تخلفها على دور الجريمة"وإنما ينحصر تأثيرها في حال وجودها على درجة العقوبة، وقد اصطلح على تسميتها بظروف الجريمة".[231]

ويشترط وجود ركنين للجريمة وهما المادي والمعنوي، فلا تقوم الجريمة في القانون إلا بوجودهما.

"وهناك الأركان الخاصة، فهي التي يتطلبها القانون بالنسبة لبعض الجرائم فقط، وتضاف إلى الأركان العامة، لتعطي الجريمة إسماً قانونياً يميزها عن غيرها من الجرائم".[232]

فالمادي: ركن عام وهو سلوك إنساني. والمعنوي: وهوعام إيضاً وهو يلزم وجود حالة نفسية بين الجاني ومواد الجريمة، الذي يشترط في جميع الجرائم. والركن الخاص إما مادي خاص أو معنوي خاص

فالركن المادي الخاص في الجريمة يختلف من جريمة لأخرى مثل القتل والسرقة، ففي القتل إزهاق للروح، وفي السرقة أخذ المال لأجل التملك.

أما الركن المعنوي الخاص ويختلف من جريمة لأخرى، ففي القتل إشتراط إزهاق روح المجني عليه، وفي السرقة بنية التملك.

---

[231] سلامة، مأمون، ***قانون العقوبات، (القسم العام)***، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1976م، ص 79 ـ 81.

[232] عالية، ***الوسيط***، ص 205.

أقسام الجرائم في القانون

يقسم القانون الجرائم من حيث طبيعتها إلى عادية وسياسية.

الجريمة السياسية:" وهي الجريمة التي ترتكب بباعث سياسي أو تقع على الحقوق السياسية العامة أو الفردية، وفيما عدا ذلك تعتبر الجريمة عادية".[233]

تقسيم جسامة الجريمة في القانون

يقسم القانون الجريمة حسب نوع جسامتها إلى ثلاثة أنواع:

الجنايات، والجنح، والمخالفات.

ويحدد نوع الجريمة بنوع العقوبة الأشد المقررة لها في القانون.[234]

1. الجناية العادية: وهي التي يعاقب عليها بالآتي:

الإعدام، أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال المؤقت.

2. الجنحة العادية: فهي الجريمة المعاقب عليها بالعقوبات التالية: الحبس مع التشغيل، أو الحبس الجنحية.

3.المخالفة فهي الجريمة المعاقبة: بالحبس التكديري الخفيف، أو الغرامة الخفيفة.[235]

أما وقوع الجرائم فهي على ثلاثة أنواع:

1. الجرائم الفورية.

2. الجرائم البسيطة.

3. الجرائم المركبة.

1. الجرائم الفورية: "وهي التي تكتمل وتنتهي في لحظة واحدة دون أن يستمر بعدها السلوك الجرمي الذي أسهم في إتمامها.[236]

ومثل بالقتل فهو يتم وينتهي لحظة إزهاق الروح، ولا تستمر جريمة الجاني بعد إزهاق روح المجني عليه.

ـ الجريمة المستمرة:"وهي على العكس من الفورية إذ يستمر ركناها المادي والمعنوي بعد لحظة

---

233 حياوي، نبيل عبدالرحمن، ***قانون العقوبات***، المكتبة القانونية، بغداد، ط2، 2006م، المادة21، ص11 ـ 12.

234 حياوي، ***قانون العقوبات***، المادة(23)، ص12.

235 عالية، ***الوسيط***، ص210 ـ 211.

236 سرور، أحمد فتحي، ***أصول قانون العقوبات***، (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1973م، ص345.

تمام السلوك الجرمي فترة من الزمن".

فمثلاً خطف الأشخاص، وحمل الأوسمة بدون حق، وغصب العقار، فإنها من الجرائم المستمرة.

2. الجرائم البسيطة وجرائم الإعتياد: تختلف الجريمة البسيطة عن جريمة الإعتياد بأن الأولى تتم بسلوك جرمي واحد فوري كالقتل أو مستمر كخطف شخص في حين أن الثانية لا تعتبر جريمة متكاملة إلا إذا تكرر السلوك الجرمي بأفعال مماثلة يعبر فيها الجاني عن اعتياده عليها.

3. الجرائم المركبة: تكون الجريمة مركبة في الأحوال التي يكون بنيانها القانوني قائماً على عدة أفعال جريمة مختلفة تدخل كعنصر من عناصرها أو كظروف مشددة لها. ومثل ذلك بدخول الأمكان المصانة بالجدار، فهذه الجريمة تنطوي أصلاً على جريمتين خرق حرمة منزل أو تخريب، وجريمة سرقة، إلا أنهما تعتبران قانوناً واحدة وليستا جريمتين.[237]

فأشد الجرائم في القانون هي الجنايات، وأوسطها الجنح، وأقلها خطورة أو جسامة المخالفات.

ومن ناحية العقوبة: الجنايات: الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة، والاعتقال المؤبد، والأشغال الشاقة المؤقتة، والاعتقال المؤقت. أما الجنح: الحبس مع التشغيل، والحبس البسيط والغرامة، أما العقوبة التكديرية: الحبس التكديري والغرامة.[238]

3. 3 جريمة الزنا في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

الزنا من أخطر وأكبر الجرائم الإجتماعية، لذا فرض أشد أنواع العقوبات على مرتكبي هذه الجريمة في الشريعة الإسلامية، وهدفنا هنا بيان أحكام الزنا، وهل هذه العقوبة تتفق أو تختلف مع القوانين الوضعية؟.

الزنا لغة واصطلاحاً

الزنا لغة: يمد ويقصر، زنى الرجل يزني زنى مقصور، وزناء ممدود، والمرأة تزاني مزاناة وزناء أي تباغي، قال اللحياني (ت: 220هـ): الزنى مقصور، لغة أهل الحجاز، قال تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى﴾[239] بالقصر.[240]

الزنا اصطلاحاً: أورد الفقهاء تعريفات عديدة للزنا:

---

[237] عالية، ***الوسيط***، ص225.

[238] السراج، عبود، ***شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ***، منشورات جامعة دمشق، (د.ط)،2006 ـ2007م، ص233.

[239] الإسراء، 17/ 32.

[240] ابن منظور، ***لسان العرب***، 206/3.

فعرفه الحنفية: "بأنه الوطء الحرام الخالي عن حقيقة الملك وحقيقة النكاح وعن شبهة الملك وعن شبهة النكاح وعن شبهة الاشتباه".[241]

وعرفه المالكية: "بأنه وطء على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين".[242]

وعرفه الشافعية: "إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتهى يوجب الحد، ودبر ذكر وأنثى كقبل على المذهب".[243]

وعرفه الحنابلة بأنه: "الوطء في فرج لا يملكه".[244]

وعرفه الإمامية:"إيلاج الإنسان فرجه في فرج امرأة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة".[245]

وهكذا نجد أن التعاريف متقاربة عند الجميع إلا أن قسماً منهم اعتبر الوطء في الدبر له حكم القبل.

الزنا في القانون

القانون يعرف الزنا بأنه: "تدنيس فراش الزوجية"،[246] أي أن القانون يعترف بالزنا في حالة الزوجية فقط، ولا يقر به عند عدم وجود فراش الزوجية، فزنا الزوجة، وزنا المحارم، وزنا الأجانب كلها محرمة ومعاقب في قوانين بعض دول العالم، وخاصة في الدول الإسلامية، ولكن الاجراءات تختلف من دولة إلى دولة أخرى.

ثبوت الزنا في الشريعة الإسلامية

يثبت الزنا في الشريعة الإسلامية بأحد الأمرين:

أ. البينة: وهي أن يشهد أربعة رجال ممن تقبل شهادتهم فيه، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ

---

[241] السمرقندي، أبوبكر علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد، ***تحفة الفقهاء***، دار الكتب العلمية، بيروت ،ط1، 1414هـ / 1994م، 138/3.

[242] ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 215/4.

[243] الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، ***مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج***، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1412هـ/ 2001م،177/1.

[244] ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي، ***الكافي في فقه الإمام أحمد***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/1994م، 84/4.

[245] الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، ***المختصر النافع في فقه الإمامية***، مطبعة النعمان، النجف، (د.ط)، 1386هـ/1966م، ص392.

[246] الدسوقي، عزت مصطفى، ***أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية***، المكتب الفني بالإصدارات القانونية، القاهرة، ط2، 1999م، ص33.

الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾.[247]

ب. الإقرار: وهو أن يقر الشخص على نفسه أربع مرات، وفي أربعة مواطن عند الحنفية، وعند الحنابلة أربع مرات إلا أنه لا يشترط تفرقة المجلس، ويكفي مرة واحدة عند المالكية والشافعية.[248]

ثبوت الزنا في القوانين الوضعية

المقصود بإثبات جريمة الزنا في القانون إقامة الدليل عند السلطة القضائية، وذلك حسب الطرق والأدلة التي حددها القانون. فالأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا في القانون هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى بخطه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم كما جاء في المادة 276 من قانون العقوبات المصري فعلى هذا لا تثبت جريمة الزنا في القانون إلا بتوافر الأدلة الأربعة:

أ. التلبس ب. الإعتراف ت. الأوراق المكتوبة ث. وجوده في المحل المخصص للحريم في منزل مسلم.

والملاحظ أن القانون يرى تحريك دعوى الزنا في حال وجود فراش الزوجية.

كما جاء في القانون العقوبات العراقي المادة(378):

" لايجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي اجراء فيها بناء على شكوى الزوج الآخرى. ولا تقبل الشكوى في الأحوال التالية:

أ. إذا قدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة اشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب. اذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية بالرغم من اتصال علمه بالجريمة.

ت. إذا ثبت ان الزنا تم برضاء الشاكي".[249]

فالقوانين الوضعية في الدول الإسلامية يميزون بين الرجل المرأة في جريمة تحقق الزنا، فالمتزوجة تعاقب على الزنا أيّاً كان مكان وقوعه في بيت الزوجية أو خارجه، ولا يكون نفس الحكم بالنسبة للزوج إذا كان الزنا خارج منزل الزوجية. كما جاء في قانون العقوبات العراقي المادة(377):

"ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج إذا زنا في منزل الزوجية".[250]

---

[247] النور، 4/24.

[248] السمرقندي، ***تحفة الفقهاء***، 140/3، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 318/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 183/4 ـ 184، ابن قدامة، ***المغني***، 64/9.

[249] حياوي، ***قانون العقوبات***، المادة(378)، ص133.

[250] حياوي، ***قانون العقوبات***، المادة(377)، ص132.

ويميز القانون بين الرجل والمرأة في العقوبة، فالمرأة التي ثبت زناها، تعاقب بالحبس سنتين كما جاء في المادة(274) من قانون العقوبات المصري، " المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت". أما الزوج الذي ثبت زناه في المنزل الزوجية، فيعاقب بالحبس ستة أشهر كما جاء في المادة(277) من قانون العقوبات المصري:

"كل زوج زني في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازي بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور".

وجاء في المادة(276) من قانون العقوبات المصري على التلبس بفعل الزنا كدليل من أدلة الإثبات على المتهم بالزنا مع المرأة المتزوجة.

"الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو إعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم".[251]

ولا يشترط في التلبس بهذه الجريمة أن يكون المتهم قد شوهد حال إرتكابه الزنا بالفعل بل يكفي أن يكون قد شوهد في ظروف بذاتها وبطريقة لا تدع مجالاً للشك في أن جريمة الزنا قد ارتكبت فعلاً.

الحق في حد الزنا

الحق في جريمة حد الزنا حق خالص لله ـ تعالى ـ، فلا يقيمه إلا الإمام، ويقبل رجوع المقر عن إقراره.[252]

عقوبة الزنا في الشريعة الإسلامية

فرقت الشريعة في العقوبة بين المحصن وغير المحصن. ونعني بالإحصان الزواج، أي زواج الزاني، أو الزانية قبل اقتراف احدهما جريمة الزنا، لذا فإن عقوبة الزنا نوعان:

1.عقوبة البكر 2.عقوبة المحصن.

1.عقوبة غير المحصن (البكر الزاني): إذا زنا البكر سواء كان رجلاً أم امرأة عوقب بعقوبتين:

أ.الجلد: ثبتت عقوبة الجلد بنص القرآن الكريم قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ

---

[251] قانون العقوبات المصري، المادة(274، 276، 277)، ص53ـ 54.

[252] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 318/4.

مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾.[253]

ب.النفي والتغريب: وهو النفي لمدة عام من مكان اقتراف الجريمة الى مكان آخر، وهو مذهب جمهور العلماء من المالكية، والشافعية، والحنابلة[254]. خلافاً لأبي حنيفة الذي نفى وجوب الجمع بين الجلد والتغريب.[255]

2. عقوبة المحصن (المتزوج): اتفق جمهور الفقهاء على أن الإحصان الذي يوجب الرجم شرعاً يتحقق بوجود صفات مجتمعة في الزاني بحيث يجب أن يكون عاقلاً، بالغاً، حراً، مسلماً، تزوج ودخل بنكاح صحيح.[256] ولذلك فإن عقوبة الرجم حتى الموت، جاءت أشد وأقسى من عقوبة البكر. وقد اختارت الشريعة الرجم ليكون هذا العقاب خير رادع للمتزوج يمنعه من الوقوع في معصية الزنا، كما يفضي إلى ارتداع الغير والزجر بهذا العقاب الرهيب.

ولم يثبت الرجم بالقرآن، وإنما ثبت بالسنة، إذ اجمعت الأحاديث الصحيحة على معاقبة الزاني المحصن بالرجم حتى الموت.

يقول الزلمي(ت:2016م)"وعقوبة الرجم لم ترد في القرآن الكريم وإنما طبقها الرسول على عدد قليل ممن ارتكبوا هذه الجريمة من المتزوجين والمتزوجات وباقرار من الجاني ومطالبته بتطبيق حكم الله عليه ثم حصل الخلاف بين علماء الإسلام في أن عقوبة الرجم هل هي باقية إلى جانب عقوبة الجلد على أساس أن الأولى للمتزوج والمتزوجة والثانية لغيرهما أو نسخت بآية﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾.[257]

وإذا أخذنا بقول من قال: بأنها باقية كما هو رأي الجمهور فإن بقاءها يكون كعدم البقاء من ناحية العملية ما لم تثبت الجريمة بشهادة أربعة رجال عادلين لا يوجد الخلاف بين افاداتهم100٪ وإن لم تثبت بهذه الطريقة تتحول إلى جريمة تعزيرية لوجود الشبهه ويعاقب الجاني بالعقوبة المقررة بالقانون إذا ثبت بغير النصاب".[258] المذكور الذي نص عليه القرآن في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ

---

[253] النور 24/ 2.

[254] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 321/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 182/4، ابن قدامة، ***المغني***، 133/10.

[255] الميداني، عبدالغني الغنيمي، ***اللباب في شرح الكتاب***، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ط)، 1425هـ/ 2004م، 62/3 ـ 63.

[256] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 37/7، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 320/4، ابن قدامة، ***المغني***، 327/10.

[257] النور، 2/24.

[258] الزلمي، ***أسباب إباحة الأعمال الجرمية في الشريعة والقانون***، ص25.

الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.[259]

والذي أراه بأن مثل هذه الأقوال أقوال الذين لا يعملون بالسنة وهم القرءانيون خاصة بأن المؤلف عنده كتاب سماه(لارجم في القرآن) فكل محاولاتهم هو أن يلغوا الرجم للزاني والزانية بداعٍ أنه لم يثبت في القرآن.

عقوبة الزنا في القوانين الوضعية

لم تحدد القوانين الوضعية عقوبة واحدة لجريمة الزنا، ويعود السبب في ذلك إلى تباين وجهات نظر هذه القوانين في مفهوم الزنا وطبيعة تجريمه.

فالقوانين التي لم تعد الزنا جريمة مطلقاً لم تحدد عقوبة لهذا الفعل تطبيقاً لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، أما القوانين التي عاقبت على هذا الفعل، فيمكن تقسيمها إلى قسمين:

الأول: القوانين التي عاقبت على الزنا لذاته ولم تفرق في العقاب بين الزاني والزانية.

والثاني: القوانين التي فرقت بين الزوجة الزانية والزوج الزاني.

أـ القوانين التي عاقبت على الزنا لذاته:

الملاحظ على هذه القوانين أنه عاقب على فعل الزنا المجرد، ولم يشترط اقترافه بشروط أو ظروف أخرى، كما أنه ساوى في العقوبة بين الزانية والزاني، وحدد القانون عقوبة هذه الجريمة بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، والقاضي غير ملزم بتطبيق نفس العقوبة على الزانية والزاني.

ب ـ القوانين التي فرقت بين الزوجة الزانية والزوج الزاني، وهذه القوانين لم تتخذ مسلكاً واحداً، فمنها من فرق بين زنا الزوجة وزنا الزوج في التجريم والعقاب، كالقانون الفرنسي والقانون المصري، ومنها من فرق بينهما في العقاب فقط كالقانون العراقي، الذي فرق بين زنا الزوجة وزنا الزوج بالتجريم، إلا أنه ساوى بينهما في العقوبة، إذ حدد عقوبة الزوجة الزانية والزوج الزاني بالحبس.

فجاء في قانون العقوبات المصري في المادة 267:

"من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المشدد".[260]

فجاء في قانون العقوبات السوري في المادة 474:

---

[259] النور، 4/24.

[260] قانون العقوبات المصري، المادة(267).

1ـ يعاقب الزوج بالحبس من شهر إلى سنة إذا ارتكب الزنا في البيت الزوجي أو اتخذ له خليلة جهاراً في أي مكان كان.

2. وتنزل العقوبات نفسها بالمرأة الشريك.[261]

وجاء في قانون العقوبات العراقي المادة 377:

1.تعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجة ما لم يثبت من جانبه انه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها.

2.ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج اذا زنا في منزل الزوجية. وجاء في المادة 378:

1.لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين او اتخاذ اي اجراء فيها الا بناء على شكوى الزوج الآخر.

وفي المادة 380:

كل زوج حرض زوجته على الزنا فزنت بناء على هذا التحريض يعاقب بالحبس.

أما التغريب والبعد عن مكان وقوع الجريمة فقد جاء في المادة 107 من قانون العقوبات العراقي.

بأنه: "منع الإقامة هو حرمان المحكوم عليه من أن يرتاد بعد انقضاء عقوبته مكاناً معيناً أو أماكن معينة لمدة لاتقل عن سنة ولاتزيد على مدة العقوبة المحكوم بها على أن لا تزيد بأي حال من الأحوال على خمس سنوات".[262]

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في جريمة الزنا

الزنا هو اعتداء على النسل لما فيه من إفساد النسل وضياع ماء الرجل، وهو لا سبيل إلى الاعتذار عنه، لذلك فإنه لا بد من عقاب من يأتي هذه الجريمة التي اعتبرها الله ـ تعالى ـ حداً من حدوده، إلا أن القانون الوضعي ـ الذي وضعه البشر ـ يحكمه الهوى، لا يعاقب على فعل الزنا إذا ما تم بالرضاء الصحيح، فالعقاب في القوانين الوضعية ليس بسبب ارتكاب فعل الزنا، ولكن لأن الفعل شكل اعتداء على حق الزوج في أن يكون زوجه خالصاً له، ولكن حتى هذا الاتجاه يراه بعض واضعي القوانين في الغرب أنه اعتداء على الحرية الشخصية لممارس الزنا، الذي له حرية أن يستخدم جسمه وفق هواه وبحرية تامة مادام لا يكره الطرف الآخر على مشاركته فعله، وبذلك فإن مفهوم

---

[261] عدي، وليد، ***قانون العقوبات السوري***، مكتبة الملاح، دمشق، ط2، 1982م، المادة(474)، ص77.

[262] حياوي، ***قانون العقوبات***، ص40.

جريمة الزنا في القوانين الوضعية، يختلف عن مفهوم الشريعة الإسلامية، فلم تحدد بعض القوانين الوضعية عقوبة واحدة ومعينة لجريمة الزنا، وحتى لم يفرق بين المحصن وغير المحصن، فالقانون الوضعي في جريمة الزنا مخالف لما عليه الشريعة الإسلامية تعريفاً، وتفصيلاً، وحكماً.

3. 4 جريمة القذف

يعتبر القذف من الكبائر الموجبة لسخط الله وعذابه، وجعل الولوغ في أعراض الناس ضرباً من إشاعة الفاحشة على وجه المعمورة وكبيرة من كبائر الذنوب قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ*يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ يَوْمَئِذٍ يُوَفِّيهِمُ اللَّهُ دِينَهُمُ الْحَقَّ وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ﴾.[263]

إن البعض يلتجا دائماً الى الافتراء والكذب والبهتان من غير أدنى مسؤولية، ولا يدري أنه يترتب عليه أحكام شرعية وقانونية، لذا يتحتم علينا بيان هذه الأحكام، من العقوبات التي تتخذ مع الذين يقذفون الناس رجماً بالغيب، والمقارنة بين الشريعة والقانون وما مدى اتفاق واختلاف هذه الأحكام من جهة الفقه الإسلامي.

القذف لغة واصطلاحاً

القذف لغة: القذف مصدر الفعل قذف، يقال: قذف الشيء يقذفه قذفاً إذا رمى به، قال تعالى: ﴿بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ﴾[264]، ثم استعمل في الرمي بالمكاره ويسمى أيضا فرية ـ بكسر الفاء الافتراء والكذب، ويطلق أيضا على السب والشتم.[265]

القذف اصطلاحاً: عرفه الحنفية والحنابلة بأنه: "الرمي بالزنا".[266]

وعند الشافعية: هو"الرمي بالزنى في معرض التعيير".[267]

وعند المالكية: "القذف الأعم نسبة آدمي غيره لزنا، أو قطع نسب مسلم، والأخص لإيجاب الحد، نسبة آدمي مكلف غيره حراً، عفيفاً، مسلماً، بالغاً أو صغيرة تطيق الوطء لزنا، أو قطع نسب مسلم".[268]

---

263 النور، 24/ 23 ـ 24 ـ 25.

264 الانبياء،21/ 18.

265 ابن منظور، ***لسان العرب***، 277/9، الفيروز آبادي، ***القاموس المحيط***، 843/1.

266 الميداني، ***اللباب***، 69/3، ابن قدامة، ***الكافي***، 96/4.

267 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 192/4.

268 الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 324/4 ـ 325.

اركان جريمة القذف

إن القذف الذي يجب فيه الحد هو: رمي المحصن بالزنا أو نفي النسب عنه، وبهذا يمكن أن نحدد أركان جريمة القذف بما يلي:

أ. الفعل المادي وهو الرمي بالزنا أو نفي النسب. ب. القاذف والمقذوف. ت. القصد الجنائي.

شروط القاذف

الأصل العام أن يكون القاذف مكلفاً، ولا يكون كذلك إلا إذا كان عاقلاً، بالغاً، مختاراً، عالماً بالتحريم، ولذا فلا حد على المجنون أو الصبي لا متناع مسؤوليتهما.[269]

شروط المقذوف

يلزم أن تتحقق فيه الشروط التالية لكي يقام الحد على القاذف:

1ـ أن يكون محصناً، وشروط إحصان المقذوف ذكراً كان أم أنثى: العقل والبلوغ.

2ـ الإسلام: ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط إسلام المقذوف حتى يجب الحد على قاذفه، وإلا فلا يلزم الحد، أما ابن حزم(ت: 456هـ) فإنه يرى وجوب الحد على من قذف شخصاً حتى ولو كان المقذوف كافراً، لأن الحد حكم الله ـ تعالى ـ على كل قاذف، فضلاً على أن غير المسلم قد يكون عفيفاً ولا يقرب الزنا.[270]

3ـ العفة عن الزنا: والعفة هي الكف عما لا يحل ولايجمل، والعفيفة من النساء هي السيدة الخيرة، وامرأة عفيفة، عفة الفرج، والرجل كذلك أيضاً.[271]

الحق في حد القذف

هناك خلاف بين العلماء في حق حد القذف على أقوال:

أ. فيه حقان حق الله، وحق الآدمي، لكن حق الأدمي فيه الغالب، وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة.[272]

---

269 الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 325/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 192/4.

270 ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري، ***المحلى بالأثار***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)،(د.ت)، 263/13.

271 الميداني، ***اللباب***، 69/3، ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 224/4، ابن قدامة، ***الكافي***، 96/4.

272 ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 225/4، الرملي، ***نهاية المحتاج***، 110/7، ابن قدامة، ***المغني***، 78/9.

ب. حد القذف فيه حقان، حق الله، وحق الآدمي، لكن حق الله هو الغالب لكن بعد الرفع إلى الحاكم، أما قبل الرفع فحق الآدمي هو الغالب وهو قول الإمام مالك.[273]

ت. حد القذف هو حق الله، وهو قول الحنفية.[274]

ث. حد القذف حق لله قطعاً لا مدخل للمقذوف فيه أصلاً ولا عفو له، وهو قول الظاهرية.[275]

عقوبة القذف

اتفق الفقهاء على أن حد القذف ثمانون جلدة للقاذف.[276] ودليل مشروعية العقاب ثبت في القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.[277]

والعقوبات التي تضمنتها هذه الآية ثلاث: 1ـ الجلد 2 ـ التفسيق 3 ـ رد الشهادة

أي عقوبة بدنية وهي الجلد، وعقوبتان معنويتان هما التفسيق ورد الشهادة، وعلى الرغم من أنهما معنويتان، إلا أنهما ذات أثر كبير على نفسية الجاني، لأنها تتعلق بسمعته واعتباره. وثم عقوبة أخرى دنيوية وأخروية، وهي اللعن والطرد من رحمة الله ـ تعالى ـ في الدينا والآخرة قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ*يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾.[278]

القذف في القوانين الوضعية

جاء في قانون العقوبات العراقي في المادة 433:

1ـ القذف هو إسناد واقعة مبينة الى الغير بأحدى طرق العلانية من شأنها لو صحت أن توجب عقاب من أسندت إليه أو احتقاره عند أهل وطنه، ويعاقب من قذف غيره بالحبس وبالغرامة او

---

273 ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 225/4.

274 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 7/7.

275 ابن حزم، ***المحلى***، 256/12.

276 البابتري، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبدالله ابن الشيخ شمس الدين، ***العناية شرح الهداية***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 317/5، ابن الجزي، أبو قاسم محمد بن أحمد بن عبدالله الكلبي الغرناطي، ***القوانين الفقهية***، (د.د.ن)، (د.ط)، (د.ت)،ص،235، المزني، اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل، ***مختصر المزني***، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1410هـ / 1990م، 369/8. المقدسي، موسى بن أحمد، ***الإقناع في فقه الإمام أحمد حنبل***، تح: عبداللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 259/4.

277 النور،24/ 4.

278 النور، 24/ 23 ـ 24.

بأحدى هاتين العقوبتين.

واذا وقع القذف بطريق النشر في الصحف او المطبوعات او بأحدى طرق الاعلام الاخرى عد ذلك ظرفاً مشدداً.

2ـ ولا يقبل من القاذف إقامة الدليل على ما أسنده الا اذا كان القذف موجهاً الى موظف او مكلف بخدمة عامة او إلى شخص ذي صفة نيابية عامة او كان يتولى عملاً يتعلق بمصالح الجمهور وكان ما أسنده القاذف متصلاً بوظيفة المقذوف او عمله فاذا أقام الدليل على كل ما أسنده انتفت الجريمة.

وفي المادة 434 :"يعاقب من سب غيره بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او بأحدى هاتين العقوبتين، واذا وقع السب بطريق النشر في الصحف او المطبوعات أو احدى طرق الاعلام الأخرى عد ذلك ظرفاً مشدداً".

وفي المادة 435:" إذا وقع القذف أو السب في مواجهة المجني عليه من غير علانية أو في حديث تلفوني معه أو في مكتوب بعث به إليه أو أبلغه ذلك بواسطة أخرى فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً أو أحدى هاتين العقوبتين".[279]

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في جريمة القذف

1. القذف في الشريعة الإسلامية يقتصر على الاتهام بالزنا، أما في القانون الوضعي فمعناها أوسع وغير مقيد بلفظ.

2ـ يشترط القانون الوضعي للمعاقبة على القذف أن يحصل علانية، أما الشريعة الإسلامية فلا تشترط ذلك، بل تعاقب على القذف سواء حصل علانية أو بين القاذف والمقذوف فقط.

3. الشريعة الإسلامية تمنع قبول شهادة القاذف في المستقبل إذا لم يثبت صحة قوله، أما القانون الوضعي فلا يمنع قبول شهادة القاذف.

4. القانون الوضعي يعاقب القاذف بمجرد ارتكابه الجريمة، بغض النظر إن كان صادقاً أو كاذباً، ولا يكلفه بإثبات الجريمة على المقذوف، أما الشريعة الإسلامية فتعاقب القاذف إذا لم يستطع إثبات جريمة القذف على المقذوف، ولاتعاقب إن كان صادقاً.

5. عقوبة القادف في القانون الوضعي تتراوح بين الغرامة والحبس، أما في الشريعة الإسلامية

---

[279] الحياوي، ***قانوت العقوبات***، ص 156 ـ 157.

فيعاقب بالجلد وعدم قبول شهادته في المستقبل.[280]

في نهاية المطاف نرى بأن القوانين الوضعية في القذف مباين تماماً مع الفقه الإسلامي تعريفاً وتفصيلاً، وحكماً.

3. 5 جريمة شرب الخمر

لقد حرم الإسلام الخمر وعاقب على شربها قبل أربعة عشر قرناً، وهذا بين وظاهر في كثير من الآيات القرآنية، وفي ضرر الخمر يقول رشيد رضا: (ت:1354هـ):"وأما ضرر الخمر في العقل فهو مسلم عند الناس، وليس ضرره فيه خاصاً بما يكون من فساد التصور والإدراك عند السكر، بل السكر يضعف القوة العاقلة، وكثيراً ما ينتهي بالجنون.

وقد قال الأطباء: إن المسكر لا يتحول إلى دم كما لا تتحول سائر الأغذية بعد الهضم، بل يبقى على حالة، فيزاحم الدم في مجاريه فتسرع حركة الدم، وتختل موازنة الجسم، وتتعطل وظائف الأعضاء أو تضعف، وتخرج عن وضعها الطبيعي المعتدل.

فمن تأثيره في اللسان إضعاف حاسة الذوق، وفي الحلق الالتهاب، وفي المعدة ترشيح العصارة الفاعلة في الهضم حتى يغلظ نسيجها وتضعف حركتها، وقد يحدث فيها احتقاناً والتهاباً، وفي الأمعاء التقرح، وفي الكبد تمديده، وتوليد الشحم الذي يضعف عمله، ومنها إفشاء السر، وهو ضرر يتولد منه مضرات كثيرة، ولا سيما إذا كان السر يتعلق بالحكومة وسياسة الدولة ومصالحها العسكرية، وعليها يعتمد الجواسيس ومنها الخسة والمهانة في أعين الناس، فإن السكران يكون في هيئته وكلامه وحركاته بحيث يضحك منه ويستخف به كل من يراه، حتى الصبيان، لأنه يكون أقل منهم عقلاً. ومنها أن جريمة السكر تغري بجميع الجرائم التي تعرض للسكران وتجرى عليها، ولا سيما الزنا والقتل، وأن جميع الذي يختلفون إلى مواخر الزنا لايذهبون إليها إلا وهم سكارى، لأن غير السكران تنفر نفسه من هذه القاذورات المبتذلة مهما تكن خسيسة، ولذا سميت أم الخبائث، ومن مضراتها المالية أنها تستهلك المال وتفني الثروة".[281]

ولذا نبحث في هذه المسألة وغرضنا بيان جريمة شرب الخمر.

---

[280] عودة، عبدالقادر، ***التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي***، دار الكاتب العربي، بيروت، (د.ط)(د.ت)، 456/2، أبو إحسان، محمد، ***أحكام الجريمة والعقوبات في الشريعة الإسلامية***، مكتبة المنار، الأردن، ط1، 1987م، ص333.

[281] رضا، ***تفسير المنار***، 261/2.

الخمر لغة واصطلاحاً

الخمر لغة: كل ما خامر العقل وسميت خمراً، لأنها تخمر العقل وتستره، وخمر إناه، أي غطاها وسترها، وهي ما أسكر من عصير العنب، أو عام، والعموم أصح، لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم إلا البسر والتمر.[282]

الخمر اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: "اسم للنيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد ثم سكن عن الغليان وصار صافياً مسكراً[283]". وعرفها المالكية، والشافعية، والحنابلة بأنها: "كل شراب مسكر".[284]

أركان جريمة شرب الخمر

تتحقق أركان جريمة الشرب بأمرين:

1. فعل الشرب: فيتحقق بتعاطي الخمر عن طريق الفم بحيث يصل الى الحلق ولو لم يصل الى الجوف.

2. يشترط لوجوب الحد أن يكون الشارب قاصداً الشرب أو السكر، فإن شرب نبيذاً ولا يعلم أنه مسكر، وكان قد شربه طوعاً، فلا يعاقب بالحد، وكذا من شربها وهو يجهل كونها خمراً وإن سكر لاحد عليه لعذر الجهل.[285]

شروط شارب الخمر الذي يقام عليه الحد

1ـ العقل 2ـ البلوغ 3ـ الإسلام: فلا حد على الذمي والحربي والمستأمن بالشرب في ظاهر الرواية، لأن شرب الخمر مباح عندهم.

4ـ الاختيار: فمن شرب مكرهاً أو مضطراً فلا حد عليه ولا إثم[286]،وكذلك المضظر إليها لدفع غصة به إذا لم يجد ماء سواها،قال تعالى:﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾.[287]

---

[282] ابن منظور، ***لسان العرب***، 225/4، الفيروز آبادي، ***القاموس المحيط***، 387/1.

[283] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 112/5.

[284] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 352/4، الشربينى، ***مغني المحتاج***، 232/4، ابن قدامة، ***المغني***، 158/9.

[285] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 352/4.

[286] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 352/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 232/4، ابن قدامة، ***المغني***،161/9.

[287] البقرة، 2/ 173.

الحق في حد شرب الخمر

الحق في حد شرب الخمر حق لله، لأنه يقيمه الإمام، ويقبل رجوعه عن إقراره.[288]

يقول ابن قدامة(ت: 620هـ)"إذا رجع عن إقراره قبل رجوعه، لأنه حد لله ـ سبحانه ـ".[289]

ثبوت شرب الخمر

ولثبوته طريقان:

1. البينة: أن يشهد عليه رجلان عدلان بأنه شرب مسكراً.

2. الإقرار بالشرب وذلك بأن يقر على نفسه أنه شرب الخمر ويكفي إقراره مرة.

يقول ابن قدامة(ت: 620هـ)"ولا يجب الحد حتى يثبت شربه بأحد شيئين، الإقرار أو البينة. ويكفي في الإقرار مرة واحدة".[290]

عقوبة شرب الخمر

شرب الخمر من الكبائر المنهي عن تعاطيها، لأنها محرمة تحريماً قاطعاً بالقرآن والسنة والإجماع، وحكمة تحريمها حفظ العقل وحفظ المال، وفي القرآن نص قاطع على التحريم، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاء فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾.[291]

تقدير الحد عند الفقهاء:

1. ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في أحد قوليه والظاهرية إلى أن حد الشرب هو ثمانون جلدة.[292]

2. وذهب الشافعي في المشهور عنه، وفي رواية عن أحمد، أن حد الشرب هو أربعون جلدة، لأن الذي روي عن الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ، أنه جلد أربعين، ولأنه الأمر الذي استقر عليه في خلافة أبي بكر.[293]

---

[288] الدسوقي، ***الشرح الكبير***، 352/4.

[289] ابن قدامة، ***المغني***، 162/9.

[290] ابن قدامة، ***المغني***، 162/9.

[291] المائدة، 5/ 90 ـ 91.

[292] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 113/5، الميداني، ***اللباب***، 68/3، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 235/4، ابن قدامة، ***المغني***، 9/ 161، ابن حزم، ***المحلى***، 366/12.

[293] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 353/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 235/4، ابن قدامة، ***المغني***، 161/9.

شرب الخمر في القوانين الوضعية

جاء في قانون العقوبات العراقي المادة 386:

1. يعاقب بغرامة لا تزيد على عشرة دنانير إن وجد في طريق عام، أو محل عام، أو محل مباح للجمهور في حالة سكر بين بأن فقد صوابه أو أحدث شغباً او إزعاجاً للغير.

2. وفي حالة العود الى ارتكاب الجريمة خلال سنة من تاريخ صدور الحكم عليه تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على شهر أو الغرامة التي لا تزيد على عشرين ديناراً، وللمحكمة اذا ثبت لديها أن العائد مدمن على السكر ان تامر بدلاً من العقوبة المنصوص عليها في هذه الفقرة بإيداعه احد المصحات التي تنشأ لهذا الغرض أو أحد المستشفيات الحكومية لمدة ستة أشهر ولها بناء على طلب الادعاء العام أو المحكوم عليه أن تفرج عنه قبل انقضاء هذه المدة إذا تبين شفاؤه بتقرير طبي صادر من المصحة او المستشفى.[294]

وجاء في قانون العقوبات اللبناني المادة 622 ـ معدلة وفقاً 239 تاريخ 1993/5/27:

"من وجد في حالة سكر ظاهر في محل عام أو مكان مباح للجمهور عوقب بالغرامة من ستة آلاف ليرة إلى عشرين ألف ليرة".[295]

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شرب الخمر

إن التشريعات الصادرة والنصوص المتناولة لموضوع شرب الخمر كثيرة، لكن الكتابات القانونية في المجال نادرة وتفرغ منها المكتبة القانونية، فالقانون الوضعي لا يتناول سوى المعاملات المدنية في الشؤن الاجتماعية والاقتصادية التي تقوم عليها سلطة الدولة إذا استثنينا ما يتصل بالعلاقات الدولية، ولا يمت بصلة إلى العقيدة ومقتضياتها، وتهمل المسائل الأخلاقية وتقتصر المخالفة على ما فيه ضرر مباشر الأفراد، أو إخلال بالأمن والنظام العام، لذا فإن القانون الوضعي لا يجرم تجارة الخمور ولا تعاقب على شرب الخمر، ولا تعاقب على السكر لذاته، وإنما تعاقب السكران إذا وجد في الطريق العام، لأن وجوده في هذه الحال يعرض الناس لأذاه واعتدائه، وليس العقاب على السكر لذاته باعتباره رذيلة، ولا على شرب الخمر باعتبار أن شربها مضر بالصحة، مذهب العقل متلف للمال، مفسد للأخلاق، فلا يكون لشارب الخمر أي متابعة قانونية أو عقابية ما لم يتسبب في إثارة فوضى أو مساس بالأمن العام. فأساس العقوبة قائمة على انزعاج الآخرين، لأنها من الحريات

---

[294] الحياوي، القانون ***العقوبات العراقي***، ص135 ـ 136.

[295] وهبة، وسيم حسن، ***قانون العقوبات اللبناني***، مكتبة زين، بيروت المادة(622)، 2007م.

الشخصية، وشرب الخمر ليس جريمة في القانون، وإنّما السكر وعواقبه هو الجرم بحد ذاته.

والشريعة الإسلامية تتناول الإيمان بالله ورسله وعالم الغيب، وصلة العبد بربه، وسلوك الأخلاقي، وأنظمة الحياة المختلفة في شتى مرافقها، والشريعة قد سبقت القوانين الوضعية عند فرضها عقوبة شارب الخمر، إذ لم تتجاهل المصلحة الفردية بجانب حمايتها للمصالح الإجتماعية في مجموعها.

ولذا فإن أغلب التشريعات الجزائية لم تنص صراحة على تحريم المسكرات، وبناء على ذلك لا يعاقب الجاني المسكر سكراً اختياراً إلا على الجريمة التي ارتكبها أثناء سكره ولا يسأل عن جريمة تعاطي المسكر.

واقتصرت معالجة مسؤولية المسكر والمخدر على المسؤولية الجنائية فكان المفروض أن تنص صراحة على أن السكر أو التخدير غير الاختياري مانع من المسؤولية الجنائية فقط، فهو يسأل مدنياً إذا أتلف أو أنقص مال الغير ويكون ضامناً إسوة بما أقرته الشريعة الإسلامية من إقرار مسؤولية عدم التمييز المدنية.

ويضيف العلامة الزلمي ـ رحمه الله ـ:"ورغم أن القرآن الكريم نص بصورة قطعية على تحريم كافة أنواع المسكرات سراً وعلناً، صنعاً وبيعاً وشراءً وتصديراً واستراداً، ورغم محاولة الدول غير الإسلامية لمكافحة هذا الداء الخبيث، ورغم أن دساتير الدول الإسلامية تنص أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام، إضافة إلى أن القرآن الكريم هو دستور المسلمين، فإنه يجب أن لا تتعارض قوانينهم مع هذا الدستور أخذاً بمبدأ دستور القوانين".[296]

3. 6 جريمة السرقة

جاءت الشريعة الإسلامية لحفظ الضروريات الخمس، وهي الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال، ووضع العقوبات ليس للإنتقام، وانما للتنظيم والردع وزجر الجناة، وتحقيق الاستقرار والأمن في الأرض، وجريمة السرقة من أهم وأقبح الجرائم التي اهتمت التشريعات السالفة والحاضرة بتنظيمها، وفي الوقت الحاضر انتشرت هذه الجريمة في جميع أنحاء العالم خاصة في الأموال العامة، والسيارات، والمحلات التجارية. فوجب علينا بيان استرداد الحقوق إلى أهلها، وبيان هذه العقوبات الوضعية التي تتفق أو تختلف مع الفقه الإسلامي.

---

[296] الزلمي، مصطفى إبراهيم، ***موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية***، نشر إحسان للنشر والتوزيع، أربيل، ط1، 1435هـ/2014م، ص154.

السرقة لغة واصطلاحاً

السرقة لغة: بفتح السين المشددة وكسر الراء، ويجوز تسكينها مع فتح السين وكسرها وهي: أخذ الشيء من الغير خفية.[297]

قال ابن منظور(ت: 711هـ): "والسارق عند العرب من جاء مستتراً إلى حرز فأخذ منه ماليس له، فإن أخذه من ظاهر فهو مختلس ومستلب ومحترس، فإن منع مما في يده فهو غاصب".[298]

يقال سرق منه الشيء يسرق سرقاً وسرقة، واسترقه، جاء إلى حرز مستتراً فأخذ مالاً لغيره، والاسم السرقة.[299]

السرقة اصطلاحاً: إن للسرقة تعريفات في كل مذهب من المذاهب:

فعرفها الحنفية: "بأنها أخذ مال الغير على سبيل الخفية، نصاباً محرزاً، غير متسارع إليه الفساد، ومن غير تأويل ولا شبهة".[300]

وعرفها المالكية: "أخذ مال الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه".[301]

وعرفها الشافعية: "أخذ مال الغير على وجه الخفية وإخراجه من حرزه".[302]

وعرفها الحنابلة: "أخذ المال على وجه الخفية والاستتار، أي أخذ الجاني مال محترم لغيره، وإخراجه من حرز مثله على وجه الاختفاء".[303]

وعرف أيضاً: "أخذ ما ليس له أخذه في خفاء".[304]

---

297 ابن منظور، ***لسان العرب***، 155/10، الرازي، ***مختار الصحاح***، ص146.

298 ابن منظور، ***لسان العرب***، 155/10.

299 الفيروز آبادي، ***القاموس المحيط***، 893/1، الفيومي، أحمد بن محمد الحموي، ***المصباح المنير***، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 274/1.

300 ابن الهمام، كمال الدين محمد عبدالواحد السيواسي، ***فتح القدير***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د،ت)، 354/5.

301 ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 229/4.

302 الحصني، أبو بكر بن محمد، ***كفاية الخيار في حل غاية الاختصار***، دار الخير، دمشق، ط1، 1994م، ص483.

303 المقدسي، ***الاقناع***، 274/4.

304 المناوي، زين الدين محمد، ***التوقيف على مهمات التعاريف***، عالم الكتب، القاهرة، ط1، س 1410هـ/ 1990م، ص193.

ويلاحظ أن تعريفات الفقهاء كلها متفقة في تحديد معنى السرقة وهذا القدر هو قولهم"بأن السرقة أخذ الشيء من الغير خفية بغير حق".

السرقة في القانون

عرف في قانون العقوبات العراقي: "اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً".[305]

أو "اختلاس منقول مملوك للغير بنية تملكه"[306]، أو"أخذ مال الغير المنقول دون رضاه".[307]

المقارنة بين التعريفين

السرقة في مفهوم القانون هي الاختلاس، فالاختلاس شرعاً هو واحد من أنواع السرقات في القانون، فالاختلاس في القانون أعم منه في الشريعة الإسلامية، وبناء عليه كل اختلاس في الشريعة هو سرقة في القانون، وكل سرقة في القانون، قد تكون اختلاساً في الشريعة وقد تكون سرقة صغرى، أو كبرى، وأن الشريعة وضعت قيوداً وشروطاً زائدة على ما في القانون، كالأخذ من الحرز وبلوغ المسروق نصاباً.

أركان جريمة السرقة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

اركان جريمة السرقة في الفقه الإسلامي

أ. السارق ب. المسروق منه ت. المال المسروق

الركن الأول: شروط السارق

1. أهلية وجوب القطع وهي العقل والبلوغ.
2. القصد الجنائي(أي قصد فعل السرقة).
3. الا يكون مضطراً إلى الأخذ.
4. أن تنتفي الجزئية بينه وبين المسروق منه.
5. ألا تكون عنده شبهة استحقاق فيما سرق، فإن كان له شبهة استحقاق أو ملك في المال المسروق فلا يقطع ولكن يعزر، كالسرقة من بيت المال أو المال المشترك.

---

[305] حياوي، ***قانون العقوبات***، المادة 439، ص158.

[306] عوض، محمد، ***جرائم الأشخاص والأموال***، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د.ط)، (د.ت)، بند 147: ص214.

[307] عدي، ***قانون العقوبات السوري***، المادة(621).

6. ألا يكون السارق مكرهاً، ومن ثم فلا يجب القطع على المكره، فإذا توفرت جميع الشروط يقطع يد السارق، وإذا تخلف أي شرط منها فإن تخلفه تنشأ عنه شبهة.

ب. الركن الثاني: المسروق منه

1. أن يكون المال مملوكاً لغير السارق.
2. أن تكون يده صحيحة على المال المسروق.
3. أن يكون المسروق منه معلوماً.
4. أن يكون معصوم المال.

فلو قام السارق بأية سرقة ولم يطلب بالمال المسروق أي إنسان، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، فلا يستطيع القاضي أن يصدر حكمه.

ت ـ الركن الثالث: المال المسروق

1. أن يكون مالاً متقوماً.
2. أن يكون المال المسروق قد بلغ نصاب السرقة المحدد شرعاً، فلا يقطع السارق لو سرق دون هذا النصاب.
3. أن يكون محرزاً.
4. أن يكون أصله مباحاً عند الحنفية فقط.[308]
5. أن يكون المال معصوماً ليس للسارق فيه حق الأخذ وتأويله ولا شبهة التناول.[309]

أركان جريمة السرقة في القانون الوضعي

1. فعل الاستيلاء على المال.
2. كون المال منقولاً.
3. كونه مملوكاً للآخرين.
4. قصد التملك له.[310]

المقارنة بين الشرطين

القوانين الوضعية لا تعارض في نصوصها ما اشترطه الفقهاء في السارق وخاصة التكليف(البلوغ والعقل)، والقصد الجنائي.

---

[308] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 70/7.

[309] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 73/7، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 336/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***،192/4 ـ 203، ابن قدامة، ***المغني***، 105/9، ابن حزم، ***المحلى***، 301/12.

[310] بدرة، عبدالوهاب، ***جرائم السرقة والإختلاس في التشريع السوري***، دار الينابيع، دمشق، ط1، 1993م، ص16.

إلا أنه يتبين الفرق في نقطتين:

1. لم يشترط القانون نصاباً معيناً في المال المسروق، فلا أهمية لمقدار المال الذي تتحقق فيه جريمة السرقة، بخلاف الشريعة التي حددت نصاباً معيناً للمال.

2. لم يشترط القانون الحرز لتحقق جريمة السرقة، إذ تتحقق جريمة السرقة من غير الحرز، أما في الشريعة فإن جريمة السرقة لا تتحقق إلا إذا تم سرقة المال من حرزه.

ثبوت السرقة

ولثبوتها طريقان:

1. البينة: أن يشهد عليه شاهدان، ذكران، مسلمان، عدلان، واشتراط شهادة عدلين لأجل القطع، أما المال فيثبت بشاهد ويمين.[311]

2. الإقرار: وهو أن يقر على نفسه بالسرقة مرتين عند المالكية، والحنابلة، ومن غير تكرار عند الحنفية وأكثر المالكية والشافعية.[312]

الحق في حد السرقة

العلماء قاطبة مجمعون على أن حق السرقة حق خالص لله، لذا لا يقيم الحد إلا الإمام، ويقبل رجوع المقر عن إقراره، أما غرم المال فهو حق للآدمي فلا سقوط برجوعه عن الإقرار.[313]

عقوبة جريمة السرقة في الفقه الإسلامي

إذا ثبتت الجريمة بحق المتهم، بأن توافرت جميع أركان تحققها، وتم إثباتها سواء بالإقرار أي باعتراف الجاني، أم بشهادة رجلين عدلين تتوافر فيهما شروط الشهادة، كنا أمام تقرير لحكم يقضي بأنزال عقاب الله ـ تعالى ـ على الجاني، وهذا العقاب يتمثل بقطع يده اليمنى باتفاق الفقهاء من موضوع الكوع(الرسغ).[314]أو من مفصل أصابع اليد، على رأي البعض الآخر.[315]

عقوبة السرقة في القوانين الوضعية

---

311 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 219/4.

312 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 81/7، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 345/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 219/4، ابن قدامة، ***المغني***، 81/4.

313 السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، ***المبسوط***، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1414هـ/ 1993م،101/9.

314 الميداني، ***اللباب***، 79/3، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 221/4.

315 ابن حزم، ***المحلى***، 354/12.

جاء في قانون العقوبات المصري المادة 313: "يعاقب بالسجن المؤبد من وقعت منه سرقة مع اجتماع الخمسة شروط الآتية:

الأول: أن تكون هذه السرقة حصلت ليلاً.

الثاني: أن تكون السرقة واقعة من شخصين فأكثر.

الثالث: أن يوجد مع السارقين أو مع واحد منهم أسلحة ظاهرة أو مخبأة.

الرابع: أن يكون السارقون قد دخلوا داراً أو منزلاً أو ملحقاتها مسكونة أو معدة للسكنى بواسطة تسور جدار أو كسر باب ونحوه أو باستعمال مفاتيح مصطنعة أو بواسطة التزيي بزي أحد الضباط أو موظف عمومي أو إبراز أمر مزور مدعي صدوره من طرف الحكومة.

الخامس: أن يفعلوا الجناية المذكورة بطريقة الإكراه أو التهديد باستعمال أسلحتهم".[316]

وجاء في المادة 440 من قانون العقوبات العراقي: "يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية:

1. وقوعها بين غروب الشمس وشروقها.
2. من شخصين فأكثر.
3. ان يكون احد الفاعلين حاملاً سلاحاً ظاهراً أو مخباً.
4. ان ترتكب السرقة في محل مسكون او معد للسكن او في احد ملحقاته وان يكون دخوله بواسطة تسور جدار او كسر باب أو نحوه او استعمال مفاتيح مصطنعة او انتحال صفة عامة الادعاء بأداء خدمة او بالتواطؤ مع احد الساكنين في محل او باستعمال اية حيلة".[317]

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في السرقة

الأصل في حكم السرقة وعقوبتها قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا﴾[318] فلم يذكر في الآية سوى قطع اليد عقوبة لجريمة السرقة ولم يرد في السنة خبر صحيح إلا بقطع اليد، وهي العقوبة التي أقامها النبي ـ ﷺ ـ على من سرق في عهده، كما تواترت الأخبار بذلك، وأجمعت الأمة عليه، وبعد المقارنة نلاحظ أن القوانين الوضعية لا تعارض في نصوصها ما اشترطه الفقهاء في السارق خاصة في حد التكليف(البلوغ والعقل) وشبهة الاستحقاق.

وقد اعفت الشريعة الإسلامية الصغار من عقوبة حد السرقة لأنها اشترطت الإرادة والاختيار

---

316 قانون العقوبات طبقاً لأحداث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003م، المادة(313).

317 الحياوي، ***قانون العقوبات***، ص: 158.

318 المائدة، 38/5.

ليكون الانسان محلاً للمسؤولية، فمن لم يبلغ سناً معيناً من الادراك لا يمكن أن يكون كامل الادراك والاختيار وعلى هذا فلا مسؤولية على الطفل، ولا مجنون، ولامعتوه، أو فاقد الادراك.

والقانون الوضعي لم يشترط نصاباً معيناً للسرقة كما اشترطه الفقه الإسلامي، مع الخلاف في تحديد مقداره بين الفقهاء. والحكمة من قطع يد السارق، هي حفظ أموال الناس، لأنها من ضروريات الدين، وحماية للجماعة في أموالهم، والقصد ردع السارق وردع غيره إذا فكر في ارتكاب جريمة السرقة، فإقامة هذا الحد الهدف منه الاستطلاع وليس الانتقام، ويخطئ من يظن أن هذه العقوبة جعلت لأجل تعويض السارق عن المسروق.

إن عقوبة السرقة في القوانين الوضعية احكام متناقضة، ومتباينة، مع تعددها لم تتحقق حكم العدالة في شيء لأنها تعتبر عقوبة القطع قاسية وغير متناسبة، ثم ناقضت تلك القوانين نفسها حيث جعلت مع الحبس الأشغال الشاقة المؤقتة في بعض جرائم السرقة وفي بعضها الاشغال الشاقة المؤبدة، وفي البعض الآخر هناك ظروف مخففة وظروف مشددة لجريمة السرقة، فالسيارات يعاقب حسب هذه الظروف التي يحددها قانون كل دولة، فلم تتفق تلك القوانين مع الفقه الإسلامي في أي حكم من أحكامها المتناقضة وهذا مما احدث ارتباكاً في التطبيق وكأن العقوبة قضية تجارب تارة تصيب وآخرى تخيب، لكن الأصل العام عند اغلب القوانين الوضعية تجعل الحبس عقوبة للسرقة وهي عقوبة قد أخفقت في محاربة الجريمة على العموم والسرقة على الخصوص، والعلة والسبب في هذا الإخفاق أن عقوبة الحبس لا تخلف في نفس السارق العوامل النفسية التي تصرفه عن جريمة السرقة، لأن عقوبة الحبس لا تحول بين السارق وبين العمل والكسب إلا مدة الحبس، وما فائدة الحبس وهو موفر الطلبات مكفي الحاجات؟. فبمجرد خروجه من محبسه يستطيع العمل والكسب ويستطيع أن يخدع الناس وأن يظهر أمامهم بمظهر كأن شيئاً لم يكن. أما عقوبة القطع فتحول بين السارق وبين العمل أو تنقص من قدرته على العمل والكسب، ففرصة زيادة الكسب مقطوعة بضياعها، ولن يستطيع أن يخدع الناس، أو يحملها على الثقة به والتعاون معه رجل يحمل أثر الجريمة في جسمه وتعلن يده المقطوعة عن سوابقه، فنستطيع القول بأن عقوبة السرقة في القوانين الوضعية تختلف تماماً عن الفقه الإسلامي من حيث العقوبة المالية والعقوبة الجسدية(البدنية).

3. 7 جريمة الحرابة

جريمة الحرابة هي أشد وأحظر الجرائم، لأنها مندرجة تحتها جرائم كثيرة، من القتل، والترهيب، والسرقة، وسماها الحنفية السرقة الكبرى، فالإقدام على هذه الجرائم يهدد كيان الدولة، وعدم الإطمئنان والإستقرار من الداخل، وتعد جريمة الحرابة من الجرائم الدنيئة والشنيعة والخطيرة،

ومحاداة لله ورسوله، وإفساد في الأرض، وتهديد للمجتمع، وزعزعة عيشهم، وضياع مالهم، وزهق أرواحهم المعصومة، والشريعة الإسلامية كفيلة وكافية لبتر هذه الظاهرة المقززة في المجتمع وجريمة الحرابة وهي جريمة وحيدة يعاقب الجاني عليها في الدنيا الآخرى كما قال تعالى: ﴿ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾.[319] فعلينا تعريف الحرابة وأحكامها.

الحرابة لغة واصطلاحاً

الحرابة لغة: قال ابن منظور(ت: 711هـ) "والحرب: نقيض السلم، أنثى، وأصلها الصفة كأنها مقاتلة. وذهب بعضهم إلى أنه جمع حارب، أو محارب، على حذف الزائد. وقوله تعالى: ﴿فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾، أي بقتل".[320] والحرابة الكثيرة السلب يقال كتيبة حرابة ويقال امرأة حرابة دساسة مثيرة للفتن.[321]

الحرابة اصطلاحاً: نورد تعريف الحرابة حسب المذاهب الفقهية:

أ.الحنفية: عرفها الكاساني(ت: 587هـ) بأنها: "الخروج على المارّة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المار من المرور وينقطع الطريق سواء كان القطع من جماعة، أم من واحد بعد أن يكون له قوة القطع، وسواء كان القطع بسلاح أم غيره من العصا".[322]

ب. المالكية: عرفها ابن عرفة(ت: 803هـ)"الخروج لإخافة سبيل بأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو ذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق".[323]

ت. الشافعية: عرفها الرملي(ت: 1004هـ):" هي البروز لأخذ مال أو قتل أو إرهاب أعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث".[324]

ث.الحنابلة: عرفها ابن قدامة(ت: 620هـ) :"وهم المحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة".[325]

---

[319] المائدة، 5/ 34.

[320] ابن منظور، ***لسان العرب***، 302/1 ـ 303.

[321] ابراهيم، ***المعجم الوسيط***، 164/1.

[322] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 90/7.

[323] المغربي، محمد بن محمد، ***مواهب الجليل لشرح مختصر خليل***، دار الفكر، بيروت، ط3، 1412هـ، 314/6.

[324] الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، ***نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1404هـ/1984م، 5/8.

[325] ابن قدامة، ***المغني***، 287/8 ـ 288.

ج. الظاهرية: عرفها ابن حزم(ت: 456هـ): "أن المحارب هو المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد في سبيل الأرض، سواء بسلاح أم بلا سلاح أصلاً، سواء ليلاً أم نهاراً في مصر أم في فلاة، أو في قصر الخليفة، أو الجامع سواء فعل ذلك بجند أم غيره، منقطعين في الصحراء أو أهل قرية، سكاناً في دروهم، أو أهل حصن كذلك، أو أهل مدينة عظيمة أو غير عظيمة. كذلك واحداً أو أكثر، كل من حارب المارة وأخاف السبيل بقتل نفس، أو أخذ مال أو لجراحة، أو لانتهاك فرج، فهو محارب عليه وعليهم، كثروا أو قلوا".[326]

والملاحظ لهذه التعاريف أن بعضها مباين للآخر.

فيؤخذ من تعريف الحنفية أنهم ركزوا إلى جانب الغلبة والقهر، وإن كانت من واحد، بسلاح أو من غير سلاح. ويؤخذ من تعريف المالكية أنهم ركزوا على الخوف من قاطع الطريق، وعدم المرور من قرية أو مصر.

أما تعريف الشافعية فإنهم نظروا إلى جانب الجهر، والخوف بانواعه واشكاله، وعدم الغوث، ويؤخذ من تعريف الحنابلة أنهم ركزوا في أن قطاع الطريق مؤلفون من جماعة، وان تكون خارج مصر، وأن قصدهم المال دون النفس وهذا ظاهر في تعريفهم بقولهم"فيغصبونهم المال مجاهرة".

التعريف المختار

يرى الباحث أن التعريف المختار هو تعريف الظاهرية للحرابة، لانه شمل كل التعاريف التي سقناها من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ويظهر ذلك جلياً في الملاحظات التي لم يذكرها باقي المذاهب:

أ. إن تعريف الظاهرية لم يلتفت الى القلة والكثرة، فيحصل من الواحد والثلاثة فلم يبين غير الحنفية هذا الشيء.

ب. وجود الأسلحة وعدم وجوده حتى لو كان حجراً أو خشباً تحصل الحرابة في حين أن الحنابلة اشترطوا السلاح بقولهم"يعرضون للقوم بالسلاح".

ت. وقوع الحرابة لا يختلف في مصر أو خارجه وهذا المفهوم داخل في تعريف المالكية دون الشافعية والحنابلة.

ث. أما القيد بمنع المرور فإنه عام لكل أنواع القطع فلهذا جميع التعاريف داخلة في هذه العبارة.

دليل جريمة الحرابة

الأصل في تحريم جريمة الحرابة قوله تعالى:﴿ إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي

---

[326] ابن حزم، ***المحلى***، 273/12 ـ 274.

الأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.[327]

قال الإمام الرازي(ت:606هـ)"إن هذه الآية نزلت في قطاع الطريق من المسلمين وهذا قول أكثر الفقهاء".

والذي يدل على أنه لايجوز حمل الآية على المرتدين وجوه:

أحدهما: أن قطع المرتد لا يتوقف على المحاربة ولا على إظهار الفساد في دار الإسلام.

وثانيهما: لا يجوز الاقتصار في المرتد على قطع اليد ولاعلى النفي.

ثالثها: أن الآية تقتضي سقوط الحد بالتوبة قبل القدرة.

رابعها: أن الصلب غير مشروع في حق المرتد.

خامسها: أن قوله تعالى: الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً)يتناول كل من كان موصوفاً بهذه الصفة.[328]

ثبوت جريمة الحرابة

تثبت جريمة الحرابة بأحد الأمرين:

أ. الإقرار ب. الشهادة[329]

الحق في عقوبة جريمة الحرابة

الحق في حد الحرابة حق خالص لله، وهذا الحد يستوفيه الإمام، ولايقبل فيه عفو الأولياء، ويقبل فيه رجوع المقرّ عن إقراره.[330]

شروط الحرابة

يشترط في قاطع الطريق:

---

[327] المائدة، 5/33ـ34.

[328] الرازي، أبو عبدالله محمد بن عمر، ***التفسير الكبير***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420هـ، 346/11.

[329] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 351/4.

[330] السرخسي، ***المبسوط***، 205/9، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 351/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 227/4، ابن قدامة، ***المغني***، 151/9، الحلي، ***المختصر النافع***، ص303.

أ. الإسلام: اعتبره جمهور العلماء شرطاً لوجوب إقامة الحد على قاطع الطريق[331]. خلافاً لبعض الحنابلة والظاهرية.[332]

ب. التكليف: أي أن يكون بالغاً عاقلاً، وهذان الشرطان لا خلاف بين العلماء في اشتراطهما.[333]

ت. الذكورة: اشترطها الحنفية فقط، فلا تحد المرأة إذا شاركت مع الرجال في الحرابة.[334]

ث. إشتراط القوة والقدرة والبطش من المحاربين.

ولابد لتوفر شيئين:

1. العدد: فالجمهور على عدم اشتراط العدد، فتحقق حتى من الواحد.[335]

2. السلاح: اشترط وجود السلاح الحنفية والحنابلة[336]، ولم يشترطه المالكية والشافعية، وإنما القوة تكفي.[337]

ج. أن يكون المحاربون مجاهرين وعلنيين، وهو شرط الحنفية والشافعية والحنابلة. خلافاً لبعض الحنفية الذين لم يشترطوا المجاهرة.[338]

عقوبة جريمة الحرابة

إن جرائم الحرابة كثيرة، كما أن عقوباتها كثيرة ومتنوعة.

فالعقوبات الواردة في القرآن أربع:

أ. القتل ب. الصلب ت. قطع الأيدي والأرجل من خلاف ث. النفي

أما تعيين العقوبات فالخلاف واقع بين العلماء في تفسير معنى(أو)في الآية هل هي للبيان والتفصيل، أو للتخيير. فجمهور العلماء أخذوا بأنه للبيان، فتوزع الأحكام على حسب الجرائم:

أ. من قتل وأخذ المال، قتل وصلب.

---

331 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 223/4.

332 ابن قدامة، ***المغني***، 319/10، ابن حزم، ***المحلى***، 135/11.

333 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 223/4.

334 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 91/7.

335 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 91/7، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 224/4، ابن حزم، ***المحلى***، 273/12.

336 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 90/7، ابن قدامة، المغني، 287/10 ـ 288.

337 المغربي، ***مواهب الجليل***، 314/6، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 223/4.

338 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 90/7، المغربي، ***مواهب الجليل***، 314/6، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 223/4، الرملي، ***نهاية المحتاج***،5/8، ابن قدامة، ***المغني***، 287/10.

ب. ومن قتل ولم يأخذ المال، يقتل، ولا يصلب.

ت. ومن أخذ المال ولم يقتل تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى.

ث. ومن أخاف المارين وأدخل في قلوبهم الذعر فإنه ينفى ويشرد.[339]

أما المالكية فقد فسروا(أو) في الآية للتخيير في بيانه من قبل الإمام ما لم يكن قتل فعقابه القتل، أو القتل والصلب، أي الخيار للإمام في هاتين العقوبتين دون غيرهما.

قال ابن رشد: (ت: 595هـ) "واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب؟

فقال مالك: "إن قتل فلا بد من قتله، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه، وانما التخيير في قتله أو صلبه".

وأما إن أخذ المال، ولم يقتل فلا تخيير في نفيه، وإنما إن أخذ المال، ولم يقتل فلا تخيير في نفيه، وانما التخيير في قتله، أو صلبه، أو قطعه من خلاف. وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام عنده مخير في قتله، أو صلبه، أو قطعه، أو نفيه. ومعنى التخيير عنده أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام، فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه، لأن القطع لا يرفع ضرره. وإن كان لا رأي له، وإنما هو ذو قوة وبأس، قطعه من خلاف. وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه، وهو الضرب والنفي".[340]

أما التخيير المطلق للإمام في العقوبات الأربع فقد أخذ به الظاهرية، أي أن الإمام بالخيار في كل الأحوال أيّاً كانت الجريمة وسواء قتل المحارب أم لم يقتل.[341]

سقوط حد الحرابة

فتح الله ـ سبحانه وتعالى ـ باب التوبة لجميع خلقه وإلى يوم الدين، وممن شملهم بهذه العطية قطاع الطريق(المحارب) لكن حصل بين العلماء خلاف في قبول التوبة لهم قبل القبض عليهم أم بعده. وهل هذه التوبة مختصة بإسقاط الحدود الخاصة بالحرابة أم تشمل كل الحدود مثل الزنا أو شرب الخمر، ثم تاب قبل القدرة أو بعده؟ وفي الجرائم التي اكتسبوها بأيديهم على أقول:

الأول: تسقط عقوبة الحرابة بتوبته قبل القدرة عليه، ويؤخذ بما عدا ذلك من حقوق الله وحقوق الأدميين. وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية.

---

339 ينظر، الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 93/7، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 225/4، ابن قدامة، ***المغني***، 154/9.

340 ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 239/4.

341 ابن حزم، ***المحلى***، 272/12.

يقول الكاساني(ت:587هـ): "إن قاطع الطريق إذا تاب قبل أن يظفر به يسقط عنه الحد، وتوبته برد المال على صاحبه إن كان أخذ المال لا غير، مع العزم على أن لا يفعل مثله في المستقبل. بخلاف سائر الحدود أنها لا تسقط بالتوبة".[342]

ويقول ابن جزي(ت: 741هـ):"سقط عنه الحد ووجب عليه حقوق الناس من القصاص وغرم ماأخذ من الأموال".[343]

ويقول النووي(ت: 676هـ):"وتسقط عقوبات تخص القاطع بتوبته قبل القدرة عليه، لا بعدها على المذهب، ولا تسقط سائر الحدود بها في الأظهر".[344]

ويقول ابن قدامة(ت: 620هـ):"فإن تابوا من قبل أن يقدر عليهم، سقطت عنهم حدود الله تعالى، وأخذوا بحقوق الآدميين، من الأنفس، والجراح، والأموال".[345]

ويقول الحلي(ت: 676هـ):"ولو تاب قبل القدرة عليه سقطت العقوبة ولم تسقط حقوق الناس".[346]

واستدلوا:

بقوله تعالى: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.[347]

وجه الاستدلال:

استثنى الله سبحانه ـ تعالى ـ التائبين قبل القدرة عليهم وأخبر بسقوط حقه عنهم، والتوبة إنما تسقط بها حقوق الله، أما حقوق العباد راجعة إلى العباد، لأنها قائمة على المشاحة والمطالبة. ولا تسقط بعد القدرة عليه، لأنها لوسقطت لما كان للتخصيص بقوله(من قبل) فائدة.[348]

الثاني: يسقط حد الحرابة عن المحارب إذا تاب قبل القدرة عليه، وهو الصحيح في مذهب الشافعي وصححه البلقيني(ت:805هـ).

---

[342] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 96/7.

[343] ابن جزي، ***القوانين الفقهية***، ص238.

[344] النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، بيروت، ط1، 1426هـ/2005م، ص215.

[345] ابن قدامة، ***المغني***، 151/9.

[346] الحلي، ***المختصر النافع***، ص303.

[347] المائدة، 34/5.

[348] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 228/4.

يقول الشربيني(ت: 977هـ)"وتسقط سائر الحدود بالتوبة قياساً على حد قاطع الطريق مستدلين بعموم الآيات في التوبة وإسقاطها وقاسوا التوبة على ما قبل القدرة".[349] ولكن لا يسقط بالتوبة ما يجب على الجناة من حقوق الآدمين كالقصاص والقذف وضمان الأموال بل الذي تسقط حد الزنا والشراب والسرقة وغيرها من حقوق الله ـ تعالى ـ.

الثالث: إنّ التوبة تسقط جميع الحقوق حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم، إلا أن يكون شيء منها قائماً في ايديهم فيؤخذون منهم. وهو قول المالكية فقالوا:

"يسقط عنه الحد والقصاص والأموال إلا أن يكون شيء منها قائماً في يده فيؤخذ منه".[350]

واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام:(التائب من الذنب كمن لا ذنب له).[351]

الرابع: لا تسقط عقوبة الحرابة بتوبته ولا فرق بين قبل القدرة أو بعده.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.[352]

وجه الاستدلال:

"إن الآية نازلة في حق غير المسلمين من المحاربين من أهل الكفر الذين تابوا من شركهم ومناصبتهم الحرب لله ورسوله والسعي في الأرض بالفساد فإذا دخلوا في الإسلام وتابوا فإن الإسلام يجب ما قبله"[353].

والراجح من الأقوال في رأي هو القول الثاني القائلين بأنه التوبة تسقط حقوق الله، دون حقوق العباد من الدماء والأموال، لأن شرط التوبة تتحقق برد المظالم إلى أهلها، لأنها قائمة على المشاحة والمطالبة والله أعلم.

الحرابة في القوانين الوضعية

لا وجود لمسمى الحرابة في القوانين الوضعية، إلا أنهم يستخدمون بعض الألفاظ الأخرى مثل السطو، والإستيلاء، وترويع الناس، وانتهاك الأعراض، والتهديد وهكذا.

ونستطيع القوال بأن العقوبات المقررة في الشريعة الإسلامية في الحرابة كلها موجودة في القوانين الوضعية عدا قطع الأيدي والأرجل من خلاف.

---

[349] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 277/4.

[350] ابن جزي، ***القوانين الفقهية***، ص238.

[351] ابن ماجه، ***سنن ابن ماجه***، أبواب الزهد، باب ذكر التوبة، ر.م.ح(4250)، 320/5.

[352] المائدة، 34/5.

[353] الطبري، ***جامع البيان***، 392/8.

فهناك الحكم بالصلب تطبق في كثير من دول العالم وذلك بربط الجاني وتصفيته بإطلاق الرصاص عليه.

أما النفي فلم يأت في جميع القوانين الوضعية إلا في قانون العقوبات العراقي.

فقد جاء في المادة(107)بأنه:"منع الإقامة هو حرمان المحكوم عليه من أن يرتاد بعد إنقضاء عقوبته مكاناً أو أماكن معينة لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على مدة العقوبة المحكوم بها على أن لا تزيد بأي حال من الأحوال على خمس سنوات".[354] واكتفى بعض القوانين بإرسال الجاني إلى مراكز الإصلاح.

أما مقابل قطع الأيدي والأرجل من خلاف، فالقانون الوضعي لم يأخذ به، واكتفى بعقوبة الحبس، إلا إذا حصل معه القتل أو التعذيب فالحكم على الجاني في قانون العقوبات العراقي جاء المادة(441)كالآتي:

"يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت على السرقة التي تقع على شخص في الطريق العام خارج المدن والقصبات أو في قطارات السكك الحديدية أو غيرها من وسائل النقل البرية أو المائية حالة وجودها بعيداً عن العمران وذلك في إحدى الحالات التالية:

1. إذا حصلت السرقة من شخصين فأكثر وكان احدهم حاملاً سلاحاً ظاهراً أو مخبئاً.
2. إذا حصلت السرقة من شخصين فأكثر بطريق الإكراه.
3. إذا حصلت السرقة من شخصن يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً بين غروب الشمس وشروقها بطريق الإكراه أو بالتهديد باستعمال السلاح.

وتكون العقوبة الاعدام إذا كان الفاعل قد عذب المجني عليه أو عامله بمنتهى القسوة".[355]

3. 8 جريمة الردة

أهم مقاصد الشريعة الإسلامية، حفظ الدين، وحماية العقيدة تأتي في مقدمة أولويات الدولة الإسلامية.

وتعتبر جريمة الردة من الجرائم البالغة الخطورة على المجتمع، وأساس عقوبة جريمة الردة جاءت، لأن الشريعة تجعل الإسلام أساس النظام الإجتماعي، ولهذا يعاقب المرتد على أساس حماية هذه النظام الإجتماعي. فعلينا أن نعرف هذه الجريمة البشعة، والعقوبات ونظر الشريعة والقانون إليها.

الردة لغة واصطلاحاً

---

354 حياوي، ***قانون العقوبات***، المادة(107)، ص40.

355 حياوي، ***قانون العقوبات***، المادة(441)، ص159.

الردة لغة: قال ابن منظور: (ت:711هـ)" والإسم الردة، ومنه الردة عن الإسلام أي الرجوع عنه. وارتدّ فلان عن دينه، إذا كفر بعد إسلامه. ورد عليه الشيء إذا لم يقبله. والردة، بالكسر: مصدر قولك رّدَّه يَرُدُّهُ رَدّاً وردة. والردة: الاسم من الارتداد".[356]

الردة اصطلاحاً: عرفت الردة بعدة تعاريف لذا سنوردها حسب المذاهب:

أ. الحنفية: عرفها الكاساني(ت:587هـ): "بأنها: عبارة عن الرجوع عن الإيمان".[357]

ب. المالكية: عرفها الدسوقي(ت:1230هـ)"كفر المسلم بصريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه كإلقاء مصحف بقذر وَشَدِّ زُنّارٍ وسحر وقول بقدم العالم أو بقائه أو شك في ذلك أو بتناسخ الأوراح أو في كل جنس نذير، أو ادعى شركاً مع نبوته ـ عليه السلام ـ أو بمحاربة نبي، أو جّوز إكتساب النبوة أو ادعى أنه يصعد للسماء أو يعانق الحور أو استحل كالشرب".[358]

ت. الشافعية: عرفها المنهاجي(ت: 880هـ)" وهي قطع الإسلام بنية أو قول كفر أو فعل سواء قاله استهزاءً أم عناداً أم اعتقاداً".[359]

ث. عرف ابن قدامة(ت:620هـ) المرتد بأنه" هو الراجع عن دين الإسلام الى الكفر".[360]

التعريف المختار

التعاريف كلها متقاربة المعنى، ولعل تعريف الشافعية هو اشمل التعاريف، لأنه جامع ومانع لكل أنواع الردة من الأقوال والأفعال.

أدلة جريمة الردة

الردة مذكورة في القرآن في قوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾.[361]

---

[356] ابن منظور، ***لسان العرب***، 173/3.

[357] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 134/7.

[358] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 303/4.

[359] الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبدالخالق المنهاجي، ***جواهر العقود ومعين القضاء والمعوقين والشهود***، تح: مسعد عبدالحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،1417هـ /1996م، 250/2.

[360] ابن قدامة، ***المغني***، 3/9.

[361] البقرة: 217/2.

يقول القرطبي(ت: 671هـ) قوله تعالى: " ومن يرتدد، أي يرجع عن الإسلام إلى الكفر".[362]
وقوله عليه الصلاة والسلام: "من بدل دينه فاقتلوه".[363]

شروط الردة

لا يمكن أن يحكم على مسلم أنه مرتد إذا لم يجتمع فيه الشروط الآتية:

أ.أن يكون بالغاً. ب. أن يكون عاقلاً. ت. أن يكون مسلماً. ث.أن يكون مختاراً، فلا تصح ردة المكره إجماعاً.[364]

ثبوت الردة

ولثبوتها طريقان:

أ.البينة: أن يشهد شاهدان، ذكران، مسلمان، عدلان على أنه أتى بما يكفر من قول أو فعل.

ب. الإقرار: وذلك بأن يقر على نفسه بأنه أتى بما يوجب الردة.[365]

الحق في حد الردة

الحق في وجوب حد الردة حق لله ـ تعالى ـ لهذا لا يقيمه إلا الإمام، ويقبل رجوع المقر عن إقراره.[366]

عقوبة المرتد في الفقه الإسلامي

العلماء مجمعون على وجوب قتل المرتد، وكذا المرتدة، إلا أن أبا حنيفة يرى عدم قتل المرتدة.[367]

---

[362] القرطبي، ***تفسير القرطبي***، 46/3.

[363] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الديات، ***باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم***، ر.م.ح(6922)، 15/9، النسائي، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، ، ***السنن الكبرى***، تح: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ط)،(د.ت)، كتاب تحريم الدم، الحكم في المرتد، ر.م.ح(4059)، 104/7، الترمذي، ***سنن الترمذي***، أبواب الحدود، باب ماجاء في المرتد، ر.م.ح(1458)، 111/3، ابن ماجه، ***سنن ابن ماجه***، أبواب العتق، باب المرتد عن دينه، ر.م.ح(2535)، 574/3، أبو داود، ***سنن أبي داود***، كتاب الحدود، باب الحكم فيمن ارتد، ر.م.ح(4351)،407/6.

[364] السرخسي، ***المبسوط***، 122/10، الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 134/7، ابن قدامة، ***المغني***، 403/9.

[365] الميداني، ***اللباب***، 142/3، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 304/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 171/4.

[366] الدسوقي، ***الشرح الكبير***، 304/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 173/4.

[367] الكاساني، ***بدائع الصنائع***،135/7، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 304/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 171/4، ابن قدامة، ***المغني***، 4/9.

وهناك رأي مستحدث ظهرت في الآونة الآخيرة بحيث انهم خرقوا إجماع السلف الصالح القائلين بأن المرتد لا يقتل، وحرفوا الأدلة إلى إتجاه آخر حيث زعموا بأن ما قام به الصديق في حروب الردة انها كانت أجتهادات بشرية، ولم يرد في القرآن أمر بقتل المرتد.[368]

وزعموا أن كل ما تواتر عن المصطفى ـ عليه الصلاة والسلام ـ لا يشترط وجوبه على امته في كل زمان، فها هو جاويش يزعم: " أنه لو كان حديث"من بدل دينه فا قتلوه"[369] وغيره على نصه غير مختص بزمان ولا معقود بمقتضيات غير مطردة ماوسع النخعي ولا غيره مخالفته".[370]

ويقول الزلمي(ت: 2016م): "وقد ورد في الحديث الشريف: (من بدل دينه فاقتلوه)هذا الحديث ورد بشأن بعض من المشركين اعتنقوا الإسلام واطلعوا على أسرار المسلمين ثم ارتدوا والتحقوا بأعداء الإسلام والمسلمين من المشركين ثم القي القبض عليهم فأمر الرسول بقتلهم لا لمجرد الارتداد وأنما لخيانتهم العظمى فلا تعارض بين هذا الحديث وبين سكوت القرآن عن قتل المرتد من جهة وقوله تعالى: ﴿لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ﴾من جهة آخرى".[371]

أقول بأن مثل هذه الإشاعات لا تصب إلا في مصلحة العلمانيين الذين ينادون بتشكيك الناس في معتقداتهم فلا يلتفت إلى مثل هذه الآراء، أو أنهم لا يأمنون إلا ماجاء في القرآن ولايؤمنون بسنته ـ عليه الصلاة والسلام ـ والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾.[372]

---

[368] قرامي، آمال، ***حرية المعتقد في الإسلام***، دار الفنك، الدار البيضاء، 1997م، ص19.

[369] الحديث سبق تخريجه: ص 83.

[370] جاويش، عبد العزيز، ***الإسلام دين الفطرة***، الجزائر، 1988م، (ب. د. ن) ص189.

[371] الزلمي، ***أسباب إباحة الأعمال الجرمية***، ص29.

[372] الأحزاب، 36/33.

إستتابة وعقوبة المرتد

قبل الخوض في استتابة وعقوبة المرتد يجب أن يعلم بأن الإسلام لا يعاقب المرتد إلا إذ أعلن ردته جهراً، فإن كان الأمر مقتصراً على السرائر، فإنه لا يحاسب الناس عليه:

أما في وجوب القتل للمرتد فلا خلاف بين العلماء السابقين في قتله، إلا أن الخلاف واقع في استتابته فالعلماء اختلفوا في تحديد مدة الاستتابة على أقوال:

القول الأول: يجب قتله في الحال جاء ذلك عن الحسن وطاوس.[373] وهو قول الشافعية في القول الراجح في المذهب على أن المرتد يستتاب، فإن لم يتب قتل مكانه، وتهدر دمه.[374] وبه قال بعض الحنابلة أنه لا يجب الاستتابة بل يعرض عليه الإسلام فإن قبل ترك وإلا يتحتم قتله حالاً.[375]

وهو قول الظاهرية قال ابن حزم "إن جميع الأقوال في عدد مرات الاستتابة ومدتها، أقوال بلا برهان، والواجب إقامة الحد على المرتد حالاً ولا مانع من استتابته".[376]

القول الثاني: مدة الاستتابة ثلاثة أيام وهو قول الحنفية أنه يستحب للإمام أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب ويحبس وجوباً وقيل ندباً ثلاثة أيام، ويعرض عليه الإسلام في كل يوم منها وتكشف شبهته، فإن أسلم بعدها، وإلا قتل ويهدر دمه. ولا يفرق في وجوب القتل بين الحر والعبد إلا المرأة فإن الإسلام نهى عن قتل النساء، فلا تقتل وتحبس حتى تسلم.[377]

وقال الجمهور تقتل المرتدة، وقال علي تسترق، وقال عمر بن عبد العزيز تباع بأرض أخرى، وقال الثوري تحبس ولا تقتل.[378]

---

373 العسقلاني، ***فتح الباري***، 337/12.

374 الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، ***الوسيط في المذهب***، تح: أحمد محمود ابراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، 428/6. النووي، أبو زكريا محي الدين، ***المجموع شرح المهذب***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 226/19. الجمل، سليمان بن عمر، ***حاشية الجمل***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 126/5.

375 ابن قدامة، ***المغني***، 5/9.

376 ابن حزم، ***المحلى***، 113/12.

377 الموصلي، عبدالله بن محمود البلدجي، ***الأختيار لتعليل المختار***، مطبعة الحلبي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 145/4، القاري، نورالدين علي بن محمد بن سلطان، ***فتح باب العناية في شرح كتاب النقاية***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1426هـ/2005م، 315/4.

378 العسقلاني، ***فتح الباري***، 335/12.

أما المالكية فإن المرتد يستتاب ويمهل ثلاثة أيام بلياليها وجوباً من يوم ثبوت الحكم بكفره وردته، لا من يوم الكفر ولا من يوم الرفع إلى القضاء، ويلغى يوم الثبوت إن سبق بالفجر.[379]

أما الشافعية فقالوا لا بد من إمهاله ثلاثة أيام.[380]

أما الحنابلة فقالوا"فإن مدة الاستتابة ثلاثة أيام، مع التضييق على المرتد وحبسه فيها".[381]

القول الثالث: الاستتابة طويلة الأمد وهو قول عليﷺ من أن المرتد يستتاب شهراً، وفي قول يستتاب شهرين.[382] وعن ابراهيم النخعي أن المرتد يستتاب أبداً ولا يقتل.[383]

الراجح في الاستتابة:

المرتد المحارب لا خلاف في قتله لانه لا يطلب منه الاستتابة.

أما غير المحارب فإن الراجح والله أعلم أنه يستتاب مادامت التوبة مرجوة له، وما كانت الإستتابة مجدية، ولا تحدد بعد مرات، مادامت ترجى منها فائدة توبة المرتد.

أما الأقوال المنقول عن السلف الصالح فكلها آراء إجتهادية موقوفة على أصحابها، وذلك لعدم وجود نص يحدد مدة الاستتابة، كما نقل ابن القصار الإجماع على الإستتابة.

واستدل لقول الجمهور بالإجماع يعني السكوتي لأن عمر كتب في أمر المرتد "هلا حبستموه ثلاثة أيام وأطعمتموه في كل يوم رغيفاً لعله يتوب فيتوب الله عليه"؟ قال: ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة كأنهم فهموا من قوله - ﷺ-، من بدل دينه فاقتلوه"، أي إن لم يرجع[384] وقد قال تعالى﴿فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ الصَّلاَةَ وَآتَوُاْ الزَّكَاةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمْ﴾.[385]

---

379 الثعلبي، أبو محمد عبدالوهاب البغدادي المالكي، ***المعونة علي مذهب عالم المدينة***، تح: حميش عبدالحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، (د.ط)، (د.ت)، ص1361.

380 النووي، ***المجموع***، 226/19.

381 ابن مفلح، ابراهيم بن محمد برهان الدين(ت:884هـ)، ***المبدع في شرح المقنع***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م، 482/7.

382 ابن قدامة، ***المغني***، 5/9.

383 ابن جزي، ***القوانين الفقهية***، ص239.

384 العسقلاني، ***فتح الباري***، 337/12.

385 التوبة، 5/9.

جريمة الردة في القوانين الوضعية

لا وجود لجريمة الردة في القوانين الوضعية على الإطلاق

يقول زيدان(ت: 2014م)"وهذه العقوبة لا نظير لها في القوانين العقابية الوضعية".[386]

فالقاعدة القانونية تقرر أن:"لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون".

ولا يوجد نص في القانون تجرم الردة. والقانون ينظر إلى أحكام الردة بأنها حرية العقيدة وحرية الفرد، وتقولوا بأن على الإنسان أن يمارس معتقده بكل حرية، ولا يجوز أن يفرض عليه دين وعقيدة معينة. والإنسان حر في تصرفانه ومعتقداته، والقانون لا يحاسب الناس على تغيير الدين، ولكن يحاسب على من يخرج على أنظمة التي تقوم عليه الجماعة، والشريعة تجعل الإسلام الركيزة الأساسية للنظام الإجتماعي، وأهم مقاصد الشريعة حفظ الدين، ولهذا يحاسب المرتد لكي تحمي النظام الإجتماعي.

3. 9 جريمة البغي

تعد جريمة البغي من اكبر الجرائم في باب الحدود، ولا عجب ولا غرب أن علماء المالكية يبوبون عن جرائم البغي أولاً قبل باقي الحدود، فيقولون:" والجنايات الموجبة للعقوبات سبعٌ: البغي، والردة والزنا، والقذف، والسرقة، والحرابة، والشرب".

وهم كما يقولون"لأنه ـ أي البغي ـ أعظمها مفسدة إذ فيه إذهاب الأنفس والأموال غالباً".[387]

فعلينا بيان وتعريف هذه الجريمة الخطيرة على المجتمع .

البغي لغة واصطلاحاً

البغي لغة: بغي فلان بغياً أي تجاوز الحد واعتدى، وتسلط وظلم، وسعى بالفساد خارجاً على القانون، ويقال بغيت لك الأمر وبغيتك الأمر طلبته لك.[388]

البغي اصطلاحاً: نعرف البغي حسب المذاهب الفقهية:

أ. الحنفية: عرف الميداني(ت: 1298هـ)البغاة" هو الخارج عن طاعة الإمام الحق بغير حق".[389]

ب. المالكية: عرف الدسوقي(ت: 1230هـ) البغي: "بأنه الامتناع عن طاعة من تثبت إمامته في غير معصية، بمغالبته ولو تأويلاً".

---

386 زيدان، ***المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية***، ص408.

387 المغربي، ***مواهب الجليل***، 277/6.

388 ابراهيم، ***المعجم الوسيط***، 65/1.

389 الميداني، ***اللباب***، 209/3.

وعرف البغاة:"بأنهم فرقة من المسلمين خالفت الإمام الأعظم أو نائبه لمنع حق وجب عليها أو لخلعه".[390]

ت. الشافعية: عرف الشربيني(ت:977هـ)البغاة بأنهم "المسلمون المخالفون للإمام بخروج عليه، وترك الانقياد له، أو منع حق توجب عليهم، بشرط شوكة لهم، وتأويل ومطاع فيهم".[391]

ث. الحنابلة: عرف البهوتي(ت:1051هـ) البغاة: "بأنهم الخارجون عن إمام ولو غير عدل بتأويل سائغ، ولهم شوكة، ولو لم يكن فيهم مطاع".[392]

ج. الظاهرية: عرف ابن حزم(ت: 456هـ) البغي"بأنه الخروج عن إمام حق بتأويل خاطئ في الدين أو الخروج بطلب الدنيا".[393]

وعرفها أبو زهرة(ت:1974م)بأنها: "الجريمة التي يكون فيها اعتداء على نظام الحكم، أو على أشخاص الحكام، بوصف كونهم حكاماً، أو على قادة الفكر السياسي لآرائهم السياسية"ويردف قائلاً: فهي في لغة العصر ليس القصد منها إجراماً، أو إيذاءً لمجرد الإيذاء أو لجلب نفع شخصي للجاني، وإن كانت البواعث الشخصية قد يكون لها الأثر في توجيه الفكر والرأي، إنما يكون الباعث على الجريمة هو الأمر الجماعي، ولو كان للناحية الشخصية والنفسية أثر في توجيهه.[394]

وعرفها عودة(ت: 1954م):"تسمى الجريمة السياسية في اصطلاح الفقهاء"البغي، ويسمى المجرمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية"، ويعلق قائلاً: إنما توجد الجريمة السياسية في الظروف غير العادية، وعلى وجه التحديد في حالة الثورة، وفي حالة حرب الأهلية، فإذا ثار فريق من الرعية على الدولة، وإذا قامت حرب بين الدولة وبين بعض رعاياها الخارجين عليها، أمكن أن توجد الجريمة السياسية، إذا توافرت شروط معينة في الثوار أو المحاربين، فإذا لم تتوافر هذه الشروط، أو توفرت ولكن لم توجد حالة الثورة أو الحرب، فالجرائم التي تقع لا يمكن أن تكون جرائم سياسية، وإنما هي جرائم عادية.

ويستشهد لذلك بحادثة مقتل سيدنا علي ـرضي الله عنهـ حين قتله عبدالرحمن بن ملجم لغرض سياسي، يقول: اعتبر القتل عادياً، بالرغم من أن القاتل من الخوارج، وهو الرأي الذي أخذ، وهذا هو رأي علي

---

[390] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 298/4.

[391] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 151/4.

[392] البهوتي، ***كشاف القناع***، 161/6.

[393] ابن حزم، ***المحلى***، 333/11.

[394] أبو زهرة، ***الجريمة والعقوبات***، ص113 ـ 114.

نفسه، والرأي الذي أخذ به العلماء من بعده، فإنه قال لولده الحسن: "أحسنوا إساره، فإن عشت فأنا ولي دمي، وإن مت فضربة كضربتي". ولو لم يكن القتل عادياً لما اعتبر نفسه ولي الدم، إن شاء عفا وإن شاء اقتص، ولما طلب من الحسن أن يقتص بضربة كضربته".[395]

أقول: بعد سرد التعاريف لم تسلم تلك التعاريف من المؤاخذة.

أما تعريف المالكية فإنهم يرون الخروج ممن لم تثبت إمامتُهُ. وتعريف الشافعية والحنابلة لا يفرقان بين عدل الإمام وفسقه، لذا أرى بأن تعريف الحنفية والظاهرية هو الجامع والمانع، وسبب الترجيح يأتي لانه يفرق بين خروج حق وخروج باطل، لأن خروج حق لا يعد بغياً مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُوْلَئِكَ لَهُم عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾.[396] وإذا كان الخروج باطلاً فهو البغي الذي نحن بصدده.

دليل جريمة البغي

الدليل على ظلم وجريمة البغي قوله تعالى: ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾.[397]

أقسام البغاة عند ابن الهمام

يقسم ابن الهمام(ت:861هـ) الخارجين عن طاعة الإمام إلى أربعة أقسام:

الأول: الخارجون بلا تأويل بمنعة يأخذون أموال الناس، ويقتلونهم ويخيفون الطريق، وهم قطاع الطريق.

الثاني: قوم كذلك إلا إنهم لا منعة لهم، لكن لهم تأويل، فحكمهم حكم قطاع الطريق، إن قتلوا قُتلوا، وصُلبوا، وإن أخذوا مال المسلمين قطعت أيديهم وأرجلهم على ما عرف.

الثالث: قوم لهم منعة وحمية، خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل، كفر أو معصية يوجب قتاله بتأويلهم، وهؤلاء يُسمَّون بالخوارج، يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول ﷺ حكمهم حكم البغاة.

---

[395] عودة، ***التشريع الجنائي***، ص101 - 202.

[396] الشورى، 41/42.

[397] الحجرات، 9/49.

الرابع: قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل، ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة.[398]

شروط البغي

لا بد لتحقق البغي الشروط الاتية:

أ. أن يكون الخارجون مسلمين، وهذا متفق بين جمهور العلماء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية.[399]

ب. أن يكون الإمام عادلاً. لكن شرط عدالة الإمام غير متفق عليه، فالحنفية، والمالكية، والظاهرية على إشتراطه[400]، أما الشافعية والحنابلة فعلى عدم اشتراطه.[401]

ت. أن يكون لهم تأويل سائغ، أي لهم سبب مقنع للخروج عن سلطة الإمام.[402]

ث. أن يكونوا في منعة أي لهم القوة تحول بينهم وبين من يرغمونهم بسوء، خلافاً للمالكية والحنابلة والظاهرية الذين لم يشترطوا المنعة.[403]

دفع خطر البغاة

البغي جناية على المجتمع، فلا بد من دفع خطرهم، فإذا أراد الإمام كبح جماحهم فعليه أن يتخذ الخطواط الآتية:

أ. دعوة أهل البغاة إلى التصالح، على الإمام أن يبين لهم دعوته الى الصلح والتصالح لكن العلماء اختلفوا هل الصلح معهم واجب أو مندوب؟.

---

[398] ابن الهمام، ***فتح القدير***، 100/6 ـ 101.

[399] ابن نجيم، ***البحر الرائق***، 152/5، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 299/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 151/4، ابن قدامة، ***المغني***، 523/8، ابن حزم، ***المحلى***، 333/11.

[400] الميداني، ***اللباب***، 209/3، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 299/4، ابن قدامة، ***المغني***، 524/8.

[401] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 151/4، البهوتي، ***كشاف القناع***، 161/6.

[402] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 151/4،

[403] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 299/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 151/4، البجيرمي، سيلمان بن محمد، ***حاشية البجيرمي على شرح المنهج***، مطبعة الحلبي، القاهرة، (د.ط)، 1369هـ/ 1950م، 230/4، ابن قدامة، ***المغني***، 524/8، ابن حزم، ***المحلى***، 333/11.

فالمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية قالوا بوجوب الدعوة قبل كل شي[404]، والحنفية والشافعية في قول قالوا بندبها.[405]

ب. المهلة: أي إعطائهم المهلة في مراجعة أفكارهم لعلهم يرجعون وهو قول الشافعية والحنابلة.[406]

بدأ القتال مع البغاة

إن ترك البغاة يؤدي الى الفساد في الأرض كما يقول الكاساني(ت: 587هـ):"لو تركهم لسعوا في الأرض بالفساد".[407] فإذا أراد الإمام حبسهم والسيطرة عليهم فهذا أفضل.[408]

والجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة على أنه لا يجوز قتالهم حتى يدعوهم الى الرجوع وطاعة الإمام.[409] فإن أبوا الفيئة قوتلوا[410]، ولا يجوز الإستعانة بالمشركين على قتالهم[411]، ويقاتلهم الإمام بكل ما اوتي من القوة وبجميع الأسلحة الفتاكة وغير الفتاكة بدليل قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾.[412] حتى أباح ابن حزم(ت: 456هـ) استعمال المجنيق "وجائزٌ قتالهم بالمنجنيق والرمي"[413]، إلا أن المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى تحريم استعمالها.[414]

ولا يجوز التمثيل بالبغاة قال السرخسي(ت: 483هـ)"المثلة منهي عنها ولو بالكلب العقور".[415]

---

[404] الصاوي، أبو العباس أحمد الخلوتي، ***بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير***، دار المعارف، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 427/4. الشربيني، ***مغني المحتاج***، 155/4، ابن قدامة، ***المغني***، 524/8، ابن حزم، ***المحلى***، 360/11.

[405] ابن نجيم، ***البحر الرائق***، 151/5، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 155/4.

[406] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 155/4، ابن قدامة، ***المغني***، 527/8.

[407] الكاساني، ***بدائع الصنائع*** ، 140/7.

[408] السمرقندي، ***تحفة الفقهاء***، 313/3.

[409] الصاوي، ***الشرح الصغير***، 427/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 155/4، ابن قدامة، ***المغني***، 528/8.

[410] ابن حزم، ***المحلى***، 360/11.

[411] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 157/4.

[412] البقرة، 194/2.

[413] ابن حزم، ***المحلى***، 360/11.

[414] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 299/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 157/4، البهوتي، منصور بن يونس الحنبلي، ***الروض المربع شرح زاد المستقنع***، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، (د.ط)،(د.ت)، ص680.

[415] السرخسي، ***المبسوط***، 131/10.

أما حمل رؤسهم على السيوف، فالحكم جار بين التحريم والكراهة والجواز.

فبالتحريم أخذ به المالكية[416]، وبالكراهة أخذ بها الحنفية لكن على تفصيل إن لم يكن هناك مصلحة فبالكراهة، وإن كان في رفعها ما يكون سبباً لكسر شوكتهم ودحرهم فعلى الجواز.[417]

أما أحكام جرحاهم ومدبريهم، وأسراهم فإن كان لهم حصون وكان أكثر من ذلك فيجوز تجهيز جرحاهم، واتباع مدبريهم، وإن لم يكونوا كذلك فلا يجوز وهو قول الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية[418]، خلافاً للمالكية والشافعية والأظهر عند الحنابلة والظاهرية القائلين بتحريم ذلك.[419]

وأنه يحرم سبي نسائهم وقتل شيوخهم ونسائهم، وهذا مجمع عليه بين الفقهاء.[420]

يقول ابن قدامة(ت: 620هـ):"فأما غنيمة أموالهم وسبي ذريتهم فلا نعلم في تحريمه بين أهل العلم خلافاً".[421]

أحكام قتلى البغاة

أ. حكم غسلهم والصلاة عليهم: الحنفية والشافعية والحنابلة ذهبوا أنهم يغسلون ويصلون عليهم[422]، وذهب الحنفية في قول والحنابلة في وجه بأنه لا يغسل ولكن يصلى عليه[423]، وذهب الحسن من الحنفية بأنه لا يغسل ولا يصلى عليه إن كانت له فئة، وهو قول الحنابلة من وجه آخر.[424]

ب. ضمان ما اتلفه البغاة

---

416 الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 299/4.

417 السمرقندي، ***تحفة الفقهاء***، 313/5.

418 السرخسي، ***المبسوط***، 126/10، *الميداني*، ***اللباب***، 211/3، *الشربيني*، ***مغني المحتاج***، 155/4، *ابن قدامة*، ***المغني***، 535/8.

419 ابن فرحون، ابراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمري، ***تبصرة الحكام في اصول الأقضية ومناهيج الأحكام***، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط 1، 1406هـ / 1986م، 276/2، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 155/4، المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي، ***الإنصاف في معرفة الراجع من الخلاف***، دار إحياء التراث، العربي، بيروت، ط 2، (د. ت)، 314/10، ابن حزم، ***المحلى***، 337/11.

420 الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 300/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 156/4، ابن قدامة، ***المغني***، 535/8.

421 ابن قدامة، ***المغني***، 354/8.

422 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 142/7، المزني، ***مختصر المزني***، دار المعرفة، 336/8، ابن قدامة، ***المغني***، 535/8.

423 السرخسي، ***المبسوط***، 131/10، ابن قدامة، ***المغني***، 535/8.

424 السرخسي، ***المبسوط***، 131/10، ابن قدامة، ***المغني***، 535/8.

اختلف العلماء في ما اتلفه البغاة من أموال وأشياء على قولين:

القول الأول: ليس عليهم ضمان ماأتلفوه، إلا ما أخذه يرد إلى أصحابه وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية في الجديد.[425]

القول الثاني: أنهم يضمون ما اتلفوه من النفس والمال، وهو قول الشافعية في القديم، والحنابلة، والظاهرية في قول.[426]

البغاة في القوانين الوضعية

إن القوانين الوضعية يسمي جرائم البغي بالجرائم السياسية. ويعرفونها بأنها" الجريمة التي ترتكب بباعث سياسي، أو تقع على الحقوق السياسية العامة أو الفردية". والقوانين الوضعية ترى بأن عدا الجرائم السياسية فإن باقي الجرائم اصطلح عليها بالعادية، حتى أنها تنظر إلى بعض الجرائم السياسية على أنها غير سياسية ولو كانت قد ارتكبت بباعث سياسي:

أ. الجرائم التي ترتكب بباعث اناني دنئ.

ب.الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي.

ت. جرائم القتال العمد والشروع فيها.

ث. جريمة الإعتداء على حياة رئيس الدولة.

ج. الجرائم الإرهابية.

ح. الجرائم المخلة بالشرف كالسرقة والاختلاس والتزوير وخيانة الامانة والاحتيال والرشوة وهتك العرض.

والعقوبات في القوانين الوضعية في الجرائم السياسية كالآتي:

أ. يحل السجن المؤبد محل الإعدام في الجرائم السياسية.

ب. لا تعتبر العقوبة المحكوم بها في جريمة سياسية سابقة في العود ولا تستتبع الحرمان من الحقوق والمزايا المدنية ولاحرمان المحكوم عليه من ادارة امواله أو التصرف فيها.[427]

---

[425] السمرقندي، ***تحفة الفقهاء***، 314/3، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 300/4، الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف، ***المهذب في فقه الإمام الشافعي***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 253/3.

[426] الشيرازي، ***المهذب***، 253/3، ابن قدامة، ***المغني***، 532/8، ابن حزم، ***المحلى***، 344/11.

[427] حياوي، ***قانون العقوبات***، 21 والمادة 22، ص10ـ 11.

وجاء في قانون العقوبات السوري المادة(195) مايلي:

1.الجرائم السياسية هي الجرائم المقصودة التي أقدم عليها الفاعل لدافع سياسي.

2.وهي كذلك الجرائم الواقعة على الحقوق السياسية العامة والفردية ما لم يكن الفاعل قد انقاد لدافع أناني دنيء.[428]

الفرق بين الحرابة والبغي

هناك نقاط مشتركة بين الحرابة والبغي ونقاط خلاف:

أ.الحرابة والبغي حدان من حدود الله سبحانه وتعالى.

ب.الجناية في الحرابة موجه للعامة، وفي البغي موجه للإمام دون العامة.

ت.يكون للبغاة قوة ومنعة في مكان يتحصنون فيه، بخلاف المحاربين فإنه ربما يكون بأقل عدد.[429]

ث.المحارب يخرج فسقاً وعصياناً بلا تأويل، بخلاف البغاة فإنهم يخرجون لأجل إرضاء الله سبحانه وتعالى حسب نظرهم.

ج.تجوز مقاتلة المحاربين من الأدبار، بخلاف البغاة.

ح.ضمان ما أتلفه المحاربون من دم ومال وغيرها، بخلاف أهل البغي.

الحدود تدرأ بالشبهات

بعد إنتهاء الكلام في الحدود الشرعية يجب العلم بأن هذه الحدود تدرأ بالشبهة عملا بالقاعدة الشرعية"الحدود تدرأ بالشبهات".[430]

ويعمل بهذه القاعدة الشرعية في جميع الجرائم عدا جريمة التعزير فإنه يقام حتى مع وجود شبهة.[431]

وعمل بهذه القاعدة الحنفية، والمالكية والشافعية.[432]

ولم يعمل ابن حزم(ت: 456هـ) بها، ويذكر سبب عدم عمله فيقول"وهذا لفظ إن استعمل أدى إلى إبطال الحدود جملة على كل حال"[433]

---

[428] قانون العقوبات السوري، المادة195.

[429] الزحيلي، وهبة بن مصطفى، ***الفقه الإسلامي وأدلته***، دار الفكر، دمشق، ط4، (د.ت)، 5479/7.

[430] الزحيلي، محمد مصطفى، ***القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة***، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ / 2006م، 660/1.

[431] ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، ***الأشباه والنظائر***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ / 1999م،ص111.

[432] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 34/7، ابن جزي، ***القوانين الفقهية***، ص 232، الرملي، ***نهاية المحتاج***، 425/7.

[433] ابن حزم، ***المحلى***، 59/12.

3. 10 المرتبة الثانية: جرائم القصاص والديات

خلق الله ـ سبحانه وتعالى ـ الإنسان وكرمه وفضله على كثير من خلقه مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾.[434] ولأجل هذا التكريم جعل الاعتداد عليه من الكبائر والإفساد في الأرض قال تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إسرائيل أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءتْهُمْ رُسُلُنَا بِالبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَلِكَ فِي الأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾[435] .

وجريمة القتل تعتبر من اكبر الجرائم، بل اكبر الكبائر على قول، والشريعة الاسلامية لا ترى عقوبة مماثلة لهذه الجريمة الخطيرة إلا القصاص أي العقوبة الأصلية. فالقصاص حياة وحفاظ لحياة الإنسان، والقصاص كبح للمجني عليه، وغضب أوليائه. فالقصاص هو العدل والمساواة لهذه الجريمة الخطيرة.

3. 10. 1 تعريف وتقاسيم القتل في الفقه الإسلامي

القتل لغة: القتل ورد في اللغة بمعنى الموت، والقضاء على الحياة وإزهاق الروح.

قال ابن منظور(ت: 711هـ): قتله إذا أماته بضرب أو حجر أو سم أو علة، والمنية قاتلة.[436]

وقال ابن فارس(ت:395هـ): القاف والتاء واللام أصل صحيح يدل على إذلال وأماته يقال: قتلته قتلاً والقتلة الحال يقتل عليها.[437]

القتل اصطلاحاً: "الفعل المؤثر في إزهاق الروح".[438]

بالرغم من اتفاق المذاهب الإسلامية على المبادئ الرئيسية والأسياسية في القصاص والديات إلا أنهم إختلفوا في تحديد بعض الفروع والتفصيلات لأنواع القتل لذا سنذكر ذلك حسب المذاهب الفقهية:

أولاً: الحنفية: الحنفية بحثوا جرائم الاعتداء الأشخاص وعنونوا تحت مسمى(الجنايات).[439]

---

[434] الإسراء،17/ 70.

[435] المائدة،5/ 32.

[436] ابن منظور، ***لسان العرب***، 547/11.

[437] ابن فارس، أحمد الرازي، ***معجم مقاييس اللغة***، تح: عبدالسلام هارون، دار الجيل، القاهرة، (د. ط)، (د.ت)، 56/5.

[438] خسرو، محمد بن فرامرز، ***درر الحكام شرح غرر الأحكام***، دار الكتب العربية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 88/2.

[439] ينظر: الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 233/7، الميداني، ***اللباب***، 26/3، المرغيناني، ***الهداية***، 442/4.

وتقسم جرائم الاعتداء على الأشخاص عندهم إلى قسمين:

القسم الأول: وهو الجناية على النفس والتي تسمى قتلاً.

القسم الثاني: وهو الجناية على ما دون النفس وتسمى ضرباً وجرحاً.

وعلى هذا الاعتبار فهم قسموا القتل إلى خمسة أنواع:

الأول: القتل العمد: وهو أن يتعمد ضربة بسلاح أو ما يجري مجراه مما له حد يقطع ويجرح.

الثاني: القتل شبه العمد: وهو أن يتعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا يجري مجراه في تفريق الأجزاء ولا يجب به القصاص.

الثالث: القتل الخطأ: وقد يقع الخطأ في القصد أو الفعل:

أما الخطأ في القصد مثل: أن يرمي شخصاً يظنه صيداً أو حربياً فإذا هو مسلم.

وأما الخطأ في الفعل مثل: أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً.

الرابع: القتل الجاري مجرى الخطأ: مثل: النائم ينقلب على شخص فيقتله.

الخامس: القتل بالتسبب: مثل: حفر بئراً بغير إذن السلطان إذا وقع آدمي فعقوبة الفاعل الدية مغلظة.[440]

ثانياً: المالكية

إن علماء المالكية بحثوا جرائم الاعتداء على الأشخاص بعدة عناوين منها(الجنايات).[441]

و(أحكام الدماء والقصاص).[442]والقتل عندهم على قسمين:

الأول: القتل العمد: وهو أن يقصد القاتل بضرب محدد أو مثقل أو بإحراق أو خنق أو سم أو غير ذلك.

الثاني: القتل الخطأ: وهو أن لا يقصد الضرب ولا القتل مثل أن يسقط على شخص فقتله أو يرمي صيداً فأصاب إنساناً فلا قصاص عليه.

وقد انكر الإمام مالك شبه العمد فقال: "ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ، فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد".[443]

---

[440] خسرو، ***درر الحكام***، 88/2، الميداني، ***اللباب***، 26/3.

[441] ينظر: المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، ***التاج والإكليل لمختصر الخليل***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/ 1994م، 365/8.

[442] ينظر: الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 237/4.

[443] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 242/4.

ثالثاً: الشافعية: الشافعية تناولوا جرائم الإعتداء على الأشخاص وعنونوا بـ(الجنايات)[444] و(الجراح).[445]

والقتل عندهم على ثلاثة أنواع:

الأول: قتل عمد محض: وهو الضرب بما يقتل غالباً.

الثاني: قتل شبه عمد: وهو الضرب بما لا يقتل غالباً.

ويعبرون بعدة ألفاظ: خطأ العمد، وعمد الخطأ، وخطأ شبه العمد.

الثالث: قتل خطأ محض: ومثلوا كان يرمي صيداً فيصيب إنساناً فيقتله.[446]

رابعاً: الحنابلة: الحنابلة بحثوا في جرائم الاعتداء على الأشخاص وعنونوا بـ(الجراح) و(الجنايات).[447]

والقتل عندهم ثلاثة أنواع:

الأول: قتل عمد محض: وهو تعمد الجاني قتل النفس بما يقطع كالحديد.

الثاني: قتل شبه العمد: ويسمى خطأ العمد: وهو العمد في الفعل، والخطأ في القصد، ومثل بما إذا ضربه بحجر صغير الأغلب أنه يقتل بمثله.

الثالث: القتل الخطأ: وهو على شقين:

الشق الأول: الخطأ بالفعل: وهو أن يرمي إلى صيد فيصيب إنساناً من غير قصد.

الشق الثاني: خطأ بالقصد: وهو أن يرمي إلى من يظن أنه مباح الدم فيتبين آدمياً معصوماً أو يكون الجاني غير مكلف كمجنون أوصبي.[448]

خامساً: الظاهرية: بحث الظاهرية جرائم الاعتداء على الأشخاص وعنونوا بـ(الدماء والقصاص والديات).[449]

---

444 ينظر: الشيرازي، ***المهذب***، 170/3.

445 ينظر: الشربيني، ***مغني المحتاج***، 3/3.

446 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 4/4.

447 ينظر: ابن قدامة، ***المغني***، 259/8.

448 ابن قدامة، ***المغني***، 320/9.

فقالوا القتل نوعان لا ثالث لهما:

الأول: القتل العمد. الثاني: القتل الخطأ.

واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مْؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللّهِ وَكَانَ اللّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾.[450] **وقوله تعالى:** ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾.[451]

يقول ابن حزم(ت:456هـ): "وادعى قوم أن ها هنا قسماً ثالثاً، وهو عمد الخطأ وهو قول فاسد، لأنه لم يصح في ذلك نص أصلاً".[452] **ويعد ابن حزم قتل شبه عمد قتل خطأ.**

سادساً: الإمامية

بحث الإمامية جرائم الاعتداء على الأشخاص تحت عنوان(القصاص).

وقالوا: إن القتل نوعان مثل المالكية والظاهرية:

النوع الأول: القتل العمد: وهو أن يقصد القتل بما يقتل ولو نادراً.

النوع الثاني: القتل الخطأ: كالقتل بالحصاة والعود الخفيف.[453]

من خلال عرض أنواع القتل في جرائم الاعتداء على الأشخاص تبين أن الاتفاق واقع في نوعين من القتل القتل العمد والقتل الخطأ، أما الخلاف فواقع في شبه العمد، فالحنفية والشافعية والحنابلة القائلون بشبه العمد، والمالكية والظاهرية والإمامية ينفون وجود القتل شبه العمد.

والراجح هو قول الجمهور في اعتبار القتل شبه العمد للأدلة الكثيرة لاعتبار القتل شبه العمد نوعاً من أنواع القتل، خاصة بأن الإمام القرطبي من المالكية، والشوكاني مع عده نوعاً من أنواع القتل.[454]

---

[449] ينظر: ابن حزم، ***المحلى***، 213/10.

[450] النساء، 92/4.

[451] النساء، 93/4.

[452] ابن حزم، ***المحلى***، 214/10.

[453] الحلي، ***المختصر***، ص305.

[454] القرطبي، ***الجامع لأحكام القرآن***، 329/5، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبدالله اليمني، ***نيل الأوطار***، تح: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1413هـ/ 1993م، 29/7.

"وأما معيار التمييز بين العمد والخطأ فشخصي لأن القصد مكنون في قلب القاتل ولا يكتشف إلا باقراره أو قرينة فعلى القاضي أن يستعين بظروف الجريمة وخلفياتها وبظروف الجاني لاكتشاف القصد الجنائي".[455]

3. 10. 2 القتل العمد

أركان جريمة القتل العمد

الركن الأول: أن يكون القتل نتيجة لفعل الجاني.

الركن الثاني: أن يكون المقتول شخصاً حياً معصوم الدم.

الركن الثالث: أن يقصد الجاني إحداث الوفاة.

3. 10. 2. 1 عقوبات القتل العمد

لقتل العمد أكثر من عقوبة في الشريعة الإسلامية، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، ومنها ما هو بديل، ومنها ما هو تبعي، وبذلك تكون على ثلاثة أنواع:

3. 10. 2. 2 النوع الأول: العقوبات الأصلية

وهي على قسمين:

1.عقوبة متفق عليها. 2.عقوبة مختلف فيها.

3. 10. 2. 3 القسم الأول: العقوبة المتفق عليها: القصاص

القصاص لغة: القصاص مأخوذ من مادة قصصة، والاقتصاص: "أخذ القصاص. والإقصاص: أن يؤخذ لك القصاص، وقد أقصَّه. وأقصَّ الأمير فلاناً من فلان إذا اقتص له منه فجرحه مثل جرحه أو قتله قوداً، والقصاص والتقاص في الجراحات شيء بشيءٍ".[456]

القصاص اصطلاحاً: يعبر الفقهاء قاطبة معنى القصاص بـ"القود" يقول ابن جزي(ت: 741هـ)"ويجب فيه ـ أي في قتل العمد ـ، القود وهو القصاص".[457]

---

[455] الزلمي، ***أسباب إباحة الأعمال الجريمة***، ص34.

[456] ابن منظور، ***لسان العرب***، 76/7، ابن الأزهري، أبو منصور محمد بن محمد الهروي، ***تهذيب اللغة***، تح: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 2001، 210/9.

[457] ابن جزي، ***القوانين الفقهية***، ص 226.

ويعلل الشربيني(ت:977هـ) تسميته بهذا الإسم"وسمي القصاص قوداً لأنهم يقودون الجاني بحبل أو غيره إلى محل الاستيفاء".[458] والقصاص أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل.[459] وعقوبة القصاص عقوبة أصلية للقتل العمد وقد ورد في الكتاب قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾.[460]

3. 10. 2. 4 شروط القصاص من الجاني

يشترط لوجوب القصاص من الجاني:

أ.أن يكون الجاني مكلفاً أي بالغاً عاقلاً فلا قصاص على الصبي والمجنون.

ب.ثبوت الجريمة على الجاني وذلك بالإقرار أو البينة.

ت.أن لايكون هناك مانع من تطبيق الحكم عليه كالجنون الحاصل بعد ارتكابه الجريمة، أو موت الجاني فإذا حصل هذه الإشياء فإن الدية تحل محل القصاص.

ث.أن يكون تعمد القتل لا شبهة فيه.

ج.أن يكون القاتل مختاراً عند الحنفية باستثناء زفر ـ رحمه الله ـ إذ رأيه موافق لرأي الجمهور القائلين بوجوب القصاص على المستكره.[461]

ح.ان لا يتنازل أولياء المجني عليه من القصاص إلى أخذ الدية.

خ.تصدق ولي الأمر أو الحاكم على تنفيذ القصاص لأنه لا يقتص إلا بأمر السلطان، أو رئيس الدولة الآن، لأن العقاب قائم على قيادة الدولة، ولا يحق للفرد التدخل على قرارات وسيادة الدولة.

يقول النووي(ت: 676هـ):"ولا يستوفى قصاص إلا بإذن الإمام".[462]

3. 10. 2. 5 سقوط القصاص

ويسقط القصاص عند وجود أحد الأسباب الآتية:

أ.موت القاتل: إذا مات الجاني، أو قتل ظلماً بغير حق، أو بحق بسبب الردة، فيسقط القصاص.

---

[458] الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، ***الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)،(د.ت) 495/2.

[459] القونوي، قاسم بن عبدالله الحنفي، ***أنيس الفقهاء***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2004م، ص108.

[460] البقرة، 178/2.

[461] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 179/7، ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 178/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 19/4.

[462] النووي،، ***منهاج الطالبين***، ص479.

لكن بعد موت الجاني فهل أولياء المجني عليه يستحقون الدية؟

الأول: لا تجب الدية من مال القاتل، وهو قول الحنفية[463] لأن الجاني لم يوجبها على نفسه قبل وفاته.

الثاني: تجب الدية من مال الجاني وهو قول الشافعية والحنابلة، لأنه لو سقط القصاص على الجاني لا على بدل لذهب دم القتيل هدراً، إذ الدية بدل القصاص.[464]

ب. العفو: من أسباب سقوط القصاص العفو، والفقهاء مجمعون على جواز العفو عن القصاص، وإن العفو أفضل من القصاص مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾.[465] والعفو إسقاط القصاص مجاناً عند الحنفية، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو صلح لا عفو.[466]

ت.الصلح: الصلح جائز على القصاص بين أولياء المقتول والجاني، سواء كان بقدر الدية أم بأكثر منها أو أقل، ودليل الصلح قوله تعالى﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾.[467]

3. 10. 2. 6 القسم الثاني: العقوبة الأصلية المختلف فيها: الكفارة

العقوبة المختلف فيها الكفارة وهي عقوبة فرضها الشارع في جرائم خاصة، وهي تحرير رقبة، إن وجدت، وإلا فصيام شهرين متتابعين، فالصوم بدل عن تحرير الرقبه وليس عقوبة أصلية.

وقد وردت الكفارة في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مْؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللّهِ وَكَانَ اللّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾.[468]

فهذه الآية أصل في وجوب الكفارة على المسلم القاتل لغيره خطأً وإن كان الجاني صبياً أو

---

463 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 246/7.

464 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 48/4، البهوتي، ***كشاف القناع***، 545/5.

465 البقرة، 178/2.

466 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 246/7.

467 النساء، 128/4.

468 النساء، 92/4.

مجنوناً.[469]

والخلاف واقع في وجوب الكفارة في حال القتل العمد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وجوب الكفارة على القاتل العمد، وهو قول الشافعي.[470]

القول الثاني: لاتجب الكفارة بقتل العمد، و به قال الحنفية ومالك والمشهور عند الحنابلة.[471]

القول الثالث: تندب الكفارة في يقتل العمد الذي لم يقع به قصاصاً، إما لعفو أو لعدم المكافأة، وكذلك تندب على الحر المسلم في قتله جنيناً.[472]

3. 10. 2. 7 النوع الثاني: العقوبة البدلية للقتل العمد

إذا سقط القصاص بعفو ولي القتيل مقابل الدية، أو بموت الجاني أو بغيرهما، طبقت عقوبتان أخريان بدلاً من القصاص وهما:

أ. الدية ب. التعزيز

3. 10. 2. 7. 1 الدية

الدية لغة: قال ابن منظور: (ت: 711هـ):" الدية واحدة الديات، والهاء عوض من الواو، تقول: وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته، واتدّيت أي أخذت ديته، وإذا أمرت منه قلت: دِ فلاناً وللاثنين ديا، وللجماعة دُوا فلاناً".[473]

الدية اصطلاحاً: عرفها البركتي(ت: 1395هـ): "المال الذي هو بدل النفس".[474]

3. 10. 2. 7. 2 مشروعية الدية

---

[469] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 130/4، ابن قدامة، موفق الدين عبدالله، ***عمدة الفقه***، تح: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، (د.ط)، 1425هـ/2004م، ص133.

[470] النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، ***روضة الطالبين وعمدة المفتين***، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت ـ دمشق، عمان، ط3، 1412هـ/1991م، 380/9.

[471] الميداني، ***اللباب***، 50/3، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 286/4، ابن قدامة، ***الكافي***، 51/4.

[472] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 287/4.

[473] ابن منظور، ***لسان العرب***، 383/15.

[474] البركتي، محمد عميم الإحسان، ***التعريفات الفقهية***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ /2003م، ص97.

الدية مشروعة بالكتاب في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ﴾.[475]

وتجب دية القتل العمد على الجاني وحده، وفي ماله الخاص عند الجمهور[476]، ولا يجوز له التقسيط.

أما الحنفية فلا يقولون بالدية في القتل المحض، إلا بعد الصلح برضا الجاني، لأن موجب العمد القصاص عيناً، فلا يجب المال إلا بالصلح وبرضا القاتل.[477]

3. 10. 2. 7. 3 الأصناف التي تودى منها الدية ومقدارها

الأصل في الدية الإبل يقول ابن قدامة(ت:620هـ): "أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل في الدية".[478] والخلاف جار في غير الإبل على الأقوال:

القول الأول: الحنفية الدية تقضى من الإبل ومن النقدين(الذهب والفضة) لا من غيرهما، وهو قول المالكية وبعض الشافعية.[479]

القول الثاني: قال الشافعي في الجديد إلى وجوب الدية من جنس واحد فقط، وهو الإبل، وما عداها أبدال، ولا يعجل إليها إلا بالتراضي.

يقول النووي(ت: 676هـ): "ولا يعدل إلى نوع وقيمة إلا بتراض".[480]

القول الثالث: قال أحمد في رواية عنه وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، الذي تقضى منه الدية وهي: الإبل والذهب، والفضة، والبقر، والغنم.[481]

---

[475] النساء، 92/4.

[476] الميداني، ***اللباب***، 35/3، ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 184/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 68/4، ابن قدامة، ***المغني***، 367/8.

[477] الكاساني، ***بداية الصنائع***، 247/7.

[478] ابن قدامة، ***المغني***، 367/8.

[479] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 254/7، الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، ***الشرح الصغير اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك***، دار المعارف، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 372/4، الشيرازي، ***المهذب***، 196/2.

[480] النووي، ***مهناج الطالبين***، ص488.

[481] الميداني، ***اللباب***، 37/3، ابن قدامة، ***المغني***، 367/8.

3. 10. 2. 7. 4 وقت أداء الدية في القتل العمد

القول الأول: إن الدية في القتل العمد تجب في مال الجاني غير مؤجلة، وهو رأي الشافعية والمالكية والحنابلة.[482]

القول الثاني: إن الدية في القتل العمد تجب مؤجلة في ثلاث سنين وهو رأي الحنفية.[483]

3. 10. 2. 7. 5 دية القتل العمد

دية القتل العمد مائة بعير مثلة، ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة، أي حاملاً.[484]

3. 10. 2. 8 العقوبة البدلية الثانية للقتل العمد(التعزير)

وسنتكلم عن التعزيز بعد هذا القسم بإذنه ـ تعالى ـ إلا أن في مسألة القتل العمد بعد عفو الجاني حق المجتمع قائم في تتبع الجاني في كافة الأحوال، إلا أن المالكية هم من تكلموا في تعزير الجاني في القتل العمد أكثر من غيرهم.

فيقول ابن رشد(ت: 595هـ):"واختلفوا في القاتل عمداً يعفى عنه، هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا؟ فقال مالك والليث: إنه يجلد مائة ويسجن سنة، وبه قال أهل المدينة، وروي ذلك عن عمر، وقال طائفة(الشافعي وأحمد واسحاق وابوثور) لا يجب عليه ذلك، وقال أبو ثور: إلا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى".[485]

3. 10. 2. 9 النوع الثالث: العقوبة التبعية للقتل العمد

وهي عقوبتان:

الأولى: الحرمان من الميراث: قال به جمهور العلماء إن القتل بغير حق الصادر من البالغ العاقل يمنع من الميراث.[486]

واستدلوا بحديث: "القاتل لا يرث".[487]

---

[482] ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 192/4، الشربيني، ***مغني المجتاج***، 68/4، ابن قدامة، ***المغني***، 369/8.

[483] الميداني، ***اللباب***، 42/3.

[484] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 287/4، الشربيني، ***مغني المجتاج***، 66/4، ابن حزم، ***المحلى***، 273/10.

[485] ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 186/4.

[486] السرخسي، ***المبسوط***، 46/30، الهيتمي، ***تحفة المحتاج***، 417/6.

لكن جمهور العلماء اختلفوا في ضبط ونوع القتل:

الحنفية قالوا: المانع هو القتل بالمباشرة بحيث يكون موجباً للقصاص أو الكفارة، أما القتل بالتسبب أو الذي لا يوجب القصاص أو الكفارة فلا يكون مانعاً.[488]

والشافعية: المانع مطلق القتل أخذاً بإطلاقه النص(لايرث القاتل).[489]

وقال المالكية: المانع هو العمد العدوان غير أن القاتل خطأ لا يرث الدية، وبمثله قال الإمامية.[490]

الثانية: الحرمان من الوصية:

القتل العمد مانع الوصية لكن مع الخلاف فالحنفية لا يجوز الوصية للقاتل المتعمد.[491]

وعند الشافعية، تجوز الوصية للقاتل لأنها تمليك بعقد فاشبهة الهبة.[492]

3. 10. 2. 10 موقف القوانين الوضعية في توريث القاتل

القوانين الوضعية يمنع القاتل من أخذ الميرات فقد أشار القانون المصري في المادة(5) "من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء كان القاتل فاعلاً اصلياً أم شريكاً، أم كان شاهد زور أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة. ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي".

3. 10. 2. 11 موقف القوانين الوضعية من الوصية للقاتل

اشترط القوانين الوضعية في الموصى له ما يلي:

أ.أن يكون حياً ـ حياة حقيقية أو حياة تقديرية كالمفقود الذي لم يحكم بموته ـ وهذا يقتضي أن يكون معلوماً ـ أي معيناً.

---

[487] الترمذي، ***سنن الترمذي***، أبواب الفرائض، باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل، ر.م.ح(2109)، 425/4، قال الألباني صحيح، ابن ماجه، ***سنن ابن ماجه***، أبواب الديات، باب القاتل لا يرث، ر.م.ح(2654)، 662/3، النسائي، ***السنن الكبرى***، كتاب الفرائض، توريث القاتل، ر.م.ح، (6335)، 121/6.

[488] السرخسي، ***المبسوط***، 46/30.

[489] الهيتمي، ***تحفة المحتاج***، 417/6.

[490] الدردير، ***الشرح الصغير***، 475/2، الطوسي، أبو جعفر محمد بن الحسن، ***الخلاف***، مطبعة تابان، طهران، (د.ط)، (د.ت)، 39/2.

[491] الميداني، ***اللباب***، 222/3.

[492] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 55/3.

ب.أن يكون الموصي له حياً وقت وفاة الموصي ـ وأجاز القانون الوصية للأشخاص المعنوية وكذلك للجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام.

ت.أن لا يكون الموصى له قاتلاً الموصي ـ وهذا شرط عام يشمل القتل العمد والقتل غير العمد، والقتل المباشر، وسواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكا.

وجاء في القانون السوري ما يمنع الوصية للقاتل ففي المادة(223)

"يمنع استحقاق الوصية الإختيارية أو الواجبة: قتل الموصى له للموصي قصداً سواء كان القاتل فاعلاً اصلياً أم شريكاً إذا كان القتل بلاحق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة".

وجاء في المادة(2/68) من قانون الأحوال الشخصية العراقي الفقرة الثانية

"ويشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلاً للموصي".[493]

فعلى هذا فالقوانين الوضعية متفقة مع الشريعة الإسلامية في منع القاتل من الوصية له علماً بأن قوانين المواريث والوصايا في الدول الإسلامية مستمدة من الشريعة الإسلامية وما يعرف بقوانين الأحوال الشخصية.

3. 10. 2. 12 القتل العمد في القوانين الوضعية

إن القتل العمد من أكبر الجرائم في القوانين الوضعية لأنه إستهداف إزهاق روح الإنسان، والقتل العمد فيه ركنان اساسيان:

أ.الركن المادي ب.والركن المعنوي

أ.الركن لمادي: يتطلب لسلوك الإجرامي في جريمة القتل العمد إرتكاب القاتل أو الجاني فعلاً مادياً وموجباً يكون هو السبب الحقيقي في إزهاق روح المجني عليه.

ب.الركن المعنوي: ويقصد به القصد الجنائي، وهو إتجاه إرادة الجاني إلى إتيان النشاط الصادر منه وإلى النتيجة الإجرامية وهي إزهاق روح المقتول.

و لا يوجد تعريف معين للقتل العمد في القوانين الوضعية، وإنما يبينون العقوبات التي تتخذ ضد المجرمين.

فجاء في المادة(230)من قانون العقوبات المصري:

---

493 الجندي، أحمد، ***الأحوال الشخصية***، دار الكتب القانونية، القاهرة، (د.ط)، 2011، ص162.

"كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام".

وفسر الترصد في المادة(232) من القانون ذاته:

"والترصد هو تربص الإنسان لشخص في جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن طويلة كانت أو قصيرة ليتوصل إلى قتل ذلك الشخص أو إلى إيذائه بالضرب ونحوه".

وجاء في قانون العقوبات العراقي المادة(405): "من قتل عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت".

وهذه العقوبات تشدد في المادة(406):

1. يعاقب بإلاعدام من قتل نفسا عمدا في إحدى الحالات التالية:

أ. اذا كان القتل مع سبق الاصرار أو الترصد.

ب.اذا حصل القتل بأستعمال مادة سامة، أو مفرقعة او متفجرة.

ت.إذا كان القتل لدافع دنيء او مقابل أجر، او إذا استعمل الجاني وحشية في ارتكاب الفعل.

ث. إذا كان المقتول من أصول القاتل.

ج. إذا وقع القتل على موظف أو مكلف خدمة عامة أثناء تأدية وظيفته أو خدمته أو بسبب القاتل.

ح. إذا قصد الجاني قتل شخصين فأكثر فتم ذلك بفعل واحد.

خ. إذا اقترن عمداً بجريمة أو أكثر من جرائم القتل عمداً أو الشروع فيه.

د. إذا ارتكب القتل تمهيداً لارتكاب جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة لا تقل على سنة او تسهيلاً لارتكابها او تنفيذاً لها او تمكيناً لمرتكبها أو شريكه على الفرار أو التخلص من العقاب.

ذ. اذا كان الجاني محكوماً عليه بالسجن المؤبد عن جريمة قتل عمدي و ارتكب جريمة قتل عمدي أو شرع فيه خلال مدة تنفيذ العقوبة.

2. وتكون العقوبة الاعدام أو السجن المؤبد في الاحوال التالية:

أ.إذا قصد الجاني قتل شخص واحد فأدى فعله إلى قتل شخصين فأكثر.

ب.إذا مثل الجاني بجثة المجني عليه بعد موته.

ت.إذا كان الجاني محكوماً عليه بالسجن المؤبد.

3. 10. 2. 13 المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في القتل العمد

أ.الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية يؤكدان على آدمية المقتول وحياته.

ب.تتفق الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في أنه يجب أن يكون القتل العمد بقصد العدوان حتى تتوافر أركان جريمة هذا القتل بكامل عناصرها.

ت.الفقه الإسلامي عرف القتل العمد، في الوقت الذي لم يعرف القانونيون تعريفاً واحداً للقتل العمد.

ث.في القانون تكون الجريمة عمدية إذا توفر القصد الجرمي لدى فاعلها ولا يوجد في الشريعة الإسلامية معنى لكلمة القصد.

ج.العقوبة الأصلية للقتل العمد هو القصاص أما في القوانين الوضعية فإن العقوبة الأصلية للقتل العمد في قانون العقوبات هي السجن المؤبد أو المؤقت.

ح.العقوبة المقررة في القانون قائم على أساس أن القتل أما عادي أو موصوف بظروف مشددة أو مخففة، أما في الشريعة فالقتل واحد هو العمد والعمد لا يتحمل الظروف المشددة أو المخففة.

خ.القصاص من حق من يرث المال مطلقاً في الشريعة الإسلامية، في حين أن القصاص من حق السلطة التنفيذية في القوانين الوضعية.

3. 10. 3 القتل شبه العمد

سبق أن أشرنا إلى القتل شبه العمد ويقابل في القوانين الوضعية الضرب المفضي إلى الموت.

3. 10. 3. 1 أركان القتل شبه العمد

للقتل شبه العمد ثلاثة أركان:

أ.أن يأتي الجاني فعلاً يؤدي إلى وفاة المجني عليه.

ب.أن يأتي الجاني الفعل بقصد العدوان دون قصد القتل.

ت.أن يكون موت المجني عليه بسبب فعل الجاني.

3. 10. 3. 2 عقوبات شبه العمد

عقوبات شبه العمد ثلاثة: أصلية، بدلية، تبعية.

3. 10. 3. 3 العقوبات الأصلية

يوجد عقوبتان أصليتان للقتل شبه العمد هما: الدية، والكفارة.

أ.الدية: وهي في القتل شبه العمد مغلظة، وتكون على العاقلة، وهي مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها. ودية شبه العمد تحملها العاقلة ومؤجلة، في كل سنة ثلثها.[494]

---

[494] الميداني، ***اللباب***، 36/3، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 116/4، ابن قدامة، ***المغني***، 375/8.

ب.الكفارة: الأصل في مشروعية الكفارة قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مْؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللّهِ﴾.[495]

وظاهرة النص أن الكفارة شرعت في القتل الخطأ، ولكن الحنفية والشافعية والحنابلة الذين يقولون بشبه العمد، اتفقوا على أن الكفارة تجب كذلك في القتل شبه العمد[496]، لأنه يشبه الخطأ.

فهي أيضاً تعتبر عقوبة أصلية للقتل شبه العمد وهي عتق رقبة فمن لم يجدها أو لم يجد قيمتها يتصدق بها فعلية صيام شهرين متتابعين فالصوم عقوبة بدلية.

3. 10. 3. 4 العقوبات البدلية(التعزير)

إذا سقطت الدية لسبب ما، حل التعزير محلها، وعلى الحاكم أو القاضي أن يعزر الجاني بما يراه مناسباً.

3. 10. 3. 5 العقوبة التبعية

الحرمان من الميراث والوصية على النحو المبين في جزاء القتل العمد.[497]

3. 10. 3. 6 موقف القوانين الوضعية في الإرث والوصية في شبه العمد

أما في مسألة موانع توريث القاتل شبه العمد لم ينص المشرع العراقي على أنواع القتل الموجب لمنع الإرث لأنه اكتفى بلفظ ولا يرث القاتل، ولم يذكر الإقسام الأخرى المانع للإرث.

أما القانون المصري فقد أكد على منع الإرث للجاني العمد فقط فجاء في المادة(5)"من موانع الإرث قتل المورث عمداً"ولم ينص على باقي الأقسام الأخرى، فهذا يدل على أن الجاني في شبه العمد يرث من مورثه.

أما في الوصية فيمنع جميع أنواعه كما نص القانون العراقي في المادة(68)"أن لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي"، وهذا شرط عام يشمل القتل العمد والقتل غير العمد، والقتل المباشر وغير المباشر، وسواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً.

---

[495] النساء، 92/4.

[496] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 249/7، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 130/4، ابن قدامة، ***المغني***، 379/8.

[497] الميداني، ***اللباب***، 27/3، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 32/3 ـ 55.

3. 10. 3. 7 القتل شبه العمد في القوانين الوضعية

لا وجود لمسمى قتل شبه العمد في القوانين الوضعية، وإنما يعبرون بدله بعض الإصطلاحات الأخرى مثل القصد المحتمل(أو غير المباشر)ويحاولون دائماً إيجاد لفظ وعقاب بين العمد والخطأ.

والقوانين الوضعية يقسمون القتل إلى العمد، والضرب المفضي إلى الموت، والخطأ، في حين الفقه الإسلامي في تقسيمه للقتل إلى العمد، وشبه العمد، والخطأ.

فجاء في المادة(234) من قانون العقوبات المصري:"من قتل نفساً من غير سبق إصرار ولا ترصد يعاقب بالسجن الموبد أو المشدد. ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالإعدام إذا تقدمتها أو اقترنت بها أو تلتها جناية أخرى، وأما إذا كان القصد منها التأهب لفعل جنحة أو تسهيلها أو ارتكابها بالفعل أو مساعدة مرتكبيها أو شركائهم على الهرب أو التخلص من العقوبة فيحكم بالإعدام أو بالسجن المؤبد. وتكون العقوبة الإعدام إذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها في المادة234 تنفيذاً لغرض إرهابي".

وفي المادة(236): كل من جرح أو ضرب أحداً أو أعطاه مواد ضارة ولم يقصد من ذلك قتلاً ولكنه افضى إلى الموت يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع سنوات، وأما إذا سبق ذلك إصرار أو ترصد فتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن.

وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن إذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها في المادة 236 تنفيذاً لغرض إرهابي، فإذا كانت مسبوقة بإصرار أو ترصد تكون العقوبة السجن المؤبد أو المشدد.

وجاء في المادة(410) من قانون العقوبات العراقي:

"من اعتدى عمداً على أخر بالضرب أو الجرح أو بالعنف أو بأعطاء مادة ضارة أو بإرتكاب اي فعل أخر مخالف للقانون ولم يقصد من ذلك قتله ولكنه افضى الى موته يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة. وتكون العقوبات مدة لا تزيد على عشرين سنة اذا ارتكبت الجريمة مع سبق الاصرار أو كان المجني عليه من أصول الجاني أو كان موظفاً أومكلفاً بخدمة عامة ووقع الاعتداء عليه اثناء تأدية وظيفته أو خدمته أو بسبب ذلك".

3. 10. 3. 8 المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في شبه القتل

1.تستمد العقوبات المقدرة في الشريعة الإسلامية من خلال نصوص الكتاب والسنة، أما القوانين الوضعية فإن العقوبة تستند فيها إلى تقديرات الذين يقنون للناس تشريعات قد تصلح لمجتمع ولكنها لا تصلح لآخر، أو تصلح لزمان ولكنها لا تصلح لأزمة بعده.

2.لا قصاص في شبه العمد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

3.السجن قائم مقام الدية في شبه العمد في القوانين الوضعية.

3. 10. 4 القتل الخطأ

إنّ معيار التمييز بين العمد والخطأ شخصي لأن القصد مكنون في قلب القاتل ولا يكتشف إلا باقراره أو قرينة فعلى القاضي أن يستعين بظروف الجريمة وخلفياتها وبظروف الجاني لا كتشاف القصد الجنائي.[498]

3. 10. 4. 1 أركان القتل الخطأ

1.فعل يؤدي لوفاة المجني عليه.

2.كون الفعل وقع خطأ"عدم وجود قصد جنائي".

3.تحقق وجود رابطة السببية.

3. 10. 4. 2 عقوبات القتل الخطأ

أجمع الفقهاء على أنه لا قصاص في القتل الخطأ وإنما له عقوبات منها ما هو أصلي، ومنها ما هو تبعي.

3. 10. 4. 3 العقوبات الأصلية: الدية، والكفارة

تتمثل العقوبات الأصلية في القتل الخطأ الدية، والكفارة.

اولاً: الدية: وهي في القتل الخطأ مخففة. فتؤخذ في القتل الخطأ عند الحنفية على النحو التالي: عشرون بنت مخاض، وعشرون إبن مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة.[499]

وعند المالكية والشافعية مخمسة أيضاً لكن يجعلون ابن لبون بدل ابن مخاض أي: عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة.[500]

---

[498] الزلمي، ***أسباب إباحة الأعمال الجريمة***، ص34.

[499] الميداني، ***اللباب***، 36/3.

[500] أبو البقاء، بهرام بن عبدالله بن عبد العزيز، ***الشامل في فقه الإمام مالك***، مركز نجيبويه للمخطوطات، ط1، 1429هـ/2008م، 898/2، النووي، ***روضة الطالبين***، 255/9.

3. 10. 4. 3. 1 وقت أداء دية القتل الخطأ

لا خلاف بين الفقهاء في أن دية القتل الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين، وتكون على عاقلة الجاني بإجماع الفقهاء.[501]

والعاقلة هي العشيرة أو القبيلة التي ينتمي إليها الجاني أما في حالة عدم وجودهما فيكون المسؤول عن الدية المؤسسة التي ينتمي إليها الجاني كالنقابة والوزارة أو نحوهما وفي حالة عدم وجود كل من ذلك تكون الدية على بيت مال، وتحمل بيت المال الدية في هذه الحالة هي انه إذا مات إنسان وليس له وارث وله تركة فتكون التركة لبيت المال لأن بيت مال وارث لمن لا وارث له.

ولوجوب الدية على العاقلة يشترط أن يكون القتل خطأً، وأن لا يثبت بإقرار الجاني مخالفة تواطؤ بين الجاني وأولياء الدم.

3. 10. 4. 3. 2 تغليظ الدية في القتل الخطأ

لايرى الحنفية تغليط الدية في القتل الخطأ، لأن مبناها على التخفيف والمواساة.[502]

ويرى الشافعية أن دية الخطأ تغلظ إذا وقع القتل:

أ.في حرم مكة.

ب.أو في الأشهر الحرم في ذي العقدة، ذي الحجة، المحرم، رجب.

ت.أو قتل ذي رحم محرم كالأم والأخت.

ففي هذه الأحوال تجب الدية مثلثة لعظم حرمة هذه الثلاثة، وكذا قال الحنابلة وبعض المالكية.[503]

ثانياً: الكفارة: وهي عقوبة أصلية ثبتت شرعيتها بآية القتل الخطأ قال تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾.[504]

وتجب في مال القاتل ولا يشاركة فيها أحد.[505]

---

[501] الميداني، ***اللباب***، 37/3، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 67/4.

[502] الميداني، ***اللباب***، 37/3.

[503] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 67/4.

[504] النساء، 92/4.

[505] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 130/4.

3. 10. 4. 4 العقوبة التبعية: وهي الحرمان من الميراث والوصية

اتفق الفقهاء على منع القائل عدواناً على مورثه من الإرث وأجمعت الأمة على ذلك كما اسلفنا في مسألة القتل العمد. لكن حصل خلاف بين الفقهاء في مسألة توريث القاتل الخطأ لمورثه على أقوال:

القول الأول: لا يرث قاتل الخطأ من مورثه الذي قتله الشافعية.[506]

القول الثاني: يرث قاتل الخطأ من المال ولا يرث من الدية، وهو قول النخعي ومالك.[507]

القول الثالث: يرث القاتل المدافع عن نفسه، وكذلك مورثه قصاصاً أو حداً، أي وأخذ القود من القاتل. وهو قول الحنفية وأحمد.[508]إلا أن الشافعية يرون جواز الوصية للقاتل الخطأ.[509]

3. 10. 4. 5 موقف القوانين الوضعية من الميراث والوصية للقاتل الخطأ

أما في مسألة موانع إرث القاتل فلم ينص المشرع العراقي على أنواع القتل وترك سؤال هل يرث القاتل الخطأ الميراث من مورثه؟ وهذا يعتبر نقصاً تشريعياً بلا ادنى شك إلا أن القانون المصري وفي المادة(5) أشار بأن القتل العمد هو مانع للميراث:

"من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء كان القاتل فاعلاً اصلياً أم شريكاً، أم شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة. ويعد من الأعدار تجاوز حق الدفاع الشرعي". فيتبن بأن القتل الخطأ غير مانع من الميراث.

أما في الوصية فيشترط قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة(68)"أن لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي" وهذا شرط عام يشمل القتل العمد والقتل غير العمد، والقتل المباشر وغير المباشر، وسواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً.

---

[506] القدوري، أحمد بن محمد، ***مختصر القدوري***، تح: كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م، ص246، الحصني، ***كفاية الاختيار***، ص329. البهوتي، منصور بن يونس، ***المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد***، تح: عبدالله بن محمد المطلق، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 1427هـ/2006م، 550/2.

[507] القنوجي، أبو الطيب محمد، ***الروضة الندية شرح الدرر البهية***، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 330/2.

[508] القدوري، ***مختصر القدوري***، ص246. البهوتي، ***المنح الشافيات***، 550/2.

[509] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 32/3.

3. 10. 4. 6 القتل الخطأ في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

تكون الجريمة غير عمدية اذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر، لكن لم ينص القوانين الوضعية حول ظروف المشددة أو المخففة مثل الشريعة الإسلامية في بعض الأزمان. ولم يعرف القوانين الوضعية القتل الخطأ، وإنما اكتفوا ببيان كيفية وعقوبة القتل الخطأ.

فجاء في المادة(238) من قانون العقوبات المصري:

"من تسبب خطأ في موت شخص أخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنبه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسمياً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنين إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص، فإذا توافر ظرف أخر من الظروف والواردة في الفقرة السابقة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنين".

وجاء في المادة(411) من قانون العقوبات العراقي:

1.من قتل شخصاً خطأً أو تسبب في قتله من غير عمد بأن كان ذلك ناشئاً عن أهمال أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والاوامر يعاقب بالحبس والغرامة أو بأحدى هاتين العقوبتين.

2.وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن ثلثمائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين اذا وقعت الجريمة نتيجة اخلال الجاني اخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه اصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان تحت تأثير مسكر أو مخدر وقت ارتكاب الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مسأعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك.

3.وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات اذا نشأ عن الجريمة موت ثلاث أشخاص أو أكثر، فإذا توافر مع ذلك ظرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة تكون العقوبة بالسجن مدة لا تزيد سبع سنوات.

3. 10. 4. 7 المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في القتل الخطأ

1.لا قصاص في قتل الخطأ في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

2.إن أحكام القتل الخطأ في الشريعة الإسلامية مبنية على التخفيف في الدية، وذلك من أوجه ثلاثة فإنها تجب على العاقلة أولاً، ومؤجلة ثانياً، ومخمسة ثالثاً. وهذه الأشياء لا تكاد توجد في القوانين الوضعية.

3.تشدد أحكام القتل الخطأ في الشريعة الإسلامية في زمان ومكان الجريمة، بينما تشدد في القوانين الوضعية في حالة السكر.

4.هناك أحكام تبعية في الشريعة الإسلامية وهي الحرمان من والوصية ولا يوجد في القوانين الوضعية في جرائم القتل الخطأ عقوبات تكميلية.

5.السجن قائم مقام الدية في القتل الخطأ عند القوانين الوضعية.

3. 10. 4. 8 المقارنة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص والديات

هناك إختلاف بين القسمين ونذكر أهمها:

أ.حق الله هو الغالب في جرائم الحدود، بينما حق العبد أو الحق الخاص هو الغالب في جرائم القصاص والديات.

ب.إن العقوبات في جرائم الحدود متعددة بخلاف جرائم القصاص والديات.

ت.جرائم الحدود لا تقبل الصلح لإنها حق الله ـ تعالى ـ بخلاف جرائم القصاص والديات.

ث.العقوبات الحدية عقوبات محضة بينما الدية ذات طبيعة بدلية.

ج.لا تسقط جرائم القصاص والدية بمرور الزمن أو بالتقادم لأن حق العبد هو الغالب بخلاف جرائم الحدود.

ح.جرائم القصاص والدية على أنواع من عمدية وخطأ فهي تكون بقصد وغير قصد أما جرائم الحدود فكلها قصدية.

خ.جرائم الحدود قد تكون متداخلة بخلاف جرائم القصاص فالشخص إذا قتل إثنين خطأ فكلاهما يستحقان الدية على العاقلة.

3. 11 المرتبة الثالثة: جرائم التعازير

الجرائم في منظار الشريعة الإسلامية تشمل كل مخالفة لأوامر الله ـ تعالى ـ ومقابل كل جريمة وضعت العقوبات، وهذه العقوبات منها دنيويه، ومنها أخرويه.

والعقوبات أما زواجر أو جوابر، فالزواجر المقصود منها الحدود، والقصاص، والتعزير، والكفارات، والجوابر المقصود منها الضمان، والديات

والمرتبة الثالثة في الجرائم هي التعزير فعلينا تعريف وتحديد مفهوم التعزير في الشريعة الإسلامية.

3. 11. 1 التعزير لغة واصطلاحاً

التعزير لغة: قال ابن منظور(ت: 711هـ)"عزر: العزر: اللّوم، وعزره يعزره عزراً وعزره: ردّه، والعزر والتعزير: ضرب دون الحد لمنعه الجاني من المعاودة وردعه عن المعصية. وقيل: هو أشد الضرب. وعزره ضربه ذلك الضرب، والعزر: المنع".[510]

التعزير اصطلاحاً: هناك تعاريف كثيرة للتعزير، ولكننا نورد التعاريف في المذاهب:

أ. الحنفية: عرفه الكاساني(ت: 587هـ)."هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود".[511]

ب. المالكية: عرفه ابن فرحون(ت: 799هـ)"تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات".[512]

ت. الشافعية: عرفه الشربيني(ت: 977هـ) بأنه:"تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة".[513]

ث. الحنابلة: عرفه ابن قدامة(ت: 620 هـ)بأنه"العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها".[514]

من خلال النظر إلى التعاريف السابقة نرى أن المعنى الإصطلاحي يتفق مع المعنى اللغوي الجامع في التأديب، إلا أنه يؤاخذ على تعريف الحنفية أنه لم يتعرض لأسباب التعزير، والحنابلة استخدموا العقوبة بدل التأديب، وهو الأفضل لأنهم أدخلوا تعزير الصبي.

---

[510] ابن منظور، ***لسان العرب***، 561/4.

[511] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 63/7.

[512] ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 288/2.

[513] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 238/4.

[514] ابن قدامة، ***المغني***، 176/9.

أما تعريف المالكية والشافعية فإنه هو الأقرب لمعنى التعزير لاستخدامهم التأديب بدل العقوبة، وبقولهم"لاكفارة"لأن التعزير لا يجتمع مع الكفارة في العموم الا في بعض المسائل مثل الظهار.

3. 11. 2 مشروعية التعزير

الإجماع حاصل في مشروعية التعزير بدليل قوله تعالى: ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾.[515]

قال الشربيني(ت:977هـ): "فالأصل فيه قبل الإجماع﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾، فأباح الضرب عند المخالفة فكان فيه تنبيه على التعزير".[516]

3. 11. 3 حق التعزير

التعزير عقوبة مشتركة بين حق الله، وحق العبد.[517]

فمن امثلة حق الله ـ تعالى ـ سرقة ما لا قطع فيه، كأن يكون المسروق أقل من نصاب، ومن أمثلة حق الأفراد الشتم والضرب.[518]

يقول ابن حزم(ت:456هـ):"إنه لا حد لله تعالى محدود ولا لرسوله ـﷺـ إلا في سبعة أشياء، وهي: الردة، والحرابة قبل أن يقدر عليه، والزنى، والقذف بالزني، وشرب المسكر ـ سكر أو لم يسكر والسرقة، وجحد العارية، وإما سائر المعاصي فإن التعزير فقط ـ وهو الأدب".[519]

3. 11. 4 أقسام التعازير

تنقسم التعازير من حيث طبيعتها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: هناك جرائم نص عليها القرآن الكريم والسنة النبوية دون عقوبة لها اكتفاء ببعضها والتنديد بها وتحذير مرتكبيها وهي تغطي مساحة واسعة بحيث تشمل كل تصرف قولاً أو فعلاً

---

[515] النساء، 34/4.

[516] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 238/4.

[517] أبو يعلي، محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، ***الأحكام السلطانية***، تح: محمد حامد الفقي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)،(د.ت)، ص279.

[518] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 238/4، التويجري، محمد بن ابراهيم بن عبدالله، ***موسوعة الفقه الإسلامي***، بيت الأفكار الدولية، ط1، 1430هـ /2009م،196/5.

[519] ابن حزم، ***المحلى***، 378/12.

يتنافى مع الفضيلة والإخلاق اللتي يجب أن يكون عليها الإنسان الصالح ومن هذه الجرائم على سبيل التمثيل لا الحصر.

جريمة التجسس والغيبة. قال تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾[520]، وشهادة الزور، قال تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾[521]، وانتهاك حرمة المنازل، قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِن قِيلَ لَكُمُ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾.[522] والغش في المكاييل والموازين، قال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُواْ عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾.[523] والربا، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ﴾.[524] وتناول المحرمات(الميتة والدم ولحم الخنزير ونحوها)، قال تعالى:﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾.[525] واكتناز المال، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾.[526] والغصب والنهب والسلب، قال تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾.[527] وترك الواجبات، قال تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ﴾.[528]

ونقص العهد ونحو ذلك فهي أوسع من أن يحصرها عد مما نص عليه الشارع وترك تقدير عقوبتها لأولياء الأمور.

يقول ابن تيمية(ت: 728هـ): وأما المعاصِي التي فيها حدٌّ مقدر ولا كفارة، كالذي يقبلُ الصبيِّ والمرأة الأجنبية، أو يباشر بلا جماع أو يأكل ما لا يحل، كالدم والميتة، أو يقذف الناس بغير الزنا، أو يسرق منْ غير حرزٍ، ولو شيئاً يسيراً، أو يخون أمانتهُ، كوُلاة أموال بيت المال أو الوقوف، ومال

---

[520] الحجرات، 12/49.

[521] الحج، 30/22.

[522] النور، 27/24 ـ 28.

[523] المطففين، 83/ 1 ـ 2ـ 3.

[524] البقرة، 278/2 ـ 279.

[525] المائدة، 3/5.

[526] التوبة، 34/9.

[527] البقرة، 188/2.

[528] الماعون، 4/107 ـ5.

اليتيم ونحو ذلك، إذا خانوا فيها، وكالوكلاء والشركاء إذا خانوا، أو من يغشُّ في معاملتهِ، كالذين يغشون في الأطعمة والثياب ونحو ذلك، أوْ يطففُ المكيال والميزان، أو يشهد بالزور، أو يلقن شهادة الزور، أو يرتشي في حكمه، أو يحكم بغير ما أنزل الله، أو يعتدي على رعيته، أو يتعزى بعزاء الجاهلية، أو يلبي داعي الجاهلية، إلى غير ذلك من أنواع المحرمات: فهولاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتاديباً، بقدر ما يراه الوالي، على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقلته. فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة، بخلاف ما إذا كان قليلاً. وعلى حسب حال المذنب، فإذا كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته، بخلاف المقل من ذلك. وعلى حسب كبر الذنب وصغره، فيعاقبُ من يتعرض لنساء الناس وأولادهم، بما يعاقب منْ لم يتعرضْ إلا لمرأة واحدةٍ، أو صبيّ واحدٍ".[529]

القسم الثاني: هناك بعض جرائم الحدود المنصوص عليها لكنها لم تكتمل شروطها كجريمة الزنا المنصوص عليها لكن في حالة عدم إكتمال الشهود واثبت الجريمة من جهة أخرى مثل الإقرار، وكإضافة التعزير في جريمة القتل العمد فإن حق العام له تعزير الجاني كما قال المالكية.

النوع الثالث: الجرائم المستحدثة

وتتعلق هذه الجرائم ـ غالباً ـ بما يخل بالنظام العام وأعمال الإدارة مما يتعارض مع مصلحة الجماعة والقواعد العامة في الشريعة وإن لم ينص عليها في القرآن والسنة، ومن الإمثلة على هذه الجرائم المستحدثة كجرائم مخالفات المرور.

ويستطيع الإمام إحداث وتجريم بعض العقوبات الغير المنصوص عليها والأدلة على ذلك في المذاهب الإسلامية وفيرة:

أ.الحنفية: "للإمام قتل السارق سياسة لسعيه في الأرض بالفساد وهذا إن عاد ولو في المرة الثانية، وأما قتله ابتداءً فليس من السياسة في شيءٍ".[530]

ب.المالكية: "إن الإمام يعذر لمعصية كالأكل في رمضان لغير عذر أو لحق أدمي كشتم آخر".[531]

---

[529] ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس، ***السياسة الشرعية***، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإشارة، الرياض، ط1، 1418هـ، ص91.

[530] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز الدمشقي الحنفي، ***رد المختار على الدر المختار***، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ/ 1992م، 103/4.

[531] الخرشي، عبد الله محمد، ***شرح الخرشي***، المطبعة الكبرى الاميرية بولاق، القاهرة، ط2، 1317هـ، 10/8.

ت. الشافعية: يقول الشيرازي(ت: 476هـ):"ومن أتى معصية لاحد فيها ولاكفارة كمباشرة الاجنبية فما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب أو السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجناية التي لا قصاص فيها وما أشبه ذلك من المعاصي عزر على حسب ما يراه السلطان".[532]

3. 11. 5 أنواع العقوبات التعزيرية

هناك أنواع متعددة للعقوبات التعزيرية لكننا نذكر الأهم والأشهر من جانب الفقه الإسلامي:

أولاً: الضرب

أما في مقدار الضرب فهناك خلاف في أقل الضرب وأكثره.

1. أقل الضرب:

أ. أقل الضرب ثلاثة أسواط وهو قول الحنفية.[533]

ب. أقله يرجع إلى تقدير الحاكم، وهو الراجح عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.[534]

2.اكثر الضرب

ـ لا يبلغ بالتعزير أدني الحدود، فأعلى الحد عند الحنفية والحنابلة في حد الخمر هو ثمانون، وعند الشافعية أربعون فعلى ذلك يضرب في التعزير عند الحنفية والحنابلة تسعة وسبعون سوطاً، وعند الشافعية تسعة وثلاثون سوطاً.[535]

ـ يستطيع الإمام أن يبلغه أكثر من هذا العدد وهو قول المالكية.[536]

ثانياً: الحبس: وهو على نوعين

بمدة معلومة أو غير معلومة

الأول: الحبس المؤقت وهو الحبس ليوم واحد.[537]

الثاني: الحبس الدائم أو المؤبد.

---

[532] الشيرازي، ***المهذب***، 373/3.

[533] ابن عابدين، ***رد المحتار***، 60/4.

[534] ابن عابدين، ***حاشية ابن عابدين***، 60/4، ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 296/2، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 196/4، ابن قدامة، ***المغني***، 177/9.

[535] ابن عابدين، ***حاشية ابن عابدين***، 60/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 193/4، ابن قدامة، ***المغني***، 177/9.

[536] ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 296/2.

[537] ابن قدامة، ***المغني***، 322/2، ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 178/9.

يقول الإمام الماوردي: "يجوز للأمير فيمن تكررت منه الجرائم، ولم ينزجر عنها بالحدود، أن يستخدم حبسه إذا استضر الناس بجرائمه حتى يموت، بعد أن يقوم بقوته وكسوته من بيت المال، ليدفع ضرره عن الناس".[538]

ثالثاً: النفي، ويسمى التغريب أو الإبعاد أيضاً.

يقول ابن قدامة(ت: 620هـ) "النفي هو التشريد عن الأمصار والبلدان".[539]

أما النفي ومدته فالنفي مشروع ومتفق عليه، أما الخلاف فجار في مدة النفي:

1. عدم تقدير المدة، بل يرجع إلى اجتهاد الحاكم، وهو قول الحنفية، والمالكية.[540]
2. تقدر النفي بأقل من سنة، ولو ليوم واحد، وهو قول الشافعية والحنابلة.[541]

رابعاً: القتل: قال ابن عابدين(ت: 1252هـ): "والتعزير ليس فيه تقدير بل هو مفوض إلى رأي القاضي ويكون التعزير بالقتل كمن وجد رجلاً مع امرأة لا تحل له، ولو أكرهها فلها قتله ودمه هدر".[542]

خامساً: الصلب: يقول الشربيني(ت: 977هـ): "ويجوز أن يصلب المعزر حياً، ولا يمنع من الطعام والشراب، ولا من الوضوء للصلاة، ويصلي موميأً".[543]

3. 11. 6 المقارنة بين الحد والتعزير

هناك نقطة إلتقاء بين الحد والتعزير، ونقطة خلاف

أ.نقطة اتفاق:

1. الحد والتعزير عقوبات لتأديب الجاني، وزجره عن الجريمة.
2. أساس الحد والتعزير وضع لمصلحة المجتمع.

ب. نقطة اختلاف

1. الحد مقدر شرعاً، والتعزير غير مقدر شرعاً.
2. اساس عقوبات الحد قطعية وثابتة، ولا مجال للاجتهاد فيه، بخلاف التعزير.

---

538 الماوردي، ***الأحكام السلطانية***، ص274.

539 ابن قدامة، ***المغني***، 150/9.

540 الميداني، ***اللباب***، 63/3، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 350/4.

541 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 224/4، ابن قدامة، ***المغني***، 151/9.

542 ابن عابدين، ***حاشية ابن عابدين***، 62/4ـ 63.

543 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 239/4.

3. الحدود لا تسقط بحال، بخلاف التعزير فإنه قد يسقط.

4. الحد مختص بالإمام، والتعزير يفعله الزوج والمولى وكل من رأى أحداً يباشر المعصية.

5. التعزير يسقط بالتوبه، والحدود لا تسقط بالتوبة على الصحيح إلا الحرابة والكفر فإنهما يسقط حدهما بالتوبة.

6. إن التعزير يختلف باختلاف الفاعل والمفعول معه، والحدود لا تختلف باختلاف فاعلها.

7. الحدود لا تختلف باختلاف الأعصار والأمصار، بخلاف التعزير.

8. لاتجوز الشفاعة في الحدود على الإطلاق، أما التعزير فيجوز العفو والشفاعة في النكال وإن بلغ الإمام لانه حق لآدمي.

9. الأهلية واجبة في الحدود، بخلاف التعزير.

10. المقر في الحدود يجوز له الرجوع عن إقراره، بخلاف التعزير فلا يؤخذ به.

11. اذا مات المحدود فلا ضمان، بخلاف التعزير عند من قال بالضمان فيه.[544]

---

[544] ابن عابدين، ***الدر المختار***، 60/4، القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد، ***الفروق***، عالم الكتب، القاهرة، (د. ط)، (د.ت)، 210/4 ـ 211، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 192/4.

4. طرق ووسائل الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المقررة شرعاً وقانوناً على وجود أو واقعة أثير نزاع بشأنها.

والإثبات هو إقامة الدليل على صحة أمر، وهذه الأدلة تعرف باسم البينات، والبينة الحجة الواضحة، وهي كل ما بيّن الحق ويظهره من الحجج الشرعية.[545] وإن كان الفقهاء يصرفونها عادة إلى الشهادة، ولكن عند إطلاقها يراد بها الحجة والبرهان عموماً. والفقهاء منقسمون في تحدد طرق ووسائل الحجج القضائية إلى قولين:

القول الأول: تحدد طرق الإثبات في أعداد معينة من الأدلة يتقيد بها الخصوم ولا يقبل منهم غيرها، ويلتزم بها القاضي فلا يحكم إلا بناء عليها، فمنهم من يحصرها في ستة طرق وهي: البينة، أي الشهادة، والإقرار، واليمين، والنكول، والقسامة، وعلم القاضي.

ومنهم من حصرها في سبعة وهي: البينة، الشهادة، والإقرار، واليمين، والنكول، والقسامة، وعلم القاضي، والقرينة الجازمة أي القاطعة.

وهذا هو رأي جمهور الفقهاء.

يقول ابن عابدين(ت: 1252هـ)" ان طرق القضاء ستة هي: البينة، والإقرار، واليمين، والنكول عنه والقسامة، والقرينة الواضحة".[546]

ومنهم من يحصرها في ثلاثة فقط وهي:

الشهادة، واليمين، والنكول. وأسقطوا الإقرار نظراً إلى أنه موجب للحق بنفسه لا طريقاً للحكم. إذا الحكم فصل في الخصومة، ولا خصومة مع الإقرار، وليس على القاضي في حال الإقرار إلا أن يأمر المدعى عليه بدفع ما أقر به، وأسقط القسامة لانها داخلة في اليمين، وأسقط علم القاضي ترجيحاً لعدم صحة الاستناد إليه في فصل النزاع.

القول الثاني: عدم تحدد طرق معينة للإثبات يتقيد بها الخصوم أو القاضي، بل للخصوم أن يقدموا من الأدلة ما يراه الحاكم منتجاً في الدعوى ومثبتاً لها. وهو رأي ابن تيمية وابن القيم.

يقول ابن القيم (ت: 751هـ):"فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي

---

[545] الزمخشري، أبو قاسم محمود، ***الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل***، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407هـ، 253/1.

[546] ابن عابدين، ***الدر المختار***، 354/5.

ماهو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمارة. فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق، أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له".[547]

وأساس هذا الخلاف بين الفقهاء يكمن في تفسير معنى البينة التي يتعين على المدعي الالتجاء إليها لإثبات دعواه والتي يلتزم القاضي بها في الحكم بالعقوبة. ويكمن الخلاف في طريقتين:

الطريقة الأولى:

جمهور الفقهاء يرون أن البينة المقصود بها الشهود مستدلين بأن البينة جاء ذكرها في مواضع كثيرة من القرآن والسنة مراداً بها الشهود.[548]

من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.[549]

فقد ورد أن البينة التي يثبت بها الزنا هي أربعة شهود، فدل أن قصد الرسول عليه الصلاة والسلام من البينة خصوص الشهود.

ومن السنة أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ـﷺ بشريك بن سحماء، فقال له النبي ـﷺ (البينة، أو حد في ظهرك).[550]

وجه الإستدلال

فضلاً عن ذلك فإن القرآن الكريم اعتبر الشهادة أساساً للإثبات في كثير من المواضع المتعلقة بالمعاملات بين الناس ومسائل الأحوال الشخصية والوصية، فمن ذلك في البيع يقول جل من قائل:﴿ وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء﴾.[551]

وفي التداين يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ

---

[547] ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب سعد شمس الدين، ***الطرق الحكمية***، مكتبة دار البيان، الكويت، ط1، 1411هـ/ 1991م، ص13.

[548] الكاساني، بدائع الصنائع، 45/7، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 318/4.

[549] النور، 4/24.

[550] بخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب تفسير القرآن، باب(ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين)، ر.م.ح(4747)، 100/6.

[551] البقرة، 282/2.

وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء﴾.[552]

وفي الطلاق والرجعة يقول الله تعالى: ﴿بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾.[553]

وفي الوصية يقول سبحانه وتعالى: ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾.[554]

ومناصروا هذه الأقوال هم الحنفية والشافعية والحنابلة في قول والمالكية وإن كانوا يرون أن بيان الحمل لمن لا زوج لها ولاسيد قرينة على الزنا، وهو قول الإمامية أيضاً.[555]

أما ابن حزم فإنه جرى على إطلاق البينة على الشهود واضاف اليها علم القاضي إذ قال: "أما نحن فنقول: إنه قد صح على النبي ـ ﷺ ـ أنه قال:"بينتك أو يمينه"، ومن البينة التي لا أبين منها، صحة علم الحاكم بصحة حقه، فهو في جملة الخبر".

لقد قدم ابن حزم علم القاضي على سائر أدلة الإثبات، فهو عنده اقوى البينات إذ قال: "وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء، والقصاص، والأموال، والفروج والحدود، سواء علم بذلك قبل ولا يته أم بعد ولايته، وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار، ثم البينة".[556]

أما أدلة ابن تيمية وابن القيم فيرون أن البينة كما ورد في النصوص فيراد بها الحجة بصورة شاملة، ولم يقصد بها الشهود، فالبينة اسم لكل ما بين الحق فهي أعم من البينة في أقوال الفقهاء حيث خصوها الشاهدين أو الشاهد واليمين.

والأدلة وافرة مثل قوله تعالى:﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِن بَعْدِ مَا جَاءتْهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾.[557] **وقال تعالى:** ﴿قُلْ إِنِّي عَلَى بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي﴾.[558] **وقال تعالى:**﴿أَوَلَمْ تَأْتِهِم بَيِّنَةُ مَا فِي الصُّحُفِ الْأُولَى﴾.[559] **وقوله تعالى:**﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلاَّ رِجَالاً نُّوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ

---

[552] البقرة، 282/2.

[553] الطلاق، 65/2.

[554] المائدة، 106/5.

[555] السرخسي، ***المبسوط***، 90/9، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 318/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 150/4، ابن قدامة، ***المغني***، 12/10، الحلي، ***شرائع الإسلام***، ص151.

[556] ابن حزم، ***المحلى***، 526/8.

[557] البينة، 98 /4.

[558] الأنعام، 57/6.

[559] طه، 133/65.

تَعْلَمُونَ * بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ﴾.[560] فإن البينة في هذه الآيات اسم لكل ما بين الحق وليس المقصود بها الشهود.

وقول الرسول عليه الصلاة والسلام(ألك بينة) وقوله(البينة على المدعي)فالمراد به ألك ما يبين الحق من شهود أو دلالة؟

يقول ابن القيم(ت:751هـ): "فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوف مسماها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة، وكذلك قول النبي ـﷺـ البينة على المدعي المراد به أن عليه ما يصحح دعواه، ليحكم له والشاهدان من البينة ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المدعي فإنها أقوى من دلالة أخبار الشاهدين.

ويقول فيها أيضاً: "والمقصود أن البينة اسم لما يبين الحق ويظهره، وهي تارة تكون اربعة شهودة، وتارة شاهدين وشاهداً واحداً وامرأة واحدة ونكولاً ويميناً أو خمسين يميناً أو اربعة أيمان وتكون شاهد الحال في الصور التي ذكرناها وغيرها، فقول الرسول ـﷺـ البينة على المدعي أي عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له".[561]

وبدورنا نذكر الأهم والأبرز بدءاً من الأكثر قوة في الدليل ونقف عند كل واحد من هذه الطرق، ونفصل في بعضها مع المقارنة بين القانون.

4. 1 الإقرار

4. 1. 1 الإقرار لغة واصطلاحاً

الإقرار لغة: مأخوذ من قرّ الشيء قرّاً، استقر بالمكان، وقرر وأقر، وهو الاعتراف، فيقال: أقر بالحق، أي: اعترف به والاسم القرار، وقرار الأرض: المستقر الثابت، والقر: البرد، وقرره غيره بالحق حتى أقر به، وقرره بالشي حمله على الإقرار به، ويقال: قر الشيء في مكانه أي ثبت فهو ضد الجحود، والإنكار، والاضطراب[562]، والإقرار والإعتراف لفظان مترادفان.[563]

الإقرار اصطلاحاً: "إخبار بحق لآخر على نفسه".[564]

---

[560] النحل، 16//43 - 44.

[561] ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص12.

[562] الفيروز آبادي، ***القاموس المحيط***، 1/461، الرازي، ***مختار الصحاح***، ص250.

[563] ابن منظور، ***لسان العرب***، 5/ 88.

[564] داماد أفندي، عبدالرحمن بن محمد بن سليمان، ***مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت)،2/288ـ289.

وعرف في المجلة: "إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر".[565]

إن الإخبار عن ثبوت الحق، يتناول الدعوى والشهادة والإقرار، وبزيادة للغير على نفسه، يتميز الإقرار عن الدعوى والشهادة، لأن الدعوى: إخبار عن ثبوت الحق على غيره لنفسه، والشهادة: إخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير، أما الإقرار فهو خبر يوجب الحق على قائله.

1.4 . 2 مشروعية الإقرار

الإقرار حجة مشروعة، وقد ثبتت مشرعيته بالكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس.

اولاً: الكتاب: قال تعالى: ﴿وَآخَرُونَ اعْتَرَفُواْ بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلاً صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَى اللّهُ أَن يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.[566]

وجه الاستدلال: أن الله جعل الإقرار حجة فيما بينه وبين من أقر بذنبه من عباده، فلو لم يكن الإقرار مشروعاً لما جعله الله حجة على عباده.[567]

وقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾.[568]

وجه الدلالة:

"الإملال هو إقرار واعتراف، ولو لم يكن حجة عليه، ويؤخذ به لما كان فيه فائدة، فأمر الله المدين أن يملي على الكاتب الحق الذي عليه للدائن".[569]

ثانياً: السنة: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ـ ﷺ ـ: فقال: يا رسول الله طهّرني، فقال: ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه، قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال: النبي ـ ﷺ ـ مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة، قال النبي ـ ﷺ ـ: فيم أطهرك؟ فقال: من الزنا، فسأل رسول الله ـ ﷺ ـ: أبه جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: أشرب خمراً؟ فقام رجل واستنكهه فلم يجد

---

565 حيدر، علي خواجه أمين أفندي، ***درر الحكام في شرح مجلة الأحكام***، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1991م، المادة(1572)، 84/4.

566 التوبة،9/ 102.

567 ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي، ***تفسير القرآن العظيم***، تح: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1420هـ/1999م، 206/4.

568 البقرة، 282/2.

569 الجصاص، أحمد بن علي الرازي، (ت: 370هـ)، ***أحكام القرآن الكريم***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1405هـ، 210/2.

فيه ريح خمر: فقال: ـﷺ: أزنيت؟ قال: نعم، فأمر به فرجم.[570]

وقوله عليه الصلاة والسلام:(يا أنيس أغد إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها).[571]

وجه الإستدلال:

الحديث بين وواضح على حجية الإقرار، والأخذ به كدليل من أدلة الإثبات.[572]

ثالثاً: الإجماع: أجمعت الأمة على أن الإقرار حجة في حق المقر، حتى أوجبوا الحدود والقصاص بإقراره، وقد نقل هذا الإجماع غير واحد من العلماء.[573]

رابعاً: القياس: إن الإقرار آكد من الشهادة لأنه لا يهتم فيما يقر به على نفسه، فإذا كانت الشهادة مشروعة فيكون مشروعاً من باب أولى.[574]

4. 1. 3 أركان الإقرار وشروطه

للإقرار أربعة أركان:

أـ المقر ب ـ المقرله ج ـ المقربه د ـ الصيغة

أـ المقر: هو الشخص الذي يظهر حقاً عليه، أو يعترف بما ينسب إليه من الوقائع.

شروط المقر[575]:

1. العقل 2. البلوغ 3. عدم السكر 4. ألاّ يكون مكرهاً 5. ألاّ يكون متهماً 6. ألا يكون محجوراً عليه لسفه أو فلس 7. ألا يكون هازلاً.

ب. المقر له: وهو الشخص الذي يصدر الإقرار لصالحه.

ويشترط في المقر له:

1. ان يكون أهلاً للاستحاق 2. ألاّ يكذب المقرَّ.

ت. المقر به: هو الحق الذي أخبره عنه المقر واعترف به.

شروط المقر به[576]: وهو ضربان: 1. نسب 2. مال

---

570 مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ر.م. ح(1695)، 1321/6.

571 البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا، ر.م.ح(6827)، 167/8، مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ر.ح.م(1697)، 1324/3.

572 ابن قدامة، ***الكافي في فقه الامام أحمد***، 567/4.

573 الرملي، ***نهاية المحتاج***،65/5، البهوتي، ***كشاف القناع***، 453/6.

574 الأسيوطي، ***جواهر العقود***، 20/1.

575 الشيرازي، ***المهذب***، 470/3، ابن قدامة، ***المغني***،109/5، ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 53/2.

576 ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 53/2ـ 54.

فالنسب هو الاستلحاق، وأما المال فهو نوعان: مطلق ومقيد.

والمطلق ما صدر غير مقترب بما يقيده أو يرفع حكمه أو حكم بعضه.

والمقيد إما أن يكون مقيداً بالمحل أو بالعلم أو بالغاية أو بالخيار أو بالشرط أو بالاستثناء أو الذم أو الإعتذار أو تعيب الإقرار بما يبطله.

ث ـ الصيغة: وهي اللفظ أو ما يقوم مقامه من كل ما يدل على ثبوت الحق على نفسه.

4. 1. 4 حكم الإقرار في الفقه الإسلامي

إذا صدر الإقرار مستوفياً لشروطه الشرعية، تترتب عليه إظهار الحق، وإلزام المقر بما أقر به وإلزام القاضي الحكم بموجبه.[577]

4. 1. 5 الإقرار في القوانين الوضعية

عرفت المادة(93) من قانون البينات السوري والمادة(461) من قانون الإثبات العراقي الإقرار بأنه، "إختيار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر".

أما القانون المصري فلم يتعرض لتعريف الإقرار وإنما عرف الإقرار القضائي فقط في المادة(103) من قانون البينات المصري حيث جاء أن الإقرار: "هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".[578]

4. 1. 6 حجية الإقرار في القانون

الإقرار حجة قاصرة على المقر، وكون الإقرار حجة قاصرة على المقر وعلى ورثته بصفتهم خلفاً عاماً له، ولكن ليس باشخاصهم وإنما بالتركة التي ستنتقل إليهم. ولاينتقل الإقرار إلى الغير، ولو كان هذا الغير خلفاً خاصاً للمقر أو مديناً متضمناً معه.

وترجع حجية الإقرار بوجه عام إلى أن صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجح عن احتمال كذبه، ويزداد احتمال صحة الإقرار إذا كان صادراً في مجلس القضاء، مع بقاء احتمال كذب المقر في بعض الحالات.

واذا صدر الإقرار اصبح ملزماً للمقر يمتنع معه الرجوع فيه لأنه لا يصح الرجوع عن الإقرار ولكن

---

[577] المرغيناني، علي بن أبي بكر عبدالجليل الفرغاني، ***الهداية في شرح بداية المبتدي***، تح: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 178/3.

[578] قانون البينات السوري، رقم 359، لسنة 1948م، ***قانون الإثبات العراقي***، رقم 107، لسنة 1979م، ***قانون الإثبات المصري***، رقم 125، لسنة 1968م.

يجوز الرجوع عن الإقرار إذا ثبت أنه وقع نتيجة لغلط. ويعتبر الفقه والقضاء الإقرار سيد الأدلة.[579]

4. 1. 7 أنواع الإقرار في القوانين الوضعية

قسم القانونيون الإقرار إلى قسمين:

1.الإقرار القضائي: وهو الإقرار امام المحكمة بحق عليه لآخر، وهناك شرطان ينبغي توفرهما في الإقرار القضائي:

أ.ان يصدر الإقرار أمام القضاء.

ب.أن يصدر الاقرار اثناء السير في الدعوى.

2.الإقرار غير القضائي: وهو الإقرار الذي يقع خارج المحكمة أو أمام المحكمة في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها.[580]

آثار الإقرار في القوانين الوضعية

الإقرار حجة على المقر يحتاج إلى مايؤيده أو يدعمه في الكشف عن الحق أو الواقعة المدعى بها، فالمقر به يصبح ثابتاً، وهذا الثبوت يلزم كلاً من المقر والقاضي. ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطرح الإقرار، إن كان ظاهر الحال يكذبه لانه يشترط في الإقرار ألا يكذبه ظاهر لحال، فلكل ذي مصلحة أن يثبت ما يخالف الإقرار.[581]

شروط صحة الإقرار في القوانين الوضعية

إن الإقرار عمل ارادي يصدر عن المقر لصالح المقر له أمام الحاكم أو القاضي، وهناك شروط للإقرار بالنسبة للمقر والمقر له والمقر به:

1. شروط المقر في القانون

المقر: هو الشخص الذي يصدر عنه الإقرار، ولصحة إقرار المقر يجب:

أ.أن يصدر عن ذي أهلية: لأنه يشترط في المقر ان يتمتع بالأهلية الكاملة، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه، ولا يصح على هولأء اقرار اوليائهم أو اوصيائهم أو القوام عليهم.

---

[579] الملوكي، أياد عبدالجبار، ***قانون الإثبات***، شركة العاتك، القاهرة، ط2، 2009م، ص65، المؤمن، حسين، ***نظرية الإثبات***، دار الكتاب العربي، القاهرة، (د.ط)، 1948م، 102/1.

[580] بكر، عصمت عبدالمجيد، ***شرح قانون الإثبات***، المكتبة القانونية، بغداد، ط2، 2007م، ص153.

[581] بكر، ***شرح قانون الإثبات***، ص156، مطر، محمد يحيى، ***مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية***، الدار الجامعية، بيروت، (ب.ط)، 1991، ص299.

ب.سلامة الرضا: ويلزم ان يصدر الإقرار عن ارادة حرة تنتفي عنها عيوب الرضا كالإكراه أو التعزير أو الغلط في الواقع. وإذا ادعى المقر إن اقراه قد شابه مثل هذه العيوب فعليه يقع عبء اثبات ذلك.

2.المقر له: يشترط في المقر له، أن يكون شخصاً موجوداً حقيقة أو حكماً ومعلوماً وقت صدور الإقرار، وعليه فإن جهالة المقر له تبطل الإقرار.

ويصح أن يكون المقر له صغيراً مميزاً أو غير مميز، كما يصح الإقرار لشخص معنوي.

ولا يشترط العقل في المقر له، لأنه لا يشترط أن يكون المقر له عاقلاً.

3.المقر به: وهو التصرف أو الواقعة التي يرد عليها الإقرار، ويشترط فيه ما يلي:

أ.أن يكون معلوماً غير مجهول جهالة فاحشة.

ب.ان يرد الإقرار على تصرف مشروع.

ت.ان لا يكذبه ظاهر الحال.[582]

أركان الإقرار في القانون الوضعي

للإقرار ثلاثة أركان:

أولاً: أن يصدر الإقرار من خصم في الدعوى: (اعتراف الخصم)، سواء صدر من الخصم نفسه شخصياً أم ممن ينوب عنه ويكون له حق الإقرار.

ثانياً: أن ينص الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها: وهذه الواقعة هي التي تكون محلاً للإثبات، وعليه كل واقعة محلاً للإثبات يمكن أن تكون محلاً للإقرار سواء كانت تصرفاً قانونياً أم واقعة مادية.

ثالثاً: أن يكون الإقرار أمام القضاء: سواء في ذلك أن يصدر أمام المحاكم المدنية أم الجنائية، أم أمام هيئة محكمين، لأن المحكم يحل محل القاضي في نظر النزاع.

وهناك ركن رابع ذكره السنهوري(ت: 1971م)، وهو الإقرار أثناء سير الدعوى ولا يكفي عنده الإقرار أمام القضاء، بل يجب أيضاً أن يصدر في خلال إجراءات الدعوى التي يكون الإقرار فيها دليل الإثبات. وسبب هذه الزيادة راجع إلى الاختلاف في تعريف الإقرار بحسب المواد القانونية التي تناولت تعريفه. هذه الأركان خاصة بالإقرار القضائي، أما الإقرار غير القضائي فيقع خارج المحكمة أو أمام

---

[582] الملوكي، ***قانون الإثبات***، ص58.

المحكمة في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها، ومثل هذا الإقرار يعود تقديره للقاضي ويجب إثباته وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.[583]

نموذج من القرار الصادر بشأن قبول الإقرار في القوانين الوضعية

لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الأولى لمحكمة التمييز وجد أن الحكم الاستئنافي المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن الحكم البدائي المستأنف قد أستند الى سند كمبيال مظهر لأمر المدعي تمت عائديته لمورث المستأنف عن طريق عملية المضاهاة الجارية بأشراف المحكمة قد حلفت المدعي يمين الاستظهار المقررة في المادة 124 من قانون الاثبات قبل اصدارها الحكم المستأنف وبعد ثبوت الحق في التركة لذا كان على محكمة الاستئناف تأييده لهذا السبب وحيث انها خالفت ذلك وقضت بفسخه والحكم برد الدعوى بحجة أن المستأنف قد دفع بظاهر الحال وان البينة الشخصية المستمعة من قبل المحكمة قد أثبت عدم اقتدار المظهر المستفيد على دفع مبلغ الغرض المثبت في السند وعدم حاجة الساحب الى الأقتراض وهذا غير صحيح ذلك إن السند الذي يستند اليه المدعي في دعواه هو ورقة تجارية قابلة للتداول وان الدفع بظاهر الحال يخل بذلك لذا فلا يصح التوسع بالأخذ بهذا الدفع لذا قرر نقض الحكم الاستئنافي المميز وحيث أن الموضوع صالح للفصل فيه وعملاً بأحكام المادة214 من قانون المرافعات المدنية المعدل قرر الحكم بتأييد الحكم البدائي المستأنف وتحميل المستأنف مصاريف المرافعة الاستئنافية باعتبار أتعاب المحاماة المحكوم بها بداءة شاملة لمرحلتي البداءة والاستئناف وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 1984/5/30.[584]

المقارنة بين الإقرار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أ. يلاحظ مما سبق موافقه القانون الشريعة الإسلامية في حقيقة الإقرار، بإعتبار أن الإقرار اعتراف بحق قائم من قبل أي أنه إخبار لا إنشاء، حيث اعتبر الإقرار إخبار من الشخص بحق عليه لآخر، أي بصحة واقعة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية ضده لصالح من أقر له وعلى ذلك، فالإقرار ليس إنشأ لحق في ذمة المقر بتصرف قانوني أو بواقعة، وإنما هو مجرد إخبار أو كشف عن هذا الحق الذي كان

---

583 السنهوري، عبدالرزاق، ***الوسيط في شرح القانون المدني***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1982، العبود، عباس، ***شرح القانون المدني***، دار الثقافة، عمان، (د.ط)، 1998م، ص 199.

584 المشاهدي، إبراهيم، ***المختار من قضاء محكمة التمييز***، قسم الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، (د.ط)، 1419هـ/ 1999م، ص40.

قد نشأ في ذمة المقر قبل ذلك، وسواء بعد ذلك أكان الإقرار قد أنصب على الحق ذاته أم على الأثر القانوني أو على المصدر المنشيء لهذا الأثر أو ذلك الحق.

ب. الإقرار مشروع في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وهو من وسائل الإثبات المعتبرة شرعاً وقانوناً، إلا أن مشروعيته في الشريعة الإسلامية مستمدة من القرآن والسنة، بينما مشروعية الإقرار وحجيته في القانون الوضعي مستمدة من المواد القانونية المعمول بها.

ت. الإقرار في الشريعة الإسلامية يعتبر حجة كاملة وملزمة سواء صدر في مجلس القضاء أم خارجه، بينما القانون الوضعي لم يعتبر الإقرار حجة كاملة إلا الإقرار القضائي الذي يتم في مجلس القضاء، أما الإقرار غير القضائي والذي يتم خارج مجلس القضاء فحجته أضعف من الإقرار القضائي أي أنه لا يعتبر حجة قاطعة.

ث. أركان الإقرار في الشريعة الإسلامية أربعة أركان وهي الصيغة، والمقر، والمقر، والمقر به. بينما في القانون الوضعي أركان الإقرار ثلاثة وهي:"اعتراف الخصم في الدعوى، وأن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها وأن يكون الإقرار أمام القضاء أثناء سير الدعوى".

ويتضح من هذه الأركان أنها تخص الإقرار القضائي، أما الإقرار غير القضائي فيعود تقديره للقاضي وإثباته يكون وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.

4. 2 الشهادة

4. 2. 1 الشهادة لغة واصطلاحاً

الشهادة لغة: مصدر شهد، من الشهود بمعنى الحضور والشهادة: خبر قاطع تقول شهد الرجل على كذا، والشاهد العالم الذي يبين ما علمه.[585]

الشهادة في الإصطلاح: عرفت الشهادة بعدة تعاريف:

أ- الحنفية: "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء".[586]

ب - المالكية: "إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه".[587]

---

[585] ابن منظور، ***لسان العرب***، 239/3.

[586] الميداني، ***اللباب***، 140/3.

[587] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***،164/4.

ت ـ الشافعية: "إخبار عن شيء بلفظ خاص".[588]

ث ـ الحنابلة: "الإخبار بما علمه بلفظ أشهد، أو شهدت".[589]

ج ـ الزيدية: "الإخبار يعلمه الشاهد عند التحاكم إلى الحاكم بلفظ، وعلى أي صفة وقع".[590]

ح ـ الإمامية: "إخبار جازم، عن حق لازم لغيره واقع من غير حاكم".[591]

خ ـ الإباضة: "خبر قاطع، يوجب على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه".[592]

العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي

إن اغلب الفقهاء عرفوا الشهادة بناء على المعنى اللغوي، حيث كان جل التعريفات مبنياً على لفظ الإخبار، فاعتبروا الشهادة خبراً، فيتضح بذلك أهمية التعريف اللغوي لتعريف الشهادة، ومدى التلازم بينمها.

التعريف المختار: من خلال سرد تعريفات الفقهاء رأينا أنها متقاربة في بعضها البعض، والذي يظهر اختيار تعريف الشافعية، لأن تعريفهم يفرق بين الشهادة، والإقرار، والدعوى، لأن الإقرار إخبار بحق لغيره على نفسه، والدعوى إخبار بحق لنفسه على غيره.

4. 2. 2 الشهادة في القانون

عرفها القانون العراقي بقوله: "الشهادة إخبار الإنسان في مجلس الحكم بحق على غيره لغيره"[593]، أما القانون المصري فعرفها بأنها: "الأقوال التي يدلي بها شخص أو أشخاص، بخصوص ما شاهده متعلقاً بالواقعة التي يراد إثباتها".[594]

---

[588] البجيرمي، ***حاشية البجيرمي على شرح المنهج***، 374/4.

[589] البهوتي، ***الروض المربع***، ص719.

[590] الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبدالله اليمني، ***السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار***، دار ابن حزم، بيروت، ط1، (د.ت)، 191/4.

[591] النجيفي، محمد حسن، ***جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام***، دار إحياء التراث العربي، بيروت،ط7،1981م، 7/41.

[592] أطفيش، محمد بن يوسف بن عيسى، ***شرح النيل وشفاء العليل***، مكتبة الإشاد، جدة، ط 3، 1405هـ/ 1985م، 234/13.

[593] النداوي، أدهم وهيب، ***شرح قانون الإثبات***، بغداد، ط 2، 1406هـ /1986م، ص190.

[594] سلامة، أحمد، ***دروس في المدخل لدراسة القانون المدني***، دار التعاون، القاهرة، (د.ط) 1975م، ص65.

المقارنة بين التعريفات الفقهية والقانونية

إن جميع التعاريف ذكروا بأن الشهادة"إخبار" ويدل هذا على أن أهل القانون استمدوا تعريفهم من الفقه واتفقت التعريفات الفقهية والقانونية على إعتبار الشهادة تصرفاً قولياً له شروط خاصة.

4. 2. 3 مشروعية الشهادة

الفقهاء مجمعون على مشروعية الشهادة، بالكتاب والسنة والإجماع.

أ ـ الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾.[595]

وجه الاستدلال: لما أمر الله تعالى المتعاقدين باستشهاد شاهدين نهى من يطلب إشهاد من أن يأبى، فلو لم تكن الشهادة مشروعة لما أمر بها، ونهى عن الامتناع عنها.[596]

ب ـ السنة: عن ابن عباس ـرضي الله عنهما ـ أن رسول الله ـصلى الله عليه وسلم ـ:"قضى بيمين وشاهد".[597]

ت ـ الإجماع: أجمع فقهاء الأمة على أن الشهادة حجة شرعية، مظهرة لحقوق العباد، يُلزم الحاكم الحكم بمقتضاها، وأنها وسيلة للإثبات ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين، ومن أنكر ذلك كفر، لأنه أنكر النص القرآني وأنكر أمراً معلوماً من الدين بالضرورة.[598]

4. 2. 4 أركان الشهادة

أركان الشهادة خمسة[599]:

1ـ شاهد 2ـ مشهود له 3ـ مشهود عليه 4ـ مشهود به 5ـ صيغة

1ـ شروط الشاهد

يشترط لقبول شهادة الشاهد:

أ ـ البلوغ[600]: أما عند المالكية، وفي رواية عند أحمد تقبل شهادة الصبي على مثله في الجراح.[601]

---

595 البقرة، 2/ 282.

596 ابن كثير، ***تفسير العظيم***، 722/1.

597 البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد، ر.م.ح(2650)، 171/3، مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه ر.م . ح(1712)، 1337/3.

598 ابن المنذر، أبو بكر محمد بن ابراهيم، ***الإجماع***،دار المسلم، الرياض، ط 1، 1425 هـ /2004م، ص66ـ67، ابن حزم، علي بن أحمد، ***مراتب الإجماع***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د. ط)، (د.ت)، ص 52.

599 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 540/4.

600 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 266/6، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 541/4.

601 ابن قدامة، ***المغني***، 144/10.

ب ـ العقل: فلا تصح شهادة غير العاقل، لأنه لا يعلم ما يقوله.[602]

ت ـ الإسلام: فلا تقبل شهادة لكافر على مسلم ولا على كافر[603]، خلافاً لأبي حنيفة في قبوله شهادة أهل الذمة[604]، وعند الحنابلة يجوز شهادة غير المسلم على المسلم في الوصية في حالة السفر فقط، مستدلين بقوله تعالى: ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾.[605]

قال ابن قدامة(ت:620هـ): "وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر، إذا لم يكن غيرهم".[606]

ث ـ البصر: العلماء متفقون على أن الشهادة إذا كانت لا تدرك إلا بالعين، فيحتاج إلى البصير، مثل الزنا، وشرب الخمر، أو على صفة مرئية كالعيوب في البيع ونحوها لأن مدرك الأفعال والصفات الرؤية، والأعمى لا يتصور منه ذلك، فلا يصح تحمله.[607]

ج ـ الحرية: فلا تقبل شهادة رقيق[608]، وعند الحنابلة يقبل إلا في الحدود والقصاص.[609]

ح ـ العدالة[610]: وعند الحنفية تقبل شهادة الفاسق.[611]

2ـ الصيغة: إذا شهد الشاهد في المحكمة فهل يشترط أن يؤدي الشهادة بلفظ (أشهد)؟.

اختلف العلماء في أداء لفظ الشهادة بقول"أشهد" أو بغيره من الألفاظ على قولين:

القول الأول: لا بد أن يؤدي شهادته بلفظ"أشهد"، ولا يقبل غيره، وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة في قول.[612]

القول الثاني: يصح أداؤها بـ "أشهد" أو أي لفظ يفيد نفس المعنى، وهو قول ابن حزم.[613]

---

602 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 541/5.

603 الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 165/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 540/5.

604 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 280/6.

605 المائدة،5/ 106.

606 ابن قدامة، ***المغني***، 164/10.

607 الرملي، ***نهاية المحتاج***، 293/8.

608 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 266/6، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 65/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 540/4.

609 ابن قدامة، ***المغني***، 175/10، ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص 227.

610 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 540/4، ابن قدامة، ***المغني***، 145/10.

611 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 266/6.

612 المرغيناني، ***الهداية***، 171/3، الرملي، ***نهاية المحتاج***، 293/8، ابن قدامة، ***المغني***، 195/10.

613 ابن حزم، ***المحلى***، 535/8.

4. 2. 5 موانع الشهادة في الفقه الإسلامي

أ. ألا يكون الشاهد متهماً في شهادته.

ب. شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله حسب درجة القرابة، وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في الظاهر، وبه قال شريح، والحسن، والشعبي.[614]

وذهب الحنابلة في رواية عنهم أنها تقبل الأصل لفرعه، والفرع لأصله، فيما لا تهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص، والمال إذا كان مسغنى عنه، وذهب الحنابلة في رواية عنهم أنها تقبل الفرع لأصله ولا تقبل الأصل لفرعه.[615]

ت. شهادة أحد الزوجين للآخر: وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، أما الحنابلة في المشهور من المذهب، فإنها لا تقبل شهادة أحدهما للآخر،[616] وذهب الشافعية، والحنابلة الى قبول شهادة أحدهما للآخر.[617] وذهب الثوري، والنخعي، وابن أبي ليلى الى قبول شهادة الزوج لزوجته، ولا تقبل شهادة الزوجة لزوجها.[618]

ث. شهادة العدو: إذا كانت العداوة دينية، فلا خلاف بين العلماء في قبوله.

أما إذا كانت دنيوية، فجمهور العلماء على رد شهادته وعدم قبولها.[619]

4. 2. 6 شهادة النساء

4. 2. 6. 1 شهادة النساء في الحدود

اختلف العلماء في قبول شهادة النساء في الحدود، والقصاص، كالزنا، والقذف، وشرب الخمر، والسرقة، والجروح الموجبة للقصاص، على خمسة أقوال:

القول الأول: لا تقبل شهادة النساء في شيء من الحدود والقصاص، سواء كن منفردات أو مع

---

[614] الميداني، ***اللباب***، 146/3، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 184/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***،550/4، ابن قدامة، ***المغني***، 172/10.

[615] ابن قدامة، ***المغني***، 172/10.

[616] الميداني، اللباب، 146/3، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 184/4، ابن قدامة، ***المغني***، 174/10.

[617] الشربيني، ***معني المحتاج***، 551/4، ابن قدامة، ***المغني***، 68/10.

[618] ابن قدامة، ***المغني***، 174/10.

[619] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 171/4، الشربيني، ***معني المحتاج***، 552/4.

الرجال وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية.[620]

القول الثاني: شهادة النساء جائزة في الحدود والقصاص، سواء كن منفردات أم مع الرجال وهذا قول ابن حزم، ومروي عن بعض السلف كالأوزاعي والزهري.[621]

القول الثالث: تقبل شهادة امرأتين مع رجل في الحدود والقصاص ولا تقبل منفردات، وهو مروي عن عطاء بن أبي رباح، وحماد بن سليمان.[622]

القول الرابع: تجوز شهادة امرأتين مع رجل في القصاص وحد الزنا دون سائر الحدود، عند الإمامية.[623]

القول الخامس: تجوز شهادة امرأتين مع رجل في القصاص دون الحدود مطلقاً عند الإباضية.[624]

الأدلة: استدل القول الأول بجملة من الأدلة:

اولاً: الكتاب

أ. قوله تعالى: ﴿لَوْلَا جَاؤُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء﴾.[625]

وجه الدلالة: الآية دليل على أن الزنا لا يقبل فيه أقل من أربعة رجال، وعلى هذا يقاس جميع الحدود والقصاص عليه، بجامع أنها مسقطة بالشبهة.[626]

ب. وقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾.[627]

وجه الاستدلال: الآية دليل على اشتراط شاهدين من الرجال، وهذا عام في الأموال والحدود ما عدا حد الزنا، وأما شهادة المرأتين مع الرجل فهي في شهادة الأموال، ولا تقبل في الحدود، لأن الحدود مبناها على الدرء والإسقاط.[628]

---

620 السرخسي، ***المبسوط***، 114/16، الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 279/6، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 184/4، الشربيني، ***معني المحتاج***، 560/4، ابن قدامة، ***المغني***، 129/10، الهاروني، أحمد بن الحسين، ***شرح التجريد في فقه الزيدية***، مركز التراث والبحث اليمني، صنعاء، ط 1، 1427هـ/ 2006م، 235/6.

621 ابن حزم، ***المحلي***، 477/8.

622 ابن قدامة، ***المغني***، 130/10.

623 الحلي، جعفر بن أبي زكريا الهذلي، ***شرائع الإسلام***، دار الضواء، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ص288.

624 أطفيش، ***شرح النيل***، 119/13.

625 النور،24/ 13.

626 ابن قدامة، ***المغني***، 69/9.

627 البقرة،2/ 282.

628 غيدان، محمد عبدالوهاب المصري، ***شهادة المرأة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي***، دار الفكر، مكتبة الرسائل الجامعية العلمية، سوريا، لبنان ـ الكويت، ط 1، 1433هـ/ 2012م، ص225.

ت. وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾.[629]

وجه الاستدلال: قال الإمام الشافعي(ت: 204هـ): دل على أن كمال الشهادة في الطلاق والرجعة شاهدان لا نساء فيهما، لأن شاهدين لا يحتمل بحال إلا أن يكونا رجلين.[630]

ثانياً: السنة

أ ـ استدلوا بما روي عن الزهري أنه قال: "مضت السنة من رسول الله والخليفتين بعده: أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود".[631]

وجه الدلالة: الحديث دليل أن شهادة النساء منفردات تجوز فيما لا يطلع عليه الرجال من عورات النساء، وأما الحدود فهي مما ينظر ويطلع عليها الرجال غالباً.[632]

ثالثاً: المعقول

شهادة النساء لا تخلو عن شبهة، والحدود والقصاص تسقط بالشبهات، فلا يجوز شهادة النساء فيها، لأن المرأة قد تنسى وقد تضل.[633]

ادلة القول الثاني

اولاً: من الكتاب

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء﴾.[634]

وجه الاستدلال: ظاهر الآية يدل على أن الرجل والمرأتين يقومان مقام الرجلين، وهذا عام، فيصبح الإثبات بذلك في كل شيء مالم يرد دليل على خلافه، فالعبرة بعموم لفظ الآية وإن جاءت في سياق الحديث عن الأموال[635]. وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[636]، وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾.[637]

---

629 الطلاق، 2/65.

630 الخسرو جردي، أحمد بن الحسن بن علي بن موسى، ***أحكام القرآن للشافعي***، مكتبة الخانجي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 2/ 131ـ 132.

631 ابن شيبة، **مصنف**، 533/5.

632 السرخسي، ***المبسوط***، 16/ 115.

633 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 279/6.

634 البقرة،2/ 282.

635 غيدان، ***شهادة المرأة***، ص283.

636 البقرة، 2/ 282.

637 الطلاق، 65/ 2.

وجه الدلالة: هاتان الآيتان تدلان دلالة واضحة على أن المطلوب في إثبات الحقوق هو استشهاد رجلين، وهذا تخصيص بها، ولا فرق بين رجلين أو امرأتين، فالنصوص عامة، ولم يرد مايخصصها.[638]

ثانياً: السنة

روي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ـﷺـ قال: "أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟".[639]

وجه الاستدلال: قال ابن حزم(ت: 456هـ): "فقطع عليه السلام بأن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، فوجب ضرورة أنه لا يقبل حيث يقبل رجل لو شهد إلا امرأتان، وهكذا ما زاد".[640]

وماروي عن الأشعث بن قيس: (أنه كانت بينه وبين رجل من حضر موت خصومة... فقال رسول الله ـﷺـ شاهداك أو يمينه...).[641]

وجه الدلالة: أن رسول ـﷺـ طلب من الأشعث شاهدين، ولم يذكر له صفة الشاهدين، ذكرين أم أنثيين أم رجل وامرأتين، وهذا يدل على أنه لو جاء الأشعث بامرأتين لقبل الرسول ـﷺـ منه ذلك.[642]

الراجح: ما ذهب اليه القول الثاني، فضلاً في الحاجة إلى قبول شهادة المرأة في وقتنا الحاضر لانه ربما تحدث جريمة ولا يكون هناك إلا رجل وامرأتين، فالحاجة الآن ماسة وضرورية إلى قبول شهادتهن، حفظاً للحقوق.

شهادة امرأتين مع رجل في الأبدان

اختلف الفقهاء في أنه هل تقبل شهادة امرأتين مع رجل في أحكام الأبدان على قولين:

القول الأول: تقبل شهادة النساء مع الرجال في أحكام الأبدان، وهو قول الحنفية، والحنابلة في رواية، والظاهرية.[643]

القول الثاني: لا تقبل شهادة النساء في أحكام الأبدان، سواء كن مع الرجال أو انفردن، ولا يقبل

---

638 ابن حزم، ***المحلى***، 485/8 ـ 486.

639 البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الشهادات، باب شهادة النساء، ر.م. ح(2658) ، 173/3.

640 ابن حزم، ***المحلى***، 8 / 485.

641 البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرهون، فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ر.م .ح (2515) ، 143/3.

642 ابن حزم، ***المحلى***، 486/8.

643 الزيلعي، ***تبيين الحقائق***: 209/4، ابن قدامة، ***المغني***، 8/7، ابن حزم، ***المحلي***، 476/8.

عندهم إلا شهادة رجلين، وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة على الصحيح.[644]

الأدلة: استدل القول الأول:

أولاً: الكتاب: قال تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾.[645]

وجه الاستدلال: ظاهره ألا تجوز شهادة النساء إلا عند تعذّر شهادة الرجال، وهذا ليس على ظاهره، ولو أراد الله ذلك لقال: "فإن لم يوجد رجلان" ولكن قال تعالى:﴿فإن لم يكونا﴾فهذا يتناول حالة الوجود والعدم فهو من قبيل التخيير.[646]

ثانياً: السنة: قوله عليه الصلاة والسلام: (فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل واحد)[647]، وفي رواية: (أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجال).[648]

ثالثاً: الإجماع: قال الكاساني(ت: 587هـ): "ثبت أن عمر وعلي -رضي الله عنهما- أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة لأنها حجة أصلية، ولم ينقل أن أنكر عليهما من الصحابة أحد فكان إجماعاً منهم على الجواز".[649]

رابعاً: القياس: قاسوا أحكام الأبدان على أحكام الأموال بجامع عدم سقوطها بالشبهة، فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالأموال.[650]

ادلة القول الثاني

استدل القول الثاني

اولاً: الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾.[651]

وجه الإستدلال: إن أحكام الأموال كثيرة، لعموم البلوى والتكرار، وشهادة النساء مع الرجال في

---

644 الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 186/4، الشربيني، ***الإقناع***635/2، ابن قدامة، ***المغني***، 8/7.

645 البقرة، 2/ 282.

646 الزيلعي، ***تبيين الحقائق***، 209/4، ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص 149.

647 مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الايمان، باب نقصان الإيمان بنقص الطاعات، ر.م.ح (79)، 86/1.

648 الحديث سبق تخرجه، ص139.

649 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 279/6.

650 الميداني، ***اللباب***، 142/3ـ 143.

651 البقرة،2/ 282.

ذلك مقبول في الأموال دون الأبدان والحدود.[652]

ثانياً: السنة: قوله عليه الصلاة والسلام: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل).[653]

وجه الاستدلال: أمر النبي -ﷺ- بالإشهاد في النكاح، وكلمة شاهدي عدل للرجال، والنكاح من أحكام الأبدان، والأحكام البدنية كلها مثل النكاح، فلا يقبل فيها إلا الرجال.[654]

ثالثاً: القياس: قياس أحكام الأبدان على القصاص، لأن الفروج لا يسوغ فيها البذل والإباحة، فكانت كالقصاص.[655]

الراجح

بعد عرض الأدلة، نرى رجحان قول شهادة امرأتين مع رجل في أحكام الأبدان، لقوة أدلتهم، ولأن كثيراً من أحكام الأبدان تقع في مجالس النساء وتحت أبصارهن وسمعهن، والشرع أباح لهن الخروج للحاجة كالبيع والشراء.

---

652 الميداني، ***اللباب***، 142/3.

653 ابن ماجه، ***سنن ابن ماجه***، أبواب النكاح، باب لا نكاح إلابولي، ر.م. ح(1881)،79/3.

654 القرافي، ***الفروق***، 209/4.

655 الماوردي، الحاوي الكبيري، 9/17.

شهادة امرأتين ويمين المدعي في الأبدان

اختلف العلماء في قبول شهادة امرأتين مع يمين المدعي، اذا تعذر على المدعي إقامة شاهد من الرجال مع يمينه، فالخلاف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا تقبل شهادة المرأتين واليمين في أحكام الأبدان وهو قول الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية.[656]

القول الثاني: تجوز شهادة المرأتين واليمين، وهو قول بعض الحنابلة، والظاهرية.[657]

أدلة القول الأول:

أولاً: الكتاب

قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾.[658]

وجه الاستدلال: الله سبحانه وتعالى ذكر طرق الإثبات في هذا النص، وهي الشاهدان والرجل والمرأتان، ولم يذكر المرأتين واليمين، فدل أنه شرع شهادتهن فقط مع الرجل.[659]

ثانياً: المعقول: شهادة المرأتين ضعيفة، فقويت بالرجل، واليمين ضعيفة فلا يضم ضعيف الى ضعيف.[660]

واجيب: بأنه لا تسلم ضعف شهادة المرأتين إذا اجتمعتا، ولهذا يحكم بشهادتهما إذا اجتمعتا مع الرجل، وإن أمكن أن يؤتى برجلين، والمرأة العدل كالرجل في الصدق والأمانة والديانة، وذلك قد يجعلها أقوى من الرجل الواحد أو مثله.[661]

ادلة القول الثاني

استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

اولاً: السنة: عن ابن عباس -رضي الله عنهما-: "أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قضى بيمين وشاهد ".[662]

---

656 القرافي، ***الفروق***، 201/4، ابن جزي، ***القوانين الفقهية***، ص 204، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 562/4، الحلي، ***شرائع الإسلام***، ص288.

657 ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص136، ابن حزم، ***المحلي***، 477/8.

658 البقرة، 2/ 282.

659 ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص136.

660 الماوردي، ***الحاوي الكبير***، 143/17.

661 ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص136.

662 الحديث سبق تخرجه، ص135 .

وجه الاستدلال: هذا الحديث تثبت مشروعية القضاء بالشاهد واليمين، وهو عام تشمل الرجل والمرأة، فتبقى على عمومها ما لم يرد نص يخصص.[663]

وأجيب: بأنه خاص بالأموال، كما جاء في مسند أحمد: "إنما ذاك في الشراء والبيع".[664]

ثانياً: القياس: قاسوا شهادة المرأتين على شهادة الرجل بجامع شهادة كل منهما.[665]

الراجح: بعد عرض الأدلة لكلا القولين ارى ترجيح القول الثاني القائل بجواز شهادة المرأتين مع يمين المدعي، وذلك لأنه ربما يتعذر وجود الرجال في ذلك الوقت، وحتى لا يضيع الحق، فتقبل شهادتهن مع اليمين.

شهادة النساء منفردات في الابدان

لا خلاف بين الفقهاء في قبول شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال، لكن وقع الخلاف فيما إذا انفردن عن الرجال في أحكام الأبدان على قولين:

القول الأول: قبول شهادة النساء منفردات في أحكام الأبدان، وهو قول ابن حزم، وعطاء.[666]

القول الثاني: شهادة النساء منفردات غير مقبولة في الأبدان وهو قول الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.[667]

الأدلة: استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

أولاً: السنة: قوله -ﷺ-:(أليس شهادة المرأة تعدل نصف شهادة الرجل).[668]

وجه الاستدلال: إن النبي -ﷺ- قطع بأن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، فوجب ضرورة أن تقبل شهادة امرأتين حيث يقبل الرجل عدا ما فيه نص ثابت يمنع ذلك.[669]

ثانياً: عموم النصوص الشرعية التي دلّت على أن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، وأنه لا

---

663 ابن حزم، ***المحلى***، 402/9.

664 ابن حنبل، أبو عبدالله أحمد بن محمد، ***المسند***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1993م، ر.م.ح (2969)، 303/3.

665 القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد، ***الذخيرة***، دار الغرب الإسلامي، تونس، (د.ط)، (د.ت)، 202/4.

666 ابن حزم، ***المحلي***، 476/8.

667 السرخسي، ***المبسوط***، 16/ 115، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 188/4، الرملي، ***نهاية المحتاج***، 312/8، ابن قدامة، ***المغني***، 136/10.

668 الحديث سبق تخرجه، ص140 .

669 ابن حزم، ***المحلى***، 477/8.

فرق بين رجل وامرأة ولا بين رجلين وبين امرأتين، ولا بين أربعة رجال وأربعة نسوة ولا يصح تخصيص النصوص بما لا يجوز للرجل أن ينظر إليه، لأنه لا فرق بين الرجل والمرأة في ذلك لأنه لا يحلُّ للمراة أن تنظر إلى عورة المرأة إلا بمقدار ما يحل للرجل المحرم من ذلك، ولا يجوز ما عدا ذلك إلا عند الشهادة أو الضرورة كالنظر إلى مكان العيب أو المرض والنظر إلى عورة الزانيين، والرجال والنساء في ذلك سواء.[670]

ادلة القول الثاني

استدل القول الثاني

اولاً: الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾.[671]

وجه الاستدلال: الآية دليل على أنه لا يجوز شهادة النساء حيث نجيزهنّ إلا مع رجل، ولا يجوز منهن الا امرأتان فصاعداً، لأن الله ـ تعالى ـ لم يسم منهن أقل من اثنين، ولم يأمر بهن إلا مع رجل.

ثانياً: الآثر: روي عن علي ـرضي الله عنهـ: "لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ولا في النكاح ولا في الدماء ولا في الحدود".[672]

الشهادة في القوانين الوضعية

القوانين الوضعية متفقة على مشروعية الشهادة، ولكنها تأتي في المرتبة الثانية بعد الكتابة[673]، نظراً لسهولة الكتابة وانتشار العلم، وجعل القانون الشهادة وسيلة احتياطية للإثبات وأخضعها لسلطة القاضي التقديرية في قبول الإثبات بها، والقناعة الخاصة في الاعتماد عليها، وأجاز الإثبات بها في بعض الوقائع القانونية دون بعض.[674]

وهي إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان، وتقوم الشهادة عن الاخبار بواقعة عاينها الشاهد أو سمعها بالذات، إذ يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصياً ما يشهد به بحواسه.[675]

---

[670] المصدر نفسه، 477/8.

[671] البقرة،2/ 282.

[672] ابن حزم، ***المحلى***، 477/8.

[673] هاشم، محمود محمد، ***القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية***، منشورات جامعة الملك سعود، الرياض، ط1، 1988م، ص297.

[674] نشأت، أحمد، ***رسالة الإثبات***، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1972م، 440/1.

[675] خطاب، ضياء شيت، ***الوجيز في قانون المرافعات العراقي***، مطبعة العاني، بغداد، (د.ط)، 1973م، ص247.

ويجب أن تؤدى الشهادة في حضور الخصوم وإلا كانت باطلة، ولا يخفى أن لكل خصم في الدعوى الحق في سؤال الشاهد ومناقشته. إن القانون لم يلزم الأفراد عن تحمل الشهادة، وإنما ترك ذلك إلى أصحاب الشأن يختارون من يشاؤون، فإذا كان للمدعي شاهد تقوم المحكمة بإخطار الشهود وتبليغهم للحضور أمام المحكمة لأداء الشهادة، وأوجبت عليهم الحضور لأداء الشهادة، لأن الشهادة أمام المحكمة خدمة عامة فلا يجوز الإمتناع عنها، فإذا إمتنع حكم القاضي عليه حكماً مبرماً بغرامة، أو يقرر إحضاره جبراً.[676]

أنواع الشهادة في القانون

للشهادة أنواع من أهمها:

1.شهادة التعريف: ومنها الشهادة على عقد القرآن فلا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة.

2.الشهادة السماعية: وتسمى في القانون الشهادة يشهد الشاهد أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه، وتكون الشهادة السماعية الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي.

3.الشهادة بالتسمع(المتواتر): وهي شهادة بما تسمعه الناس ولا تنصب الشهادة على الواقعة المراد اثباتها بالذات، بل على الرأي الشائع بين الناس على هذه الواقعة، فهي خبر جماعة من الناس يقع العلم بخبرهم لا يتصور اتفاقهم على الكذب، وليس هناك عدد للشهود، فالمهم أنه لا يعقل اتفاق الشهود بالتواتر على الكذب.[677]

عدد الشهود في القوانين الوضعية

إن قانون الإثبات لم يحدد اعداد الشهود، ولكن يلاحظ أن القانون أجازت للمحكمة أن تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي إذا اقتنعت بصحتها، كما أن لها أن ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة.

ولا يقتصر قبول شاهد ويمين في القانون العراقي على شهادة الرجل بل تقبل شهادة المرأة مع يمين المدعي وذلك واضح من نص المادة(84)من قانون الإثبات.

ولفظة شخص يراد عادة في القانون الإشارة إلى الرجل والمرأة، وقد قضت محكمة التمييز بجواز قبول شهادة امرأة واحدة مع يمين المدعي. ولكن لا يجوز الإثبات في الدعاوى الشرعية بشهادة واحدة ويمين

---

[676] السنهوري، ***الوسيط في شرح القانون المدني***، 326/2.

[677] بكر، ***شرح قانون الإثبات***، ص178.

متممة، كذلك لا يصح اثبات الادعاء بشهادة شاهد واحد.[678]

المنع من الشهادة في القانون

يشترط في الشاهدة أن يكون من الغير فلا يجوز أن يكون أحد الخصوم أو يمثله كالمحامي أو الولي أو الوصي أو القيم شاهداً، ويشترط أن يكون أهلاً لأداء الشهادة، وأن لا يكون ممنوعاً ادائها، ويكون الشخص ممنوعاً من الشهادة في الحالات.

أ.شهادة المدعي: لأنه ليس لأحد أن يكون شاهداً ومدعياً، لان المدعي هو الذي أقام الدعوى، وعليه عبء اثباتها، ولهذا لا يجوز له أن يصطنع دليلاً لنفسه بنفسه.

ب.شهادة احد الزوجين ضد الآخر: منعت قانون الإثبات احد الزوجين أن يفشي، بغير رضا الزوج، ما أبلغة إليه اثناء قيام.

الزوجية أو بعد انتهائها، وذلك لما بين الزوجين من رحمة ومودة وإسراء زوجية، فأراد المشرع الحفاظ عليها، فمنع افشاء أحد الزوجين، دون رضا الآخر، ما أبلغه إليه اثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انتهائها.

والمهم في شهادة أحد الزوجين أن لا تؤدي الشهادة إلى افشاء بغير رضاء الزوج الآخر، ما أبلغه إليه وما احاطه علماً به.

3. منع الموظف والمكلف بخدمة عامة من إفشاء الاسرار الوظيفية: فقانون الإثبات يمنع الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة، افشاء ما وصل إلى علمهم اثناء قيامهم بواجبهم من معلومات لم تنشر بالطريق الرسمي، ولم تأذن الجهة المختصة في اذاعتها ولو بعد تركهم العمل.

4.منع أصحاب المهن من افشاء الاسرار المهنية.[679]

5.الشك في صحة شهادة الشاهد.

وحالات الشك حول صحة الشهادة وهي:

أ.العداوة والصداقة.

ب.العلاقة الخاصة.

ت.جلب المنفعة

ث.شهادة الأصول والفروع.[680]

---

[678] بكر، ***شرح قانون الإثبات***، ص186.

[679] الملوكي، ***قانوت الإثبات***، ص74.

[680] بكر، ***شرح قانون الإثبات***، ص196.

حجية الشهادة في الإثبات

إن حجية الشهادة في الإثبات في القوانين الوضعية في أمرين:

الأول: خصائص الشهادة

أ.حجة غير ملزمة فللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بالشهادة أو عدم الأخذ بها، على أن للمحكمة أن تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي، إذا اقتنعت بصحتها، كما أن لها أن ترد شهادة شاهد أو اكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة.

ب.حجة غير قاطعة: تقبل الشهادة اثبات العكس بخلاف اليمين الحاسمة، فإن ما يثبت بالشهادة يكون قابلاً لاثبات العكس بشهود آخرين أو بدليل آخر من ادلة الإثبات.

ت.حجة متعدية: إن ما يثبت بالشهادة يتعدى إلى الجميع كما هو الحال بالنسبة للدليل الكتابي في حين أن الاقرار حجة قاصرة على المقر.

ث.حجة مقيدة: تقضي القاعدة العامة في الإثبات، أن الاثبات بالشهادة يقتصر على الوقائع المادية والتصرفات القانونية أي لا يجوز الإثبات بالشهادة في جميع الأحوال، لأن المشرع قدر احتمال الكذب فيها، فحد من خطرها بتفضيل الكتابة عليها.[681]

الثاني: دور المحكمة في تقدير الاثبات بالشهادة: للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تقدير شهادة الشهود واعتبارها كافية للاثبات أو غير كافية، ولا تتقيد المحكمة بعدد الشهود، فليس المهم كثرتهم أو قلتهم فلها أن تأخذ بشهادة شخص، واحد مع يمين المدعي، إذا اقتنعت بصحتها كما أن لها ان ترد شهادة أو أكثر، إذا لم تقنع بصحة الشهادة، وبذلك فليس هناك نصاب معين لعدد الشهود وان الاطمئنان إلى أقوال شاهد وعدم الاطمئنان إلى أقوال آخر مرجعه إلى وجدان، القاضي وقناعته، فالقاضي ينظر:

اولاً: هل الإثبات بالشهادة في الاحوال التي يجيزها القانون مستساغ؟ إذا كان مستساغاً نظر.

ثانياً: هل الوقائع المراد اثباتها بالشهادة متعلقة بالحق المدعى به ومنتجه في إثباته.

وقد ينظر القاضي إلى اخلاق الشاهد ومدى قوة تذكره واستيعابه وارتكابه وسنه واحترافه للشهادة، والقاضي الجيد يكون له من القابلية ما يميز بين صدق الشاهد وبين احتمال كذبه وتلفيقه أو تلقينه الشهادة.[682]

---

[681] مرقس، سليمان، ***اصول الإثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون***، دار الجبل، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ص5.

[682] النداوي، آدم وهيب، ***دور الحكم المدني في الإثبات***، الدار للطباعة، بغداد، (د.ط)، 1979م، ص215.

أما شهادة المرأة في القانون الوضعي فقد سوت بين الرجل والمرأة في قيمة الشهادة كمبدأ عام تاركة للقاضي حرية قبول الشهادة وردها، وألغوا الأحكام الدينية التي تتعلق بالتفريق بين المرأة والرجل، فالقانون يعتبر شهادة النساء كشهادة الرجال، وقبول شهادة النساء في كل القضايا.

نموذج من القرار الصادر بشأن قبول الشهادة في القوانين الوضعية

القرار:

لدى التدقيق والمداولة في الهيئة الموسعة الاولى في محكمة التمييز تبين ان العريضة التمييزية مقدمة خلال المدة القانونية قرر قبولها شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك لان المحكمة قد تأيد لها وجود مانع أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي من قبل المدعى عليه لتأييد استلام المدعية حصتها من بدل بيع الدار المذكورة وهي القرابة بين الطرفين حيث أن المدعية هي أبنة خالة المدعى عليه. لذا فأنها قد استمعت للبينة الشخصية لاثبات ذلك طبقاً لنص المادة18/ثانيا من قانون الاثبات وقد ثبت من شهادات الشهود والذين هم من اقرباء الطرفين استلام المدعية المبلغ المدعى به لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميزة رسم التمييز وصدر القرار بالاكثرية في 1988/12/28.[683]

المقارنة بين الإقرار والشهادة

أ.الإقرار إخبار ثبوت حق أو واقعة للغير عن النفس، أما الشهادة فهي إخبار ثبوت للحق على الغير.

ب.الإقرار يصدر من المقر وهو خصم في الدعوى، أما الشهادة فتصدر من شاهد وهو شخص غير خصم في الدعوى.

ت.الإقرار حجة ملزمة للقاضي، بخلاف الشهادة فهي غير ملزمة للقاضي.

ث.الإقرار دليل إثبات غير عادي ومن ثم لا يصح الرجوع عن الإقرار قبل صدور الحكم وبعده، في حين أن الشهادة من طرق الإثبات العادية ويصح الرجوع عنها قبل صدور الحكم.

ج.الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده ولا يتعدى إلى الغير في حين أن الشهادة متعدية إلى الغير.

ح.الإقرار دليل احتياطي، أي لا يسعى إليه الخصم عادة الا عندما لا يتوفر لدليه دليل من الأدلة

---

683 المشاهدي، ***المختار من قضاء محكمة التمييز***، ص183.

العادية كالشهادة أو الكتابة، في حين أن الشهادة تعد من الأدلة الأصلية التي يلجأ إليها الخصم عادة.[684]

4. 3 النكول واليمين المردودة

يعد الإثبات باليمين من أهم وسائل الإثبات حيث أن له ميزة خاصة إذ يعتمد على الفطرة والعقيدة وعلى ضمير ومبادئ الشخص نفسه.

3.4. 1 اليمين والنكول لغة و اصطلاحاً

عرف العلماء اليمين بتعاريف عدة:

عرفه الجرجاني(ت:816هـ):"تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق".[685]

فإذا نظرنا إلى هذا التعريف نجده بانه عام يشمل اليمين أمام القاضي واليمين خارج مجلس الحكم وجميع أنواع الأيمان.

والملاحظ أن العلماء السابقين لم يبحثوا تعريف اليمين في كتبهم على أنها وسيلة من وسائل الحجج القضائية ووسيلة من وسائل الإثبات بل عنونوا الحديث تحت باب الأيمان والنذور.[686]

النكول لغة: نكل عن الأمر نكولاً، جبن ونكص يقال: نكل عن العدو ونكل عن اليمين. وبفلان نكلة قبيحة أصابه بنازلة، ويقال: وأنكله عن الشيء دفعه وصرفه.[687]

نكول اليمين اصطلاحاً: "هي تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله ـ تعالى ـ أو صفة من صفاته".[688]

والذي يهمنا في هذا البحث هو تعريف اليمين القضائية التي تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات، فعرفها الزحيلي بأنها"تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي".[689]

---

[684] إبراهيم، أحمد، ***طرق القضاء في الشريعة الإسلامية***، المكتبة الأزهرية، القاهرة، ط1، (د.ت)،ص282. الشرقاوي، جميل، ***الإثبات في المواد المدنية***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1979م، ص139.

[685] الجرجاني، ***التعريفات***، ص364.

[686] ينظر: الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 2/3، الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 126/2، الرملي، ***نهاية المحتاج***، 173/8، ابن قدامة، ***المغني***، 487/9، ابن حزم، ***المحلى***، 281/6، الحلي، ***المختصر النافع***، ص243.

[687] ابراهيم، ***المعجم الوسيط***، 953/2.

[688] النووي، ***روضة الطالبين***، 3/11.

[689] الزحيلي، ***وسائل الإثبات***، 319/1.

4. 3. 2 مشروعية اليمين

اليمين القضائية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع

أ- الكتاب

قال تعالى: ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ﴾[690]، **وقال تعالى:** ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً أُوْلَئِكَ لاَ خَلاَقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلاَ يُكَلِّمُهُمُ اللّهُ وَلاَ يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلاَ يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾.[691]

وجه الدلالة: الآيتان تنصان على مشروعية اليمين.

ب .السنة: عن ابن عمر -رضي الله عنهما-: أن النبي -صلى الله عليه وسلم-: رد اليمين على طالب الحق.[692]

وقوله -صلى الله عليه وسلم-: (بينتك أو يمينه).[693]

وعن الأشعث بن قيس -رضي الله عنه- قال: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى رسول -صلى الله عليه وسلم- فقال عليه الصلاة والسلام: شاهداك أو يمينه، فقلت: إنه إذا يحلف ولا يبالى، فقال رسول -صلى الله عليه وسلم-(من حلف على يمين يستحق بها مالاً وهو فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان).[694]

وجه الدلالة: الحديث واضح وصريح في الدلالة على مشروعية اليمين اعتبارها وسيلة إثبات في الدعاوى عند من ليست له بينة.[695]

ت.الإجماع: يقول ابن المنذر(ت: 319هـ)

"فقد أجمعت الأمة على مشروعية اليمين".[696]

---

690 المائدة، 5/ 89.

691 آل عمران، 3/ 77.

692 الحاكم، مستدرك على الصحيحين، ***كتاب الأحكام***، ر.م.ح (7057)، 113/4.

693 البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، ***السنن الكبرى***، تح: محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب، بيروت، ط3، 1424هـ / 2003م، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه، ر.م.ح(21204) ، 427/10.

694 البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، ر.م.ح(2669)، 178/3. مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتع حق مسلم بيمين فاجره بالنار، ر.م.ح(138)، 123/1.

695 العسقلاني، فتح الباري، 562/11.

696 ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم، ***الإجماع***، تح: فؤاد عبدالمنعم أحمد، دار المسلم، الرياض، ط1، 1425هـ/2004م، ص65.

4. 3. 3 اليمين والنكول في القوانين الوضعية

وهي إشهاد الله ـ تعالى ـ على صدق ما يقوله الحالف تقوية لهذا القول وتعزيزاً له.[697]

وهي طريق للإثبات من عدة وجوه[698]: فأذا حلفها من وجهت إليه فقد ثبت حقه بيمينه، وإذا نكل دون أن يردها، فقد ثبت حق خصمه بنكوله. وإذا ردها إلى الخصم فحلف فقد ثبت حق الخصم بيمينه، وإذا ردها إلى الخصم فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكول خصمه.

ولا يوجد قانون من القوانين إلا وذكر اليمين كإثبات من الإثباتات الضرورية والحاجة الملحة إليها.

إلا أن اليمين في القانون نوعان:

أ ـ قضائية وهي قسمان: 1ـ حاسمة 2ـ متممة

1.اليمين الحاسمة: وهي اليمين التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى أو التي يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن اثبات حقه حسماً للنزاع.[699]

2.اليمين المتممة: وهي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين ليتم اقتناعه في موضوع الدعوى، ويرجح بها دليلاً على آخر، ويصدر حكمه بعد ذلك.[700]

ب ـ اليمين غير القضائية: وهي التي تودى خارج مجلس النزاع بناء على إتفاق الخصمين سواء أكان هذا الاتفاق شفاهاً أو بالكتابة، ليضعوا حداً لزاع قائم بينهم، ويعتبر هذا الاتفاق على توجيهها صلحاً معلقاً على شرط أداء اليمين طبقاً لصيغة المتفق عليها وثبت واقعة توجيه هذه اليمين، وحلفها طبقاً لقواعد الإثبات العامة، ولكن مجرد قيام الدليل على توجيهها، وحلفها تنتج كل آثار اليمين الحاسمة في وضع حد للنزاع.[701]

وأخذ القانون الوضعي باليمين المردودة والنكول معاً، ونصت على ذلك المادة/118 من قانون

---

[697] الصدة، عبدالمنعم فرج، ***الإثبات في المواد المدنية***،مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، (د.ط)، 1955م، ص419.

[698] هاشم، ***القضاء ونظام الإثبات***، ص326.

[699] نشأت، ***رسالة الإثبات***،2/ 121.

[700] الصدة، ***الإثبات في المواد المدينة***، ص422.

[701] العشماوي، محمد، ***قواعد المرافعات في القوانين الأهلي والمختلط***، مطبعة السعادة، القاهرة، (د.ط)، 1346هـ، 435/2.

الإثبات المصري والمادة/116 من قانون البينات السوري، ويعتبر النكول عن اليمين إقراراً من الناكل بصحة طلب خصمه،ولا يتعدى أثر النكول عن اليمين الشخص الناكل وورثته كالإقرار، فحجته قاصرة.[702]

نماذج من القرار الصادر بشأن اليمين الحاسمة والمتممة في القوانين الوضعية

أ.اليمين الحاسمة

رقم القرار(238/الهيئة المدنية/1995) تاريخ القرار(1996/2/10)

(إن المدعي استند لإثبات دعواه إلى ورقة تحريرية اقر وكيل المدعى عليه بعائدية التوقيع المذيل بها إلى موكله غير أنه طلب توجيه اليمين الحاسمة إلى المدعي، وكان على المحكمة أن تستجيب لهذا الطلب وذلك بتوجيه اليمين الحاسمة بشأن استلام محتويات السند الذي أبرزه المدعي، إلى أن المحكمة بدلا من ذلك وجهت اليمين المتممة وأن هذا الاتجاه غير صحيح).

ب.اليمين المتممة

رقم القرار(64/ الهيئة المدنية/2002) تاريخ القرار(2002/2/4).

(وجد إن وكيل المدعى عليه دفع دعوى المدعية بأن المواد المحكوم بها كانت موجودة في الغرفة الوحيدة التي كان المتقاضيات يعيشان فيها والتي هي بمثابة دار الزوجية وان المستقر عليه هو إن المواد التي يأتي بها الزوج إلى دار الزوجة ويضعها تحت تصرف الزوجة تعتبر هبة منه لها ولا يصح الرجوع عن الهبة بين الزوجين وكان على المحكمة عدم توجيه اليمين المتممة إلى المدعية طالما إنها رجحت بينة المدعية شخصية على بينة المدعى عليه بمالها من سلطة تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية وترجيح شهادة على أخرى عملاً بأحكام المادة/82 من قانون الإثبات المرقم 107 لسنة 1979 المعدل وذلك لعدم جواز الجمع بين الأخذ بالشهادة وترجيحها وبين اليمين المتممة والتي يشترط لتوجيهها ألا يكون في الدعوى دليل كامل كما نصت على ذلك المادة 121 من قانون الإثبات المرقم107لسنة 1979 المعدل).[703]

---

[702] الأنطاكي، رزق الله، ***أصول المحاكمات***، مطبعة الداودي، دمشق، (د.ط)، 1985م، ص623.

[703] الدهوكي، إيفان زهير، ***المبادئ القانونية(الإثبات)***، مطبعة منارة، أربيل، ط1، 2009م، ص102 ـ 114.

4. 4 الكتابة

4. 4. 1 الكتابة لغة واصطلاحاً

الكتابة لغة: الكتابة والخط معناهما واحد، وهو: تصوير اللفظ بحروف هجائه.[704]

الكتابة اصطلاحاً: لا توجد تعريف للكتابة في كتب الفقهاء باعتبارها طريقة من طرق الإثبات، وإنما عبروا عنها بعبارات مختلفة عند الحديث عن توثيق الحقوق والأحكام التي تصدر عن القضاة، كلفظ الصك والمحضر والسجل والحجة وهكذا.[705]

4. 4. 2 مشروعية الكتابة

أ- الكتاب: قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾.[706]

وجه الدلالة

إن الأمر بالكتابة دليل واضح على جواز الإثبات بها.

ب- السنة: عن عبدالله بن عمر - رضي الله عنهما- أن رسول الله -ﷺ- قال: (ما حق امريء مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده).[707]

وجه الدلالة: لو لم يعتمد على الخط والكتابة في الإثبات لم تكن لكتابة الوصية فائدة.

4. 4. 3 حكم العمل بالكتابة

لا خلاف في جواز حكم الحاكم بالكتابة إذا شهد عليه شاهدا عدل، لأن الحكم مبني على شهادتهما، وإنما الخلاف بين الفقهاء في حجية الإقرار بالكتابة المجردة عن الشهادة على قولين:

القول الأول: الكتابة ليست حجة شرعية، ولا تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات، عند الحنفية، والشافعية، وأحمد في رواية.

القول الثاني: إن الكتابة بذاتها حجة شرعية، ووسيلة من وسائل الإثبات، وهو رواية عن أحمد وابن تيمية، وابن القيم.[708]

---

[704] الجرجاني، ***التعريفات***، ص264.

[705] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 300/3.

[706] البقرة، 2/ 282.

[707] مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الوصية، ر.م. ح(1627)، 1249/3.

[708] البهوتي، ***كشاف القناع***، 448/6، ابن فرحون، تبصرة الحكام، 223/2، ابن القيم، الطرق الحكمية، ص243.

الراجح

وهو ماذهب اليه القول الثاني في إثبات الحق المكتوب. أما في وجوب القضاء والحكم فيختلف باختلاف الأنواع من الوثائق، فإذا ثبتت صحت الكتابة لدى القاضي بشهادة الشاهدين أو بإقرار الحضم، فالراجح: إنها بمقتضاها يثبت الحق المكتوب.[709]

4. 4. 4 الكتابة في القوانين الوضعية

تعتبر الكتابة من أقوى طرق الإثبات في القوانين الوضعية، إلا أنها لم تكن سابقاً في هذا المقام مثل يومنا الحاضر، بل كان الاعتماد بالدرجة الأولى سابقاً على الشهادة والبينة. وتنقسم الأدلة الكتابية في قانون الإثبات إلى قسمين:

أ. الأوراق أو المحررات الرسمية. ب. المحررات العرفية

وتنقسم المحررات العرفية إلى قسمين:

محررات موقعة ومعدة للإثبات، وأوراق غير معدة للإثبات وغير موقعة.[710]

وتعد الأدلة الكتابية حجة في الإثبات ولكنها ليست قطعية الدلالة[711]، لأن الورقة سواء كانت عرفية أو رسمية ليس لها حجية خاصة في الإثبات فتخضع ككل الأدلة لمطلق تقدير القاضي.[712]

نموذج من القرار الصادر بشأن قبول وثبوت الكتابة في القوانين الوضعية

رقم القرار(112/الهيئة المدنية/1998)تاريخ القرار(1998/4/12)

"تبين إن الوصلتين الذين أبرزهما المدعي لإثبات دعواه يعود أن إلى المكتب العائد للشخص الثالث الذي ادخل في الدعوى لغرض الاستيضاح والذي أوضح بأسباب بأن المدعى عليه لا علاقة له بموضوع الدعوى وإن المعاملات المتعلقة بمحتويات الوصلتين جرت بينه وبين المدعي وإن المدعى عليه يشتغل في مكتبه ويعمل لتمشية البعض من أموره التجارية دون أن يكون مسؤولاً عن تلك الأعمال لذا فإن المحكمة كانت على صواب عندما رفضت طلب وكيل المدعي اعتبار الوصلتين المبرزين مبدأ ثبوت بالكتابة لان إيضاحات الشخص الثالث ليس من شأنها جعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال سيما وأن وكيل المدعي احتفظ بحق اقامة دعوى مستقلة على الشخص الثالث بنفس المبلغ المدعى به".[713]

---

709 الزحيلي، وسائل الإثبات،436/1.

710 الصدة، ***الإثبات في المواد المدنية***، ص77.

711 مرقس، سليمان، ***موجز أصول الإثبات في المواد المدنية***، دار النشر للجامعات، القاهرة، (د.ط)، 1957م، ص44.

712 بهنسي، أحمد، ***نظرية الإثبات في الفقه الجنائي***، دار الشروق، القاهرة، ط1، (د.س)، ص187.

713 الدهوكي، ***المبادئ القانونية(الإثبات)***، ص54.

4. 5 القافة

4. 5. 1 القافة لغة واصطلاحاً

القافة لغة: جمع قائف من قاف يقوف، والمصدر قيافة، والقافة قوم يعرفون الآثار ويعرفون الأنساب بالشبه.[714]

القافة اصطلاحاً: "هو الذي يعرف الآثار وشبه الأولاد بالآباء، فيخبر أن هذا الولد من فلان أو فلان".[715]

عرفه الشربيني(ت 977هـ) بأنه: "من يلحق النسب بغيره عند الإشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك".[716]

وعرفه الجرجاني(ت816هـ) بأنه:"هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود".[717]

وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه، ولايختص ذلك بقبيلة معينة كبني مدلج بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف.[718]

4. 5. 2 الحكم بالقافة

اختلف الفقهاء في مشروعية الحكم بالقافة في ثبوت النسب على القولين:

القول الأول: يجوز العمل والحكم بالقافة وهو قول جمهور العلماء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية.[719]

يقول ابن حزم(ت: 456هـ):"فمن العجب أن أبا حنيفة يخالف حكم رسول الله ـﷺـ الثابت عنه وينكر علماً صحيحاً معروف الوجه، ثم يرى أن يلحق الولد بأبوين كل واحد منهما أبوه".[720]

واستدلوا:

عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: دخل علي النبي ـﷺـ مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: ألم

---

[714] ابن منظور، ***لسان العرب***، 293/9.

[715] النسفي، نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد، ***طلبة الطلبة***، دار النفائس، بيروت، ط1، 1416هـ/ 1995م، ص278.

[716] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 618/4.

[717] الجرجاني، ***التعريفات***، ص251.

[718] البهوتي، ***كشاف القناع***، 237/4، ابن قدامة، المغني، 127/5.

[719] القرافي، ***الفروق***، 164/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 618/4، ابن قدامة، ***المغني***، 127/5.

[720] ابن حزم، ***المحلى***، 536/8.

تري أنّ مجززاً المدلجي دخل عليّ فرأى أسامة وزيداً عليهما قطيفة قد غطيا بها رؤسهما وقد بدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض.[721]

وجه الإستدلال:

قال الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ:"فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة، وهو ـﷺـ لا يقر على خطأ ولا يسر إلا بالحق".[722]

القول الثاني: لا يجوز العمل والحكم بالقافة، وهو قول الحنفية.

واستدلوا:

بما روي عن أبي هريرة أن رجلاً أتى النبي ـﷺـ فقال: يا رسول الله، ولد لي غلام أسود، فقال:"هل لك من إبل؟ قال نعم، قال: ما ألوانها؟ قال حمر. قال: هل فيها من أورق؟ قال: نعم، قال: فأنى ذلك. قال: لعله نزعه عرق، قال: فلعل ابنك هذا نزعه.[723]

الراجح

ما ذهب إليه الرأي الأول وهو رأي الجمهور من جواز الأخذ والعمل بالقافة لقوة أدلتهم.

لكن هل يلحق الولد بأبوين إذا ألحقته القافة؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يلحق بأبوين، وهو احد قولي مالك، والحنابلة.[724]

القول الثاني: يلحق بأب واحد، وهو قول الشافعي.[725]

الراجح

إن الولد لا يلحق إلا بأب واحد، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى﴾،[726] ولهذا فإن القول الثاني هو راجح بكل تأكيد.

---

[721] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الفرائض، باب القائف، ر.م.ح(6771)، 157/8، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الرضاع، باب العمل بالحاق القائف الولد، ر.م.ح(1459)، 1081/2.

[722] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 618/4.

[723] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، ر.م.ح(5305)، 53/7.

[724] القرافي، ***الفروق***، 164/4، ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 115/2.

[725] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 618/4.

[726] الحجرات، 15/ 13.

4. 5. 3 أنواع القيافة

من خلال الاستقراء وجدنا بأن القيافة نوعان:

أ.قيافة البشر: وهي التعرف على هيئة الإنسان وشبهه لغيره.

ب.قيافة الأثر والتتبع: وهي الاهتداء بتتبع آثار قدم الإنسان على معرفة توجه شخص معين إلى مكان.

4. 5. 4 القيافة في القوانين الوضعية

القوانين الوضعية لا يجيز ولا يأخذ ثبوت النسب ولاغيره عن طريق القائف، ولم نر ولم نسمع بأن النظم الحديثة قد اعتمدوا عليها، إلا أن القوانين الوضعية الحديثة يعتمد في ثبوت الأنساب إلى وسائل جديدة مثل تحاليل الدم، والحق يقال بأن تحاليل الدم أضبط و أوثق من القيافة في الإثبات، ومع ذلك فإن بعض تحاليل الدم لا تخرج نسبة نجاحها كاملة، مثلما حدثت لمريم البنت التي فقدت في حادثة حلبجة وبعد عثورها في إيران اجريت لها تحاليل الدم وبنسبة أكثر من 90٪ واسندت لعائلة وذلك لنسبة تطابق الدم، وبعد مرور عدة أشهر اجريت لها تحاليل أخرى فكانت النتيجة بأنها مخالفة وتباين نسبة العائلة المنسوبة 95٪ ، ولذا نقول فإعتماد تحاليل الدم في دلالة النفي أولى من اعتمادها في مجال الإثبات.

4. 6 القرعة

4. 6. 1 القرعة لغة واصطلاحاً

القرعة لغة: مصدر قرع، والقرعة معناها: السهمة، والمقارعة والمساهمة.[727]

القرعة اصطلاحاً: طريقة تعمل لتعيين ذات، أو نصيب من بين أمثاله، إذا لم يمكن تعيينه بحجة.[728]

4. 6. 2 مشروعية القرعة

أ- الكتاب: قال تعالى: ﴿ذَلِكَ مِنْ أَنبَاء الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُون أَقْلاَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾.[729]

---

[727] ابن منظور، ***لسان العرب***، 269/8.

[728] أبو حبيب، سعدي، ***القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً***، دار نور الصباح ودار الصديق للعلوم، بيروت، ط1، 2011م، ص 374.

[729] آل عمران،3/ 44.

وجه الإستدلال: الله ـ سبحانه وتعالى ـ ذكر حال بني إسرائيل عندما ولدت مريم وكانت أبنة سيدهم فتشاحوا، فاقترعوا عليها بسهامهم أيهم يكفلها، فخرجت القرعة من نصيب زكريا عليه السلام[730].

ب ـ السنة

عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ـ ﷺ ـ كان إذا خرج أقرع بين نسائه.[731]

المواضع التي يشرع فيها الحكم بالقرعة

العلماء حددوا المواضع التي يشرع فيها القرعة:

قال القرافي(ت:684هـ):"وهي مشروعة في مواضع، وذكر منها اثنين وعشرين موضعاً وهي فيما يلي:

أحدها: بين الخلفاء اذا استوت فيهم الأهلية للولاية.

ثانيها: بين الأئمة للصلاة اذا استووا.

ثالثها: بين المؤذنين... اذا استووا.

رابعها: للتقدم للصف الأول عند الزحام.

خامسها: في غسيل الأموات عند تزاحم الأولياء، وتساويهم في الطبقات.

سادسها: في الحضانة.

سابعها: بين الزوجات عند إرادة السفر.

ثامنها: في باب القسمة بين الشركاء في الأصول، والحيوان، والعروض، والنقود والمصاغ، إذا استوى فيه الوزن والقيمة.

تاسعها: بين الخصوم في التقدم إلى الحاكم في الحكم.

عاشرها: بين الخصمين فيمن تكون محاكمتهما عنده.

حادى عشرتها: في عتق العبيد إذا أوصى بعتقهم أو بثلثهم في المرض ثم مات ولم يحملهم الثلث عتق مبلغ الثلث منهم بالقرعة.

ثاني عشرتها: إذا ازدحم اثنان على اللقيط فالسابق أولى وإلا فالقرعة.[732]

---

730 ابن كثير، ***تفسير القرآن العظيم***، 42/2.

731 البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب النكاح، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفراً، ر.م.ح (5211)، 33/7.

732 القرافي، ***الفروق***، 177/4 ـ 178، ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 112/2 ـ 113ـ 114.

مواضع الاختلاف في العمل بالقرعة

اختلف العلماء في مشروعية الحكم بالقرعة في:

أ- العتاق ب - الطلاق ت - النكاح

أ- العتاق: اختلف الفقهاء في حكم القرعة في العتاق على القولين:

القول الأول: ان القرعة لا تجرى في العتق، بل يعتق ثلث من كل واحد منهم ويستسعي العبد في الباقي، وهو قول الحنفية.[733]

القول الثاني: أن القرعة تجرى في العتق، وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة.[734]

ب - الطلاق: المقصود بالقرعة في الطلاق مثل أن يطلق رجل امرأة من نسائه لا بعينها، أو طلق معينة ونسيها، فهل يجوز ذلك بالقرعة؟

اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الطلاق يقع على الجميع، وهو قول المالكية.[735]

القول الثاني: أن غير المعينة تخرج بالقرعة، وهو قول الحنابلة[736].

القول الثالث: لا يقع بينهن، وإنما يختار صرف الطلاق إلى أيتهن شاء، وهو قول الحنفية[737]، والشافعية.[738]

ت - النكاح: والمقصود بالقرعة في النكاح ما إذا زوج المرأة الوليان، ولم يعلم السابق منهما.

اختلف العلماء في المسألة على أقوال:

القول الأول: إن النكاح يفسخه الحاكم، ولها نصف المهر، يقترعان عليه، وهو قول الحنابلة[739].

القول الثاني: إن العقدين يفسخان إذا لم يدخل بها أحدهما، فإن دخل بها أحدهما فهي زوجته وهو أحق بها، وهو قول المالكية.[740]

---

733 الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، ***مختصر الطحاوي***، لجنة احياء المعارف النعمانية، الهند، (د.ط)، (د.ت)، ص367.

734 ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 113/2، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 640/4، ابن قدامة، ***المغني***، 322/10.

735 مالك، أنس بن عامر الأصبحي المدني، ***المدونة***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م، 121/2.

736 ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن الحسن السلامي، ***القواعد لابن رجب***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط) ، (د.ت)، ص352.

737 الطحاوي، ***مختصر الطحاوي***، ص199 - 200.

738 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 391/3.

739 ابن رجب، ***القواعد لابن رجب***، ص353.

740 مالك، ***المدونة الكبرى***، 147/4.

القول الثالث: إن العقدين باطلان، وهو قول الشافعية.[741]

القول الرابع: إن العقدين يفسخان إذا زوجها الوليان بأمرها، وإن زوجاها بغير أمرها كان لها أن تجيز أي النكاحين شاءت ويبطل الآخر، وهو قول الحنفية.[742]

كيفية القرعة

لم يذكر الشارع كيفية إجراء القرعة، ولهذا كيف اتفقوا على اجرائها فجائز مادام أنها يوصل الى الحق. إلا أن العلماء ذكروا بعض صوره:

أـ قال الخلال: حدثنا أبو النضر، أنه سمع أبا عبد الله يحب من القرعة ما قيل عن سعيد بن المسيب: "أن يأخذ خواتيمهم، فيضعها في كمه، فمن خرج أولاً فهو القارع.

ب ـ وقال أبو داود: قلت لأبي عبد الله في القرعة يكتبون رقاعاً؟ قال: ان شاءوا رقاعاً، وان شاءوا خواتيمهم.

ج ـ وقال إسحاق بن راهويه: في القرعة يؤخذ عود شبه القدح، فيكتب عليه عبد، وعلى الآخر حر.

ج ـ وقال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: كيف القرعة؟ فقال سعيد بن جبير يقول: بالخواتيم، أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا، وخاتم هذا قال: ثم يخرجون الخواتيم ثم تدفع إلى رجل، فيخرج منها واحد. قلت لأبي عبدالله: فان مالكاً يقول: تكتب رقاع وتجعل في طين؟ وقال: هذا أيضا....الخ.[743]

القرعة في القوانين الوضعية

القوانين الوضعية يجيز إجراء القرعة، خاصة في تعيين أنصباء الشركاء، فالقانون يعين محل العقد بالقرعة إن كان محل العقد مالاً شائعاً، وبعد القرعة يتبين لكل واحد من الشركاء نصيبه من المال المعين.

فقد جاء في القانون المدني العراقي المادة(1071) إزالة الشيوع.

"لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو شرط، ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة إلى اجل يجاوز خمس سنين، فإذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة أطول أو مدة غير معينة، فلا يكون الاتفاق معتبراً الا لمدة خمس سنين، وينفذ شرط البقاء في الشيوع في حق الشريك وفي حق من يخالفه".

---

741 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 208/3.

742 الطحاوي، ***مختصر الطحاوي***، ص174.

743 ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص249.

وفي المادة(1071):

1.الشركاء إذا لم يكن بينهم محجورا أن يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها.

2.لا تتم القسم الرضائية في العقار، الا بالتسجيل العقاري.

3.لدائنى كل شريك ان يطعنوا بالقسمة إذا كان فيها غش أو اضر بمصلحته.

وفي المادة (1072)

1.إذا لم يتفق الشركاء على القسمة، أو كان بينهم محجور، فللشريك الذي يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة البداءة لإزالته.

2.فإذا تبين المحكمة ان المشاع قابل للقسمة قررت إجراءاها، ويعتبر المشاع قابلا للقسمة إذا أمكنت قسمته من غير ان تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصود منه قبل القسمة.

3.فان كان المشاع عقاراً الأرض وتفرز على أساس اصغر نصيب، على ان يراعى فيها المواقع والجودة وجميع الميزات الأخرى، ويراعى كذلك بقدر الإمكان ان تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الأرتفاق، وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء أنفسهم فأن لم يتفقوا عينها القاضي بمعرفة الخبير.

4.وإذا كان المشاع منقولا يفرز إلى حصص متعادلة بالمقياس المعتاد استعماله في قياي نوعه، وتوزع على الشركاء بالقرعة.[744]

فيتبين بأن القوانين الوضعية لا يمانع من إجراء القرعة لكن في بعض المسائل، إلا أن إجرائها في الشريعة الإسلامية أكثر إتساعاً واشتمالاً.

4. 7 القرائن

4. 7. 1 القرينة لغة واصطلاحاً

القرينة لغة: مشتق اسمها من مصدر الفعل(قرن)، وجمعها قرائن، والقرينة مؤنث القرين، يقال قرن الشيء بالشيء وقرنه إليه يقرنه قرناً إذا شدَّه إليه أو ضمه إلى غيره أو وصله به.[745]

---

[744] حياوي، ***القانون المدني***، المواد(1070 ، 1071، 1072)، ص209 ـ 210.

[745] ابن منظور، ***لسان العرب***، 335/13، الرازي، ***مختار الصحاح***، ص225، إبراهيم، ***المعجم الوسيط***، 738/2.

القرينة اصطلاحاً: "أمر يشير إلى المطلوب".[746]

4. 7. 2 مشروعية القرائن

إن اعتبار الحكم بالقرينة ثابتة بالكتاب والسنة:

أ- الكتاب

قال تعالى: ﴿وَجَآؤُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾.[747]

قال القرطبي(ت:671هـ): لما أرادوا أن يجعلوا علامة على صدقهم، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التمزيق إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص من التمزيق، وأجمعوا على أن يعقوب - عليه السلام - استدل على كذبهم بسلامة القميص، فاستدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات.[748]

ب- السنة: عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ- قال: (لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن) قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: (أن تسكت).[749]

وجه الإستدلال: قال ابن فرحون(ت:799هـ):"وتجوز الشهادة عليها بأنها رضيت، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن".[750]

4. 7. 3 أقوال العلماء في الإحتجاج بالقرائن

اختلف العلماء في العمل بالقرينة كدليل من أدلة الإثبات على قولين:

القول الأول: لا يجوز القضاء بالقرائن، وهو قول الحنفية، والشافعية، والراجح عند الحنابلة.

القول الثاني: جواز العمل بالقرائن وهو قول بعض الحنفية، والمالكية، وابن تيمية، ابن القيم.[751]

استدل القول الأول بالسنة والمعقول

---

[746] الجرجاني، ***التعريفات***، ص255.

[747] يوسف،12/ 18.

[748] القرطبي، ***الجامع لأحكام القرآن***، 149/9.

[749] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلايرضاهما، ر.م.ح (5137)، 17/7، مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب النكاح، باب استئذان الثيبفي النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، ر.م.ح (1419)، 1036/2.

[750] ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 114/2.

[751] ابن عابدين، ***الدر المختار***، 354/5، القرافي، ***الفروق***، 167/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 390/3، ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 104/2، القيم، ***الطرق الحكمية***، ص4.

من السنة قوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ :(لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها).[752]

وجه الدلالة:

الرسول عليه الصلاة والسلام لم يقم الحد على المراة رغم ثبوت أمارات تدل على وقوع الزنا، ولو كان العمل بالقرائن جائزاً واعتبارها دليلاً مشروعاً من أدلة الإثبات، لأقام الحد على هذه المرأة لما ثبت عنده من أمارات على زناها، ولكن النبي ـ ﷺ ـ لم يعمل بها دليلاً على عدم جواز العمل بالقرائن.

ومن المعقول:

إن دلالة القرائن دلالة ظنية غير منضبطة ويتطرق إليها الاحتمام، وإذا وقع الاحتمال بطل الاستدلال.[753]

واستدل القول الثاني بالكتاب والسنة.

أ.الكتاب قوله تعالى: ﴿وَجَآؤُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾.[754]

وجه الاستدلال: وجود الدم على القميص علامة على صدق اخوة يوسف بأن الذئب قد أكله.[755]

ب. السنة قوله عليه الصلاة والسلام: (الولد للفراش وللعاهر الحجر).[756]

وجه الدلالة: الفراش قرينة تدل على ثبوت النسب، وذلك لأن الفراش لا يكون إلا بالزواج الصحيح.

الراجح

الراجح ما ذهب إليه القول الثاني لان العمل بالقرائن القطعية ووسيلة من وسائل الإثبات وذلك لقوة أدلتهم، ولحاجة الحكام إلى ذلك في حالة عدم وجود بينة قاطعة للإثبات.

---

752 ابن ماجه، ***سنن ابن ماجه***، أبواب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، ر.م.ح(2559)، 593/3.

753 الزحيلي، ***وسائل الاثبات***، 510/1.

754 يوسف، 18/12.

755 القرطبي، ***الجامع لأحكام القرآن***، 149/9.

756 البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب البيوع، باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه، ر.م.ح(2218)، 81/3. مسلم ، ***صحيح مسلم***، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات، ر.ح.م(1457)، 1080/2.

القرائن في القوانين الوضعية

عرفها السنهوري(ت:1971م): "هي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة لمعرفة واقعة مجهولة[757]"، وتأتي في المرتبة الرابعة، لأن بعض القرائن إجتهادية ليست لها قيمة إثباتية مطلقة، ونظر إليها المشرع بحذر، وحصر الإثبات بها في حالات قليلة، وهي التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة قانوناً، ولهذا تأتي مرتبتها في الإثبات بعد الكتابة والإقرار واليمين[758]، و لا يقبل القرائن إلا بعد قبول الشهادة، ولم يرسم قانون المرافعات للقرائن إجراءات معينة، فجميع الأحكام الخاصة بها أحكام موضوعية، وهي متناثرة في جميع نواحي القانون.[759]

إن معنى القرينة واحدة، سواء أكانت فقهية أم قانونية، إلا أنه يظهر الفرق أن الاستنباط عن القرائن في القانون التي يستنبطها غير الحاكم، فهي موكولة إلى نصه، أما في الشريعة الإسلامية فموكولة إلى الشارع، إلا أن المحصلة شيء واحد فهي من نتاج إنسان قد يصيب وقد يخطئ.

أنواع القرائن

1.القرائن الشرعية

القرائن في الشريعة وهي الواردة في نص الكتاب أو السنة وهي على قسمين:

أ.قرائن شرعية قاطعة: وهي التي تصل دلالتها على الحكم إلى مرتبة البت.

ب.القرائن شرعية غير قاطعة: وهي التي استنبطها الفقهاء باجتهادهم، واعتبرها الشارع، ولكنه الباب مفتوحاً أمام من شهدت عليه لإثبات عكسها.[760]

2.القرائن القضائية:

وهي نفس تقسيم القرائن الشرعية، إلا أنها تختلف في بعض التسميات والمصادر، ففي الشريعة مصدرها الشارع، وفي القانون الوضعي مصدرها المشرع القانوني.

أما القوانين الوضعية المعمول بها في أغلب دول العالم فيدينون المتهم إذا ما تطابقت بصمات المتهم.

---

[757] السنهوري، ***الوسيط***، 2/ 326.

[758] مرقس، ***موجز أصول الإثبات***، ص172.

[759] السنهوري، ***الوسيط***، 2/ 89 ـ 92.

[760] النشار، محمد فتح الله، ***أحكام وقواعد الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقاً لأحداث أحكام محكمة النقض***، دار الجامعة الجديدة، (د.ط)، ص178.

أما البصمة الوراثية فعدها القانون الوضعي دليلاً من أدلة الإثبات.[761]

حتى القانون الوضعي عد الآلات السلكية واللاسلكية قرينة قوية ودليلاً من أدلة الإثبات فوضع المشرع العراقي عقوبة معينة عند إسائة إستعماله.

فجاء في المادة(363) من قانون العقوبات العراقي: "يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب عمداً في ازعاج غيره بإساءة استعمال اجهزة الاتصال السلكية واللاسلكية".[762]

نموذج من القرارات الصادرة بشأن قبول القرائن في القوانين الوضعية

القرار:ـ

اصدرت محكمة التمييز بتأريخ 1979/4/29 وبعدد 128 مدنية ثانية 1978 قرارها التالي:ـ وجد أن محكمة بداءة بغداد قد اصدرت حكمها المميز القاضي بمنع المدعى عليها من معارضة المدعين بالأنتفاع بالدار موضوعة الدعوى وتحميلها مصاريف المحاكمة واتعاب المحاماة لوكيل المدعيين مستندة الى ان(تسلم المدعى عليها لبدلات ايجار العقار المودعة لدى الكاتب العدل بعد صدور حكم التخليه بمثابة موافقتها الضمنية على تجديد عقد الايجار بنفس شروطه السابقة) ولم تلاحظ المحكمة المذكورة ان الحكم الصادر في الدعوى الصلحية من محكمة تصلح الكرخ بعدد 1967/472 وتاريخ 1976/2/3 قد تضمن ما يلي:ـ(الحكم بالزام المدعى عليهما بتخلية المأجور موضوع الدعوى رقم 14/140محلة البياع وتسليمة للمدعية خالياً من الشواغل.. الخ) وأن الحكم بالتخلية يعني فسخ عقد الايجار السابق على تاريخ الحكم وإنهائه فلا يكون مثل هذا العقد الذي انتهى باعتباره القانوني بحكم محلاً للتجديد وإنما للطرفين انشاء عقد جديد بايجاب وقبول جديدين لا علاقة لهما بالعقد السابق المنتهي بحكم. فذهاب محكمة البداءة المذكورة إلى اعتبار عقد الايجار السابق على الحكم بالتخلية مجدداً بنفس شروطه، لم يكن صواباً وعلى المحكوم عليهما بالتخلية تنفيذ هذا الحكم واخلاء العقار موضوع الحكم وتسليمة للمحكوم لها ومن ثم التعاقد معها بعقد جديد لا ارتباط له بالعقد السابق المفسوخ إن وافقت المحكوم لها على التعاقد. أما كون المدعى عليهما(المحكوم لها بالتخلية)قد استلمت مبالغ من دائرة الكاتب العدل مودعة من قبل المحكوم عليها بالتخلية وتسليم العقار لها فإن هذا لا يصح اعتباره عقد ايجار جديد لان المدعين لم ينفذا حكم

---

[761] الكعبي، خليفة علي، ***البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية***، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، (د.ط)، 2004م، ص57.

[762] حياوي، ***قانون العقوبات***، المادة(363)، ص128.

التخلية ولم يقوما باخلاء العقار المذكور واستمراً في اشغاله لحد الان دون وقوع ايجاب وقبول بينهما وبين المدعى عليها منذ تاريخ الحكم بالتخلية المصادف 1976/2/3 ويعتبر هذا الاجر ديناً بذمتهما للمدعى عليها مستحق الاداء عن كل شهر من الاشهر التالية التاريخ المذكور وقد ظفرت المدعي عليها بجنس حقها من مال مدينها المدعيين وهي المبالغ المودعة لدى الكاتب العدل فلها استلام هذه المبالغ والاحتفاظ بها محسوبة من اجر المثل حسبما قضت به المادة 391 من القانون المدني وبذلك لا يعتبر استلامها قبولا لعقد ايجار جديد ويبقى الحكم بالتخلية قائماً، وبموجبه يحق للمدعى عليها معارضة المدعيين في الاتنفاع بالعقار المذكور ولزرم قيامها بتفيذ حكم التخلية وتسليم العقار لها خالياً من الشواغل. وبناء على ما تقدم قرر نقض الحكم المميز وحيث أن موضوع الدعوى صالح للفصل فيه واستناداً الى احكام المادة 214 من قانون المرافعات المدنية قرر الحكم برد دعوى المدعيين وتحميلهما مصاريف المحاكمة ورسم التمييز واتعاب محاماة وكيل المدعى عليها(اثني عشر ديناراً) ولعدم قناعة وكيل المدعيين المميز عليهما بالقرار التمييز طلب تصحيحه ومن ثم تصديق الحكم البدائي وذلك للاسباب التي اوردها في لائحته التصحيحية، ووجد ان الطلب مقدم ضمن المدة القانونية ولدى التدقيق والمداولة ـ وجد ان طلب التصحيح(أ) من المادة 219 من قانون المرافعات المدنية لذا واستناداً لاحكام الفقرة الثانية المعدلة من المادة 223 من القانون المشار اليه قرر رد الطلب وقيد التامينات المدفوعة ايراداً للخزينة وصدر القرار بالاتفاق في 1980/11/8.[763]

4. 8 القسامة

4. 8. 1 القسامة لغة واصطلاحاً

القسامة لغة: بفتح القاف وتخفيف المهملة، وهي مصدر أقسم قسماً وقسامة، ومعناه: حلف حلفاً، واشتقاق القسامة من القسم كاشتقاق الجماعة من الجمع.[764]

القسامة اصطلاحاً: عرفت القسامة بتعريفان عدة لذا سنوردها حسب المذاهب الفقهية:

عرفها الحنفية بأنها: "اليمين بالله ـ تعالى ـ بسبب مخصوص وعدد مخصوص على شخص مخصوص على وجه مخصوص".[765]

4. 8. 2 الحكمة والفائدة من القسامة

القسامة هو العثور على قتيل في مكان، ولا يدرى قاتله فتجرى بشأنه القسامة

أما فائدتها فتتجلى في نقطتين:

---

[763] المشاهدي، ***المختار من قضاء محكمة التمييز***، ص192.

[764] ابن منظور، ***لسان العرب***، 479/12، الرازي، ***مختار الصحاح***، ص635.

[765] ابن عابدين، ***حاشية ابن عابدين***، 626/6.

1. إن للدماء شأناً عظيماً عند الله سبحانه وتعالى فلا يمكن أن تذهب هدراً.

2. التعاون مع أهل المدن والقرى فيما بينهم والإبلاغ عما يجرى في الدور والمحلات من قبل شرار الناس الذين يسعون في الارض فساداً.

4 . 8 . 3 مشروعية القسامة

اختلف العلماء في مشروعية القسامة على قولين:

القول الأول: إن القسامة ليست مشروعة، وهو قول جماعة من السلف منهم أبو قلابه، وسالم بن عبدالله، والحكم بن عتيبة، وقتادة، وسليمان بن يسار، وابراهيم بن علية، ومسلم بن خالد، وعمر بن عبدالعزيز في رواية عنه.[766]

القول الثاني: إن القسامة مشروعة، وهو قول الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.[767]

وهي من أدلة الإثبات التي عرفها الجاهلية قبل الإسلام، ثم بعد أن جاء الإسلام أقرها على ما كانت عليه، لأن رسول ـ ﷺ ـ أقرّ القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية.[768]

وعن سهل بن أبي حثمة قال: " انطلق عبد الله بن سهل ومحيصة بن مسعود إلى خيبر وهي يومئذ صلح، فتفرقا، فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في دمه قتيلاً فدفنه، ثم قَدِم المدينة، فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحيصة وحويصة أبنا مسعود إلى النبي ـ ﷺ ـ، فذهب عبدالرحمن يتكلم، فقال: كبر كبر ـ وهو أحدث القوم ـ فسكت فتكلما فقال: أتحلفون وتستحقون قتيلكم أو صاحبكم؟ قالوا: وكيف نحلف ولم نشهد، ولم نر؟ قال: فتبرئكم يهود بخمسين؟ قالوا: كيف نأخذ أيمان قوم كفار؟ فعقله النبي ـ ﷺ ـ من عنده".[769]

والمتأمل في الحديث يرى أنه قد دل على أمور:

أ. يجوز للقاضي أن يتجه إلى القسامة، وهو حلف خمسين يميناً إلى أولياً الدم، فإن حلفوا على شخص لزمة القتل.

---

[766] العسقلاني، ***فتح الباري***، 235/12.

[767] الكاساني،***بدائع الصنائع***،286/7، ابن فرحون،***تبصرة الحكام***،256/1، الشربيني،***مغني المحتاج***،133/4،ابن قدامة، ***المغني***، 489/8.

[768] مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الأيمان، باب القسمة، ر.م.ح(1670)، 3/ 1295، النسائي، ***سنن النسائي***، كتاب القسامة، القسامة، ر.م.ح (4707)، 4/8.

[769] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الديات، باب القسامة، ر.م.ح (6899)، 9/9، مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الأيمان، باب القسامة، ر.م.ح(1669)، 1293/3.

ب. دل على مشروعية القسامة كما يستفاد ذلك من قوله -ﷺ- اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم.

ت.إنه إذا لم يكن ذلك الإثبات، ورفض أولياء الدم أن يحلفوا، فإنه توجه اليمين إلى أهل المكان الذي وجد فيه القتيل، وقد عرض النبي -ﷺ- على أولياء الدم ذلك فرفضوه لظنهم أنهم سيحلفون.

ث.إنه إذا يكن إثبات ولا إجراء قسامة على أحد الوجهين السابقين كانت الدية من بيت المال حتى لا يهدر دم في الإسلام، وتشفى قلوب المؤمنين ويكون التعويض من الحاكم إذ هو قائم بحفظ الدماء، وأن قتل بريء من غير أن يعرف له قاتل يقتض منه، لا شك أنه يعتبر نتيجة لتقصر الحاكم في نشر الأمن في ربوع الدولة.[770]

موجب القسامة

اختلف العلماء فيما يجب بالقسامة، هل توجب الدية أو القصاص؟ على قولين:

القول الأول: إنها توجب الدية لا القصاص، وهو قول الحنفية، والشافعية.[771]

القول الثاني: إن الأولياء إذا حلفوا استحقوا القود إذا كان الدعوى عمداً، إلا أن يمنع منه مانع، وبه قال مالك، والشافعي في القديم، وأحمد في قول.[772]

القسامة في القوانين الوضعية

لا يوجد على الإطلاق ذكر القسامة عند القانونين كدليل من أدلة الإثبات، ومع ذلك فإنه لا مانع من الحكم بالقسامة.[773]

إلا أنه بدل الحلف هناك بعض الأشياء الذي استند إليها القانون مثل بصمة الأصابع، وبقع الدم، وتحليل آلآت الجريمة وهكذا.

4. 9 علم الحاكم في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

علم الحاكم: هو اطلاع الحاكم بنفسه ومعرفته لوقائع الخلاف خارج مجلس الحكم، كأن شهد وقوع حادثة من الحوادث ثم رفعت إليه للنظر فيها، فهل يجوز له الحكم على هذه الحادثة اعتماداً

---

[770] أبوزهرة، ***الجريمة والعقوبات***، ص20.

[771] ابن عابدين، ***حاشية ابن عابدين***، 627/6، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 142/4.

[772] ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 256/1، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 142/4ـ 143، ابن قدامة، ***المغني***، 489/8.

[773] بك، أحمد ابراهيم، ***طرق الإثبات الشرعية***، المكتبة الأزهرية، القاهرة، ط4، (د.ت)، ص419.

على المعلومات السابقة التي حصل عليها خارج مجلس الحكم أو أثناء جلسة الحكم، سواء كان في حقوق العباد، أم حقوق الله ـ تعالى ـ، أو المشتركة.

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: لا يقضي بعلمه مطلقاً.

القول الثاني: يقضي بعلمه مطلقاً.

القول الثالث: يجوز الحكم في حقوق العباد الخالصة، أو المشتركة، دون الخالصة لله ـ تعالى ـ ، سواء اكتسبه قبل ولايته، أم بعدها.

القول الرابع: يجوز الحكم بعلمه إذا اكتسبه أثناء ولايته الحكم إذا كان في حقوق العباد، أما في الحدود فلا يقضي إلا في السرقة فيقضي بالمال دون القطع.

القول الخامس: يجوز الحكم بعلمه إذا اكتسبه قبل زمن القضاء فيما سوى الحدود الخالصة.

القول الأول: ليس للقاضي أن يحكم بعلمه في أي حق من الحقوق، سواء كان حقاً لله تعالى أم حقاً للأدميين، وهو قول شريح، والشعبي، وإسحاق، وأبي عبيد، والقول الثاني للشافعية، والمشهور عن أحمد، والإمام محمد في رواية، وعليها المتأخرون من الحنفية.[774]

قال ابن فرحون: "فقال مالك ابن القاسم: "لا يحكم بعلمه (أي الحاكم) في ذلك".[775]

واستدلوا بجملة من الأدلة:

1ـ **الكتاب:** قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾.[776]

وجه الدلالة: إن الله ـ سبحانه وتعالى ـ أمر بجلد القاذف عند عدم وجود البينة، فلو جاز للقاضي الحكم بعلمه لقرنه بالشهادة.[777]

ب ـ السنة: عن أم سلمه ـ رضي الله عنهاـ زوج النبي ـﷺـ أنه قال: (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقض بنحو مما أسمع، فمن

---

774 ابن قدامة، ***المغني***، 48/10، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 503/4، البهوتي، ***كشاف القناع***، 335/6، ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 39/2، ابن عابدين، ***حاشية ابن عابدين***، 439/5.

775 ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 39/2.

776 النور، 24/ 4.

777 الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري الشافعي، ***ادب القاضي***، تح: محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، (د.ط)، 1391هـ/ 1971م، 372/2.

قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعه من النار).[778]

وجه الدلالة: الحديث دليل أن النبي ـﷺـ يقضي بما يسمع لا بما يعلم.[779]

وأجيب: بأن التنصيص على السماع لا ينفي كون غيره طريقاً للحكم، على أنه يمكن أن يقال إن الإحتجاج بهذا الحديث للمجوزين أظهر، فإن العلم أقوى من السماع، لأنه لا يمكن بطلان ما سمعه الإنسان ولايمكن بطلان ما يعلمه ففحوى الخطاب تقتضي جواز القضاء بالعلم[780].

ـ إن رسول الله ـﷺـ قال: (لو رجمت أحداً بغير بينة رجمت هذه).[781]

وجه الدلالة: الحديث دليل على أنه لايجوز الحكم بعلم الحاكم، لأن رسول الله ـﷺـ لا يقول إلا حقاً، وقد وقع ما قال فيكون العلم حاصلاً له، ومع ذلك ما رجم، وعلل بعدم البينة.[782]

وأجيب: قال ابن حزم(ت: 456هـ): "وهذا لا حجة لهم فيه لأن علم الحاكم أبين بينة وأعدلها".[783]

ـ حديث الأشعث بن قيس الكندي: كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى رسول الله ـﷺـ فقال:(شاهداك أو يمينه).[784]

وجه الدلالة: الحديث دليل على أنه ـﷺـ لم يأخذ بعلمه، ولأن تجويز القضاء بعلمه، يفضي إلى تهمته.[785]

وأجيب: قال ابن حزم: "وأما نحن فنقول: إنه قد صح عن الرسول ـﷺـ أنه قال:" بينتك أو يمينه" ومن البينة التي لا بينة أبين منها صحة علم الحاكم بصحة حقه، فهو في جملة هذا الخبر". ويضيف "فمن أضل ممن يحتج بخبر هو أول مخالف له برأيه".[786]

---

[778] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الشهادات، باب من أقام البية بعد اليمين، ر.م.ح(2680) ، 180/3، مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، ر.م.ح(1713) ، 1337/3.

[779] ابن قدامة، ***المغني***، 49/10.

[780] الشوكاني، ***نيل الأوطار***، 332/8.

[781] مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل، ر.م.ح(1497)، 1197/2.

[782] القرافي، ***الفروق***، 45/4.

[783] ابن حزم، ***المحلى***، 526/8.

[784] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، ر.م.ح (2680)، 180/3.

[785] ابن قدامة، ***المغني***، 50/10.

[786] ابن حزم، ***المحلى***، 526/8.

ـ عن أبي هريرة، عن النبي ـﷺـ:" رأى عيسى عليه السلام رجلاً يسرق فقال: سرقت؟ قال: كلا والذي لا إله إلا هو فقال عيسى عليه السلام: آمنت بالله وكذبت عيني".[787]

وجه الإستدلال: الحديث دليل بأن عيسى عليه السلام لم يحكم بعلمه، فلو كان الحكم بالعلم مشروعاً لأقام عليه حد السرقة.

وأجيب: بأنه ليس يلزمنا شرع عيسى عليه السلام وقد يخرج هذا الخبر على أنه رآه يسرق أي يأخذ الشيء مختفياً بأخذه، فلما قرره حلف، وقد يكون صادقاً، لأنه أخذ ماله حلف، وقد يكون صادقا، لأنه أخذ ماله من ظالم له.[788]

ـ عن عائشة ـ رضي الله عنهاـ أن النبي: ـﷺـ بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقاً فلاجّه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم فشجه، فأتوا النبي ـﷺـ فقالوا: القود يا رسول الله. فقال النبي ـﷺـ: "لكم كذا وكذا، فلم يرضوا، فقال: لكم كذا وكذا، فلم يرضوا، فقال: لكم كذا وكذا". فرضوا، فقال النبي ـﷺـ:"إني خاطب العشية على الناس ومخبرهم برضاكم" فقالوا: نعم. فخطب فقال: ـﷺـ: "إن هؤلاء أتوني يريدون القود، فعرضت عليهم كذا وكذا، فرضوا، أرضيتم؟" قالوا فهم المهاجرون بهم، فأمرهم رسول الله ـﷺـ أن يكنوا ثم دعاهم فزادهم، فقال أفرضيتم؟ قالوا نعم، قال إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم، قالوا: نعم فخطب فقال: أرضيتم؟ فقالوا نعم".[789]

وجه الدلالة: الحديث نص في عدم الحكم بالعلم.[790]

ت ـ الأثر:

أ.عن أبي ذئب عن الزهري قال قال أبو بكر الصديق ـرضي الله عنهـ:" لو وجدت رجلاً على حد من حدود الله لم أحده أنا ولمْ أدعُ لهُ حتى يكون معي غيري".[791]

وجه الدلالة: النص صريح في أن أبا بكر لا يرى جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي.[792]

ب.قول عمر بن الخطاب لعبد الرحمن بن عوف: أرأيت لو رأيت رجلاً قتل أو سوق أو زنا؟ قال:

---

787 البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب أحاديث الأنبياء، باب قول الله(واذكر في الكتاب مريم إذ انتبذت من أهلها)، ر.م.ح: (3444)، 167/4.

788 ابن حزم، ***المحلى***، 526/8.

789 أبو داود، ***سنن أبي داود***، أول كتاب الديات، باب العامل يصاب على يديه خطأ، ر.م.ح(4534)، 181/6.
النسائي، ***سنن النسائي***، كتاب القسامة باب السلطان يصاب على يده، ر.م.ح (4778)، 35/8.

790 القرافي، ***الفروق***، 44/4 ـ 45، ابن قدامة، ***المغني***، 50/10.

791 ابن قدامة، ***المغني***، 50/10، البهوتي، ***كشاف القناع***، 335/6.

792 البهوتي، ***كشاف القناع***، 335/6.

شهادتك شهادة رجل من المسلمين فقال له: صدقت.[793]

ث ـ الإجماع: قد ثبت عن أبي بكر وعمر وعبد الرحمن بن عوف وابن عباس ومعاوية منعهم القاضي أن يقضي بعلمه ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة فعد ذلك إجماعاً.[794]

ج ـ المعقول: إن القضاء بعلم القاضي يجعله يحكم بما يشتهي، ويميل حكمه على علمه، ويقضي ذلك إلى تهمته.[795]

القول الثاني: يجوز حكم الحاكم بعلمه مطلقاً في جميع الحقوق، وهو قول أبي ثور، والشافعي في القول الأول، وأحمد في رواية عنه، وابن حزم، والزيدية في رواية عنهم، والإمامية.[796]

واستدلوا:

أ ـ الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلاَ تَتَّبِعُواْ الْهَوَى أَن تَعْدِلُواْ وَإِن تَلْوُواْ أَوْ تُعْرِضُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾.[797]

وجه الإستدلال: يقول ابن حزم:"ليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره، وأن يكون الفاسق يعلن الكفر بحضرة الحاكم، والإقرار بالظلم، والطلاق، ثم يكون الحاكم يقره مع المرأة، ويحكم لها بالزوجية والميراث، فيظلم أهل الميراث حقهم".[798]

وأجيب: بأن الآية دليل على وجوب القيام بالقسط وليست دليلاً على جواز القضاء بعلم الحاكم، لأن القسط معلوم فيقوم به.[799]

ب ـ السنة

أ ـ استدلوا بحديث أبي سعيد الخدري: سمعت رسول الله ـﷺـ:"من رأى منكم منكراً فليغيِّره

---

793 ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص165.

794 المصدر نفسه، 196ـ199.

795 ابن قدامة، ***المغني***، 50/10.

796 ابن قدامة، ***المغني***، 48/10، الشيرازي، ***المهذب***، 399/3، ابن قدامة، ***المغني***، 48/10، ابن حزم، ***المحلى***، 526/8، المرتضى، أحمد بن يحيى، ***البحر الزخار الجامع المذاهب علماء الأمصار***، ع، عبدالله محمد الصدق وعبدالحفيظ أسعد، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، 131/5، الحلي، ***شرائع الإسلام***، ص86.

797 النساء، 4/ 135.

798 ابن حزم، ***المحلى***، 526/8.

799 القرافي، ***الفروق***، 45/4.

بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان".[800]

وجه الإستدلال: إن الحاكم إن لم يغير ما رأى من المنكر حتى تأتي البينة على ذلك فقد عصى رسول الله ـﷺـ، فإذا لم يحكم بما رآه أو سمعه فإنه يكون ظالماً.[801]

وأجيب: "هو مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر، بحيث لا يتطرق إليه تهمة في تغييره، أما إذا عمد إلى رجل مع زوجته وأمته قط، ففرق بينهما، وزعم أنه طلق وأعتق. فإنه ينسب ظاهر إلى تغيير المعروف بالمنكر، وتطرق الناس إلى اتهامه والوقوع في عرضه، وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلى رجل مستور بين الناس، غير مشهور بفاحشة، وليس عليه شاهد واحد بها، فيرجمه، ويقول: رأيته يزني؟ أويقتله ويقول: سمعته يسب؟ أو يفرق بين الزوجين، ويقول: سمعته يطلق؟ وهل هذا إلا محض التهمة؟ ولو فتح هذا الباب لوجد كل قاض له عدو السبيل إلى قتل عدوه ورجمه وتفسيقه، والتفريق بينه وبين امرأته، ولا سيما إذا كانت العداوة خفية، لا يمكن عدوه إثباتها، وحتى لو كان الحق هو حكم الحكم بعلمه، لوجب منع قضاة الزمان من ذلك، وهذا إذا قيل في شريح، وكعب بن سوار، وإياس بن معاوية، والحسن البصري، وعمران الطلحي، وحفص بن غياث، وأضرابهم: كان فيه ما فيه".[802]

ب ـ عن أبي هريرة قال: "جاء رجلان يختصمان في شيءٍ إلى النبي ـﷺـ:فقال للمدِّعي: " أقم البينةَ "، فلم يُقِمْها، فقال للآخر: " احلف " فحلف بالله بالذي لا إله إلاَّ هو ما له عندي شيءٌ، فقال رسول الله ـﷺـ:" بلى، قد فعلت، ولكن غُفِرَ لك بإخلاص قول: لا إله إلاَّ الله ".[803]

وجه الدلالة: إن رسول الله ـﷺـ: قضي بعلمه بعد أن حلف الرجل اليمين، فبالأولى جواز القضاء قبل حلف اليمين.

وأجيب: هذا حديث ضعيف فقد:"أعله ابن حزم بابي يحيى وهو مصدع المعرقب، كذا قال ابن عساكر، وتعقبه المزي بأنه وهم بل اسمه زياد كذا اسمه عند أحمد والبخاري وأبي داود في هذا الحديث، وأعله أبو حاتم برواية شعبة عن عطاء بن السائب عن البختري بن عبيد. ثم إن النبي لم يقض بعلمه وإنما بالوحي يدل على ذلك ما ذكره الشوكاني في بعض الروايات: وفي رواية لأحمد فنزل جبريل عليه السلام على النبي فقال: إنه كاذب إن عنده حقه فأمره أن يعطيه وكفارة يمينه معرفة لا إله إلا الله.[804]

---

800 مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، ر.م.ح(49) ،69/1.

801 ابن حزم، ***المحلى***، 526/8.

802 ابن قيم، ***الطرق الحكمية***، ص167 ـ 168.

803 أبو داود، ***سنن أبي داود***، كتاب الإيمان والنذور، باب فيمن حلف كاذبا متعمداً، ر.م.ح (3275)، 3/ 228، قال الألباني صحيح.

804 الشوكاني، ***نيل الأوطار***، 333/8.

ت ـ عَنْ عَائِشَةَ، رضي الله عنها ـ قَالَتْ: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ـﷺـ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة مَا يَكْفِينِي ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ جُنَاحٌ؟ فَقَالَ رسول الله ـﷺـ : "خُذِي من مَاله بالمعرف يَكْفِيكِ ويكفي بنيك".[805]

وجه الدلالة: الحديث دليل على جواز قضاء الحاكم بعلمه لأن النبي ـﷺـ حكم لهند رضي الله عنها أن تأخذ من مال زوجها مايكفيها ويكفي ولدها، ولم يسألها البينة على دعواها، ولم يسأل أبا سفيان عن الدعوى.[806]

وأجيب: إن قصة هندا فتيا لا حكم، أي من رسول الله ـﷺـ لا حكم ولهذا لم يحضر الرسول ـﷺـ أبو سفيان وكان حاضراً في البلد أو لا خلاف أنه لا يقضي على ماض من غير أن يعرف، وإن هند لم تسأله الحكم، وإنما سألته عن جواز أخذها وعدم جوازه.[807]

ث ـ عن سعد بن الأطول أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم، وترك عيالاً، فأردت أن أنفقها على عياله فقال لي النبي ـﷺـ: "إن أخاك محبوس بدينه فاقضه عنه، قلت يا رسول الله: قد قضيت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة وليست لها بينة، قال: أعطها فإنها محقه، (وفي رواية) أعطها فإنها صادقة".[808]

وجه الدلالة: الحديث دليل على حكم الحاكم بعلمه، لأن النبي ـﷺـ قد قضى للمرأة دون أن تقيم بينة على دعواها، لعلمه عليه الصلاة والسلام صدقها.

وأجيب: بأن هذا مخصوص للنبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ، لأن منع القضاء لأجل التهمة منتفية عن الرسول ـﷺـ.[809]

ـ إن فاطمة ـ رضي الله عنها ـ: أرسلت إلى أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ: تسأله ميراثها من رسول الله ـﷺـ فقال أبو بكر: إن الرسول ـﷺـ قال: "إنا معشر ألأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة، إنما يأكل آل محمد في هذا محمد في هذا المال" وأني والله أغير شيئاً من صدقة رسول الله ـﷺـ عن حالها التي كانت عليه في عهد رسول الله، ولأعمال فيها بما عمل رسول الله ـﷺـ ، فأبى أبو بكر أن يدفع

---

[805] مسلم، صحيح مسلم، ***كتاب الأقضية***، باب قضية هند، ر.م.ح(1714) ، 1338/3.

[806] القرافي، ***الفروق***، 45/4، ابن قدامة، ***المغني***، 49/10.

[807] القرافي، ***الفروق***، 46/4، ابن قدامة، ***المغني***، 49/10، ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص196.

[808] ابن ماجه، ***سنن إبن ماجه***، كتاب الصدقات، باب أداء الدين عن الميت، ر.م. ح (2433) ، 813/2، قال الألباني صحيح.

[809] ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص166.

إلى فاطمة رضي الله عنها منها شيئاً).[810]

وجه الدلالة: إن أبا بكر منع السيدة فاطمة من دعواها ومطالبتها الإرث، لأنه يعلم أنه ليس لها حق في هذا المال، فهذا قضاء بالعلم، وعلمه الخلفاء الراشدون ومن معهم من الصحابة دون اعتراض من أحد عليه.[811]

وأجيب: بأن الإستدلال به سهو، فإن أبا بكر ـ رضي الله عنه ـ علم من دين الرسول أن هذه الدعوى باطلة لا يسوغ الحكم بموجبها، بل دعواها بمنزلة دعوى استحقاق ما علم وتحقيق دفعه بالضرورة، بل بمنزلة ما يعلم بطلانه قطعاً من الدعاوى، وسيدة نساء العالمين ـ رضي الله عنهاـ خفي عليها حكم هذه الدعوى، وعلمه الخلفاء الراشدون ومن معهم من الصحابة، فالصديق معه الحجة من رسول الله ـﷺـ، فلم يسمع هذه الدعوى، ولم يحكم بموجبها، للحجة الظاهرة التي علمها معه عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ.[812]

ت ـ المعقول: إن الحاكم يحكم بالشاهدين، لأنهما يغلبان على الظن، فما تحققه وقطع به، كان أولى، ولأنه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم، فكذلك في ثبوت الحق قياساً عليه.[813]

القول الثالث: يجوز أن يحكم القاضي بعلمه في حقوق العباد الخالصة، أو المشتركة بين حقوق الله وحقوق العباد، أما إذا كان حقاً خالصاً لله ـ تعالى ـ كحد الزنا والشرب والسرقة وقطع الطريق فلا يجوز أن يقضي فيه بعلمه الشخصي في الأظهر عند الشافعية[814]، والزيدية، يقول الشوكاني: "الأصل فيه عندنا على أنه لا يحكم بعلمه في الحدود".[815]

واستدلوا:

أ ـ السنة: بقوله عليه الصلاة والسلام"ادرءوا الحدود بالشبهات"[816].

---

[810] البخاري، ***صحيح البخاري***، كتاب فرض الخمس، ر.م. ح(3094) ، 79/4، مسلم، ***صحيح مسلم***، كتاب الجهاد والسير، باب قول النبي ـ ﷺـ لا نورث ما تركناه صدقة، ر.م. ح(1759) ،1380/3.

[811] الزحيلي، ***وسائل الإثبات***، ص576.

[812] ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص166.

[813] ابن قدامة، ***المغني***، 49/10.

[814] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 503/4.

[815] الشوكاني، ***نيل الأوطار***، 331/8.

[816] ترمذي، ***سنن الترمذي***، أبواب الحدود، باب ماجاء في درء الحدود، ر.م.ح(1424) ، 85/3، ابن ماجه، ***سنن ابن ماجه***، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، ر.م.ح (2545) ،579/3 اسناده ضعيف جداً.

وقوله عليه الصلاة السلام: "لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها".[817]

وجه الإستدلال: إنه ـﷺـ قد علم بوقوع الزنا منها ولم يحكم بعلمه، لأنها من الحقوق الخالصة لله تعالى.

وأجيب: بأن النبي ـﷺـ إنما لم يعمل بعلمه لكونه قد حصل التلاعن وهو أحد الأسباب الشرعية الموجبة للحكم بعد الرجم.[818]

ب ـ الأثر

قول أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ "لو وجدت رجلاً على حد من حدود الله لم أحَّده أنا ولم أدعُ له أحداً حتى يكون معي غيري".[819]

وجه الإستدلال: الأثر ثابت في أن الحاكم لا يحكم بعلمه في الحدود الخالصة لله ـ تعالى ـ، لأنه لو رآه على غير حد لحكم عليه.[820]

القول الرابع

إن القاضي يقضي بعلمه الذي اكتسبه في أثناء ولايته للقضاء وليس له أن يحكم بعلمه الذي اكتسبه قبل ولايته القضاء، لكن إذا كان في حقوق العباد،أما في الحدود فلا يقضي إلا في السرقة فيقضي بالمال دون قطع يد السارق، وفي القصاص وحد القذف يحكم بعلمه. أما إذا علم الحاكم بواقعة قبل توليه الحكم ثم عرضت عليه الواقعة بعد تولية الحكم فلا يقضي بعلمه، وهو قول أبي حنيفة.

واستدلوا: بأن هناك فرقاً بين العلم الحادث له قبل ولايته القضاء والعلم الحادث له عند توليته، علم في وقت هو مكلف فيه بالقضاء فأشبه البينة القائمة، القضاء حاصل في وقت غير مكلف بالقضاء، فلم يكن في معنى البينة فلم يجز القضاء به فهو فرق بين العلمين.[821]

القول الخامس

إذا استفاد في غير زمن القضاء ومكانه، أو في زمان القضاء في غير مكانه، وذلك قبل أن يصل إلى البلد، الذي ولي قضاءه فيجوز عند أبي يوسف ومحمد فيما سوى الحدود الخالصة.

واستدلوا: بأنه لما جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد في زمن القضاء، جاز له أن يقضي بالعلم

---

817 الحديث سبق تخرجه: ص162.

818 الشوكاني، ***نيل الأوطار***، 333/8.

819 أبن قدامة، ***المغني***، 50/10، البهوتي، ***كشاف القناع***، 335/6.

820 البهوتي، ***كشاف القناع***، 335/6.

821 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 7/6ـ7.

المستفاد قبل زمن القضاء، لأن العلم في الحالين على حد واحد، إلا أن ههنا استدام العلم، الذي كان له قبل القضاء، بتجدد أمثاله، وهناك حدث له علم لم يكن، وهما سواء في المعنى، إلا أنه لم يقض في الحدود الخالصة، لتمكن الشبهة فيه باعتبار التهمة، والشبهة تؤثر في الحدود الخالصة، ولاتؤثر في حقوق العباد.

وأجيب: بأن هناك فرقاً بين العلمين، وهو أن العلم الحادث له في زمن القضاء علم في وقت هو مكلف فيه بالقضاء، فأشبه البينة القائمة فيه، والعلم الحاصل في غير زمان القضاء علم في وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء ـ في معنى البينة ـ يكون حادثاً في وقت هو مكلّف بالقضاء، فكان في معنى البينة، والحاصل قبل زمن القضاء، أو قبل الوصول إلى مكانه، حاصل في وقت هو غير مكلَّف بالقضاء، فلم يكن في معنى البينة، فلم يجز القضاء به، فهو الفرق بين العلمين.[822]

الراجح

بعد أن عرضنا كل الآراء الفقهية، فنرى عدم جواز حكم الحاكم بعلمه لعدة أسباب:

أـ الأحاديث الواردة التي احتج بها المانعون أقوى من الأحاديث التي احتج بها المجيزون.

ب ـ الآثار الواردة عن الصحابة ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ كما ثبت عن أبي بكر وعمر ولا يعرف لهم مخالف حتى نقل الإجماع عن بعضهم.

ت ـ كان الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ سيد الحكام، يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم، ويتحقق من ذلك، ولا يحكم فيهم بعلمه، مع براءته عند الله وملائكته، وعباده المؤمنين من كل تهمة، لئلا يقول الناس إن محمداً يقتل أصحابه.[823]

ث ـ إن تجوز حكم الحاكم بعلمه يفضي إلى التهمة والفساد، قال ابن نجيم(ت:970هـ) ـ رحمه الله ـ تعالى ـ: "والفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا"[824]، ويقول ابن عابدين(ت1252هـ) ـ رحمه الله ـ:"وأصل المذهب الجواز بعمل القاضي بعلمه، والفتوى على عدمه في زماننا لفساد القضاء"، وقال الربيع(ت: 270هـ): "كان الشافعي يرى القضاء بالعلم ولا يبوح به مخافة قضاة السوء"[825]، ويعلق ابن حجر(ت: 852هـ) على هذا القول: "وإذا كان هذا في الزمان الأول فما الظن بالمتأخر فيتعين حسم مادة تجويز القضاء بالعلم في هذه الأزمان المتأخرة لكثرة من يتولى الحكم

---

822 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 7/7.

823 ابن القيم، ***الطرق الحكمية***، ص168.

824 ابن نجيم، ***الأشباه والنظائر***، ص222.

825 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 503/4.

ممن لا يؤمن على ذلك".[826]

أما علم الحاكم في القوانين الوضعية

فالقوانين الوضعية متفقة مع بعض الفقهاء القائلين بعدم جواز قضاء الحاكم بعلمه، إلا أنهم لم يفرقوا بين العلم الحاصل وقت القضاء أو قبله فنستطيع القول بأن القانونيين على عدم جواز حكم القاضي بعلمه.

يقول نشأت: وقد أجمع علماء القانون والقضاء في فرنسا على أنه لا يجوز للقاضي الجالس للنظر في الدعوى أن يكون شاهداً فيها، وإذا ترك مجلس القضاء وشهد لا يمكنه أن يعود إلى مجلسه أو يشترك في أي عمل يتعلق بالدعوى.[827]

وجاء في قانون المرافعات المصري:

" أن علم الحاكم خارج مجلس الحكم لا يعتد به، فيمنع الحاكم من الحكم في الدعوى، إذا كان علمه مبنياً على معلومات أخذها خارج مجلس الحكم، كما لو أفتى أو شهد فيها، أو عمل وكيلاً فيها أو خبيراً، أو محكماً"[828] وقد نصت المادة الثانية من القانون البينات في المواد المدينة والتجارية الصادرة في سوريا عام 1947 على أنه (ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي)[829]. وجاء في المبادئ القانونية العراقي(لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه).[830] فلا يجوز للحاكم أن يقضي بعلمة الشخصي، لأن علم الحاكم من الأدلة التى تقدم للمناقشة، فلا يجوز الأخذ بها إلا بعد عرضها على الخصوم. وإذا كان حق الخصم أن يناقش الدليل يقتضي الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصم فيكون خصماً وحاكماً وهذا لا يجوز.[831]

والخلاصة أن علم القاضي لا يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة والقانون، للشبة والشكوك، وما يترتب عليه من الجور والمفاسد.

---

826 العسقلاني، ***فتح الباري***، 160/13.

827 نشأت، ***رسالة الإثبات***، ص6.

828 ***قانون المرافعات المصري*** رقم 13، 1968م، المادة 146، فقرة 3ـ 5.

829 العابد، زهير، ***قانون البينات السوري مع المذكرة الإ يضاحية وأجتهاد المحاكم***، مؤسسة النوري، (د. ط)، 1382هـ/ 1962م، ص135.

830 المشاهدي، إبراهيم، ***المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز(قسم الإثبات)***، مطبعة الجاحظ، بغداد(د.ط)، 1994م، ص65.

831 السنهوري، ***الوسيط في شرح القانون المدني***، 32/2ـ33.

4. 10 المعاينة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

4. 10. 1 المعاينة لغة واصطلاحاً

المعاينة لغة: النظر والمواجهة، وقد عاينه معاينة وعياناً وراه عياناً، لم يشك في رؤيته إياه.
ورأيت فلاناً عيناً، أي: مواجهة، وتعينه: أبصره.[832]

المعاينة اصطلاحاً: لا وجود لهذا المصطلح عند فقهاء الشريعة السابقين، ولم يتطرقوا لها من خلال كتبهم الفقهية، إلا أن المعاصرين عرفوها فقالوا المعاينة:"هي أن يشهد القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر".[833]

4. 10 . 2 المعاينة في القانون

"هي الكشف الحسي المباشر لاثبات حالة الشيء أو الشخص من خلال الرؤية أو الفحص المباشر".[834]

ولا يخفى تداخل المعاني اللغوي والفقهي والقانوني مع البعض، وكلها دائرة حول معنى واحد وهي الرؤية والمواجهة والتحقق من الأمر.

4. 10. 3 مشروعية المعاينة

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾.[835]

يقول المراغي(ت: 1371هـ): "القوام: هو المبالغ في القيام بالشيء والاثبات به مستوفياً لا نقص فيه، وقد أمر الله بإقامة الصلاة وإقامة الشهادة وإقامة الوزن بالقسط تأكيداً للعناية بهذه الأشياء".[836]

---

[832] ابن منظور، ***لسان العرب***، 302/13، الزبيدي، محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني، ***تاج العروس من جواهر القاموس***، تح: مجموعة من المحققين، دار الهدية، (د.ط)،(د.ت)، 292/9.

[833] الزحيلي، محمد مصطفى، ***وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية***، مكتبة دار البيان، دمشق ـ بيروت، ط1، 1402هـ/1982م، ص59.

[834] نشأت، ***رسالة الإثبات***، 430/2.

[835] النساء، 135/4.

[836] المراغي، أحمد بن مصطفى، ***تفسير المراغي***، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط1، 1365هـ / 1946م، 178/5.

المقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في المعاينة

تعد المعاينة من الأدلة المهمة في الوقائع المادية، ويكون القاضي عن طريقها اعتقاده بملامسته للوقائع ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته لا مما يقدمه له الخصوم من الاقوال والمستندات والبيانات، وهي ضرورية في بعض القضايا، اذ يتعين معاينة محل النزاع وفحص حالته لتتمكن المحكمة من تكوين اعتقاده الصحيح عن حقيقة المنازعة وكيفية استخلاص الحكم فيها. وان المدعي مهما بلغ في وصف المدعى به الغائب عن مجلس القضاء وتعريفه، فقد يبقى وصفه مبهما لا تتجلى فيه صورة المدعى به في ذهن القاضي، وقد يخالفه خصمه في الوصف، فلا يهتدي القاضي الى حقيقة الحال المقصودة في التحقيق والحكم، فلوجود ابهام في الوصف ومخالفة الخصم، يجد القاضي ضرورة لاجراء المعاينة على المدعى به وتقرير حالته لتكون أساساً للدعوى، وتنتج المعاينة ثبوتاً لبعض الوقائع بمعاينة القاضي لها وقد يستخلص من المعاينة قرائن يستدل بها على أمور معينة تتعلق بالدعوى، وهذا المنع يقتصر على الوقائع المتحصلة له قبل اقامة الدعوى أمامه، ولا يسري هذا المنع على قيامه باجراء المعاينة، فبأمكانه ان يجمع بحواسه الذاتية معلومات عن الوقائع المتنازع عليها والتي تؤدى الى معرفة الحقيقة، وإن انتقال المحكمة للمعاينة من الرخص المخولة لها، فلا معقب لسلطتها في ذلك متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لاقتناعها، أما في الشريعة الإسلامية فليس فيها ما يدل على أن المعاينة من وسائل الإثبات، بمعنى أن نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي لم تتضمن قواعد منضبطة للمعاينة، كما هو الحال في القوانين الحديثة، خلافاً لطرق الإثبات الأخرى كالبينة والاقرار واليمين مثلاً، ولكن المعاينة كوسيلة من وسائل التعريف على الحقيقة لم تكن غريبة على القضاء المسلمين.[837]

وفائدة المعاينة، أنه مهما بلغ المدعى في وصف المدعى به من دقة، فقد يبقى وصفه مبهماً لا تتجلى فيه صورة المدعى به في ذهن القاضي، وقد يخالفه خصمه في الوصف فلا يهتدي الى حقيقة الحال.

وفي هاتين الحالتين، أي إيهام الوصف ومخالفة الخصم، يجد القاضي ضرورة لمعاينة المدعى به بنفسه وتقرير حالته لتكون أساساً لحسم الدعوى.

فالمعاينة تنتج مزيداً من الإيضاح والوضوح للمسألة المعروضة على القاضي، سواء تعلق ذلك بالأشخاص أم الأموال.

---

[837] بكر، قانون الإثبات، ص280.

إن المعاينة لكي تنتج أثرها القانوني، يلزم أن يراعي فيها الإجراءات القانونية المطلوبة، مثل وجوب قيام القاضي بمعاينة النزاع بنفسه، لانه لا يجوز الاستناد الى معاينة تمت في دعوى سابقة. أو الكشف الذي قامت به دائرة أخرى كالتسجيل العقاري مثلاً.

واذا قامت المحكمة بالمعاينة، فإن كل ما يثبت لها بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يحتم عليها أن تقول كلمتها فيه. وللمحكمة قبول الدليل الناتج عن المعاينة أو عدم قبوله، لان المعاينة دليل غير ملزم للمحكمة.

أما اذا لم تذكر المحكمة في حكمها شيئاً عن نتيجة المعاينة، فان حكمها سوف يتعرض للنقض.[838]

وهي تعتبر الآن من أهم الأدلة الموصلة إلى بيان الحقيقة، لأن الحاكم يقف بنفسه على الوقائع، فهي تعد من طرق الإثبات المباشرة لا تصالها المباشر بالواقعة محل الإثبات. والذي يقوم بالمعاينة في الدعوى الحاكم نفسه أو يستعين بأحد الخبراء، أو يندب لذلك خبيراً لإجراء المعاينة التي تتم وفقاً للقواعد السابقة.[839]

4. 11 الخبرة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

4. 11. 1 الخبرة لغة واصطلاحاً

الخبرة لغة: تقول خبرت بالأمر، أي: علمته، وخبرت الأمر: عرفته على حقيقته. والخبير: من أسماء الله عز وجل العالم بما كان وما يكون، وهي صيغة مبالغة: كعليم وقدير، وقوله تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَى عَلَى الْعَرْشِ الرَّحْمَنُ فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا﴾.[840]

أي اسأل عنه خبيراً يخبر. والخبر: ما أتاك من نباءٍ عمن تستخبر. واستخبره: سأله عن الخبر وطلب أن يخبره.[841]

الخبرة اصطلاحاً: لم يعرف فقهائنا السابقون الخبرة، لكنهم اعتمدوا على كلام الخبراء.

---

[838] ملوكي، ***قانون الإثبات***، ص108.

[839] والي، فتحي، ***الوسيط في قانون القضاء المدني***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1980م، ص618.

[840] الفرقان، 59/25.

[841] ابن منظور، ***لسان العرب***، 226/4 ـ 227، الزبيدي، ***تاج العروس***، 125/11.

4. 11. 2 الخبرة في القوانين الوضعية

الخبير هو كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل.[842]

والفقه الإسلامي أورد مسألة الخبرة في كثير من المواقع كتقيم المتلفات وأروش الجنايات، ونصت المادة(364) في المجلة على: "إن نقصان الثمن يصير معلوماً بإخبار أهل الخبرة الخالين عن الغرض وذلك بأن يقوّم ذلك الثوب سالماً ثم يقوم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وعلى مقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان".[843] والقانون يجيز للحاكم الإستعانه بالخبراء للاستهداء بآرائهم.

"وتقتصر الخبرة على مسائل الواقع فحسب، أي المسائل المادية وحدها، فلا تمتد إلى مسائل القانون التي تظل من اختصاص القاضي وحده، ويجب على الخبير بعد انتهاء مأموريته أن يعد تقريراً بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند عليها، بإيجاز ودقة، وأن يوقعه الخبير الذي أعده، وإن تعدد الخبراء أمكن لكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً ما لم يتفقوا على تقديم تقرير واحد مشتمل على توقيعاتهم ورأي كل منهم وأسبابه. ويجب إيداع التقرير مع محاضر أعمال الخبير قلم كتاب المحكمة التي انتدبته، وعلى الخبير أن يخطر الخصوم بإيداع تقريره في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله بكتاب مسجل".[844]

ويلتزم القضاء بالفصل في كل منازعة تعرض عليه وتكون داخلة في حدود اختصاصه، والا عد منكراً للعدالة، والقضاء في حكمه في المنازعات يتفهم تفاصيلها ودقائقها ليتسنى له تطبيق القانون عليها، الا أن من المنازعات التي يعرض امرها على القضاء، يتعلق أو يتصل بمسائل علمية أو فنية دقيقة بعيدة عن المجال الاصيل لثقافة القاضي الذي لا يشترط فيه سوى العلم بالقانون، لذلك توفيقاً بين دقة تفهم بعض المنازعات وضرورة التزام الفصل فيها، يبيح القانون اصلاً ويوجب استثناءاً، استعانة القضاء على سبيل الأستشارة دائماً بأهل العلم في المشاكل التي تعرض امامه، وهذه هي الخبرة لدى القضاء ويسمى من يستعين بهم القضاء لذلك الخبراء.

وتعد مهنة الخبرة من اهم المهن واخطرها فالخبير هو عون القاضي يضع تحت تصرفه معارفه وتجاربه ويكشف له ما خفي أو اشكل من الامور وينير ويهيئ له الطريق للفصل في النزاع المعروض

---

[842] بهنسي، أحمد، ***نظرية الإثبات في الفقه الجنائي***، دار الشروق، عمان، ط1، (د.ت)، ص179.

[843] حيدر، ***درر الحكام***، المادة (346)، 353/1.

[844] الحسن، سميح عواد، ***نظرية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي***، دار النوادر اللبنانية، بيروت، ط1، 1435هـ / 2014م، ص181.

عليه على اساس سليم. كما أنه يجوز للخصوم طلب رد الخبير الذي تعينه المحكمة التي تنظر الدعوى.

وليس من شان الخبراء مطلقاً مناقشة وتحليل الوقائع والقول بأن طلب المدعي لا مورد له من القانون لأن ذلك يدخل حصراً في مهمة المحكمة.[845]

الخبرة إجراء من إجراءات الإثبات يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية في أي فرع من فروع المعرفة بواسطة أشخاص لهم اختصاص ودراية وعلم مثل تلك الأمور ليتسنى للقاضي الوصول الى الحقيقة التي تمكنه من الفصل في النزاع.

والقاضي ليس ملزماً بإجابة طلب الاستعانة بخبير بل الأمر متروك لتقديره.

فاذا كانت الخبرة هي الوسيلة الوحيدة للوصول الى قرار في الدعوى، فلا يجوز للقاضي رفضه دون مبرر مقبول.

كما أن للقاضي الاستعانة بخبرة الخبراء ولو لم يطلب الخصوم ذلك، اذا راى ما يستلزم الخبرة.

والالتجاء الى الخبرة في العمل القضائي يزداد انتشاراً في الحياة العملية ليس بسبب تشعب وتقدم المعارف الإنسانية، وتعذر إلمام القاضي بها، وانما رغبة من القضاة في بعض الأحيان في التخلي عن بعض مهامهم الى الخبراء.

الاثبات عن طريق القرائن القضائية يقوم على تفسير القاضي لما هو ثابت لديه من الوقائع كي يستخلص من ذلك بطريق الاستنباط العقلي المبني على ماهو راجح الوقوع، قرينة يستدل بها على وجود أو نفي واقعة مجهولة لديه، وان قاضي الموضوع يختص وحده بهذا الاستنباط، والذي هو عبارة عن عملية ذهنية تعتمد في صوابها على مدى فهم وادراك القاضي لوقائع النزاع وتقديره لدلالتها، وان الخطأ في سياق هذا المجهول الفكري محتملاً، ولذا جعل القانون القرينة القضائية في مرتبة الشهادة، وتختلف القرينة عن الشهادة في أن الوقائع المراد الاستنباط منها في القرينة هي وقائع لا تكذب أو تتحيز كالشهود. ولكن الخشية تكمن في دقة الاستنباط لدى القاضي ومقدار تجرده، خاصة وان الاثبات بالقرائن يتطلب تفكيراً يعتمد على ذكاء القاضي وفطنته وخبراته السابقة.[846]

---

[845] الميامي، فوزي كاظم المياحي، ***دعاوى أجر المثل***، مكتبة صباح، بغداد، (د.ط)، 2008، ص82 ـ 83.

[846] ملوكي، ***قانون الإثبات***، ص88.

نموذج من القرار الصادرة بشأن قبول رأي الخبير

القرار:-

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك أن المجنى عليه ح.ه.ح كان راكباً في السيارة المرقمة 2470/واسط ـ تويوتا ـ بيكاب ـ المؤمنة لدى المدعى عليه تأميناً الزامياً نافذ المفعول وقت حصول الحادث ـ قاصداً بغداد وفي الطريق انقلبت السيارة المذكورة نتيجة انفجار الاطار الخلفي الايمن فنقل المجنى عليه الى المستشفى على أثر ذلك وكان في حالة اغماء وبعد بضمة أيام توفي المجنى عليه وبنتيجة تشريح جثته تبين أنه كان مصاباً بتصلب شريان الاكليلي مع احتشاء العضلة القلبية وتشمع في الكبد وتشجم في الطحال وقد استنتج الطبيب من المشاهد التشريحية ان سبب الوفاة هو التصلب الشرياني الاكليلي واحتشاء العضلة القلبية وتشمع الكبد وجاء في التقرير التشريحي أنه لا أثر للرضوض والجروح ظاهرياً على الجسم كما لم يشاهد نزف، دموي في اعماق الطبقات العضلية بعد التبضيع. وحيث ان وكيل المدعى عليه قد دفع بأن الوفاة لم تحصل بسبب انقلاب السيارة وان سببها الامراض التى أشار اليها التقرير الطبي التشريحي المنوه عنه لذلك فقد استعانت محكمة الموضوع بثلاثة من الخبراء احدهم الدكتور وصفي محمد علي مدير معهد الطب العدلي لبيان ما اذا كان انقلاب السيارة يعتبر عاملاً في احداث الوفاة فبين الدكتور وصفي في التقرير المؤرخ 1980/12/28 بأنه(بعد اطلاعه على ظروفه الحادث وحصول الموت خلال فترة قصيرة فلا يمكن تناسي ما لتأثير انقلاب السيارة على الشخص المذكور سيما وانه مصاب بأمراض في الشريان الاكليلي الذي يغذي العضلة القلبية وان العضلة ذاتها مصابة بآفة مرضية هي الاحتشاء فان الانفعال النفسي والاضطراب الذي يحصل في مثل هذه الحالة لا بد وان يحدث تأثيراً على قلب المريض فيرتبك القلب ويعجز عن اداء مهمته ويتوقف ويحصل الموت وإن حادث انقلاب السيارة قد عجل في حصول الموت للشخص المذكور)وحيث أن الثابت من أقوال الخبير إن انقلاب السيارة كان له تأثير في حصول الوفاة وحيث إن الخبراء أخذوا هذه الجهة عند تقديرهم للتعويض بنظر الاعتبار وقد روا التعويض بنوعيه المادي والادبي بشكل مناسب لا مغالاة ولا اجحاف فان تقريرهم يصح أن يكون سبباً للحكم وفقاً للمادة140/ف1 من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 لذلك قرر تصديق الحكم المميز ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالإتفاق في 1981/8/17.[847]

---

[847] المشاهدي، ***المختار من قضاء محكمة التمييز***، ص116.

4. 12 الإثباتات المستحدثة

إن وسائل الإثباتات العلمية الحديثة يقصد بها كشف مجال إثبات الجرائم ونسبتها إلى مرتكبيها أو تبرأتهم من التهمة المنسوبة إليهم.

فمن المسلم أن بعض الجرائم ترتكب في الوقت الحاضر لم تكن مشهودة ومعروفة من قبل، كذلك ظهرت بعض الأجهزة المستحدثة لمعرفة الجناة.

إن حماية المجتمع تتطلب إتخاذ بعض الإجراءات في مواجهة الجرائم في التصدي لحمايتها، فالعلماء وضعوا بعض الأساليب وطرق كشف الجرائم في وقتنا الحاضر، وهي كثيرة وسنبحث عن بعض منها:

4. 12. 1 وسائل التحليل التخديري.

إنّ تشكيل وسيلة التحليل عن طريق بعض المواد المخدرة طريقة إصطناعية لإحداث التلاشي أو الضعف في الجهاز الإرادي أو الشعور لدى الإنسان وشل وظيفته وحركته، بحيث يظهر كل ما يساوره من أفكار على لسانه دون إمكان التحكم فيها.[848]

ويستعمل التخدير لإجراءات الطبية، والعمليات الجراحية دون ألم أو معاناة، وفي الوقت ذاته فإن للتخدير مخاطر رئيسية وثانوية، فالرئيسية الوفاة والنوبة القلبية والانصمام الرئوي، والثانوية قيء وغثيان.

"ومن المسلمات العلمية أن الجهاز النفسي للإنسان يتضمن نوعين من النشاط النفساني، نشاط إرادي وغير إرادي. ويسمى الأول بالعقل الظاهر أو الشعور، ويشمل جميع ملكات العقل الواعي ومظاهر التفكير الإرادي، وكافة المظاهر الشعورية. أما النوع الثاني من النشاط النفسي فيسمى بنشاط العقل الباطن أو اللاشعور، ويشمل الغرائز الحيوان والميول والنزعات الفطرية الموروثة والمكتسبة".[849]

وقد وجهت انتقادات كثيرة إلى هذه الوسيلة، لأنها تشكل إعتداءً على الكيان المادي لجسم الإنسان عند حقنه بالمواد المخدرة، لا سيما أن الأبحاث الطبية الحديثة قد أثبتت خطورة هذه المواد على صحة جسم الإنسان وإن هذه العقاقير تؤثر في الملكات العليا للإنسان وتفصل بين

---

[848] العوجي، مصطفى، ***حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية*** موسسة نوفل، بيروت، ط1، 1989م، ص613.

[849] فتحي، محمد، ***علم نفس الجنائي علماً وعملاً***، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط4، 1969م، ص47.

الشعور واللاشعور، فيتكلم عنها وكأنها حقائق قام فعلاً بإرتكابها وهو لم يفعلها في الواقع، في حين أنها مجرد أوهام تتعلق بجريمة لم تتعد مرحلة التفكير مما تجعل الأقوال التي يدلي بها ذلك الشخص غير معتبرة عن الواقع والأهم من ذلك النتائج التي تسفر عنها هذه الوسيلة فهي موضع شك و ريبة.[850]

ولايجوز إستعمال هذه الوسيلة في المجال الجنائي شرعاً لكون هذا الإجراء يعد ضرباً من ضروب الإكراه المادي الذي يبطل كل ما تبنى عليه من نتائج، وبذلك لا يجوز التعويل على هذه النتائج في قضايا الإثبات الجنائي.[851]

حتى قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي يمنع استعمال هذه الوسائل فقد نصت المادة(127).

"لا يجوز استعمال وسيلة غير مشروعية للتأثير على المتهم للحصول على إقراره ويعتبر من الوسائل غير المشروعة إساءة المعاملة والتهديد بالايذاء أو الإغراء والوعد والوعيد والتأثير النفسي واستعمال المخدرات والمسكرات والعقاقير".[852]

4. 12 . 2 التنويم المغناطيسي

التنويم المغناطيس حالة نوم مصطنع غير حقيقي لبعض ملكات العقل الظاهر عن طريق الإيحاء، تتغير فيها الحالة الجسمانية والنفسية والإداء العقلي الطبيعي للنائم، بحيث يتقبل فيها النائم الإيحاء دون محاولة طبيعية لإيجاد التبرير المنطقي له، والغرض من التنويم المغناطيسي هو استدعاء المعلومات والأفكار التي قد تكون عميقة في اللاشعور عند نسيانها أو في الشعور عند الامتناع عن البوح بها، والتي لا يمكن الوصول إليها بوساطة إجراءات التحقيق الاعتيادية[853]، وذلك عن طريق التأثير في إرادة المنوم بحيث يصبح في وضع المستجيب لإيحاء المنوم بوساطة إحداث نوم مصطنع يصاحبه حالة من الفراغ والارتخاء والراحة النفسية المتحررة من العوائق التي توقف الأفكار.[854]

إن استخدام التنويم المغناطيسي في الحصول على اعتراف المجرمين لا يمكن الإستناد اليه شرعاً وقانوناً لا نعدام الإرادة.

---

[850] النبراوي، محمد سامي، استجواب المتهم، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1969م، ص464.

[851] فالح، محمد حسن، مشروعية الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، (د.د.ن)، طض، بغداد، 1987م، ص75.

[852] حياوي، ***قانون اصول المحاكمات***، المادة(127)، ص47.

[853] النبراوي، ***استجواب المتهم***، ص485.

[854] العوجي، ***حقوق الإنسان***، ص610.

أما رأي الفقه الإسلامي فلا يجيز إستخدام هذه الوسائل، وهي من اخطر الوسائل التي يأباها الضمير الإنساني، لأنها تؤدي إلى معاملة الإنسان كالحيوان التي تجرى عليها التجارب، لأنها تنطوي على أحياء أساليب التعذيب المهجورة.[855] ولأن الإرادة تعد مناط المسؤولية لهذا كان الإقرار عن طريق الإكراه غير معتبر شرعاً لفقد الإرادة، فإقرار المتهم في هذه الحالة لا تترتب عليه أثر، لأن الشريعة كفلت كرامة الإنسان.[856]

حتى قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي يمنع استعمال هذه الوسائل فقد نصت المادة(127).

"لا يجوز استعمال وسيلة غير مشروعة للتأثير على المتهم للحصول على إقراره ويعتبر من الوسائل غير المشروعة إساءة المعاملة والتهديد بالايذاء أو الإغراء والوعد والوعيد والتأثير النفسي واستعمال المخدرات والمسكرات والعقاقير".[857]

4. 12. 3 أجهزة كشف الكذب

يعد جهاز كشف الكذب من الوسائل العلمية الحديثة التي قد يستعان بها في المجال الجنائي لمعرفة فيما إذا كان الشخص المستجوب يقول الحقيقة أم يدلي بأقوال ومعلومات كاذبة، على الخصوص في القضايا التي لا توجد فيها أدلة مادية غير أقوال المتهمين أو شهادات منفردة. "وتستخدم هذه الوسيلة عن طريق رصد التغييرات الفسيولوجية أو الحركات التعبيرية اللاإرادية كضربات القلب وحركات التنفس، ودرجة مقاومة الجلد للتيار الكهرباي الخفيف، وضغط الدم الذي يعتري الإنسان عند توجيه أسئلة معينة إليه".[858]

إن استخدام أجهزة كشف الكذب غير شرعي وقانوني.

أما موقف الفقه فأن العلماء لا يأخذون بالنتائج المحصلة عن طريق وسائل أجهزة الكذب على الإطلاق، وأن مجرد إستعمال هذا الجهاز يعد من قبيل الإكراه المادي، إذ إن فيه إعتداءً على حرية الشخص في الصمت الذي بمقتضاه يحق للمتهم الامتناع عن التعبير عن مكنونات نفسه. وبذلك فإن الإعترافات الصادرة نتيجة إستعمال هذا الجهاز تكون باطلة، حتى لو كان إستعماله برضا المتهم، إذ يعتبر الرضا معدوماً، لأن الشخص المتهم لا يرفض عادة الخضوع للجهاز خوفاً من أن يفسر رفضه قرينة في غير صالحه. وقد ذهب البعض إلى عد الإعترافات التي تم التوصل إليها بوساطة هذا الجهاز

---

855 النبراوي، ***استجواب المتهم***، ص488.

856 مطلوب، عبدالمجيد، نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، (د.ط)، 1987م، ص77.

857 حياوي، ***قانون أصول المحاكمات***، ص47.

858 الملا، سامي صادق، ***اعتراف المتهم***، المطبعة العالمية، القاهرة، ط2، 1975م، ص127.

مساوية مع تلك التي تؤدي إليها التعذيب.[859]

أما موقف القوانين الوضعية فإنهم لم يتطرقوا إلى ما يفيد جواز أو منع استخدام أجهزة كشف الكذب أي لم يقنن لحد الآن في اكثر القوانين الوضعية وموقف قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي المادة(127):

"لا يجوز استعمال وسيلة غير مشروعية للتأثير على المتهم للحصول على إقراره ويعتبر من الوسائل غير المشروعة إساءة المعاملة والتهديد بالإيذاء أو الإغراء والوعيد والتأثير النفسي واستعمال المخدرات والمسكرات والعقاقير".[860]

4. 12 . 4 الكلاب البوليسية

تعد الكلاب من المخلوقات التي وهبها الله صفات مميزة وفريدة، وإستخدمها الإنسان قديماً وحديثاً، فضلاً عن إستخدمها من قبل جهاز الشرطة للكشف عن الجرائم مثل جرائم القتل والسرقات والكشف عن المخدرات والأسلحة في السيطرات، فضلاً عن الإستخدامات المدنية.

"ومن الحقائق العلمية أن لكل إنسان رائحة عرق خاصة تختلف من شخص لآخر وذلك بسبب وجود مواد بروتينية غير معروفة التركيب، مكونة من سائل ثقيل أبيض اللون عديم الرائحة يحتوي على مواد تحلل بوساطة البكتريا الموجودة على جسم الإنسان، والتي تنتج عنها الرائحة المميزة للشخص. إذ ثبت حديثاً أن مجموع البكتريا الموجودة على جلد الإنسان تختلف من شخص لآخر من حيث الحساسية للمضادات الحيوية وسلوكها المنفرد تجاه التحاليل الكيمياوية، لذلك يكاد يكون من الثابت علمياً أن جسم كل كائن حي وخاصة الإنسان يفرز بإستمرار رائحة خاصة تختلف من كل جسم عنها في الآخر".[861]

أما موقف الفقه فإن إستخدام الكلاب البوليسية في المجال الجنائي قد تعرض إلى إنتقادات شديدة فيما يتعلق بالتعرف على المتهم وحمله على الإعتراف، نظراً للتشكيك في النتائج التي يؤدي إليها إستخدام هذه الكلاب. وعلى الرغم من ذلك فإن لهذه الوسيلة أنصاراً ومؤيدين، لما لها من فوائد ومميزات لكونها وسيلة ناجحة للإستدلال على المجرمين وجمع الأدلة ضدهم، وهذا يؤدي إلى حصر نطاق التحقيق.[862] فنستطيع القول بأن استخدام الكلاب البوليسية ذو حدين:

---

[859] فالح، محمد حسن، ***مشروعية الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي***، (د.د.ن)، ط1، 1987م، ص58.

[860] حياوى، قانون أصول المحاكمات، المادة(127)، ص47.

[861] أحمد، عبداللطيف، ***التحقيق الجنائي الفني***، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ط2، 1963م،ص177.

[862] فالح، ***مشروعية الوسائل العلمية***، ص121.

استخدامها في التعذيب، أو إكراه المتهم المادي والمعنوي، أو الإذلال، أو الإهانة، أو الحط من كرامة المتهم، وجرحه فهذا من الأمور المحرمة في الشريعة الإسلامية.

أما استخدامها للتعرف على الجاني، أو تتبع الأثر، أو الوصول إلى أماكن الجناة فإن استخدامها لامانع شرعاً.

أما موقف القوانين الوضعية فلم يتطرقوا إلى ما يفيد جواز أو منع إستخدام الكلاب البوليسية في المجال الجنائي، رغم أن بعض النقولات وردت بأنه لا مانع من أن يستعان في التحقيق بالكلاب البوليسية كوسيلة من وسائل الإستدلال إلا أنها لم تكن صحيحة.

4. 12. 5 الطبعة الجينية في الإثبات الجنائي

تعد تقنية الـ DNA من أهم الوسائل العلمية المبتكرة الحديثة من حيث إستخدامها لأغراض في مسائل جنائية وغير جنائية، والتطور الكبير الذي حصل في تقنية الجينات بشكل عام وتقنية ألـDNA بشكل خاص أصبحت هذه الطريقة في مقدمة الإثباتات القضائية للتعرف على الجناة أو المشتبه بهم أو تبرأتهم، خاصة فيما لو كان أشخاص عدة مشتبه بهم وتتوافر في القضية مواد إثبات معينة كالدم، وغير ذلك من الآثار أو المواد الحيوية التي تترك من قبل الجناة في مسرح الجريمة، إذ يمكن عن طريق فحص أو تحليل الـ DNA الموجودة أو المكون لتلك المواد أو الآثار إثبات عائدية هذه المواد إلى شخص أو أشخاص معينين مشتبه بهم في الجريمة.

وتعتمد الوسائل الحديثة في الإثبات عن طريق الجينات على تحليل الحامض النووي الـDNA، ومعرفة الشفرة الجينية التي تتميز من شخص لآخر، ويتم هذا التحليل على أي جزء من أجزاء الجسم البشري أو بقاياه و مشتقاته كالشعر والدم.[863]

هذه الوسيلة أحدثت ثورة عظيمة في الأدلة والإثبات، والقوانين الوضعية اعترافت ببصمات الأصابع كدليل لا يحتمل التأويل والشك، والأهم من ذلك كلها البصمة الجينية.[864]

ويتم التعرف على الجناة في القتل أو الاغتصاب من خلال البصمة الوراثية في فحص الدم أو السائل المنوي، وذلك في جميع خلايا الشخص، لأن البصمة الوراثية لا يمكن التطابق بين الاثنين على الإطلاق.[865]

---

[863] عبدالمجيد، رضا عبدالحليم، ***الحماية القانونية للجين البشري***، الاستنساخ وتداعياته، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1998م، ص134.

[864] أحمد، فؤاد عبدالمنعم، ***البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون***، المكتبة المصرية، الإسنكدرية، ط1، (د.ت)، ص87.

[865] عبدالباسط، محمد جمل، ***بصمة الحمض النووي المفهوم والتطبيق***، دار العلم للجميع، القاهرة، (د.ط)، 1991م، ص112.

ولعل أهمية هذه الوسيلة لا تكمن في كونها أحدث وسيلة للتحقيق من الشخصية فحسب، بل هي وسيلة فعالة لتبرئة المشتبهين أو المتورطين في بعض الجرائم ونفي علاقتهم بها أيضاً.

والقوانين الوضعية تأخذ بالطبعة الجينية في أنحاء العالم ، لكن تتفاوت في درجات مع بعضها البعض، أما بخصوص الدول الإسلامية فقد أجاز قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي إجبار الشخص على إعطاء عينة من دمه، إلا أنه لم يعالج مسألة التقنية الجينية، ولكن إستناداً إلى هذه المادة فإنه يمكن إستنتاج مشروعية وجواز اللجوء إلى هذه التقنية في القانون العراقي، لا سيما وأنها تؤدي إلى نتائج حاسمة في القضايا الجنائية لأغراض الإثبات وذلك لقطعية نتائجها من الناحية العلمية، كما هو الحال في طبعات الأصابع.

وعلى هذا الأساس فاستعمال الطبعة الجينية في القوانين الوضعية اكثر اشتمالاً في الفقه الإسلامي، لكن كمبدأ عام لا مانع من الإعتماد عليها في التحقيق الجنائي.

وقد أفتى المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بشأن البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة لكن بشروط لابد منها:

اولاً: لا مانع شرعاً من الإعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص.

ثانياً: لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

ثالثاً: إن إستعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية، ولذلك لابد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

رابعاً: لا يجوز إستخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً.[866]

---

[866] مجلة الرائد، العدد 234، 1422هـ/ 2002م.

5. الحكم على الغائب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

كثيراً ما يكون المدعى عليه غائباً عن المحكمة أو هارباً منها، ولابد لكل إنسان أن يأخذ حقه من الآخر، ونرى ونشاهد الآن في وقتنا الحاضر، يحكم الحاكم على المدعى عليه وهو غائب، لذا نبحث عن هذه المسألة في الفقه الإسلامي، ثم مقارنته مع القانون الوضعي، ومدى اختلاف واتفاق بينهما.

5. 1 الغائب لغة واصطلاحاً

الغائب لغة: اسم فاعل من الفعل الثلاثي: غاب، بمعنى: بان وبعد عن المكان، وهو خلاف شهد وحضر، وهو مصدر غاب يغيب، والغب الإتياب في اليومين ويكون أكثر، وأغب القوم وغب عنهم جاء يوماً وترك يوماً، ويقال للجمع: غائبون، وغياب (بوزن كفار) وغيب (بوزن ركع). وغيب (بوزن خدم).[867]

الغائب اصطلاحاً: " هو الغائب عن المجلس أو عن البلد بحيث لم يدر موضعهما".[868]

5. 1. 1 تحديد المسافة في الحكم على الغائب

الأصل أن الحاكم لا يحكم في قضية إلا بعد الاستماع من المدعي والمدعى عليه، ثم يحكم في النهاية في الفصل بينهما.

والسؤال هنا هل يستطيع الحاكم في المحكمة الاكتفاء بسماع دعوى المدعي في غياب المدعى عليه؟

قبل الدخول في تفصيل المسألة علينا تحديد حد الغيبة، ثم الحكم على المدعى عليه.

5. 1. 2 حد الغيبة في الفقه الاسلامي

في تحديد مسافة الغيبة هناك ثلاثة أقوال في الفقه الإسلامي:

القول الأول: المالكية لديهم أوجه مختلفة في تحديد المسافة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول:

الغيبة القريبة: إذا كان المدعى عليه يبعد عن مجلس الحكم أكثر من مسيرة يومين أو ثلاثة أيام، فقد قدروا ذلك بالغيبة القريبة.

ففي هذه الغيبة يرسل الحاكم اليه كتاباً مرة أو مرتين، ليبلغه بالدعوى، فإما أن يحضر أو يوكّل غيره، فإن لم يجب سمع الحاكم الدعوى، وحكم بالقضية ولا ينتظر مجيئ المدعى عليه.

---

[867] الفيروز آبادي، ***القاموس المحيط***، 121/1، ابراهيم، ***المعجم الوسيط***، 667/2، الرازي، ***مختار الصحاح***، ص231.

[868] الزيلعي، ***تبيين الحقائق***، 310/3، ابن نجيم، ***البحر الرائق***، 18/7.

القسم الثاني:

الغيبة المتوسطة: أن يكون المدعى عليه على مسافة عشرة أيام مع الأمن، أو يومين مع الخوف، ولا يستطيع الحاكم أن يحكم على الغائب في هذا القسم إلا بوجود شرطين:

الشرط الأول: أن يحلف المحكوم له يمين القضاء (الاستظهار)

الشرط الثاني: أن لا يكون موضع الحكم استحقاق عقار الغائب، لأن الحاكم لا يسمع دعوى استحقاق عقار الغائب في المتوسطة، أما غير الاستحقاق فتسمع ويجيب الحاكم.

ففي هذه المسافة، لا يرسل الحاكم إليه، لمشقة الصبر والانتظار، بل يسمع الدعوى ويحكم عليه بالبينة، لكن في النسب، والطلاق، والديون، لا في استحقاق العقار، لكثرة المشاحنة فيه.

القسم الثالث:

الغيبة البعيدة: مثلها علماء المالكية بالمسافة بين مكة أو المدينة والأندلس أو خراسان.[869]

فالحاكم يستطيع الحكم على الغائب في هذا القسم في كل شيء، بشرط سماع البينة.[870]

القول الثاني: قاله الشافعية وقد قسموا الغيبة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الغيبة هي مسافة القصر، وتقرب حوالي 88 كم، وعللوا ذلك لأن الشارع اعتبرها في مواضع كثيرة من الأحكام كقصر الصلاة، وفطر المسافر للصائم[871].

ففي هذه الحالة لا تسمع الدعوى، ولا البينة حتى يحضر، الا إذا امتنع واختفى.[872]

القسم الثاني: الغائب من كان خارج ولاية الحاكم، فتسمع البينة عليه من المدعي، ويقضى بها.[873]

القسم الثالث: تقدير مسافة العدوى، وقد فسروها بأنها المسافة التي يقطعها الشخص ذهاباً وأياباً، بحيث إذا خرج من بيته مبكراً عاد إلى أهله في نفس اليوم الذي خرج فيه، وهذا القسم في تحديد المسافة هو الراجح عند الشافعية، فهذا لا يجب عليه الحضور، للبعد والمشقة، لكن تسمع الدعوى والبينة، ويحكم الحاكم بموجبها.[874]

---

[869] ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 162/4 ـ 163.

[870] الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 162/4 ـ 163.

[871] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 524/4.

[872] البهوتي، ***كشاف القناع***، 355/6.

[873] قليوبي وعميرة، أحمد سلامة وأحمد البرلسي، ***حاشية قليوبي وعميرة***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1415هـ/ 1995م، 312/4.

[874] الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، ***تحفة المحتاج في شرح المنهاج***، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، (د.ط)، 1357هـ /1983م، 10/ 163.

القول الثالث:يترك تقدير المسافة للحاكم،وهو قول الشوكاني،فقال:"أما قدر مسافة الغيبة فينبغي تفويض النظر فيها إلى الحاكم المجتهد،لاختلاف الأحوال باختلاف الأشخاص والأحوال".[875]

الراجح: أرى بأن القول الثالث في غاية الجمال، وذلك لملائمته للواقع الحالي، فالمسافات الآن تقطع ببالغ السرعة، ولكثرة المواصلات، ووسائل النقل المتعددة، وترك الأمر إلى الحاكم غاية معقولة، لأن الحاكم مأمور بأن يحكم بالعدل، وَحَتْماً يراعي ظروف المدعي والمدعى عليه، في استرداد الحقوق والإلتزام بالواجبات.

5. 1. 3 آراء الفقهاء في الحكم على الغائب

اختلف الفقهاء في الحكم على الغائب على قولين:

القول الأول: نفاذ حكم الحاكم على الغائب، وهو رأي جمهور العلماء من المالكية سوى ابن الماجشون(ت:213هـ)، والشافعية. والراجح عند الحنابلة، والأوزاعي(ت:157هـ)، وابن المنذر(ت: 318هـ)، والزيدية، وابن حزم، والإمامية.[876]

القول الثاني: عدم نفاذ حكمه، وهو رأي الحنفية[877]، والقاضي شريح(ت: 78هـ)، وعمر بن عبدالعزيز، وابن أبي ليلى، والثوري(ت:161هـ)، والشعبي(ت:100هـ)، وبه قال الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه[878]، وهو قول ابن الماجشون من المالكية.[879]

يقول الزيلعي(ت:743هـ): "ولا يقضي على غائب، إلا أن يحضر من يقوم مقامه، كالوكيل والوصي، أو يكون ما يدّعي على الغائب، سبباً لما يّدعي على الحاضر، كمن ادّعى عيناً في يد غيره أنه اشتراها من فلان الغائب".[880]

أدلة أصحاب القول الأول: استدل القول الأول في جواز الحكم على الغائب بالكتاب، والسنة، وأفعال الصحابة، والإجماع، والقياس.

---

[875] الشوكاني، ***السيل الجرار***، ص293.

[876] ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 107/1، ابن حزي، ***القوانين الفقهية***، ص196، النووي، ***روضة الطالبين***،175/11، الهيتمي، ***تحفة المحتاج في شرح المنهاج***، 163/10، الرملي، ***نهاية المحتاج***، 255/8، ابن قدامة، ***المغني***، 96/10، ابن المرتضى، ***البحر الزخار***، 447/9، ابن حزم، ***المحلى***، 434/8، الحلي، المختصر النافع، ص285.

[877] الميداني، ***اللباب***، 165/3.

[878] ابن قدامة، ***المغني***، 96/10.

[879] ابن الجزي، ***القوانين الفقهية***، ص197.

[880] الزيلعي، ***تبيين الحقائق***،191/4.

أ- الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لِلّهِ﴾.[881]

وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾.[882]

وجه الدلالة: في هاتين الآيتين لم يخص - سبحانه وتعالى - حاضراً من غائب، فصح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الحاضر.[883]

ب- السنة:

عن عائشة - رضي الله عنها- أن هند بنت عتيبة قالت: يارسول -ﷺ- إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال -ﷺ-: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".[884]

وجه الدلالة: الحديث دليل على جواز الحكم على الغائب، لان النبي -ﷺ- حكم على أبي سفيان لزوجته، وهو غائب[885]، ولو كان فتوى لقال لك أن تأخذي أو لا بأس عليك أو نحوه، فلما قطع بالأخذ كان حكماً لا فتوى.[886]

واجيب: "بأنه ليس فيه قضاء على الغائب، لأن أبا سفيان -رضي الله عنه- كان بمكة".[887]

ت- الأثر: قضى عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان في المفقود أن امراته تتربص أربعة أشهر ثم تتزوج.[888]

وجه الدلالة: قال ابن حزم(ت: 456هـ): "وهذا قضاء على الغائب، ولم ينقل أن أحداً من الصحابة قد خالف عمر، وعثمان في الحكم على الغائب، فإنه يكون إجماعاً".[889]

---

[881] النساء، 4/ 135.

[882] الطلاق، 65/ 2.

[883] ابن حزم، ***المحلي***، 439/8.

[884] الحديث سبق تخريجه ص174.

[885] ابن قدامة، ***المغني***، 439/10، ابن حزم، ***المحلى***، 439/8.

[886] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 513/4، ابن قدامة، ***المغني***، 96/10، ابن حزم، ***المحلى***،439/8.

[887] العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي، ***عمدة القاري شرح صحيح البخاري***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، 256/24.

[888] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 439/4، ابن حزم، ***المحلي***، 439/8.

[889] ابن حزم، ***المحلي***، 439/8.

ث ـ الإجماع: نقل العلماء إجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ جواز الحكم على الغائب، ولم ينقل عن أحد منهم خلافه، وخاصة في قصة زوجة المفقود.[890]

ج ـ القياس: إن الحكم على الميت والصغير جائز، وهما أعجز عن الدفع من الغائب وإذا أجاز الحكم عليهما، فالحكم على الغائب يجوز من باب أولى، لأن في منع الحكم على الغائب إضاعة للحقوق التي ندب الحكام إلى حفظها.[891]

أدلة القول الثاني:

استدلوا، بالكتاب، والسنة، والأثر.

أ ـ الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾.[892]

وجه الإستدلال: إن الحاكم مأمور بأن يحكم بالحق، وهذا يكون بحضور الخصمين، وسماع كلام كل منهما.[893]

واجيب: إن الله ـ سبحانه وتعالى ـ أمرنا أن نحكم بالحق، والذي نهانا عنه، الحكم على الحاضر بدعوى خصمه، دون سماع حجته، أو الحكم على الغائب، وليس مع المدَّعي بينة.[894]

ب ـ السنة:

ـ حديث أم سلمة زوج النبي ـ ﷺ ـ أنه سمع خصومة بباب حجرته، فخرج إليهم فقال: (إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون على، فلعل بعضكم أن يكون الحق بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار).[895]

وجه الإستدلال: قال ابن رشد(ت: 595هـ): "هذا الحديث عمدة في منع الحكم على الغائب، فقوله ـ ﷺ ـ، (فإنما أقضي له على نحو ما أسمع) يدل على أنه عليه الصلاة والسلام كان يحضر الخصمين، ويسمع من الأول والثاني، فيدل على بطلان الحكم على الغائب".[896]

---

890 ابن قدامة، ***المغني***، 96/10، ابن حزم، ***المحلي***، 439/8، ابن المنذر، ***الإجماع***، ص62.

891 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 514/4.

892 ص، 38/ 26.

893 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 223/6.

894 ابن حزم، ***المحلى***، 435/8.

895 الحديث ***سبق تخر***يجه، ص169 .

896 ابن رشد، ***بداية المجتهد***، 255/4.

ـ ويجاب، ليس في الحديث ما يدل على منع الحكم على الغائب، بل هو مسكوت عنه.[897]

ـ وحديث علي ـرضي الله عنهـ. قال: "بعثني رسول ـصلى الله عليه وسلمـ. إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السنِّ، ولا علم لي بالقضاء. فقال: إنَّ الله سيهدي قلبك، ويثبِّت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضينَّ حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أخرى أن يتبيِّن لك القضاء، قال: فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد.[898]

وجه الإستدلال: نهى النبي ـصلى الله عليه وسلمـ عن الحكم لأحد الخصمين قبل الآخر، والحكم على الغائب كذلك، فهو قضاء لأحدهما قبل سماع الآخر، وهذا هو المنهي عنه.[899]

وأجيب: بأن الحديث ضعيف، لأن في سنده رجالاً منهم المدلِّس، والمجهول.[900]

وأجابوا: بأن الحديث حسن لأن الترمذي قال: (هذا حديث حسن).[901]

ت ـ الأثر:

أتى عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه، فقال له تحضر خصمك، فقال يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى، فقال له عمر: فلعلك قد فقأت عيني خصمك معاً، فحضر خصمه وقد فقئت عيناه معاً، فقال عمر: إذا سمعت حجة الآخر بان لك القضاء.. قالوا: ولا يعلم لعمر في ذلك مخالف من الصحابة.

وجه الدلالة: الأثر دليل على عدم جواز الحكم على الغائب، لأن عمرـرضي الله عنهـ رفض الحكم عليه حتى يحضر.

و استدلال كثير من التابعين على منع الحكم على الغائب كعمر بن عبدالعزيز، وشريح.[902]

---

[897] الشوكاني، ***نيل الأوطار***، 289/8.

[898] أبو داود، ***سنن أبي داود***، كتاب الأقضية باب كيف القضاء، ر.م.ح(3582) ، 434/5، الترمذي، ***سنن الترمذي***، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، ر.م.ح(1331) ، 11/3، وقال هذا حديث حسن.

[899] الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 222/6، ابن قدامة، ***المغني***، 96/10.

[900] ابن حزم، ***المحلي***، 436/8.

[901] الترمذي، ***سنن الترمذي***، 11/3.

[902] ابن حزم، ***المحلى***، 368/9.

الراجح

بعد سرد الأدلة لكلا القولين، نرى رجحان القول الأول، للأدلة الوفيرة التي لا تقبل الطعن والرد، وترجيح هذا الرأي يساير مع الواقع الحالي الذي نحتاج إليه، وعدم الأخذ بهذا الرأي يؤدي الى ضياع حقوق الناس، والإ كيف يسلم المدعى عليه، نفسه الى المحكمة، وهو يعلم علم اليقين بأن المحكمة سيحاكمه، ولهذا يلجئون الى التهرب وعدم المثول أمام القضاء.

5. 2 الحكم على الغائب في حقوق الله وحقوق العباد

إختلف العلماء في الحكم على الغائب في حقوق الله ـ تعالى ـ وحقوق العباد على قولين:

القول الأول: يجوز الحكم على الغائب في حقوق العباد مطلقاً المالية كالعقارات، أو العائلية كالرضاع والطلاق. أما الحقوق المحضة لله ـ تعالى ـ، فلا يحكم على الغائب سواء كان حداً أم تعزيراً.

فإذا قدمت بينة على الغائب في سرقة مال، حكم الحاكم عليه بالمال، دون تنفيد قطع اليد، وهو قول المالكية، والأظهر عند الشافعية، والحنابلة.[903]

واحتجوا: بأن حقوق الله ـ تعالى ـ مبناها على المسامحة والإسقاط، وأمرنا درءها بالشبهات، بخلاف حقوق الآدميين فإن مبناها على المشاحنة، فإذا قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع، ولا يلزم المدعي أن يحلف مع بينته التامة أن حقه باق.[904]

القول الثاني: يحكم على الغائب في كلا الحقين، وهو قول الشافعية في المرجوح[905]، وابن حزم.

واستدلوا: بأن الحقوق كلها تثبت بالبينة فلا فرق في ذلك بين الحقوق الخالصة لله ـ تعالى ـ، وبين حقوق الآدميين.[906]

الراجح

هو ما ذهب إليه جمهور العلماء، لأن حقوق العباد مبنية على المشاحنة، فينبغي أن يحتاط لها، بخلاف حقوق الله ـ تعالى ـ فإنها مبنية على المسامحة والرحمة، قال تعالى: ﴿وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ﴾.[907]

---

[903] الدسوقي، ***الشرح الكبير***، 162/4، الشربيني، ***مغني المحتاج***، 524/4، ابن قدامة، ***المغني***، 96/10.

[904] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 524/4، ابن قدامة، ***المغني***، 96/10.

[905] الشربيني، ***مغني المحتاج***، 524/4.

[906] ابن حزم، ***المحلي***، 436/8.

[907] الأعراف،7/ 156.

5. 3 شروط القضاء على الغائب عند المجيزين

اشترط المجيزون في الحكم على الغائب الأمور الآتية:

أ. أن ينطبق على المدعى عليه مسمى الغائب.

ب. تعذر إحضار المدعى عليه سواء امتنع عن الحضور وهو في البلد، أم كان غائباً غيبة، يسمع فيها بالحكم على الغائب.[908]

ت. عدم جواز القضاء على الحاضر غير الممتنع وقريب الغيبة.[909]

ث. عدم جواز القضاء على الغائب في حقوق الله كالقطع في سرقة، لبنائها على المسامحة.[910]

ج. إذا حضر نائب عن الغائب، فحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب معنى.[911]

ح. أن يكون للمدعي بينة على المدعى عليه أو يعلم الحاكم بذلك.[912]

خ.أن يذكر المدعي في دعواه جحود المدعى عليه، لأنه لو قال المدعي: إن المدعى عليه مقر بذلك، لم تسمع دعوى المدعى.

د. التصريح بأسماء الشهود عند الحاكم الذين ثبت بهم الحكم على الغائب.[913]

ذ.أن تكون الدعوى مستكملة للشرائط الشرعية من حيث بيان المدعى به وتعينه قدراً أو جنساً، ووصفاً.[914]

5. 4 رجوع الغائب

إذا رجع الغائب، فالحال لا يخلو عن أمرين:

اولاً: حال رجوعه قبل اصدار الحكم، ففي هذه الحالة، لا يحكم الحاكم عليه، بل عليه المثول أمام مجلس الحاكم، ويؤجل الحكم إلى ثلاثة أيام، فإن كانت له بينة وذلك بجرح الشهود، سمعه الحاكم، وإلا حكم الحاكم للمدَّعي بعد تعديل الشهود[915].

---

908 الرملي، ***نهاية المحتاج***، 255/8 ـ 265.

909 الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 157/4، البهوتي، ***كشاف القناع***، 355/6.

910 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 524/4. .

911 الكاساني، ***بدائع الصنائع***، 223/6.

912 البهوتي، ***كشاف القناع***، 355/6.

913 ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 98/1.

914 الشربيني، ***مغني المحتاج***، 524/4، ابن قدامة، ***المغني***، 97/10.

915 الدسوقي، ***حاشية الدسوقي***، 148/4.

ثانياً: وفي حال رجوعه بعد اصدار الحاكم الحكم عليه يستمهل من الحاكم ثلاثة أيام، فإن حضر وجرح الشهود بأمر قبل الشهادة، كان بطل الحكم. وإن جرحم بأمر بعد الشهادة لم يبطل الحكم، ويقبل الحاكم جرحه، لكن إن ادعى إبراءه من حق المدَّعي، وكانت له بينة بطل الحكم، وإن لم يكن له بينة عادلة نفذ الحكم لصالح المدَّعي.[916]

5. 5 الحكم على الغائب في القوانين الوضعية

في القوانين الوضعية لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه، أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه، ولذلك أوجب القانون تبليغ نسخة من لائحة الدعوى التي يقدمها المدعى إلى المدعى عليه. والغائب عن المحكمة في القوانين الوضعية على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: غياب المدعي

إذا لم يحضر المدعي أو وكيله في اليوم المخصص للمرافعة رغم تبليغه وحضر المدعى عليه أو وكيله فللمدعى عليه الحق في أن يطلب إبطال الدعوى المقدمة ضده، أو أن يطلب النظر فيها بغياب المدعي في دفعه لدعواه، وفي كلا الحالتين على المحكمة أن تثبت في الدعوى بما تراه موافقاً للقانون.[917]

القسم الثاني: غياب المدعى عليه

إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه حتى بعد تبليغه بلائحة الدعوى في المرة الاولى فللمدعي أن يطلب إجراء المحاكمة غيابياً في الدعوى، وله أن يطلب الحكم في دعواه وفقاً لما ادعاه بعريضة الدعوى، وللمحكمة أن تفعل في الدعوى إذا تبين لها أنها صالحة للفصل وحينئذ تفصل وفقاً لادعاء المدعي و إلا أجلتها إلى جلسة أخرى حتى تستكمل وسائل الاثبات فيها، لكن ينبغي أن يعلم أن غياب المدعى عليه لا يعد إقراراً لدعوى المدعي بل ينبغي على المحكمة أن تثبت من بيانات المدعي وتحكم أو ترد دعواه حسب ما يتظاهر لها من سير المحاكمة.[918]

"فإذا تم التبليغ وفق الإجراءات القانونية، ولم يحضر المدعى عليه، ولم يقدم عذراً مقبولاً عن تخلفه، جاز للمحكمة الحكم عليه في غيبته واعتبر الحكم حضورياً، بشرط تسبب الحكم في هذه الحالة".[919]

---

916 ابن فرحون، ***تبصرة الحكام***، 87/1، ابن قدامة، ***المغني***،97/10.

917 خطاب، ضياء شيت، ***الوجيز في شرح قانون المرافقات العراقي***، مطبعة العاني، بغداد، (د.ط)، 1973م، ص214، ***مجموعة الأحكام العدلية***، العدد 3 ـ 4، السنة الثامنة، 1977م، ص77.

918 البغال، حسن، ***الوسيط في القانون***، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، (د.ط)، 1981م: 84/1، مسلم، أحمد، ***أصول المرفقات***، دار الفكر، القاهرة، ط1، 1968م، ص521.

919 ثروت، جلال، ***نظم الإجراءات الجنائية***، دار الجامعات الجديدة، الإسكندرية، (ب. ط)، 2003 م، ص553.

ونصت المادة(84) من قانون المرافعات المصري: "إذا تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى ويعتبر حكماً حضورياً".[920]

القسم الثالث: غياب الطرفين

في جلسة المحاكمة إذا لم يحضر الطرفان أي المدعي والمدعى عليه لليوم المخصص اعتبرت الدعوى متروكة للمراجعة، وهذا الترك إما أن يكون باتفاق الطرفين في مجلس القضاء وحينئذ يقرر الحاكم ترك الدعوى للمراجعة، أو يكون باتفاقهما خارج المجلس وبالتالي عدم حضورهما سواء في الجلسة الأولى أم في أية جلسة أخرى، ولا بد أن يكون الطرفان قد بلغا بالحضور وفق القانون.[921]

حيث نصت المادة (82) من قانون المرافعات المصري بأنه: "إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه، حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها، وإلا قررت شطبها، فإذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن، وتحكم المحكمة في الدعوى إذا غاب المدعي أو المدعون أو بعضهم في الجلسة الأولى، وحضر المدعى عليه".

ونصت المادة(83) من قانون المرافعات المصري: "على أنه إذا حضر المدعى عليه في أية جلسة أو أودع مذكرة بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولاتخالف بعد ذلك".[922]

وجاء في المادة(145 الى 151) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي: "يجب حضور المتهم في المحاكمة الوجاهية ولا يغني عن ذلك حضور وكيله. وللمتهم أن يبدي كتابة عذره في عدم الحضور ويجوز أن يحضر وكيله أو أحد اقار به ليبدي هذا العذر فاذا قبلته المحكمة عينت موعداً آخر للمحاكمة وبلغت المتهم وذوي العلاقة والشهود.

أ. تجري محاكمة المتهم الحاضر وجاهاً أما المتهم الهارب والمتهم الذي تغيب بغير عذر مشروع رغم تبلغه فتجري محاكته غيابا.

ب. اذا لم يحضر المتهم ولم يكن مبلغاً بشخصه فلا تجرى محاكمته الا بعد تبليغه.

وإذا تعدد المتهمون وكان بينهم هارب أو غائب فتجري محاكمة الحاضرين وجاهاً ومحاكمة الآخرين غيابا او تفرق دعوى الحاضرين عن الغائبين.

أ.تجري محاكمة المتهم الغائب والهارب وفق القواعد تجري فيها محاكمة المتهم الحاضر.

ب. يبلغ الحكم الغيابي لمن صدر عليه وفق احكام القانون، فاذا كان المتهم هاربا عند التبليغ فيجري تبليغه بالحكم طبقاً لما هو مبين في المادة143.

---

920 أبو الوفا، أحمد، ***أصول المحاكمات المدنية***، الدار الجامعية، القاهرة، ط1، (د.ت)، ص529 ـ 530.

921 أبو الوفا، أحمد، ***التعليق على نصوص قانون المرافعات***، دار المعارف، الإسكندرية، ط1، 1975م، 293/1.

922 أبو الوفا، ***أصول المحاكمات المدنية***، ص529.

ت. تصدر المحكمة امرا بالقبض على المحكوم عليه غياباً بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو جنحة.

اذا ترك المدعي دعواه سواء بتغيبه وفق ما ذكر في المادة22 أو بطلب يقدمه للمحكمة فيعتبر متنازلاً عن حقه في نظر دعواه المدنية امام المحكمة الجزائية وتمضي المحكمة في نظر الدعوى الجزائية ولها أن تستنتج من غيابه أنه متنازل عن شكواه طبقاً للمادة التاسعة. ويعتبر المتهم الذي تغيب بعد تقديم دفاعه وقبل اصدار دون أن يخبر المحكمة بمعذرته المشروعة بحكم المتهم الحاضر ولها قبل اصدارها القرار أن تأمر بالقبض على المتهم واحضاره أمامها لإفهامه به".[923]

فخلاصة الأمر فإن القوانين الوضعية في مسألة الحكم على الغائب يوافق لما جاء في الشريعة بمجمله، لكن بشرط إبلاغه لائحة الدعوى والموعد المقرر للجلسة.

---

[923] حياوي، نبيل، ***قانون أصول المحاكمات الجزائية***، المكتبة القانونية، بغداد، (د.ط)، 2004م، 58 ـ 59.

الخاتمة والنتائج والتوصيات

وصل بنا المطاف إلى نهاية البحث، نسأل الله حسن الخاتمة، وتحتوي على أهم النتائج والتوصيات.

أولاً: أهم النتائج

1. الشريعة الإسلامية شريعة متكاملة من جميع النواحي، وهي صالحة لكل زمان ومكان، إلى يوم الدين، والشريعة الإسلامية كانت ولازالت قادرة في القضاء على الجرائم خاصة في الحدود، وتطبيق الشريعة الإسلامية اليوم كافية ومانعة لكبح الجناية في المجتمع.

2. إن دراسة المقارنة لها أهمية كبيرة، نظراً لدورها الفعال في الانفتاح على القوانين الأخرى، فهي تظهر محاسن الشريعة الإسلامية، وتفوقها على القوانين الوضعية، وتبرهن للمجتمعات صمود الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

3. إن في دراسة القانون عوناً لدراسة الفقه، لأن مناهج البحث الحديثة التي يطبقها القانونيون تعين الباحث في الفقه على الدراسة، وتيسر له سبل الوصول إلى نتائج أفضل.

4. العصور الغابرة حوت كثيراً من الأمم، والملل، والرسل، والشرائع السماوية والوضعية.

5. القوانين كان معروفاً عند السومريين، والبابليين، والآشوريين، والأغريق، والرومان، والمصريين.

6. إن مدورنة حمورابي تفوق على كثير من المدونات الأخرى في العدالة غير أنه تميز بقسوة أحكامه الجنائية.

7. العرب في الجاهلية لم يسنوا قانوناً يتقيدون فيه بمواده في الحكم فيما شجر بينهم من نزاع، وإنما أحلوا التقاليد والعادات محل القانون لفض المنازعات.

8. الفقه الإسلامي كان ومايزال هو الأساس الذي يمثل جميع مناحي حياة الإنسان.

9. مصادر الفقه الإسلامي القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس.

10. مصادر القانون الوضعي التشريع، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

11. تستخدم مصطلح الجريمة في الفقه الإسلامي لمعنيين خاص، وعام.

12. لم يرد في القوانين الوضعية تعريف جامع ومانع للجريمة.

13. الجرائم في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى ثلاثة مراتب: جرائم الحدود، وجرائم القصاص والديات، وجرائم التعازير.

14.توجب الشريعة ـ لاعتبار الفعل جريمة ـ أن يكون هناك نص ـ يحرم هذا الفعل، ويعاقب على إتيانه.

15. الحدود في الشريعة الإسلامية سبع: جريمة الزنا، وجريمة القذف، وجريمة الشرب، وجريمة السرقة، وجريمة الحرابة، وجريمة الردة، وجريمة البغي.

16.الحدود عقوبة مقدرة ومحددة شرعاً، وجبت لحفظ الأنساب، والأعراض، والعقول، والأموال، وتأمين السبل.

17.جرائم الحدود ثابتة بنصوص القرآن والسنة النبوية.

18. عقوبة الزنا في القوانين الوضعية قائم على أساس تدنيس فراش الزوجية لا غير، فلا وجود لعقوبة الزاني في القوانين الوضعية إذا كان خارج فراش الزوجية.

19. لاتوجد مسألة تغريب المجرم في جميع القوانين الوضعية عدا قانون العقوبات العراقي.

20. القوانين الوضعية في القذف مباين تماماً مع الفقه الإسلامي تعريفاً وتفصيلاً وحكماً.

21. أساس العقوبات في القوانين الوضعية التي يعاقب بها شارب الخمر إذا ما وقعت في مكان عام وصدر من فاعلها تصرف يزعج الآخرين به.

22. القانون الوضعي لم يشترط نصاباً معيناً للسرقة كما اشترطه الفقه الإسلامي.

23. جريمة الحرابة هي أشد وأخطر الجرائم، لأنها مندرجة تحتها جرائم كثيرة.

24.أحكام الحرابة في الشريعة الإسلامية يقابل اليوم بجريمة السرقة في القوانين الوضعية.

25. تعتبر جريمة الردة من الجرائم البالغة الخطورة على المجتمع، وأساس عقوبتها جاءت لأن الشريعة تجعل الإسلام أساس النظام الإجتماعي.

26. جرائم البغي في الشريعة تعد أعظمها مفسدة إذ فيه إذهاب الأنفس والأموال غالباً.

27.التشريع الجنائي الإسلامي في جريمة البغاة، يقابل اليوم، الجريمة السياسية عند القانونيين.

28. عمل بقاعدة(الحدود تدرأ بالشبهات) جميع الفقهاء والمذاهب، عدا ابن حزم.

29.الأصل في القوانين الوضعية تجاه جريمة القتل السجن في جميع أنواعه دون الدية، وبهذا يخالف الفقه الإسلامي القائل بأن الأصل في القتل العمد القصاص، أما في القسمين الآخرين فلا قصاص بل الدية، وبهذا يكون القوانين الوضعية مخالفاً للفقه الإسلامي في جميع حالات القتل.

30.جرائم التعزيز غير محددة، فقد تركت الشريعة الإسلامية للحاكم العقوبة العدد الأكبر منها، لكن بظوابط وحسب ما تقتضيه مصلحة المجتمع.

31. التعزير هو تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة.

32. التعزير عقوبة مشتركة بين حق الله، وحق العبد.

33. تتعدد طرق الإثبات وتتنوع سواء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، إلا أن طرق الإثبات في الفقه الإسلامي أكثر اتساعاً وشمولاً.

34. يعتبر الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، فهو يتقدم الكتابة الرسمية وإن تساوى معها قانونياً في المرتبة.

35. تتميز الشهادة بعدة خصائص تميزها عن غيرها، فهي ذات حجة غير قاطعة، وغير ملزمة، ومتعدية، فضلاً عن أنها تعتبر من أدلة الإثبات المقيدة.

36.الشهادة لا بد فيها من تعدد الشهود بخلاف الخبرة فيكفي قول خبير واحد.

37.القافة دليل من ادلة الإثبات في الشريعة الإسلامية، والقانون لا يأخذ بها.

38.الخبرة نوع معاينة وهي وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة والقانون.

39.القاضي لا يجوز له أن يقضي بعلمه في الحدود مطلقاً.

40.لايجوز استعمال وسائل التحليل التخديري شرعاً لأنه ضرب من ضروب الإكراه.

41.التنويم المغناطيسي حالة نوم مصطنع، وهي من أخطر الوسائل التي يأباها الضمير الإنساني للتأثير على المتهم في أخذ أقواله.

42.أجهزة كشف الكذب إعتداء على حرية الشخص في السكون والإعترافات الصادرة نتيجة إستعمال هذا الجهاز تكون باطلة.

43.استخدام الكلاب البوليسية ذو حدين في الفقه الإسلامي.

44.لا مانع من الإعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، لكن الإعتماد في دلالة النفي أولى من الإعتماد في مجال الإثبات.

45. الأصح عدم جواز الحكم على الغائب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لكن بشرائط لا بد منها.

ثانيا: التوصيات

بناء على الدراسة السابقة ونتائجها فإن الباحث يعرض بعضاً من التوصيات:

التوصية الأولى:

رفع مكانة الشريعة الإسلامية وإبراز دورها في معالجة ومحاربة كافة أنواع الجرائم التي تواجه العالم بأسره.

التوصية الثانية:

غالبية الناس يجهلون أحكام الجرائم والحدود، وكأنهم يفهمون بأن أحكام الجنايات مستمدة من القوانيين الوضعية فعلينا بذل الجهد في تكثير الدراسات المقارنة جنباً إلى جنب لكي نبرز مكانة الشريعة الإسلامية كما كانت.

التوصية الثالثة:

اعتماد الدراسات المقارنة بين المذاهب الإسلامية، وبينها وبين الدراسات القانونية في كليات الشريعة والقانون. وربط الدراسات الفقهية بالواقع، لا سيما في الدراسات العليا، بأن تتجه بحوثها إلى الاهتمام بالمشاكل المعاصرة ومحاولة إيجاد الحلول لها دون الإعتماد على النصوص الشرعية تحقيقاً للمصلحة.

التوصية الرابعة:

التوسع في الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، حتى يظهر الفرق جلياً بين التشريعات السماوية والتقنينات البشرية، وحتى يوقن الجميع بأن الشريعة الإسلامية أولى بالتطبيق من سواها.

وفي ختام هذه الرسالة أتوجه بالشكر الجزيل والثناء الجميل لله ـ سبحانه وتعالى ـ الذي أعانني في إتمامها، كما أساله رب السموات والأرض أن يعفو عني، ويرحمني، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم فالله أسأل أن يتجاوز عما فيه من خطأ أو زلة أو غفلة"ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا"، "ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا ربنا إنك رؤوف رحيم".

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المصادر والمراجع

- **إبراهيم**، أحمد، ***طرق القضاء في الشريعة الإسلامية***، المكتبة الأزهرية، القاهرة، ط1، (د.ت).
- **ابراهيم**، انيس وآخرون، ***المعجم الوسيط***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **ابن أبي شيبة**، أبوبكر عبدالله بن محمد العبسي، (ت: 235هـ)، ***الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار***، تح: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
- **ابن الأثير**، عزالدين علي بن محمد، (ت:630هـ)، ***أسد الغابة في معرفة الصحابة***، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1997م.
- **ابن الأزهري**، أبو منصور محمد بن محمد الهروي، (ت:895هـ)، ***تهذيب اللغة***، تح: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 2001م.
- **ابن الجزي**، أبو قاسم محمد بن أحمد بن عبدالله الكلبي الغرناطي،(ت:741هـ)، ***القوانين الفقهية***، (د.د.ن)، (د.ط)، (د.ت).
- **ابن القيم**، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين،(ت:751هـ)، ***إعلام الموقعين عن رب العالمين***، تح: محمد عبدالسلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م.
- ***الطرق الحكمية***، مكتبة دار البيان، الكويت، ط1 ، 1411هـ / 1991م.
- **ابن الملك**، المولى عبد اللطيف، (ت: 854هـ)، ***شرح منار الأنوار في أصول الفقه***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **ابن المنذر**، أبو بكر محمد بن ابراهيم،(ت:319هـ)، ***الإجماع***، دار المسلم، الرياض، ط 1، 1425 هـ / 2004م.
- **ابن الهمام**، كمال الدين محمد عبدالواحد السيواسي،(ت:861هـ)، ***فتح القدير***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **ابن تيمية**، تقي الدين أبو العباس، (ت: 728هـ) ***السياسة الشرعية***، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإشارة، الرياض، ط1، 1418هـ.
- **ابن تيمية**، مجدالدين عبدالسلام، (ت: 652هـ) ***المسودة في أصول الفقه***، تح: محمد محي الدين عبدالحميد، دار الكتاب العربي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **ابن حبيب**، أبو جعفر محمد البغدادي، (ت:245هـ)، ***المحبر***، تح: أليزه ليختن، المكتب التجاري للتوزيع والطبع، بيروت، (د.ط) (د.ت).
- ***المنمق في أخبار قريش***، ع: خورشيد أحمد فاروق، مطبعة دائرة المعارف، القاهرة، ط 1،

1962م.

- **ابن حزم**، أبو محمد علي بن أحمد القرطبي، (ت: 456هـ)، ***الإحكام في أصول الأحكام***، تح: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- ***المحلى بالأثار***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)،(د.ت).
- **ابن حنبل**، أبو عبدالله أحمد بن محمد، (ت:241هـ)، ***المسند***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1993م.
- **ابن رجب**، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن الحسن السلامي، (ت:795هـ)، ***القواعد لابن رجب***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط) ، (د.ت).
- **ابن رشد**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي،(ت:595هـ)، ***بداية المجتهد ونهاية المقتصد***، دار الحديث، القاهرة، (د.ط)، 1425هـ/2004م.
- **ابن سيده**، أبو علي، ***المحكم والمحيط الأعظم في اللغة***، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط1، 1968م.
- **ابن عابدين**، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز الدمشقي الحنفي، (ت:1252هـ)، ***رد المحتار على الدر المختار***، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1412هـ / 1992م.
- **ابن عرفة**، أبو عبدالله بن محمد الورغمي التونسي المالكي، (ت:803هـ)، ***تفسير الإمام ابن عرفة***، تح: د.حسن المناعي، مركز البحوث بالكلية الزيتونية، تونس، ط 1، 1986م.
- **ابن فارس**، أحمد الرازي، (ت:395هـ)، ***معجم مقاييس اللغة***، تح: عبدالسلام هارون، دار الجيل، القاهرة، (د. ط)، (د.ت).
- **ابن فرحون**، ابراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمري،(ت:799هـ)، ***تبصرة الحكام في اصول الأقضية ومناهيج الأحكام***، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط 1، 1406هـ / 1986م.
- **ابن قدامة**، أبو محمد موفق الدين عبدالله المقدسي، (ت: 620هـ)، ***روضة الناظر وجنة المناظر في اصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل***، مؤسسة الريان، بيروت، ط2، 1423هـ/ 2002م.
- ***الكافي في فقه الإمام أحمد***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/1994م.
- ***المغني***، مكتبة القاهرة، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- ***عمدة الفقه***، تح: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، (د.ط)، 1425هـ/2004م.
- **ابن كثير**، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي، (ت:774هـ)، ***تفسير القرآن***

العظـــيم، تـــح: ســـامي بـــن محمـــد ســـلامة، دار طيبـــة للنشـــر والتوزيـــع، الريـــاض، ط2، 1420هـ/1999م.

- **ابن ماجه**، أبـو عبـدالله بـن محمـد القـزويني، (ت:273هـ)، ***سـنن ابـن ماجـه***، تـح: محمـد فـؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **ابن مفلح**، ابراهيم بن محمد برهان الدين(ت:884هـ)، ***المبدع في شرح المقنع***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
- **ابن منظور**، أبو الفصل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الأنصـاري الأفريقـي، (ت:711هـ)، ***لسان العرب***، دار الصادر، بيروت، ط 3، 1414هـ.
- **ابن نجيم**، زين الدين بن ابراهيم بن محمد المصري، (ت:970هـ)، ***البحر الرائق شرح كنز الدقائق***، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- ***الأشباه والنظائر***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ/ 1993م.
- **أبو إحسان**، محمد، ***أحكام الجريمة والعقوبات في الشريعة الإسلامية***، مكتبة المنار، الأردن، ط1، 1987م.
- **أبو البقاء**، بهرام بن عبدالله بن عبد العزيز، (ت: 805هـ)، ***الشامل في فقه الإمام مالك***، مركز نجيبويه للمخطوطات، ط1، 1429هـ/2008م.
- **أبو الوفا**، أحمد، ***أصول المحاكمات المدنية***، الدار الجامعية، القاهرة، ط1، (د.ت).
- ***التعليق على نصوص قانون المرافعات***، دار المعارف، الأسكندرية، ط1، 1975م.
- **أبو حبيب**، سعدي، ***القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً***، دار نـور الصـباح ودار الصـديق للعلـوم، بيروت، ط1، 2011م.
- **أبو داود**، سليمان بن الأشعث بـن اسـحاق بـن بشـير بـن شـداد بـن عمـر و الأزدي السجسـتاني، (ت:275هـ)، ***سنن أبي داود***، تح شعيب الأرنؤوط. محمد كامل قره بللى، دار الرسالة العالميـة، بيروت، ط 1، 1430هـ / 2009م.
- **أبو زهرة**، محمد، (ت: 1974م) ***الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي***، دار الفكر العربي، القـاهرة، (د.ط)، 1998م.
- **أبو طالب**، صوفي،(ت: 2008م)، ***الشريعة الإسلامية والقانون الروماني***، مكتبة نهضة، القـاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **أبو يعلى**، محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، (ت: 458هـ) ***الأحكام السلطانية***، تح: محمـد حامـد

الفقي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)،(د.ت).

- أحمد، فؤاد عبدالمنعم، ***البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون***، المكتبة المصرية، الإسكندرية، ط1، (د.ت).
- **الأسطل**، إسماعيل أحمد، ***التحكيم في الشريعة الاسلامية***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **الأسيوطي**، ثروت أنيس، ***المنهج القانون بين الرأسمالية والاشتراكية*** ـ مقال بمجلة مصر المعاصرة، عدد يوليو: 1968م.
- **الأسيوطي**، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبدالخالق المنهاجي، (ت:880هـ)، ***جواهر العقود ومعين القضاء والمعوقين والشهود***، تح: مسعد عبدالحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،1417هـ /1996م.
- **أطفيش**، محمد بن يوسف بن عيسى، (ت: 13858هـ) ***شرح النيل وشفاء العليل***، **مكتبة الإشاد**، جدة،ط 3، 1405هـ/ 1985م.
- **الألوسي**، السيد محمود شكري بن عبدالله بن أبي الثناء محمود الحسيني البغدادي، (ت:1924م)، ***بلوغ الإرب في معرفة أحوال العرب***، شرح وتصحيح وضبط: الأستاذ محمد بهجة الأثري، مكتبة محمد الطيب، مطابع دار الكتاب العرب، القاهرة، ط 3، (د.ت).
- **الآمدي**، أبو الحسن سيد الدين علي بن محمد بن سالم الثعلبي،(ت:631هـ)، ***الإحكام في أصول الأحكام***، تح: عبدالرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت ـ دمشق، (د.ط)، (د.ت).
- **أمين**، أحمد(ت: 1954م)، ***فجر الإسلام***، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 10، 1969م.
- **الأنطاكي**، رزق الله، ***أصول المحاكمات***، مطبعة الداودي، دمشق، (د.ط)، 1985م.
- **البابتري**، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبدالله ابن الشيخ شمس الدين، (ت:786هـ)، ***العناية شرح الهداية***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **الباجي**، أبو الوليد سليمان بن خلف، (ت: 1081هـ) ***أحكام الفصول في الأصول***، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1988م.
- **البجيرمي**، سيلمان بن محمد، (ت:1221هـ)، ***حاشية البجيرمي على شرح المنهج***، مطبعة الحلبي، القاهرة، (د.ط)، 1369هـ/ 1950م.
- **البخاري**، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل الجعفي، (ت:256هـ)، ***صحيح البخاري***، تح: محمد بن زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.

- **البخاري**، الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (ت: 730هـ)، ***كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي***، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ / 1997م.
- **بدرة**، عبدالوهاب، ***جرائم السرقة والإختلاس في التشريع السوري***، دار الينابيع، دمشق، ط1، 1993م.
- **البركتي**، محمد عميم الإحسان، (ت:1395هـ)، ***التعريفات الفقهية***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2003م.
- **البزار**، أحمد بن عمر و بن عبدالخالق البصري،(ت:292هـ)، ***المسند***، مكتبة العلوم والحكم، السعودية، (د.ط) 2005م.
- **البغال**، حسن، ***الوسيط في شرح الصيغ القانونية***، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، (د.ط)،1981م.
- **البغوي**، أبو محمد الحسين بن مسعود، (ت:516هـ)، ***معالم التنزيل في تفسير القرآن***، تح: محمد عبدالله النمر وعثمان جمعة ضميرية، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط 4، 1417هـ/ 1997م.
- **بك**، أحمد ابراهيم، طرق الإثبات الشرعية، المكتبة الأزهرية، القاهرة، ط4، (د.ت).
- **بكر**، عصمت عبدالمجيد، ***شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية***، بغداد، ط2، 2007م.
- **البكري**، عبدالباقي، ***المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية***، مطبعة الآداب، النجف، ط1، 1972م.
- **البلخي**، نظام الدين، ***الفتاوى الهندية***، دار الفكر، بيروت، ط2، 1310هـ.
- **بهنسي**، أحمد، ***نظرية الإثبات في الفقه الجنائي***، دار الشروق، عمان، ط1، (د.ت).
- **البهوتي**، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس الحنبلي، (ت:1051هـ)، ***كشاف القناع عن متن الإقناع***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)(د.ت).
- ***الروض المربع بشرح زاد المستنقع***، دار المؤيد ـ مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- ***المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد***، تح: عبدالله بن محمد المطلق، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 1427هـ/2006م.
- **البيجوري**، الشيخ ابراهيم بن محمد، (ت:1859م)، ***حاشية البيجوري***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1420هـ ـ 1999م.
- **البيضاوي**، ناصرالدين أبو سعيد عبدالله بن عمر بن محمد الشيرازي، (ت:685هـ)، ***أنوار التنزيل***

وأسرار التأويل، تـح: محمـد عبـدالرحمن المرعشـلي، دار إحيـاء الـتراث العربـي، بـيروت، ط1، 1418هـ.

- **البيهقي**، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسـى الخسـروجردي الخراسـاني، (ت:458هـ)، ***السنن الكبرى***، تح: محمد عبدالقادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ/ 2003م.
- **الترمذي**، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، (ت:279هـ)، ***سـنن الترمـذي***، تـح: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (د.ط)، 1998م.
- **التهانوي**، محمد علي، (ت:1158م)، ***موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم***، مكتبة لبنان، بيروت، ط1، 1996م.
- **التويجري**، محمد بن ابراهيم بن عبدالله، ***موسوعة الفقـه الإسـلامي***، بيـت الأفكـار الدوليـة، ط1، 1430هـ ـ 2009.
- **ثروت**، جلال، ***نظم الإجراءات الجنائية***، دار الجامعات الجديدة، الإسكندرية، (د.ط)، 2003م.
- **الثعالبي**، أبو زيد عبدالرحمن بن محمد بن مخلوف، (ت:875هـ)، ***الجـواهر الحسـان في تفسـير القرآن***، تح: الشيخ محمـد علـي معـوض والشـيخ عـادل أحمـد عبـدالموجود، دار إحيـاء الـتراث العربي، بيروت، ط 1، 1418هـ.
- **الثعلبي**، عبدالوهاب أبو محمد بن علي بن نصر،(ت:422هـ)، ***المعونة علي مذهب عالم المدينة***، مكتبة نزار الباز، مكة المكرمة، (د.ط)، (د.ت).
- **جاويش**، عبد العزيز، ***الإسلام دين الفطرة***، الجزائر، (ب. د. ن)، (د.ط)، 1988م.
- **الجرجـاني**، علـي بـن محمـد الشـريف الحسـيني،(ت:816هـ)، ***كتـاب التعريفـات***، تـح: د.محمـد عبدالرحمن المرعشلي، دار النفائس، بيروت، ط3، 1433هـ/ 2012م.
- **جريشة**، علي، ***مصادر الشريعة الإسلامية***، دار التراث العربي، القاهرة، ط2، 1407هـ/1987م.
- **الجمل**، سليمان بن عمـر بـن منصـور العجيلـي،(ت:1204) ***حاشـية الجمـل***، دار الفكـر، بـيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **الجندي**، أحمد، ***الأحوال الشخصية***، دار الكتب القانونية، القاهرة، (د.ط)، 2011.
- **الجويني**، عبد الملك بن عبدالله بن يوسف بن محمـد، (ت: 478هـ) ***كتـاب التلخـيص في أصـول الفقه***، تـح: عبـد الله بـن جـولم النبـالي وبشـير أحمـد العمـري، دار البشـائر الإسـلامية، بـيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **الحاكم**، أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن محمد حمدويه بن نعيم بن الحكم الطهماني النسـيابوري،

(ت:405هـ)، ***المستدرك على الصحيحين***، تح: مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1990م.

- **الحجوي**، محمد بن الحسن،(ت: 1376هـ)، ***الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ ـ 1995م.
- **حسن**، أحمد إبراهيم، ***تاريخ القانون المصري***، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندارية، (د.ط)، 2004م.
- **الحسن**، سميح عواد، ***نظرية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي***، دار النوادر اللبنانية، بيروت، ط1، 1435هـ/ 2014م.
- **حسين**، سيد عبدالله، ***المقارنات التشريعية***، دار السلام، القاهرة، ط1، 1421هـ /2001م.
- **الحصني**، أبو بكر بن محمد، (ت:829هـ)، ***كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار***، دار الخير، دمشق، ط1، 1994م.
- **الحلي**، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، (ت: 676هـ)، ***المختصر النافع في فقه الإمامية***، مطبعة النعمان، النجف، (د.ط)، 1386هـ/1966م.
- **الحلي**، جعفر بن أبي زكريا الهذلي،(ت:676هـ)، ***شرائع الإسلام***، دار الضواء، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **حياوي**، نبيل عبدالرحمن، ***قانون العقوبات***، المكتبة القانونية، بغداد، ط2، 2006.
- ***قانون أصول المحاكمات الجزائية***، المكتبة القانونية، بغداد، (د.ط)، 2004م.
- **حيدر**، علي خواجه أمين أفندي، (ت:1353هـ)، ***درر الحكام في شرح مجلة الأحكام***، دار الجيل، بيروت، ط 1، 1411هـ/ 1991م.
- **الخرشي**، عبد الله محمد،(ت: 1101هـ) ***شرح الخرشي***، المطبعة الكبرى الاميرية بولاق، القاهرة، ط2، 1317هـ.
- **خسرو**، محمد بن فرامرز، (ت:885هـ)، ***درر الحكام شرح غرر الأحكام***، دار الكتب العربية، (د.ط)، (د.ت).
- **خضر**، عبدالفتاح، ***الجريمة أحكامها العامة في الإتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي***، إدارة البحوث، السعودية، (د.ط)، 1405هـ / 1985م.
- **خطاب**، ضياء شيت، ***الوجيز في شرح قانون المرافعات العراقي***، مطبعة العاني، بغداد، (د.ط)، 1973م.

- **خلاف**، عبدالوهاب، (ت:1956م)، ***علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي***، دار الفكر مكتبة الدعوة، القاهرة، ط8، (د.ت).
- **داماد أفندي**،عبدالرحمن بن محمد بن سليمان، (ت:1078هـ)، ***مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **الدردير**، أبو البركات أحمد بن محمد، (ت: 1201هـ)، ***الشرح الصغير اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك***، دار المعارف، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **الدسوقي**، عزت مصطفى، ***أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية***، المكتب الفني بالاصدارات، القانونية، القاهرة، ط2، 1999م.
- **الدسوقي**، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، (ت:1230هـ)، ***حاشية الدسوقي على الشرح الكبير***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **الدمشقي**، محمد جمال الدين، (ت: 1332هـ) ***قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- الدهوكي، إيفان زهير، ***المبادئ القانونية(الإثبات)***، مطبعة منارة، أربيل، ط1، 2009م.
- **الدمياطي**، أبو بكر عثمان البكري، (ت: 1310هـ) ***إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين***، دار الفكر، دمشق، ط1، 1418هـ / 1997م.
- **الدواليبي**، محمد معروف، ***التاريخ العام للقانون***، دار الفكر، دمشق، ط2، 1382هـ/1963م.
- **الدوري**، قحطان عبدالرحمن، ***عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي***، دار الفرقان1، عمان، (د.ط)، 1422 هـ/ 2002م.
- **الرازي**، أبو عبدالله محمد بن عمر، (ت: 606هـ) ***التفسير الكبير***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420هـ.
- **الرازي**، زين الدين أبو محمد بن أبي بكر بن عبدالله الحنفي، (ت:666هـ)، ***مختار الصحاح***، تح: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية ـ الدار النموذجية، بيروت ـ صيدا، ط5، 1420 هـ/ 1999م.
- **رضا**، محمد رشيد، (ت: 1354هـ)، ***تفسير القرآن العظيم(تفسير المنار)***، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، (د.ط)، 1990م.
- **الرفاعي**، أحمد محمد، ***المدخل للعلوم القانونية(نظرية القانون)***، ب.د.ن، (د.ط)، 2007م.
- **الرملي**، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، (ت:1004هـ)، ***نهاية***

المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1404هـ/1984م.

- الزمخشري، أبو قاسم محمود، ***الكشاف عن حقائق***، غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407هـ.
- **الزاوي**، الطاهر أحمد، (ت: 1986م)، ***ترتيب القاموس المحيط***، دار الفكر، دمشق، (د.ط)، (د.ت).
- **الزبيدي**، محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني، (ت: 1205هـ)، ***تاج العروس من جواهر القاموس***، تح: مجموعة من المحققين، دار الهدية، (د.ط)،(د.ت).
- **الزحيلي**، محمد مصطفى، ***أصول الفقه الإسلامي***، دار الخبر، دمشق، ط2، 1427هـ/2006م.
- ***القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة***، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ / 2006م.
- ***وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية***، مكتبة دار البيان، دمشق ـ بيروت، ط1، 1402هـ/1982م.
- **الزحيلي**، وهبة بن مصطفى، (ت: 2015هـ)، ***الفقه الإسلامي وأدلته***، دار الفكر، دمشق، ط4، (د.ت).
- **الزرقا**، مصطفى أحمد، (ت:1999م)، ***المدخل الفقهي العام***، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م.
- **الزرقاني**، محمد عبد العظيم، (ت: 1367هـ)، ***مناهل العرفان في علوم القرآن***، دار الفكر، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **الزلمي**، مصطفى إبراهيم، (ت: 2016م)، ***أصول الفقه في نسيجه الجديد***، شركة الخنساء، بغداد، ط10، (د.ت)
- ***أسباب إباحة الأعمال الجرمية في الشريعة والقانون***، مطبعة شهاب، أربيل، ط2،2010م.
- ***المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد***، المكتبة المركزية، أربيل، ط5،2009م.
- ***موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية***، نشر إحسان للنشر والتوزيع، أربيل، ط1، 1435هـ/2014م.
- **زيدان**، عبد الكريم، (ت: 2014م)، ***المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية***، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، (د.ط)، (د.ت).
- ***الوجيز في اصول الفقه***، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط6، (د.ت).
- **الزيلعي**، عثمان بن علي بن محسن البارعي، فخرالدين الحنفي، (ت:1021هـ)، ***تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق***، مطبعة الكبرى الأميرية بولاق ـ القاهرة، ط 2، 1313هـ.
- الزمخشري، أبو قاسم محمود، (ت: 538هـ)، ***الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل***، دار الكتاب

العربي، بيروت، ط3، 1407هـ.

- **السبكي**، تاج الدين، (ت: 771هـ)، ***جمع الجوامع***، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **السبكي**، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبدالكافي، (ت: 756هـ)، ***الإبهاج في شرح المنهاج***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1416هـ/1995م.
- **السراج**، عبود، ***شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ***، منشورات جامعة دمشق، (د.ط)،2006ـ2007م.
- **السرخسي**، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، (ت:483هـ)، ***المبسوط***، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1414هـ/ 1993م.
- **سرور**، أحمد فتحي، ***أصول قانون العقوبات، (القسم العام)***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1973م.
- **سلامة**، أحمد، ***دروس في المدخل لدراسة القانون المدني***، دار التعاون، القاهرة، (د.ط) 1975م.
- **سلامة**، مأمون، ***قانون العقوبات، (القسم العام)***، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1976م.
- **السمرقندي**، أبوبكر علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد،(ت:540هـ)، ***تحفة الفقهاء***، دار الكتب العلمية، بيروت ،ط1، 1414هـ / 1994م.
- **السمعاني**، أبو المظفر منصور بن محمد، (ت: 489هـ) ***قواطع الأدلة في الأصول***، تح: محمد حسن محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1999م.
- **السنهوري**، عبدالرزاق، (ت: 1971م) ***المدخل لدراسة القانون***، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1952.
- ***الوسيط في شرح القانون المدني***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1982.
- **السنيكي**، زكريا بن محمد بن أحمد، (ت: 926هـ)، ***غاية الوصول في شرح لب الأصول***، دار الكتب العربية الكبرى، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **السيوطي**، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر، (ت:911هـ)، ***تاريخ الخلفاء***، تح: حمدي الدمرداش، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط1، 1425هـ / 2004م.
- **الشاطبي**، ابراهيم بن موسى، (ت: 790 هـ) ***الموافقات في أصول الفقه***، تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، ط1، 1417هـ/ 1997م.

- **الشافعي**، محمد بن ادريس، (ت: 204هـ) ***الرسالة***، تح: عبداللطيف الهميم وماهر ياسين الفحل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، (د.ت).
- **الشربيني**، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب،(ت:977هـ)، ***الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- ***مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج***، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1412هـ/ 2001م.
- **الشرقاوي**، جميل، ***الإثبات في المواد المدنية***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1979م.
- **شلتوت**، محمود، (ت:1963م)، ***الإسلام عقيدة وشريعة***، دار الشروق، القاهرة، ط18، 2001م.
- **الشوكاني**، محمد بن علي بن محمد بن عبدالله اليمني، (ت:1250هـ)، ***السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار***، دار ابن حزم، بيروت، ط1، (د.ت).
- ***نيل الأوطار***، تح: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1413هـ/ 1993م.
- **الشيرازي**، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، (ت: 476هـ) ***اللمع في اصول الفقه***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ/2003م.
- ***المهذب في فقه الإمام الشافعي***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- ***التبصرة في أصول الفقه***، تح: محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط1، 1403هـ.
- **الصاوي**، أبو العباس أحمد الخلوتي،(ت: 1241هـ) ***بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير***، دار المعارف، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **الصدة**، عبدالمنعم فرج، ***أصول القانون***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د. ط)، 1972م.
- ***الإثبات في المواد المدنية***،مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، (د.ط)، 1955م.
- ***نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية***، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهر، (د.ط)، 1970م.
- **صدر الشريعة**، عبيدالله بن مسعود، (ت: 747هـ) ***تنقيع الأصول***، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **الصنهاجي**، عبدالحميد بن محمد بن باديس، (ت:1359هـ)، ***مبادئ الأصول***، تح: د.عمار الطالبي، الشركة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط2، 1988.
- **الطباخ**، أحمد أمين ابراهيم، (ت:1954م)، ***فجر الإسلام***، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، ط10، 1969م.
- **الطبراني**، سليمان بن أحمد بن أيوب، (ت: 360هـ)، ***المعجم الأوسط***، تح: طارق بن عوض الله

بن محمد و عبدالمحسن بن ابراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).

- **الطبري**، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، (ت:310هـ)، ***جامع البيان في تأويل القرآن***، تح: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1420هـ/ 2000م.
- **الطحاوي**، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، (ت: 935هـ) ***مختصر الطحاوي***، لجنة احياء المعارف النعمانية، الهند، (د.ط)، (د.ت).
- **الطوسي**، أبو جعفر محمد بن الحسن، (ت: 460هـ) ***الخلاف***، مطبعة تابان، طهران، (د.ط)، (د.ت).
- **العابد**، زهير، ***قانون البينات السوري مع المذكرة الإيضاحية وأجتهاد المحاكم***، مؤسسة النوري، (د. ط)، 1382هـ/ 1962م.
- **عالية**، د.سمير، ***الوسيط في شرح قانون العقوبات***، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط1، 1431هـ ـ 2010م.
- **عبد الحميد**، نظام الدين، ***مفهوم الإسلامي***، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1984م.
- **عبدالله**، محمد محمود، ***المدخل الى العلوم القانونية***، ب.د.ن، (د.ط)، 1982م.
- عبدالباسط، محمد جمل، ***بصمة الحمض النووي المفهوم والتطبيق***، دار العلم للجميع، القاهرة، (د.ط)، 1991م.
- العبود، عباس، ***شرح القانون المدني***، دار الثقافة، عمان، (د.ط)، 1998م.
- **العجلاني**، منير، (ت: 2004م)، ***عبقرية الإسلام في اصول الحكم***، دار النفائس، بيروت، ط1، 1405هـ/ 1985م.
- **العجلوني**، إسماعيل محمد، (ت:1162هـ)، ***كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1408هـ/ 1988م.
- **العدوي**، أبو الحسن علي بن أحمد، ***حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني***، (ت:1189هـ)تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **عدي**، وليد، **قانون *العقوبات السوري***، مكتبة الملاح، دمشق، ط2، 1982م.
- **العسقلاني**، ابن حجر أحمد بن علي، (ت: 825هـ)، ***فتح الباري شرح صحيح البخاري***، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1379هـ.
- **العشماوي**، محمد، ***قواعد المرافعات في القوانين الأهلي والمختلط***، مطبعة السعادة، القاهرة، (د.ط)، 1346هـ.

- **العطار**، عبدالناصر توفيق، ***الوجيز في تاريخ القانون***، مطبعة السعادة، القاهرة، (د.ط) (د.ت).
- **العطار**،حسين بن محمد بن محمود الشافعي، (ت:1250هـ)، ***حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع***، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **علاء الدين**، عبد العزيز بن أحمد بن محمد الحنفي، (ت: 730هـ)، ***كشف الأسرار شرح أصول البزدوي***، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **علي**، جواد، (ت: 1987م)، ***المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام***، دار العلم للملايين، بيروت، ومكتبة النهضة، بغداد، مطابع دار العلم للملايين 1976ـ 1980م، (ج1، 2، 3، 6، 10 ط الثانية) و (ج 2، 4، 5 ط 3).
- **عليان**، شوكت محمد، ***التشريع الإسلامي والقانون الوضعي***، دار الشواف، الرياض، ط1، 1956م.
- **العمروسي**، أنور، ***التشريع والقضاء في الإسلام***، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (د. ط)، 2000م.
- **عودة**، عبدالقادر، (ت: 1373هـ) ***التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي***، دار الكاتب العربي، بيروت، (د.ط)(د.ت).
- **عوض**، محمد، ***جرائم الاشخاص والأموال***، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د.ط)، (د.ت).
- **العيني**، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي، (ت: 855هـ) ***عمدة القاري شرح صحيح البخاري***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **الغزالي**، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، (ت: 505هـ) ***الوسيط في المذهب***، تح: أحمد محمود ابراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ.
- ***المستصفى***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ/1993م.
- **غيدان**، محمد عبدالوهاب المصري، ***شهادة المرأة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي***، دار الفكر، مكتبة الرسائل الجامعية العلمية، سوريا، لبنان ـ الكويت، ط 1، 1433هـ/ 2012م.
- **فرج**، توفيق، ***المدخل للعلوم القانونية***، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- فهمي، محمد سيد، ***الجريمة والعقاب***، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، (د.ط)، 2012م، ص22.
- **الفيروز آبادي**، مجدالدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، (ت:817هـ)، ***القاموس المحيط***، تح: مكتب

تـح الـتراث في مؤسسـة الرسـالة، مؤسسـة الرسـالة للطباعـة والناشـر والتوزيـع، بـيروت، ط8، 1426هـ/ 2005م.

- **الفيومي**، أحمد بن محمد الحموي، (ت: 770هـ) ***المصباح المنير***، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **القاري**، نورالدين علي بن محمد بن سلطان، (ت: 1014هـ)، ***فتح باب العناية في شرح كتاب النقاية***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1426هـ/2005م.
- القانون المدني المصري رقم(3)السنة 1948، ط8، 1999م.
- **القدوري**، أحمد بن محمد، (ت: 428هـ)، ***مختصر القدوري***، تح: كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
- **القرافي**، أبو العباس شهاب الدين أحمد، (ت: 684هـ)، ***الذخيرة***، دار الغرب الإسلامي، تونس، (د.ط)، (د.ت).
- ***الفروق***، عالم الكتب، القاهرة، (د. ط)، (د.ت).
- ***نفائس الأصول في شرح المحصول***، تح: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط1، 1416هـ/ 1995م.
- **قرامي**، آمال، ***حرية المعتقد في الإسلام***، دار الفنك، الدار البيضاء، 1997م.
- **القرطبي**، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدين، (ت:671هـ)، ***الجامع لأحكام القرآن***، تح: أحمد البردوني وابراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 2، 1384هـ/ 1964م.
- **القطان**، مناع، ***تاريخ التشريع الإسلامي***، (ت: 1420هـ)، مكتبة الوهبة، القاهرة، ط4، 1409هـ/1989م.
- **قليوبي وعميرة**، أحمد سلامة وأحمد البرلسي، (ت:1069هـ)، ***حاشية قليوبي وعميرة***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1415هـ/ 1995م.
- **القنوجي**، أبو الطيب محمد، (ت: 1307هـ) ***الروضة الندية شرح الدرر البهية***، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **الكاساني**، علاءالدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، (ت:587هـ)، ***البدائع في ترتيب الشرائع***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1406هـ/ 1986م.
- **الكعبي**، خليفة علي، ***البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية***، دراسة فقهية مقارنة، دار

الجامعة الجديدة، الاسكندرية، (د.ط)، 2004م.

- **كيرة**، حسن، ***المدخل إلى القانون***، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ط)، 1974م.
- **اللهيبي**، صالح محمد زكي، ***القضاء في الحضارة الإسلامية دراسة تأريخية***، دار ابن الجوزي، الدمام، ط 1، 1436هـ.
- **مالك**، انس بن عامر الأصبحي المدني، (ت:179هـ)، ***المدونة***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/ 1994م.
- **الماوردي**، أبو الحسن علي بن محمد البصري الشافعي، (ت:450هـ)، ***ادب القاضي***، تح: محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، (د.ط)، 1391هـ/ 1971م.
- ***الحاوي الكبير***، تح: د. محمود مطرجى، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1414 هـ/ 1994م.
- ***الأحكام السلطانية***، تح: أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1409هـ/ 1989م.
- **المباركفوري**، صفي الرحمن، (ت:2006م)، ***الرحيق المختوم***، المطبعة العالمية، ط1، 1422هـ/ 2001م.
- **المجذوب**، طارق ود و د. فايز محمد حسين، ***تاريخ النظم القانونية***، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.ط)، 2009م.
- مجموعة الأحكام العدلية، العدد3 ـ 4، السنة الثامنة، 1977.
- **المحلي**، جلال الدين محمد بن أحمد الشافعي، (ت:864هـ)، ***شرح الورقات***، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، (د.ط)، 1424هـ/ 2004م.
- **المحمصاني**، صبحي،(ت: 1986م)، ***فلسفة التشريع في الإسلام***، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1980.
- **مدكور**، محمد سلام، ***المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة***، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط2، 1996م.
- **المراغي**، أحمد بن مصطفى، (ت: 1371هـ)، ***تفسير المراغي***، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط1، 1365هـ / 1946م.
- **المرتضى**، أحمد بن يحيى، (ت:840هـ)، ***البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار***، ع: عبدالله محمد الصدق وعبدالحفيظ أسعد، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي، (ت:885هـ)، ***الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف***، دار إحياء التراث، العربي، بيروت، ط 2، (د. ت).

- **تحرير *المنقول وتهذيب علم الأصول***، تـح: عبـدالله هاشـم، و د. هشـام العربـي، وزارة الأوقـاف والشؤون الإسلامية، قطر، (د.ط)، (د.ت).
- مطلـوب، عبدالمجيـد، نظريـة الإرادة المنفـردة في الفقـه الإسـلامي، دار النفـائس، عمـان، (د.ط)، 1987م، ص77.
- **المرغينـاني**،علـي بـن أبـي بكـر بـن عبـدالجليل الفرغـاني، (ت:593هـ)، ***الهدايـة في شـرح بدايـة المبتدي***، تح: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **مرقس**، سليمان، ***اصول الإثبات واجراءاته في المـواد المدنيـة في القـانون***، دار الجبـل، القـاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **مرقس**، سليمان، ***الوافي في شرح القانون المدني***، د.د.ن، ط6، 1987م.
- **موجز *أصول الإثبات في المواد المدنية***، دار النشر للجامعات، القاهرة، (د.ط)، 1957م.
- **المزني**، اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل، (ت:264هـ)، ***مختصـر المزنـي***، دار المعرفـة، بـيروت، (د.ط)، 1410هـ/ 1990م.
- **مسلم**، أبو الحسن الحجاج النيسابوري، (ت:261هـ)، ***صحيح مسلم***، تح: محمد فؤاد عبـدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **مسلم**، أحمد، ***أصول المرفقات***، دار الفكر، القاهرة، ط1، 1968م.
- **المشاهدي**، ابراهيم، ***المختار من قضاء محكمة التمييز***، قسم الإثبات، مطبعـة الزمـان، بغـداد، (د.ط)، 1419هـ/ 1999م.
- **مشرفة**، عطية، ***القضاء في الإسلام***، شركة الشرق الأوسط، القاهرة، ط2، 1966م.
- **مطر**، محمد يحيى، ***مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية***، الدار الجامعية، بيروت، (ب.ط)، 1991.
- **المغربي**، محمد بن محمد، (ت: 954هـ) ***مواهب الجليل لشرح مختصر خليل***، دار الفكر، بيروت، ط3، 1412هـ.
- **المفيد**، محمد بن محمد بن النعمان، (ت: 413هـ) ***أوائل المقالات***، تح: ابراهيم الأنصاري، مطبعة مهر، قم، ط1، 1413هـ.
- **المقدسي**، موسى بن أحمد،(ت: 968هـ) ***الإقناع في فقه الإمام أحمد حنبـل***، تـح: عبـداللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- **ملوكي**، أياد عبدالجبار، ***قانون الإثبات***، شركة العاتك، القاهرة، ط2، 2009م.

- **ممدوح**، عمر مصطفى، ***القانون الروماني***، دار المعارف، القاهرة، ط3، 1959م.
- **المواق**، محمد بن يوسف بن أبي القاسم (ت: 897هـ)، ***التاج والإكليل لمختصر الخليل***، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/ 1994م.
- **الموصلي**، عبدالله بن محمود البلدجي، (ت: 683هـ)، ***الأختيار لتعليل المختار***، مطبعة الحلبي، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- **المؤمن**، حسين، ***نظرية الإثبات***، دار الكتاب العربي، القاهرة، (د.ط)، 1948م.
- **الميامي**، فوزي كاظم، ***دعاوى أجر المثل***، مكتبة صباح، بغداد، (د.ط)، 2008.
- **الميداني**، عبدالغني الغنيمي، (ت:1298هـ)، ***اللباب في شرح الكتاب***، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ط)، 1425هـ/ 2004م.
- **النجيفي**، محمد حسن، ***جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام***، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 7، 1981م.
- **النداوي**، آدم وهيب، ***دور الحكم المدني في الإثبات***، الدار للطباعة، بغداد، (د.ط)، 1979م.
- ***شرح قانون الإثبات***، بغداد، ط 2، 1406هـ/ 1986م.
- **النسائي**، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، (ت:303هـ)، ***السنن الكبرى***، تح: شعيب الأؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ط)،(د.ت).
- **النسفي**، نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد، (ت:537هـ)، ***طلبة الطلبة***، دار النفائس، بيروت، ط1، 1416هـ/ 1995م.
- **نشأت**، أحمد، ***رسالة الإثبات***، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1972م.
- **النشار**، محمد فتح الله، ***أحكام وقواعد الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقاً لأحداث أحكام محكمة النقض***، دار الجامعة الجديدة، (د.ط).
- **النعماني**، أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي، (ت:775هـ)، ***اللباب في علوم الكتاب*** تح: الشيخ عادل أحمد عبدالموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1419 هـ/ 1998م.
- **النووي**، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، (ت:676هـ)، ***روضة الطالبين وعمدة المفتين***، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت ـ دمشق ـ عمان، ط 3، 1412هـ/ 1991م.
- ***المجموع شرح المهذب***، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، بيروت، ط1، 1426هـ/ 2005م.

- **الهاروني**، أحمد بن الحسين، (ت:411هـ)، ***شرح التجريد في فقه الزيدية***، مركز التراث والبحث اليمني، صنعاء، ط 1، 1427 هـ/ 2006م.
- **هاشم**، محمود محمد، ***القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية***، منشورات جامعة الملك سعود، الرياض، ط1، 1988م.
- **الهيتمي**، أحمد بن محمد بن علي بن حجر،(ت: 974هـ) ***تحفة المحتاج في شرح المنهاج***، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، (د.ط)، 1357هـ /1983م.
- **الواحدي**، أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي النيسابوري الشافعي، (ت:468هـ)، ***الوجيز في التفسير الكتاب العزيز***، تح: صفوان عدنان الداوودي، دار النشر: دار القلم الدار الشامية ـ دمشق ـ بيروت، ط 1، 1415هـ.
- **والي**، فتحي، ***الوسيط في قانون القضاء المدني***، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1980م.
- **وهبة**، وسيم حسن، ***قانون العقوبات اللبناني***، مكتبة زين، بيروت، (ب.د.ن)، (د.ط)، 2007م.