IUGJLSL
Vol 28, No 3, 2020, pp 120 - 153
ISSN 2410-3152
مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية

تاريخ الإرسال (2019-4-11)، تاريخ قبول النشر (2019-07-16)

الأحكام البدلية وضوابطها في فقه العقوبات الإسلامية "دراسة فقهية تحليلية"

اسم الباحث: د. نبيل محمد كريم المغايره

اسم الجامعة والبلد: الفقه وأصوله-كلية الشريعة -الجامعة الأردنية- الأردن

البريد الالكتروني للباحث المرسل: *

E-mail address: nabeelmgh@ju.edu.jo

الملخص:

يتناول هذا البحث موضوع الأحكام البدلية وضوابطها في فقه العقوبات، ويهدف هذا البحث إلى بيان مفهوم الأحكام البدلية، وأنواعها المختلفة، وضوابطها، ومجال تطبيقها في فقه العقوبات، كما يهدف إلى بيان الدور الوقائي، والعلاجي، والوظيفي للأحكام البدلية، وذلك من خلال دراسة نماذج من مسائل العقوبات في الفقه الإسلامي.

وقد توصلت الدراسة إلى أنّ هناك العديد من أنواع الأحكام البدلية في العقوبات، كما بيَّنت الضوابط التي لابد منها لتطبيق هذه العقوبات.

كما أوصت الدراسة بمجموعة من التوصيات من أهمها: ضرورة أن يراعي القضاة الأحكام البدلية أثناء تطبيقهم للإجراءات القضائية وفق الضوابط التي ذكرناها، وأن يكون هذا التطبيق محققاً لمقاصد الشرع أولاً، ولمصلحة من لهم الحق في الانتقال إلى الأحكام البدلية ثانياً، وبما يحقق الدور الوقائي، والعلاجي، والوظيفي الذي تنهض به الأحكام البدلية في مسائل العقوبات.

كلمات مفتاحية: الحكم الأصلي، الحكم البدلي، فقه العقوبات، ضوابط العقوبات البدلية.

The Substitutable Rulings and their controls in Islamic penalty: a juristic analytical study

Abstract:

This research discusses the substitutable rulings in Islamic criminal law, their concept, kinds, controls, and fields of application. This research aims also to present the preventative, curative, professional role of substitutable rulings. This is done by studying examples of penalties in Islamic law.

The study proves the existence of subsumable rulings in penalties and that they have controls that should be considered.

The study reached a number of recommendations amongst which are: substitutable rulings should be taken in consideration by judges when they apply the juristic procedures and their controls, this application should be in agreement with the objectives of Islam, and the interest of individuals, and in order to achieve the preventative, curative and professional goals of substitutable rulings in issues of penalties.

Keywords: The original judgment, Transitional rule, Jurisprudence of Penalties, Controls of alternative penalties.

مقدمة:

إنَّ الحمد لله، نحمده ونشكره، ونستعين به ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، وأشهد أن لا إله إلاَّ الله وحده لا شريك له، وأشهد أنَّ محمداً عبده ورسوله النَّبي الأميُّ الأمين، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن سار على نهجهم، واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدِّين، أمَّا بعد:-

فإنَّ الدَّارس للتشريعات الجنائية كمؤيدات للشريعة الإسلامية الخاتمة الكاملة، يجد أنها حفظت مقاصد الشرع من جانب العدم؛ والمتمثل بدرء الإختلال الواقع أو المتوقع على مقاصد الشرع، وهذا ما أشار إليه الإمام الشاطبي- في كتابه الموافقات في أصول الشريعة- بقوله:" والجنايات – ويجمعها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر- ترجع إلى حفظ الجميع من جانب العدم"[1].

وقد جاءت الشريعة الاسلامية مبينة لأنواع العقوبات المختلفة والتي تمثل حفظ مقاصد الشرع من جانب الوجود أولاً، ولتكون عامة تصلح لأن تطبق على البشرية جمعاء، وتحقق مبادئ الانسانية فيهم، وتصون المجتمعات من كل المفاسد والشرور ثانياً.

علاوة على ما تتمتع به من مرونة تجعلها صالحة لكل زمان ومكان، ولا تضيق بما يستجد من قضايا تتعلق بإصلاح الفرد، والجماعات، ورعاية مجتمع الفضيلة.

هذا، وقد قامت القوانين المعاصرة برعاية منظومة الأحكام المتعلقة بالعقوبات وصياغة هذه الأحكام على شكل مواد قانونية ليسهل التعامل بها من قبل أصحاب الاختصاص من قضاة ومحامين ومنظمات حقوقية تحت ما يسمى بالقانون الجنائي أو قانون العقوبات.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في محاولتها لتغطية جانب مهم من هذه الأحكام المتعلقة بالعقوبات مما يسمى بالأحكام البدلية المبثوثة في مسائل العقوبات المختلفة ، وذلك من خلال دراستها من الناحية الفقهية أولاً، ووضع الضوابط المحققة لمقاصد الشرع من نظم العقوبات ثانياً.

ولذا ارتأيت دراسة الأحكام البدلية المبثوثة في فقه العقوبات، لتحقيق هذه الغايات، وليتم مراعاة ذوي الاختصاص لها أثناء تطبيقهم لتلك العقوبات، حتى لا يكون التطبيق لها آلياً، وبعيداً عن روح التشريع ومقاصده من جهة، ولتتحقق مصالح من تطبق عليهم هذه الأحكام من جهة أخرى.

أما مشكلة البحث فتتمثل في عدم التفريق بين الأحكام الأصلية، والأحكام البدلية من قبل بعض طلبة العلم، والمتخصصين من القضاة، والمحامين، وأنه ينبغي أن لا يصار إلى الأحكام البدلية إلا في حال عدم القدرة على الأحكام الأصلية أو لتعذر إقامتها لسبب من الأسباب المعتبرة شرعاً. فجاءَ هذا البحث ليسلط الضوء على هذه الأحكام من حيث معناها، والضوابط التي ينبغي توافرها لتطبيقها واقعاً.

أما أهداف البحث فيمكن أن نُجملها بما يأتي:

1- بيان معنى الأحكام الأصلية والأحكام البدلية.
2- بيان الفرق بين الأحكام البدلية، والألفاظ ذات الصلة بها.
3- عرض نماذج عملية وتطبيقات فقهية للأحكام الأصلية والبدلية في العقوبات.
4- بيان الدور الوظيفي، والتطبيقي، والمقاصدي، الذي تنهض به الأحكام البدلية في فقه العقوبات باعتبارها مؤيدات شرعية.

أما الدراسات السابقة، فلم يعن الفقهاء السابقون بالأحكام البدلية بشكل مستقل، وإنَّما كانت معالجتهم لها بشكل جزئي، وذلك أثناء حديثهم عن الفروع الفقهية ذات الصلة به.

أما الفقهاء المعاصرون فلم ينل الموضوع ما يستحقه من العناية والاهتمام بشكل متكامل، ولم أجد دراسة قد تناولت الموضوع بمثل المنهجية والعرض الذي تناولته لهذا الموضوع.

لكن وجدت دراسات قد تناولت الأحكام البدلية في موضوعات أخرى، أو بشكل جزئي وموجز من أهمها:

([1]) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، ص20.

– بحث بعنوان:" **قواعد الأصل والبدل وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي**". للباحث فادي عبد الفتاح الحن. وهي رسالة دكتوراه. قدمت في الجامعة الأردنية– كلية الشريعة، عام2009م، وهذه الدراسة عنيت بالقواعد الفقهية للأحكام البدلية وقد كانت دراسة متميزة في موضوعها حيث عالجت جانبا من جوانب الحكم البدلي ، لذا لن نتناول القواعد الفقهية للأحكام البدلية في بحثنا هذا إلا مما يتعلق بمسائل العقوبات.

–بحث بعنوان:" **أحكام البدل في الفقه الإسلامي**" للباحث عبد الله بن محمد الجمعة، وهي رسالة دكتوراه. قدمت في كلية الشريعة بجامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، وقد تناولت الحكم البدلي في أبواب الفقه المختلفة، لكن الباحث لم يتناول ضوابط الأحكام البدلية المتعلقة بالعقوبات بمختلف أنواعها، كما ستبيّنه هذه الدراسة.

–بحث بعنوان :" **البدل مفهومه وتطبيقاته في مسائل العبادات والكفارات**". للباحثة: سحر عيسى الباز. وهي رسالة ماجستير قدمت في الجامعة الأردنية– كلية الشريعة، عام2009م، وقد كانت هذه الدراسة متخصصة في العبادات والكفارات ولم تعن ببقية أبواب الفقه كدراسة متكاملة للحكم البدلي.

وبناء على ما تقدم فقد جاءت هذه الدراسة لتكمل النقص في الدراستين السابقتين وذلك من خلال محاولة التعريف الدقيق للأحكام البدلية ومن ثم الاستطراد بأنواع الأحكام البدلية، علاوةً على بيان الأحكام البدلية في فقه العقوبات ، والضوابط الخاصة بها.

أما منهجية البحث فقد اعتمد الباحث على المنهج الوصفي، والتحليلي، والمقارن –ما أمكن– لعرض الموضوعات محل البحث، كما اعتمد المنهج التطبيقي وذلك بذكر نماذج دراسية من المسائل الفقهية، ووضع الضوابط الناظمة لتلك العقوبات.

أما خطة البحث فقد قسم البحث إلى مقدمة وستة مباحث وخاتمة على النحو الآتي:

المقدمة وقد بين فيها الباحث أهمية الموضوع، ومشكلة الدراسة، وأهدافها، واهم الدراسات السابقة.

أما المباحث فهي على النحو الآتي

المبحث الأول: الحكم البدلي مفهومه والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الأول: مفهوم الحكم البدلي.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالأحكام البدلية.

المبحث الثاني: أنواع الأحكام البدلية وتطبيقاتها في مسائل العقوبات

المطلب الأول: الحكم البدلي من حيث بقاء الحكم الأصلي أو عدم بقائه.

المطلب الثاني: الحكم البدلي من حيث طبيعته.

المطلب الثالث: الحكم البدلي من حيث استقراره بعد الشروع فيه أو عدم استقراره.

المطلب الرابع: الحكم البدلي من حيث طبيعة الحكم الأصلي.

المطلب الخامس: الحكم البدلي بالنظر إلى جهة الحقوق.

المطلب السادس: الحكم البدلي من حيث مدى وجوب البدل مع المبدل في حالة العجز الجزئي.

المبحث الثالث: الأحكام البدلية في مسائل العقوبات الحدّيَة وضوابطها.

المطلب الأول: التعريف بجرائم الحدود أنواعها وعلاقة الأحكام البدلية بها.

المطلب الثاني: الأحكام البدلية المتعلقة بحد الزنا.

المطلب الثالث: الأحكام البدلية المتعلقة بوسائل الإثبات في جرائم الحدود.

المطلب الرابع: ضوابط الأحكام البدلية لجرائم الحدود.

المبحث الرابع: الأحكام البدلية المتعلقة بمسائل العقوبات التعزيرية وضوابطها.

المطلب الأول: التعريف بجرائم التعازير وأنواعها.

المطلب الثاني: العقوبات الأصلية والبدلية في جرائم التعازير ومدى صلاحيات القاضي.

المطلب الثالث: ضوابط العقوبات البدلية لجرائم التعازير.

المبحث الخامس: الأحكام البدلية المتعلقة في مسائل العقوبات الواقعة على النفس.

المطلب الأول: التعريف بالجناية الواقعة على النفس وأنواعها عند الفقهاء.
المطلب الثاني: الأحكام البدلية المتعلقة بالعقوبات الأصلية للجنايات الواقعة على النفس.
المطلب الثالث: الأحكام البدلية المتعلقة بعدم قدرة العاقلة على دفع الدية.

المبحث السادس: الأحكام البدلية المتعلقة في مسائل العقوبات الواقعة على ما دون النفس.

المطلب الأول: التعريف بالجنايات الواقعة على ما دون النفس وأنواعها عند الفقهاء.
المطلب الثاني: الأحكام البدلية المتعلقة بالجناية على ما دون النفس عمداً وضوابطها.
المطلب الثالث: الأحكام البدلية المتعلقة بالجناية على ما دون النفس خطأً وضوابطها.

أما الخاتمة فقد تناولت الدراسة أهم النتائج والتوصيات التي خرج بها الباحث، وقد تمَّ بيانها في خاتمة البحث.

هذا، والله أسأل أن يكون عملي هذا متقبلاً عنده، وخالصاً لوجهه الكريم، وأن يكون في ميزان حسناتي يوم الدّين، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلاَّ من أتى الله بقلب سليم.

المبحث الأول

الحكم البدلي مفهومه والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الأول: مفهوم الحكم البدلي.

الحكم لغة: الحاءُ والكافُ والميمُ أصل واحدٌ بمعنى المنع، كما يأتي بمعنى القضاء والفصل؛ لمنع العدوان، ومنه قوله تعالى: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ ﴾.

[ص:26]. والحُكْمُ العِلمُ، والفقه، والقضاء بالعدل، وهو مصدر حَكَمَ يَحْكُمُ[2].

أما في الاصطلاح فعرَّف الأصوليون الحكم الشرعي بأنه: " خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً، أو تخييراً، أو وضعاً"[3].

هذا، والمقصود من تعريف الأصوليين له إنَّما يتعلق بالأحكام الشرعية الأصلية؛ وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين حال القدرة على القيام بها، أما حال عدم القدرة فإنَّ الشارع الحكيم ينقل المكلف إلى أحكام بدلية هي في مقدور المكلف أيضاً.

وأما البدل لغة: لفظ جَمْعُهُ أبدال، يقال: أَبدَلْته بكَذَا إبْدَالاً نَحَّيْت الأوَّلَ وَجَعَلْت الثَّانِي مَكَانَهُ، وبَدَّلْته تَبْدِيلاً بِمَعْنَى غَيَّرت صُورتَهُ تَغْيِيراً. وبَدَلُ الشيءِ غَيْرُه. قال ابن سيده:" بِدْلُ الشيء وبَدَله وبَديله الخَلَف منه، والجمع أبدال. والأصل في التبديل تغيير الشيء عن حاله والأصل في الإبدال جعل شيء مكان شيء آخر".[4].

أما في الاصطلاح فلم يُعنَ الفقهاء القدامى بتعريف البدل تعريفاً دقيقاً، جامعاً، مانعاً ، لكن ورد من النصوص ما يدل على معناه عندهم.

وقد عرَّف الحنفية البدل فقالوا:" ما لا يصار إليه إلاَّ عند العجز عن الأصل"[5].

وجاء في المحصول في بيان معنى البدل:" البدل: هو الذي يقوم مقام المبدل منه [الأصل] من كل الوجوه"[6].

([2]) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص91. ابن منظور، لسان العرب، ج12، ص140.
([3]) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ، ج1 ص157. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج1، ص46. الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ص95. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ص37 وما بعدها.
([4]) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص48. الفيومي، المصباح المنير، ج1، ص223.
([5]) منلا خسرو، درر الحكام، ج2، ص389. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5، ص499.

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف الأحكام البدلية بأنها: أثر خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين حال عدم القدرة على القيام بالأحكام الشرعية الأصلية حقيقةً أو حُكْماً.

فالخطاب : هو الكلام المقصود منه إفهام من هو مهيأ للفهم. وإضافته إلى الله تعالى؛ لإخراج خطاب غير الله من الإنس، والجن، والملائكة، وغيرهم.

والمتعلق: أي المرتبط من باب تسمية الشيء بما يؤول إليه.

بأفعال: يشمل تصرفات المكلفين من الأقوال، والأعمال، والاعتقاد، والنيات، فيشمل أعمال القلوب، والجوارح.

فالفعل عام يشمل أفعال الجوارح؛ كقتل النفس بغير حق أو الاعتداء على عضو من أعضاء الانسان، وأفعال اللسان؛ كالقذف، والسَّب والشتم، . وأفعال القلوب؛ وهذا يتعلق بالقصد الجنائي في ارتكاب الجرائم.

المكلفين: جمع مكلف: وهو الإنسان البالغ العاقل الذي يفهم خطاب الشرع، ولم يَحُل دون تكليفه حائل. والقول بأفعال المكلفين: لإخراج الخطاب المتعلق بذات الله، وصفاته، وأفعاله. كما يخرج ذات الإنسان، والحيوان، والجماد، والجن، والملائكة.

وتعريف الأصوليين للحكم الشرعي إنما هو تعريف للأحكام الشرعية الأصلية؛ وهو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين حال القدرة على القيام بها، أما حال عدم القدرة فإن الشرع ينقل المكلف إلى أحكام شرعية بدلية هي في مقدور المكلف في ثاني الحال.

حقيقةً: وهو عدم القدرة على الأحكام الشرعية الأصلية حسيًا أو بدنياً، كعدم القدرة على القصاص فيما دون النفس لفوات المحل، أو عدم القدرة على دفع الدية من قبل العاقلة لقلة عددها أو لأنها تجحف بها[7].

أو حكماً؛ أي عدم القدرة على ذلك من جهة الشرع، كعدم القدرة على استيفاء القصاص لكون الجاني أصل للمجني عليه؛ لحديث عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رضي الله عنه قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «**لَا يُقَادُ الوَالِدُ بِالوَلَدِ**»[8].

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالأحكام البدلية في العقوبات.

أولاً: الحكم البدلي وعلاقته بالحكم الأصلي.

ذكرنا أنَّ الأصوليين عرفوا الحكم الشرعي بأنه:" خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين طلباً، أو تخييراً، أو وضعاً". فهذا التعريف يتعلق بالأحكام الشرعية الأصلية حال قدرة المكلف على القيام بها. فهذه الأحكام مطلوبة في حال القدرة عليها، وهي أصل الخطاب الشرعي؛ بمعنى أنَّ المكلف مُخاطَب بها ليؤدّيها على الكمال؛ لأنها مراد الله أولاً.

أما الحكم البدلي فهو أثر خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين في ثاني الحال؛ أي في حال عدم القدرة على القيام بالفعل إما حقيقةً، أو حكماً.

وعليه، فلا يجوز للمكلف الانتقال إلى الأحكام البدلية إلاَّ حالَ عدم القدرة على القيام بالأحكام الشرعية الأصلية.

([6]) الرازي، المحصول في علم الأصول، ج2، ص116.

([7]) انظر المطلب الثالث: الأحكام البدلية في حال عدم قدرة العاقلة على دفع الدية، ص26 وما بعدها.

([8]) الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا، ج4، ص18، حديث رقم (1400). أحمد بن حنبل، مسند الامام أحمد، مسند الخلفاء الراشدين، مسند عمر بن الخطاب، ج1، ص257، حديث رقم (98). الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، ج2، ص1279. قال الألباني: **صحيح**.

فمثلا العقوبة الأصلية المقررة في القتل العمد هي القصاص والمتمثلة بقتل الجاني، لكن في حال عدم القدرة على إقامة العقوبة الأصلية لسبب من الأسباب أو لمانع من جهة الشرع، فإنه ينتقل إلى الدية كعقوبة بدلية عن القصاص، وليس للحاكم أن ينتقل إلى الحكم البدلي إلاّ بشروط سنبيّنها لاحقاً.

وبناءً على ما تقدم يتبين لنا أنَّ الأحكام الشرعية الأصلية تكون مطلوبة من المكلف أولاً، وفي حال القدرة عليها، أما الأحكام الشرعية البدلية فتكون مطلوبة في حال عدم القدرة على الأحكام الأصلية حقيقةً، أو حكماً.

ثانيا: الحكم البدلي وعلاقته بالعجز.

العَجزُ لغةً: بمعنى عدم القدرة. يقال: عجز عن الشيءِ عَجْزاً وعَجَزاناً، ضعف ولم يقدر عليه. ويأتي بمعنى الضعف وفوات الشيء. والعَجَز: الدَّاء والمرض. ويجمع هذه المعاني فوات الشيءِ لضعفٍ، أو عدم القدرة[9].

أما في الاصطلاح فعرَّف المتكلمون العجز بأنَّه: " صفة ثبوتية تمنع معها وقوع الفعل الممكن"[10].

أما الأصوليون فقد عرَّف جلال الدِّين المحلي العجز بأنه:" صفة وجودية تقابل القدرة، تقابل الضدين. لا تقابل العدم والملكة.

وقيل: تقابل العدم والملكة فيكون [العجز] هو عدم القدرة عما من شأنه القدرة"[11].

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف العجز بأنه:" **عدم قدرة المكلف على أداء التصرفات الشرعية المأمور بها، أو المنهي عنها، عزيمةً، مع توجه الإرادة –إن وجدت– للقيام بذلك**"[12].

مما تقدم يتبيَّن لنا أنَّ العجز من الأسباب التي تجعل المكلف غير قادر على القيام بالتصرفات الشرعية الأصلية، وبالتالي فإنَّ الشارع الحكيم أجاز له في حالات العجز، ووجود أسبابه، وشروطه الانتقال إلى الحكم البدلي الذي هو في مقدور المكلف في حال عجزه عن الحكم الشرعي الأصلي، فالعجز يعتبر من الأسباب التي تجيز للمكلف الانتقال من الأحكام الشرعية الأصلية إلى الأحكام الشرعية البدلية.

ومن صور ذلك في العقوبات: العجز عن إقامة حد الزنا في الزاني غير المحصن لمرض لا يرجى شفاؤه، ففي هذه الحال ينتقل به إلى الحكم البدلي والمتمثل بضربه مائة شمراخ ضربة واحدة كصورة لإقامة الحد علية كما ورد في السنة النبوية ففي الحديث **عَنْ سَعِيدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ عُبَادَةَ، قَالَ: كَانَ بَيْنَ أَبْيَاتِنَا إِنْسَانٌ مُخْدَجٌ ضَعِيفٌ، لَمْ يُرَعْ أَهْلُ الدَّارِ إِلَّا وَهُوَ عَلَى أَمَةٍ مِنْ إِمَاءِ الدَّارِ يَخْبُثُ بِهَا، وَكَانَ مُسْلِمًا، فَرَفَعَ شَأْنَهُ سَعْدٌ إِلَى رَسُولِ اللهِ صَلَّى**

([9]) ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص318.

([10]) الأبي، شرح الآبي والسنوسي على صحيح مسلم، ج9، ص28.

([11]) العدم والملكة ليسا متضادين، ولا متضايفين. لأنَّ المتضادين لا واسطة بينهما، فحكمهما أحد الحكمين ؛ كالأبيض، والأسود. والمتضايفين: كالأبوة، والبنوة، متلازمان وجوداً وعدماً، مع أنَّ أحدهما ليس بعلة في الآخر.
أما العدم والملكة فهما تقابل بين أمرين أحدهما: وجودي، والآخر عدمي، والطرف العدمي هو سلب للطرف الوجودي عن المحل الذي من شأنه أن يتصف به؛ كالعمى، والبصر؛ فالبصر هو ملكة (أمر وجودي) والعمى: هو العدم (وهو الطرف العدمي وهو سلب للطرف الوجودي الذي هو ملكة البصر عن المحل الذي من شأنه الاتصاف به؛ كالإنسان، والحيوانات. ولذا فالحجر لا يتصف بالعمى؛ لأنه ليس له ملكة الإبصار. انظر: جلال الدِّين المحلي، شرح المحلي على جمع الجوامع، ج2، ص325. العطار، حاشية العطار على جمع الجوامع، ج2، ص525. ابن سينا، المنطق، ص144. الزركشي، البحر المحيط، ج7، ص311.

([12]) انظر:نبيل محمد المغايره، نظرية العجز في الفقه الإسلامي، أطروحة الدكتوراه، بإشراف: محمد حسن أبو يحيى، الجامعة الأردنية، 2003م، ص13.

اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: " اضْرِبُوهُ حَدَّهُ " قَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّهُ أَضْعَفُ مِنْ ذَلِكَ، إِنْ ضَرَبْنَاهُ مِائَةً فَتَلْنَاهُ قَالَ: " فَخُذُوا لَهُ عِثْكَالًا فِيهِ مِائَةُ شِمْرَاخٍ، فَاضْرِبُوهُ بِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً، وَخَلُّوا سَبِيلَهُ ".[13]

ثالثا: الحكم البدلي وعلاقته بالأعذار.

الأعذارُ لغةً: جَمعُ عُذر. والعُذرُ : الحجة التي يتعذر بها. وتعذر الأمر: شقَّ وتعسر[14].

وعليه، فالأعذار تطلق على الحُجَّة، وعدم اللوم للمشقة والعسر.

أما في الاصطلاح فعند الحنفية: الأعذار:" ما لا يكون من العباد"[15].

وقد عرَّف الشافعية العذر بأنه:" ما يتعذر على العبد المضي فيه على موجب الشرع، إلا بتحمل ضرر زائد"[16].

أما الحنابلة فعرَّفوا العذر بأنه:" ما يرفع اللوم ممَّا حقه أن يُلام عليه"[17].

مما تقدم يتبيَّن لنا أنَّ الأعذار هي نوع من المشاق المخففة والميسرة على المكلف مما توجبه الأحكام الشرعية الأصلية فمن هذه الأعذار ما يوجب الانتقال إلى أحكام بدلية، فهذه الأعذار أسباب للتخفيف والتيسير على المكلف ونقله من الأحكام الأصلية التي لا يقدر عليها إلى أحكام بدلية يقدر عليها.

كما أنَّ لهذه الأعذار أسباباً كثيرة، فبعضها يرتب أحكاماً بدلية وبعضها قد يكون مسقطاً للحكم الأصلي بالكلية دون نقل المكلف إلى حكم بدلي، وبعضها يوجب القيام بالحكم الأصلي مع وجود العذر ، فليس كل الأعذار موجباً لأحكامٍ بدلية، وإنما يعود ذلك لطبيعة العذر ومدى أهمية القيام به في نظر الشرع، وهذا ما سنبيِّنه لاحقا عند الحديث عن الأعذار التي تدرء الحدود وترتب عقوبات بدلية.

المبحث الثاني

أنواع الأحكام البدلية وتطبيقاتها في العقوبات .

المطلب الأول: أنواع الحكم البدلي من حيث بقاء الحكم الأصلي أو عدم بقائه.

قسَّم صاحب كشف الأسرار[18] الحكم البدلي من حيث بقاء المبدل منه (الحكم الأصلي) أو عدم بقائه إلى قسمين هما:

1-بدل المُقابلة: وعرَّفه بأنه:" قيام المبدل كشرط لأداء البدل"[19].

ومن تطبيقاته: الأحكام البدلية في القصاص هي بدل مقابلة إن قدر على ذلك ؛ فالقاتل يقتل، والسن بالسن، والعين بالعين، والجروح قصاص، لكن إن تعذر بدل المقابلة انتقلنا الى بدل الخلف.

([13]) ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الحدود، باب الكبير والمريض يجب عليه الحد، ج2، ص859، حديث رقم (2574). أبي داود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في إقامة الحد على المريض، ج4، ص161، حديث رقم (4472). قال الألباني: **حديث صحيح.**

([14]) ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص545. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، ص596.

([15]) الطوري، تكملة البحر الرائق، ج8، ص42.

([16]) زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة، ص70.

([17]) ابن مفلح، المبدع، ج2، ص99. البعلي، المطلع على أبواب المقنع، ج1، ص112.

([18]) عبدالعزيز البخاري، كشف الأسرار، ج2، ص269.

([19]) المرجع السابق.

فمثلاً: لو فقأ الجاني عين إنسان عمداً، ولم يكن له مثلها، وجبت علية دية العين؛ لأنه تعذر المثل فوجب الانتقال إلى البدل.[20]

وهذا القسم من الأبدال غير مقصودٍ في بحثنا؛ لأنه مقابلة اعتداء بمثله وهو في الحقيقة يمثل العقوبة الأصلية، وإنَّما ذكرناه هنا للتفريق بينه وبين الحكم البدلي، والمسمى وفقا لهذا التقسيم ببدل الخَلَف.

2- **بدل الخَلَف أو الخلافة:** وهو اشتراط عدم القدرة على الأصل أو لتعذر ذلك بسبب معتبر شرعاً فيقوم الخَلَفُ مقام الأصل[21]. بمعنى: أنَّه لا بد للانتقال إلى الحكم البدلي أو العقوبة البدلية من اشتراط عدم القدرة على العقوبة الأصلية.

وضابط بدل الخلف أنه إذا ثبتت القدرة على الأصل سقط حكم الخلف. مع العلم أنَّ الحكم ابتداءً قد يكون بدل مقابلة، فإن لم يقدر المكلف على بدل المقابلة، أو خيره الشارع في ذلك؛ كان له الانتقال إلى بدل الخلف.

من الأمثلة على ذلك: أن القاتل عمداً يقتل كعقوبة أصلية في القتل العمد وهي بدل مقابلة لكن إن تعذر إقامة العقوبة الأصلية لسبب

أو مانع معتبر شرعا انتقلنا إلى الحكم البدلي أو ما يسمى ببدل الخلف وهو الدية[22].

المطلب الثاني: أنواع الحكم البدلي من حيث طبيعته.

يمكن تقسيم الحكم البدلي من حيث طبيعته إلى :

1-بدل بدني: ويقصد به قيام الملكف بعمل بدني من قول أو فعل ليقوم مقام الأصل.

ومن تطبيقاته: انتقال المكفر في القتل الخطأ من عتق الرقبة أو قيمتها كحكم أصلي ، إلى الحكم البدلي البدني ؛ وهو صيام شهرين متتابعين حال عدم القدرة المالية [23].

2- **بدل مالي:** ويقصد به انتقال المكلف من الحكم الأصلي إلى بدل مالي.

ومن تطبيقاته: الأروش: دية الأعضاء؛ وهي بدل مالي يجب حال تعذر القصاص في الأطراف في حق الجاني؛ لعدم إمكانية استيفاء القصاص [24].

المطلب الثالث: أنواع الحكم البدلي من حيث استقراره بعد الشروع فيه أو عدم استقراره.

قسَّم الزركشي[25] البدل من حيث استقراره بعد الشروع فيه إلى قسمين:

1- **بدل مقصود في نفسه ليس مراداً لغيره.** وهذا القسم يستقر بالشروع فيه حكم البدل فلا يرجع المكلف إلى الأصل.
ومن تطبيقاته: إذا تعذر حضور شهود الأصل هل تقبل شهادة شهود الفرع، باعتبار شهادة شهود الفرع بدل عن شهادة شهود الأصل؟

([20]) المطيعي، تكملة المجموع، ج18، ص475
([21]) عبدالعزيز البخاري، كشف الأسرار، ج2، ص269.
([22]) الطوري، تكملة البحر الرائق، ج8، ص360 وما بعدها.
([23]) السرخسي، المبسوط، ج27، ص28. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص199. الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص107. ابن قدامة، المغني، ج8، ص402.
([24]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج16، ص169.
([25]) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص178.

اتفق الفقهاء على أنَّ الشهادة على الشهادة جائزة في الأموال وما يقصد به المال، فيقوم شهود الفرع مقام شهود الأصل؛ وذلك لأنَّ الحاجة داعية إليها، ولإيصال الحقوق للناس ودفع الضرر عنهم.[26].

لكنهم اختلفوا في إثبات جرائم الحدود والقصاص بشاهدة شهود الفرع على قولين:

القول الأول: يرى عدم قبول شهادة شهود الفرع في الحدود والقصاص. وهو قول الحنفية[27] وقول عند الشافعية[28] ورواية عند الحنابلة[29].

وحجتهم:

1- أنَّ جرائم الحدود والقصاص مبناها على الإسقاط، والدرء بالشبهة، والشهادة على الشهادة فيها شبهة؛ لزيادة احتمال الكذب أو البدلية[30].

2-ولأنَّه لا نص فيها، فلا يصح قياسها على الأموال[31].

القول الثاني: أنَّ الشهادة على الشهادة جائزة في كل الأحكام من حقوق الله، وحقوق الآدميين، كالحدود والقصاص. وهذا قول المالكية[32]، وقول عند الشافعية[33]، وراوية عند الحنابلة[34]، والظاهرية[35].

وحجتهم:

1- أنَّ كل حكم جاز أن يثبت بالشهادة جاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة، قياساً على جوازه في الأموال.[36]

2- ولأنَّ قبول الشهادة على شهود الأصل أسلم وأحوط للحقوق[37].

3- ولأنَّ القصاص حق الآدمي، ولا يسقط بالرجوع عن الاقرار به، فأشبهة الأموال[38].

([26]) السرخسي، المبسوط، ج33، ص311. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص152. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص204.النووي، روضة الطالبين، ج11، ص294.البهوتي، كشاف القناع، ج23، ص122. المرداوي، الانصاف، ج12،ص89. الزركشي، المنثور في الفقه، ج1، ص177.

([27]) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، ص468. الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج2، ص151.

([28]) الشيرازي، المهذب، ج3، ص459. الماوردي، الحاوي الكبير، ج16، ص218.

([29]) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص288 وما بعدها. ابن قدامة، المغني، ج10، ص188.

([30]) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، ص468. الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج2، ص151.

([31]) ابن قدامة، المغني، ج10، ص187.

([32]) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، ص93. القاضي عبدالوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2، ص976.

([33]) الشيرازي، التنبيه في فقه الشافعي، ص272. الشيرازي، المهذب، ج3، ص459.الماوردي، الحاوي الكبير، ج16، ص218.

([34]) الرواية الثانية عند الحنابلة صحة شهادة شهود الفرع في القصاص دون الحدود. انظر:البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص438.

([35]) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج10، ص647.

([36]) القاضي عبدالوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2، ص976. الشيرازي، المهذب، ج3، ص459.

([37]) اللخمي، التبصرة، ج11، 5450.

([38]) ابن قدامة، المغني، ج10، ص187.

ويرى الباحث الأخذ بشهادة الفرع عند تعذر شهادة الأصل في القصاص والتعازير والأموال؛ رعاية لحقوق العباد من الضياع أو الإضرار بهم، أما الحدود ففي شهادة الفروع المتحملة من الأصول احتمال السهو، والغلط، وهذا يورث شبهة والحدود تدرؤا بالشبهات،كما أنَّ القاعدة فيها أنَّ: "**الحدود لا تحتمل البدل، ولا تثبت بالشبهة**"[39].

- لو وجب على الجاني الدية، فلم يجد الإبل ، وأعطى البدل(قيمتها) ثم وجدت الإبلُ فلا يرجع إلى الإبل.[40]

2- بدل غير مقصود لذاته بل يراد لغيره. وهذا القسم لا يستقر حكم البدل للمكلف بل عليه الرجوع إلى الأصل[41].

ومن تطبيقاته: لو حضر شهود الأصل بعد شهادة شهود الفرع وقبل الحكم، امتنع القاضي من ترتيب الحكم على شهادة الفرع، قياساً على وجود الماء بعد التيمم وقبل أداء الصلاة[42].

المطلب الرابع: أنواع الحكم البدلي من حيث طبيعة الحكم الأصلي.

قسَّم الفقهاء الحكم البدلي بالنظر إلى طبيعة المبدل منه(الحكم الأصلي) إلى قسمين هما:

1- **بدل من جنس المبدل منه.**

ففي هذا القسم نقل الشارع الحكيم المكلف من الحكم الأصلي إلى حكم بدلي لكنه من جنس الحكم الأصلي.

ومن تطبيقاته: من سرق مال انسان وجب في حقه القطع وضمان المسروق بأن يرد عين المسروق إن كان موجوداً، فإن أتلفه أو استهلكه وجب رد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً؛ فرد المثلي بمثله، هو بدلُ

من جنسه، أما القيمة فهي بدل من غير جنس المبدل منه[43].

2- **بدل من غير جنس المبدل منه.**

ويقصد به نقل المكلف إلى بدل يختلف في طبيعته عن الحكم الأصلي.

ومن تطبيقاته: النكول عن الشهادة[44] هو بدل عن الإقرار أو البيِّنة[45]، وهو بمنزلة البدل، وقد اختلف

الفقهاء في الحقوق التي يجوز فيها القضاء بالنكول عن الشهادة على قولين:

القول الأول: يرى أصحابه أنَّه يقضى للمدعي على المدعى عليه بنفس النكول، بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثاً. ويكون هذا في الأموال، والقصاص فيما دون النفس، أما الحدود فلا يقضى فيها بالنكول. وهذا قول الحنفية،[46] وقول عند الحنابلة [47].

([39]) أما المال فيحتمل البدل، والإباحة، والثبوت بالشبهة. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج15، ص103.

([40]) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص178.

([41]) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص178.

([42]) المرجع السابق، ج1، ص179.

([43]) وهو قول الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، خلافاً للحنفية. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص84. الجاوي، نهاية الزين، ص355. الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص346.موفق الدين ابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، ص137

([44]) **النكول:** هو امتناع من وجبت عليه أو له اليمين منها. انظر: الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص472.

([45]) وهذا محل خلاف بين الفقهاء انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص81. محمد عليش، منح الجليل، ج8، ص571. الشافعي، الأم، ج7، ص41. ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه، ص345.ابن قدامة، المغني، ج10، ص211.

([46]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص226. السرخسي، المبسوط، ج16، ص58.

وحجتهم: 1- أنَّ النكول بذل أو إباحة وهذا يصح في الأموال والقصاص فيما دون النفس؛ لأنَّ فيه معنى المالية، وهو حق الآدمي[48].

2-ولأن النكول بذل عند أبي حنيفة، وإقرار عند أبي يوسف ومحمد فيه شبهة، والحدود لا تحتمل البدل ولا تثبت بدليل فيه شبهة. [49]

القول الثاني: يرى أصحابه أنَّه لا يقضى على المدعى عليه بنفس النكول، وإنَّما ترد اليمين على المدعى ليحكم له. ويقضى فيه في الأموال أو ما يقصد منه المال، ولا يقضى بالنكول في الحدود ولا القصاص. وهذا قول المالكية[50]، والشافعية[51] والحنابلة[52].

وحجتهم:

1- حديث ابْنِ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: «**إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى طَالِبِ الْحَقِّ**» [53].

وجه الدلالة: أنَّ الحديث صرح في القضاء برد اليمين على المدعي، وأنَّه لا يقضى بمجرد نكول المدعى عليه.

ونوقش الحديث: أنَّه ضعيف الإسناد[54].

2- لأنَّ اليمين بدل عن الإقرار وعن النكول، فإذا امتنع من البدل حكم عليه بالأصل[55].

3- أنَّ اليمين المردودة على المدعي مع النكول من المدعى عليه كالبينة أو الإقرار. [56]

ويرى الباحث أنَّ النكول يقوم مقام البينة، كما يمكن اعتباره بمثابة إقرار من المدعى عليه، لكنَّ ذلك يصلح في حقوق الآدميين دون حق الله؛ لأنَّ النكول في حقوق الله بمثابة إقرار سكوتي لا صريح-كما صرح بذلك الحنفية- وهذا يورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، كما أن نكول المدعى عليه بدل عن البينة أو الإقرار ، والحدود لا تحتمل الأبدال.

المطلب الخامس: أنواع الحكم البدلي بالنظر إلى جهة الحقوق.

يمكن تقسيم الأبدال بالنظر إلى جهة الحق إلى قسمين:

1- بدل لحق الله.

وهو ما كان الحق فيه لله كحكم أصلي، ثم نقل المكلف إلى حكم بدلي؛ لتحصيل حق الله.

([47]) ابن مفلح، الفروع، ج11، ص276. ابن قدامة، المغني، ج10، ص211.

([48]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص226.

([49]) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج8، ص177.

([50]) الصاوي، حاشية الصاوي، ج4، ص418. محمد عليش، منح الجليل، ج8، ص571.

([51]) في القصاص عند الشافعية استحسن الشافعي أن يحبس المدعى عليه بالقتل حتى يقر فيقتل، أو يحلف فيبرأ، فلا يحكم عليه بمجرد النكول. انظر: الشافعي، الأم، ج7، ص41.

([52]) ابن مفلح، الفروع، ج11، ص258. ابن قدامة، المغني، ج10، ص211.

([53]) الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، كتاب الأحكام، ج4، ص113، حديث رقم (7057). قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد لم يخرجاه. الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب في القضية والأحكام وغير ذلك، ج5، ص318، حديث رقم (4490). البيهقي، معرفة السنن والآثار، كتاب الشهادات، باب النكول ورد اليمين، ج14، ص312، حديث رقم (20085).

([54]) قال ابن حجر العسقلاني في التلخيص: الحديث فيه محمد بن مسروق لا يعرف، واسحاق بن الفرات مختلف فيه. انظر: ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج4، ص497.

([55]) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص263. ابن رجب، القواعد، ص345.

([56]) قولان مشهوران عند الشافعية. انظر: الشافعي، الأم، ج7، ص101. النووي، روضة الطالبين، ج7، ص240.

ومن ذلك قول الفقهاء: الحقوق المالية الواجبة لله على ثلاثة أضرب، وذكروا منها: ما يجب بسبب من جهته على جهة البدل؛ كجزاء الصيد، وفدية الحلق، والطيب، واللباس في الحج، فإذا عجز عنه وقت وجوبه ثبت في ذمته تغليباً لمعنى الغرامة؛ لأنه إتلاف محض[57].

والذي يراه الباحث أنَّ هذا البدل هو بدل مقابلة لا بدل خلف؛ لأنَّ جزاء الصيد هو حكم أصلي جاء في مقابلة انتهاك المُحرِم لمحظور من محظورات الإحرام، فإن عجز المُحرِم عن بدل المقابلة –وهو مثل ما قتل من النَّعَم–

لتعذره، انتقل إلى بدل المثل من الصيام أو الإطعام الذي هو بدل خلف عن بدل المقابلة.

ومن حقوق الله التي تجب على العباد وفيها معنى العقوبة الكفارات؛ ففي حال عدم قدرة المكلف على أداء هذه الكفارات على كمالها رأينا الشرع قد نقل المكلف إلى الحال التي يقدر من خلالها على أداء تلك الكفارة[58].

هذا، ومن حقوق الله ما لا يقبل البدل كالحدود؛ فهي "عقوبات مقدرةٌ شرعاً وجبت حقاً لله تعالى"[59]، لكنها لا تقبل البدل؛ بمعنى ليس للحاكم المسلم أن يبدلها بعقوبات أخرى لذلك وضع الفقهاء قاعدة فقهية مفادها:" **الحدود لا تحتمل البدل، ولا تثبت بالشبهة**"[60].

2- **بدل لحق الآدمي:** وهو نقل المكلف من حقه الأصلي إلى حق بدلي في ثاني الحال.

ومن تطبيقاته: الأرش هو بدل العضو المعتدى عليه حال عدم القدرة على القصاص هو بدل لحق الآدمي؛ لأن حق العبد في القصاص مغلبٌ على حق الله [61].

– من أتلف مال الغير الأصل أن يرد مثله، وفي حال عدم القدرة على ذلك فقد نقل الشرع المكلف إلى القيمة، والقيمة هي بدل خلف لحق الآدمي[62].

المطلب السادس: أنواع الحكم البدلي من حيث مدى وجوب المبدل مع البدل في حال العجز الجزئي(مدى وجوب البعض المقدور عليه أو الانتقال إلى البدل بالكلية).

يمكن تقسيم البدل من حيث وجوب البدل مع بعض الأصل المقدور عليه قسمين:

1- بدل يجب مع الأصل أو بعض الأصل المقدور عليه.

ومن تطبيقات هذا القسم: لو قطع الجاني يمين رجلين متعمداً قطعت يمينه لهما ، وكان لكل منهما نصف الدية جمعا بين البدل وبعض المبدل وهو قول الحنفية[63] وخالفهم في ذلك الحنابلة؛ لأنه يفضي إلى إيجاب القود في بعض العضو والدية في بعضه، والجمع بين البدل والمبدل في محل واحد لم يرد به الشرع، ولا نظير له ليقاس عليه[64].

([57]) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص216. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج2، ص129.

([58]) السرخسي، المبسوط، ج27، ص28.النفراوي، الفواكه الدواني، ج2،ص199. الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص107. ابن قدامةالمقدسي، المغني، ج8، ص402.

([59]) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص11. الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص155. البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص77.

([60]) أما المال فيحتمل البدل، والإباحة، والثبوت بالشبهة. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج15، ص103.

([61]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج16، ص169. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج18، ص16.

([62]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص210، ج5، 242. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص226. السيد البكري، إعانة الطالبين، ج4، ص308. ابن قدامة، المغني، ج9، ص105.

2- بدل لا يجب معه المقدور عليه من الأصل بل ينتقل إلى البدل بالكلية.

ومن تطبيقاته: إذا عجز عن بعض الأصل في الكفارة جعل كالعاجز عن جميعه في جواز الاقتصار على البدل. كما لو قدر في كفارة القتل الخطأ على بعض الرقبة لا يجب قطعا؛ لأن الشرع قصد تكميل العتق فينتقل إلى البدل؛ ولأن إيجاب بعض الرقبة مع صيام الشهرين في كفارة القتل الخطأ هو جمع بين البدل والمبدل منه[65].

وقد وضع الزركشي ضابطا لهذا التقسيم من الأبدال مفاده:" **كُلُّ أَصْلٍ ذِي بَدَلٍ فَالْقُدْرَةُ عَلَى بَعْضِ الأَصْلِ، لا حُكْمَ لَهَا وَسَبِيلُ الْقَادِرِ عَلَى الْبَعْضِ كَسَبِيلِ الْعَاجِزِ عَنْ الْكُلِّ ، إلا فِي الْقَادِرِ عَلَى بَعْضِ الْمَاءِ ، أَوْ الْقَادِرِ عَلَى إطْعَامِ بَعْضِ الْمَسَاكِينِ إذَا انْتَهَى الأَمْرُ إلَى الإطْعَامِ ، وَإِنْ كَانَ لا بَدَلَ لَهُ كَالْفِطْرَةِ لَزِمَهُ الْمَيْسُورُ مِنْهُمَا وَكَسَتْرِ الْعَوْرَةِ ،إذَا وَجَدَ بَعْضَ السَّاتِرِ يَجِبُ الْمَقْدُورُ مِنْهُ**"[66].

ومن الضوابط أيضا لهذا التقسيم:" **لا يجمع بين البدل والمبدل في محل واحد**"[67].

المبحث الثالث

الأحكام البدلية في مسائل العقوبات الحدية

المطلب الأول: التعريف بجرائم الحدود وأنواعها وعلاقة الاحكام البدلية بها.

الحد لغة: المنع ، وسميت الحدود بذلك؛ لأنَّ الله تعالى منع المكلف من مخالفتها، ولأنها تمنع العاصي أو الجاني من المعاودة لها[68].

أما في الاصطلاح فالحدود: جمع حد، والحد: " **عقوبة مقدرة شرعا وجبت حقا لله تعالى**".[69]

وقد أضيفت هذه الحدود إلى الله تعالى؛ وذلك لعظيم خطرها وشمول نفعها، وإضافتها إلى الله تعالى يعني أنها حق للمجتمع، لا يجوز إسقاطها أو التنازل عنها أو الشفاعة فيها ، ولا حتى استبدال عقوباتها الأصلية بعقوبات بدلية[70].

وقد وضع الفقهاء قاعدة فقهية للحدود مفادها: " **الحدود لا تحتمل البدل، ولا تثبت بالشبهة** "[71]، فهذه القاعدة تبين لنا أنَّ الأصل في العقوبات الحدية أنها لا تحتمل البدل ، وكذلك لا تثبت بمجرد الشبهة؛ لحديث علي رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " **ادرؤُا**

([63]) حجة الحنفية: أنَّ اعتبار المساواة واجبة فيما دون النفس، فإذا استوفي الأصل وهو قطع يد الجاني، فقد استوفى كل واحد منهما نصف حقه فبقي له النصف الآخر فيستوفيه من المال. انظر: السرخسي، المبسوط، ج20، ص107. الجصاص، شرح مختصر القدوري، ج5، ص379.

([64]) شمس الدين أبو الفرج ، الشرح الكبير، ج9، ص413. ابن مفلح، الفروع، ج10، ص480. المرداوي، الإنصاف، ج15، ص71. ابن قدامة، المغني، ج18، ص406.

([65]) النووي، المجموع، ج2، ص287.

([66]) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص188.

([67]) ابن عابدين، تكملة حاشية رد المحتار، ج1، ص64. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج2، ص373. شمس الدين أبو الفرج ، الشرح الكبير، ج1، ص244. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج1، ص146. التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج3،ص200.

([68]) ابن منظور لسان العرب، ج3، ص140 وما بعدها.

([69]) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص2.السرخسي، المبسوط، ج9، ص36. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص155. البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص77.

([70]) ابن نجيم البحر الرائق،ج5، ص2 وما بعدها. الدسوقي حاشية الدسوقي، ج3، ص302. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج2، ص203.

([71]) أما المال فيحتمل البدل، والإباحة، والثبوت بالشبهة. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج15، ص103.

الحُدودَ بالشُّبُهَاتِ"[72]. لكن لهذه القاعدة استثناءات تدل على إقامة عقوبات بدلية في حال عدم القدرة على القيام بالعقوبة الأصلية وهذا ما سنبيّنهِ في المطالب الاتية:

المطلب الثاني: الاحكام البدلية المتعلقة بحد الزنا.

الزنا لغة: البغي، والفجور [73]

واصطلاحا الزنا: هو وطءُ مكلف مختار عالم بالتحريم امرأةً في موضع مخصوص وبصورة مخصوصة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة. [74]

وما يعنينا في هذا البحث هو تسليط الضوء على العقوبة البدلية في حال عدم القدرة على إقامة العقوبة الأصلية في حد الزنا.

من صور ذلك عدم القدرة على إقامة حد الزنا على الزاني غير المحصن لمرض لا يرجى شفاؤه.

فنقول بداية: إنَّ الفقهاء متفقون على أن الزاني المحصن المريض يجب إقامة حد الزنا في حقه وهو الرجم ، فلا يؤخر سواء أكان مريضاً مرضاً يرجى شفاؤه أم لا؛ لأنَّ الرجم حد مهلك ومرضه يعين على تعجيل ذلك[75].

أما إذا كانت عقوبة الزاني هي الجلد وكان مريضاً فقد اختلف الفقهاء في هذه الحال فيما إذا كان المرض يرجي شفاؤه أم لا. فإن كان الزاني مريضاً مرضاً يرجى شفاؤه فإنَّ للفقهاء قولين:

القول الأول: يرى أصحابه أنَّ الزاني لا يقام عليه حد الجلد حتى يبرأ من مرضه. وهذا قول الحنفية[76] والمالكية [77]والشافعية[78] وقول عند الحنابلة[79].

وحجتهم في ذلك:

1-حديث **عَنْ سَعْدِ بْنِ عُبَيْدَةَ، عَنْ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، قَالَ: خَطَبَ عَلِيٌّ، فَقَالَ: يَا أَيُّهَا النَّاسُ، أَقِيمُوا عَلَى أَرِقَّائِكُمُ الْحَدَّ، مَنْ أَحْصَنَ مِنْهُمْ، وَمَنْ لَمْ يُحْصِنْ، فَإِنَّ أَمَةً لِرَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زَنَتْ، فَأَمَرَنِي أَنْ أَجْلِدَهَا، فَإِذَا هِيَ حَدِيثُ عَهْدٍ بِنِفَاسٍ، فَخَشِيتُ إِنْ أَنَا جَلَدْتُهَا أَنْ أَقْتُلَهَا، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «أَحْسَنْتَ». وفي رواية: " اتركها حتى تتماثل".** [80]

([72]) البيهقي، السنن الصغرى، كتاب الحدود، باب في المستكره، ج3، ص302، حديث رقم (2588). الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب الحدود، ج7، ص343، حديث رقم (2316). قال الألباني: **ضعيف**. لكن ورد عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**ادرؤوا الحدود عن المسلم ما استطعتم**". انظر: البيهقي، معرفة السنن والآثار، كتاب الحدود، باب ادرؤا الحدود بالشبهات، ج12، ص328، حديث رقم (16874). الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، كتاب الحدود، ج4، ص426، حديث رقم(8163) قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

([73]) ابن منظور، لسان العرب، ج14، ص359.

([74]) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص4. الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص313. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص442. موفق الدين ابن قدامة، الكافي في فقه الامام أحمد، ج4، ص86 وما بعدها.

([75]) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص11. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص213. الشيرازي، المهذب، ج2، ص271.

([76]) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص245. ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص11

([77]) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج6، ص248. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص213.

([78]) الشيرازي، المهذب، ج2، ص270.

([79]) ابن قدامة، المغني، ج9، ص48.

([80]) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب تأخير الحد عن النفساء، ج3، ص1330 حديث رقم (1705).

وجه الدلالة: أنَّ النبي –صلى الله عليه وسلم– أقرَّ علياً –رضي الله عنه– بتأخير إقامة الحد على الأَمَة، وفي الرواية الثانية أمره بذلك ، فدل ذلك على وجوب تأخير حد الجلد إذا خشي على الزاني الهلاك بسبب إقامة الحد.

2– ولأنَّ إقامة الحد حال المرض قد تؤدي إلى هلاك الزاني وفي ذلك تجاوز للحد.[81]

القول الثاني: يرى أن الإمام لا يؤخر الحد على الزاني المريض، وهو قول لبعض الحنابلة. [82]

وحجتهم: أنَّ أمير المؤمنين عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– أقام الحد على قدامة بن مظعون في مرضه ولم يؤخره وقد انتشر ذلك بين الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكروه، فكان إجماعاً. [83]

أما إذا كان الزاني غير المحصن مريضاً مرضاً لا يرجى شفاؤه فقد اختلف الفقهاء في إقامة الحد عليه على قولين:

القول الأول: يرى أصحابه إقامة الحد عليه دون تأخير ، ولكنهم اشترطوا لإقامة الحد أن يؤمن معه تلف الجاني، فإن خيف عليه التلف جُمع ضِغثٌ فيه مائة شمراخ فضرب بهنَّ الزاني ضربة واحدة، وهذا انتقال به من صورة الضرب المعروفة –مائة جلدة كعقوبة أصلية– إلى هذه الصورة والتي تمثل عقوبة بدلية حال الخوف من الحيف على الجاني بإقامة العقوبة الأصلية عليه. وقد أخذ بهذا القول الحنفية،[84] والشافعية [85]والحنابلة[86].

وحجتهم في ذلك:

1– حديث**عَنْ سَعِيدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ عُبَادَةَ، قَالَ: كَانَ بَيْنَ أَبْيَاتِنَا إِنْسَانٌ مُخْدَجٌ ضَعِيفٌ، لَمْ يُرَعْ أَهْلُ الدَّارِ إِلَّا وَهُوَ عَلَى أَمَةٍ مِنْ إِمَاءِ الدَّارِ يَخْبُثُ بِهَا، وَكَانَ مُسْلِمًا، فَرَفَعَ شَأْنَهُ سَعْدٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: «اضْرِبُوهُ حَدَّهُ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ أَضْعَفُ مِنْ ذَلِكَ، إِنْ ضَرَبْنَاهُ مِائَةً فَتَلْنَاهُ قَالَ: «فَخُذُوا لَهُ عِثْكَالًا فِيهِ مِائَةُ شِمْرَاخٍ، فَاضْرِبُوهُ بِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً، وَخَلُّوا سَبِيلَهُ»** [87].

وجه الدلالة:أن النبي –صلى الله عليه وسلم لم يقم العقوبة الأصلية على الزاني المريض مرضا لا يرجى شفاؤه وإنما انتقل إلى عقوبة بدلية وهي ضربة بمائة شمراخ ضربة واحدة ؛ وذلك تحقيقا لمقصد الشرع من شرع العقوبات، ومنعاً من التجاوز في إقامة الحد الذي قد يفضي إلى الموت حال إقامة العقوبة الأصلية.

2– ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وفيه قال:" **وإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ**"[88].

([81]) ابن قدامة، المغني، ج9، ص48.
([82]) البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص82.
([83]) ابن قدامة، المغني، ج9، ص48.
([84]) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص11. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5، ص245.
([85]) الشيرازي، المهذب، ج2، ص270. الغزالي، الوسيط، ج6، ص451.
([86]) ابن قدامة، المغني، ج9، ص49. البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص82.
([87]) ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الحدود، باب الكبير والمريض يجب عليه الحد، ج2، ص859، حديث رقم (2574). أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في إقامة الحد على المريض، ج4، ص161، حديث رقم (4472). قال الألباني: **حديث صحيح**.
([88]) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ج9، ص94، حيدث رقم(7288). مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، ج2، ص975، حديث رقم(1337).

3- ولأنَّه لا يوجد ما يمنع من إقامة الضربة بمائة شمراخ مقابل المائة ضربة في حال العذر – وهو المرض- لقوله تعالى :﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ . [سورة ص:44] فهذا أولى من ترك العقوبة أو قتل المريض بما لا يوجب القتل[89].

القول الثاني: يرى الامام مالك –رحمه الله تعالى- إلى وجوب إقامة الحد على كماله –مائة جلدة- ولا يكتفى بضربه ضربة واحدة. [90]

وقد استدل على ذلك بعموم قوله تعالى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾[سورة النور:2]. وهذه جلدةٌ واحدةٌ.

مما تقدم يرى الباحث أنَّ ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأقوى حجة ؛ وذلك صيانةً لحق الله من الاسقاط دون مبرر، ومنعاً من إقامة الحد بشكل تعسفي؛ يؤدي إلى تجاوز الحد في العقوبة، وتحقيقاً لمقصد الشارع من شرع العقوبات.

وما استدل به القائلون بإقامة الحد من عمر بن الخطاب –رضي الله عنه- على ابن مظعون ؛ فرد عليه: بأنه كان مرضاً خفيفاً لا يمنع من إقامة الحد على وجه الكمال، ولا يؤدي إلى الحيف بالجاني، كما أن فعل النبي –صلى الله عليه وسلم- مقدم على فعل الصحابي[91].

وخلاصة القول في هذه المسألة أنَّ الحدود لا تسقط بالأعذار الحسية أو ما يمنع من إقامتها في الحال، لكنها تؤجل إلى حين القدرة على إقامة الحد، وبما يتفق ومقاصد الشرع من شرع العقوبات، كما نلاحظ أنَّ الحكم البدلي في الحدود، منحصر في تأخير إقامة الحد إلى حين زوال العذر، أو تخفيفه بالصورة التي نص عليها الشرع في حال العذر الدائم، ويستثنى من ذلك الحد المهلك(الرجم) فإنه يقام في الحال.

المطلب الثالث: الأحكام البدلية المتعلقة بوسائل الإثبات في جرائم الحدود.

تثبت جرائم الحدود إما بالشهود وإما بالإقرار وما يعنينا في هذا المبحث هو الأحكام البدلية المتعلقة بوسائل الإثبات لجرائم الحدود ومن هذه المسائل مسألة إثبات الحدود بإشارة الأخرس، أو إقراره على نفسه بالإشارة، فهل تقوم الإشارة مقام العبارة في إثبات الحدود كحكم بدلي؟. **اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:**

القول الاول: يرى الحنفية [92]والخرقي من الحنابلة[93] أنَّ الأخرس لا يحد بإقراره إذا أقر بجريمته كتابة أو إشارة.

وحجتهم في ذلك:

1-أنَّ الإقرار المعتبر عندهم هو الإقرار بالخطاب أو العبارة، وقد علق الشرع وجوب إقامة الحد على البيان المتناهي ، والبيان لا يتناهى إلا بالصريح وهو الخطاب والعبارة. [94]

2-ولأنَّ الإشارة هي بدل العبارة، والحد لا يقام بالأبدال[95].

3-ولأنَّه لابد من التصريح بلفظ الزنا في الإقرار ، والاشارة محتملة فلا تنتفي معها الشبهة[96].

([89]) ابن حجر، فتح الباري، ج12، ص326. ابن قدامة، المغني، ج9، 49.

([90]) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج3، ص140. العبدري، التاج والاكليل، ج3، ص294.

([91]) ابن قدامة، المغني، ج9، ص94.

([92]) السرخسي، المبسوط، ج9، ص98.

([93]) ابن قدامة، المغني، ج9، ص63.

([94]) السرخسي، المبسوط، ج9، ص98. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص49 وما بعدها.

([95]) ابن قدامة، المغني، ج9، ص63.

([96]) المرجع السابق.

القول الثاني: يرى جمهور الفقهاء من المالكية،[97] والشافعية،[98] وقول عند الحنابلة،[99] أنَّ زنا الأخرس يثبت بالبيِّنة، كما يثبت بإقراره على نفسه كتابة أو إشارة كلما كانت مفهمة.

وحجتهم في ذلك:

1-أنَّ من صح إقراره بغير الزنا صح إقراره بالزنا؛ كالناطق.

2- أنَّ عدم قدرة الجاني الأخرس على ادعاء الشبهة لا يعتبر شبهة.

ويرى الباحث أنَّ ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح ، والأقرب لمنطق الشرع في شرع العقوبات؛ لأنَّ مقصد الشرع هو صون المجتمع ودرء المفاسد عنه، علاوةً على أنَّ من قواعد الشرع :" **أنَّ الاشارة المفهمة تقوم مقام العبارة حال العجز عنها**"[100]. والإشارة في زماننا هذا أصبحت لغة منضبطة **[لغة الصم والبكم]**، ويمكن من خلالها معرفة مراد الأخرس من إشارته بدقة متناهية سواء في شهادته على الحدود أو في إقراره بحد من الحدود، فثبت أنَّ الإشارة من الأخرس هي بدل عن العبارة تقوم مقامها حال عدم القدرة على العبارة في إثبات جرائم الحدود.

المطلب الرابع: ضوابط الأحكام البدلية في جرائم الحدود.

من خلال استقراء النصوص الفقهية المتعلقة بالأحكام البدلية في الحدود تبين لنا أنَّ هناك مجموعة من الضوابط العامة التي تتعلق بها وهي:

1-أن ينص على البدل في العقوبات المتعلقة بجرائم الحدود.

فإنَّ الأصل في التشريع الجنائي الإسلامي :" **أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص**".[101] وقد طبقت هذه القاعدة تطبيقاً دقيقاً في جرائم الحدود؛ حيث نص على تجريمها ، كما نص على عقوبة مقدرة لكل جريمة حدية، وهذا ما أشار إليه الحنفية في كتبهم من عدم جواز إثبات

الحدود من طريق المقاييس؛ وإنما طريق إثباتها التوقيف أو الإتفاق".[102]أي أنَّ العقوبات الحدية تثبت بالنص عليها لا بالاجتهاد.

علاوةً على أنَّ هناك قاعدة في جرائم الحدود مفادها أن:"**الحدود لا تحتمل البدل ولا تثبت بالشبهة**"[103].فكان لا بد من النص على العقوبات البدلية في الحدود باعتبارها استثناءً من القاعدة.

2- التحقق من عدم القدرة على إقامة العقوبة الأصلية بشكل كلي.

والمقصود من هذا الشرط أن القاضي لا يستطيع إقامة العقوبة الاصلية لجرائم الحدود إما لوجود الشبهة المعتبرة شرعاً، أو لتعذر إقامتها لسبب من جهة الجاني والقاعدة الفقهية تقول:" **إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل**"[104]. لكن هذه القاعدة لا تطبق على إطلاقها في الحدود وإنما تطبيقها مقيد بالضابط الأول والمتمثل بالنص على العقوبة البدلية.

([97]) العدوي، حاشية العدوي، ج2، ص425.

([98]) النووي، روضة الطالبين، ج10، ص94. الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص410.

([99]) ابن قدامة، المغني، ج9، ص62 وما بعدها.

([100]) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص35. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص238. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج29،ص5.

([101]) هذه القاعدة ذكرها الفقهاء المعاصرون ورجال القانون وأصلها عند الأصوليين قاعدة:" **لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**". انظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج4، ص91. جلال الدين المحلي، شرح الورقات، ص161.

([102]) خلافا للشافعية والحنابلة حيث يرون جواز إثبات الحدود والكفارات والمقدرات والأبدال بالقياس. انظر: الجصاص ، شرح مختصر الطحاوي، ج6، ص281، ص318. الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج4، ص62. ابن الفراء، العدة في أصول الفقه، ج4، ص1409. آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، ص398.

([103]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج15، ص103.

([104]) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص287. محمد صدقي بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج1، ص267.

3-تحقيق مقصد الشرع في حال الإنتقال إلى البدل.

فمقصد الشرع من شرع العقوبات كما نص الفقهاء على ذلك هو حفظ مقاصد الشرع الخمسة أولاً،

وذلك بمنع الإضرار بنظام الجماعة في عقيدتها أو حياتها أو أعراضها أو عقولها أو أموالها، ولزجر الجاني

وردع المجتمع حتى يبقى المجتمع مجتمع فضيلة بعيداً عن المفاسد والشرور[105].

والعقوبات الحديَّة لا يجوز إسقاطها ولا العفو عنها ولا الشفاعة فيها ، فكان لزاماً في حال عدم إقامتها لشبهةٍ -إذ الحدود تُدرء بالشبهات- أو لعذرٍ في الجاني معتبر من جهة الشرع أن ينتقل به إلى عقوبة بدلية تحقق مقاصد الشرع من شرع العقوبات[106].

المبحث الرابع

الأحكام البدلية المتعلقة في مسائل العقوبات التعزيرية وضوابطها.

المطلب الأول: التعريف بجرائم التعازير وأنواعها .

التعزير لغةً: التأديب ، والمنع، والنصرة. [107]

واصطلاحاً: " التأديب دون الحد "[108]. أو "عقوبةٌ غير مقدرةٍ شرعاً، تجب حقاً لله أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حدٌ ولا كفارةٌ"[109].

وبناءً على التعريف فالجرائم التعزيرية لم ينص على العقوبة مع أنَّه نُص على تجريم الفعل في أغلبها؛ كالرِّبا، والاحتكار، والرِّشوة. وقد ترك تقدير العقوبة للحاكم (القاضي) يقدر العقوبة التي تحقق مقصد الشرع من شرع العقوبات؛ والمتمثل بالردع، والزجر، وحفظ الفرد والمجتمع من المفاسد.

أما أنواع التعازير فقد ذكر الفقهاء أنواعاً كثيرةً من العقوبات التعزيرية من أهمها: التعزير بالحبس، والتعزير بالتشهير، والتعزير بالنفي، والتعزير بالضرب ، والتعزير بالمال، وحتى التعزير بالقتل في الجرائم التي فيها خطر كبير على المجتمع وأمنه. [110] وليس هنا مجال تفصيلها وما يعنينا هو بيان العقوبات الأصلية لجرائم التعازير وماهي العقوبات البدلية لها؟ وما هي ضوابط العقوبات التعزيرية؟ هذا ما نبيِّنه في المطالب الآتية .

([105]) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، ص20 وما بعدها

([106]) ابن نجيم البحر الرائق،ج5، ص2 وما بعدها.الدسوقي حاشية الدسوقي، ج3، ص302. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج2، ص203.

([107]) ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص562.

([108]) الجرجاني، التعريفات، ص62.

([109]) السرخسي، المبسوط، ج9، ص36. قليوبي وعميره، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج4، ص206. البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص121.

([110]) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص44، ص52. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج8، ص201 وما بعدها. الماوردي، الحاوي الكبير، ج13، ص424. البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص124، وما بعدها.

المطلب الثاني: العقوبات البدلية في جرائم التعازير ومدى صلاحيات القاضي فيها.

سبق أن بينَّا أنَّ العقوبات التعزيرية لم ينص عليها في أغلبها فقد نص على تجريم الفعل ولم يرد نص على عقوبته، وقد ترك للقاضي صلاحيات واسعة في تقدير العقوبة المناسبة لكل جريمة تعزيرية لكن ذلك مشروط بأن تكون العقوبة محققة لمقصد الشارع من شرع العقوبات والمتمثل بالردع والزجر يضاف لذلك في جرائم التعازير بأنه لابد أن يرعى في عقوباتها شخص الجاني، وطبيعة الجريمة، ومدى خطرها على الفرد والمجتمع .

وبناءً على ذلك فطابع العقوبات التعزيرية أنَّها متغيرةٌ؛ بمعنى أنه ليس هناك عقوبة محدده لكل جريمة، فقد تختلف العقوبة حسب حال الجاني، وحسب خطرها، فمثلاً: قد يوقع القاضي عقوبة الغرامة المالية على تاجر محتكر، في حين يوقع عقوبة الحبس على تاجر آخر، وقد يغلق المحل التجاري لمحتكر ثالث، لا تَحكُماً، وإنَّما بالنظر إلى شخصية المحتكر، وأثر احتكاره لسلعة ما على الإضرار بالمجتمع.

وبناءً على ذلك فليس هناك عقوبة أصلية لجرائم التعازير، وإنَّما يتنقل القاضي في هذه العقوبات بحسب ما يحقق مقصد الشرع من شرعه للعقوبات كما ذكرنا آنفاً، فهي عقوباتٌ بديلةٌ لا بدليةٌ؛ لأنَّ العقوبات البدلية– كما بيَّنا سابقاً– لا يُنتقل إليها إلاَّ في حال العجز عن العقوبات الأصلية، وفي جرائم التعازير لم ينص الشرع على عقوبة أصلية لها.

لكن يمكن اعتبار ما نص عليه الحاكم(التشريعات من الجهة المختصة اليوم) من عقوبات على الجرائم التعزيرية هي بمثابة عقوبات أصلية، لكن مع إعطاء القاضي صلاحيات تقديرية بالانتقال إلى عقوبة بديلة لا بدلية، تتفق وحال الجاني، والظروف الملابسة للجرائم التعزيرية، وبما يحقق مقصد الشرع من شرعه للعقوبات التعزيرية، وهذا يحتاج إلى مجموعة من الضوابط لإقامة العقوبات التعزيرية البديلة نبيِّنها في المطلب التالي.

المطلب الثالث: ضوابط العقوبات البديلة في جرائم التعازير.

وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط لإقامة العقوبات البدلية التعزيرية نذكرها مجملة على النحو الآتي:

1–أن يتدرج في إقامة العقوبات التعزيرية البديلة بما يحقق مقصد الشرع.

ويقصد بهذا الضابط أنَّ على القاضي إيقاع عقوبة تحقق مقصد الشرع ولا تكون شديدة كما في جرائم الحدود، بل يبدأ بعقوبة يرى أنها تحقق مقصد الشرع من شرع العقوبات، فإن لم تحقق هذه العقوبة مقصد الشرع استبدلها بعقوبة أشد منها، فإن تعددت العقوبات التعزيرية البديلة وجب عليه أن يراعي هذه البدائل بحيث يُقيم العقوبة الأخف منها، ومن ثَمَّ الأشد؛ حتى لا يحيف بالجاني.

وقد اتفق الفقهاء[111] على أنَّ القاضي معني بالتدرج في إقامة هذه العقوبات؛ إذ الأصل إقامة عقوبة مخففه على الجاني ، لكن إن لم تحقق مقصد الشرع من الردع والزجر انتقل إلى عقوبة أشد، وفي هذا انتقال إلى عقوبة بديلة هي أشد من سابقتها وهذا يبين لنا الدور العلاجي الذي تنهض به العقوبات البديلة للجرائم التعزيرية.

2–أن تكون العقوبات البديلة في جرائم التعازير مشروطة بالسلامة.

وهذا الشرط محل اختلاف بين الفقهاء في عقوبات الجرائم التعزيرية على قولين:

القول الأول: يرى أن العقوبات التعزيرية سواء أكانت أصلية أم بديلة غير مقيدة بشرط السلامة وهذا قول الحنفية [112]وقول عند المالكية[113] والحنابلة[114].

([111]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص64 وما بعدها. ابن جزي القوانين الفقهية، ص235. المطيعي، تكملة المجموع، ج20، ص124. المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج10، ص294.

([112]) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج5، ص352.

وحجتهم:1- أنَّها عقوبات مشروعة للردع والزجر فلا يضمن من أتلف بها، قياساً على الحدود.

2- ولأنَّ القاضي إذا جازت له العقوبة ينبغي أن لا يكون عليه الضمان؛ لأنَّ تضمينه مع أمره بالتعزير كتكليف ما لا يطاق[115].

القول الثاني: يرى أصحابه أن إقامة العقوبات التعزيرية مقيدةٌ بشرط السلامة. وهذا قول لابن الحاجب من المالكية [116]والشافعية[117].

وحجتهم في ذلك:1- ما رواه عليّ رضي الله عنه أنه قال: "**ما كنت لأقيم حداً على أحدٍ فيموت فأجد في نفسي إلاَّ صاحبَ الخمر فإنه لو مات وديته؛ وذلك أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يَسُنَّه**"[118]. **وفي روايةٍ: "فمن مات منه فَدِيتُه على عاقلة الإمام"** [119].

وجه الاستدلال: أنَّ ما زاد عن الأربعين جلدة في حق شارب الخمر كان في رأي الإمام علي –رضي الله عنه– من باب التعزير ، وكان يرى أنَّ المعزر إذا مات وجبت الدية على عاقلة الإمام. فدلَّ ذلك أنَّ العقوبات التعزيرية مقيدةٌ بشرط السلامة.

2- ولأنَّه ضرب غير محدود، وله أن لا يقيمه فكان مضموناً؛ كضرب الزوج لزوجته عند النشوز، فهو مقيدٌ بشرط السلامة[120].

ويرى الباحث أنَّ الأخذ برأي الفريق الثاني هو الراجح، والأقرب إلى مقاصد الشرع من شرعه للعقوبات التعزيرية، فقد اشترط فيها أن تكون متدرجة بحيث تحقق الردع والزجر، وحتى الحنفية والحنابلة الذي لم يشترطوا قيد السلامة اشترطوا في إقامة العقوبة التعزيرية ألا يتجاوز القاضي التعزير المشروع وإلا ضمن تلف الجاني، كما ضبط الحنفية التعزيرات المطلقة بقيد السلامة ووضعوا قاعدة مفادها:" **أنَّ الاطلاقات مقيدة بشرط السلامة**".[121]

وبناءً على ما تقدم فلا بد من تقييد العقوبات البديلة بشرط السلامة، وخاصةً أنَّ أغلب العقوبات التعزيرية المنصوص عليها من قبل الحاكم (السلطة التشريعة اليوم) لابد أن تكون ملائمة لطبيعة الجرم ولشخص الجاني ، ولا ينتقل إلى عقوبة بديلة أشد من العقوبة الأصلية المنصوص عليها إلا إذا لم تحقق العقوبة مقصد الشرع من شرع العقوبات.

3- مراعاة تطبيق العقوبات البدلية حسب شخص الجاني وما يحتف بالجرائم التعزيرية من وقائع وملابسات.

وهذا الضابط محل اتفاق بين الفقهاء [122]حيث ذكروا مراتب الناس في إقامة العقوبات التعزيرية، ونصوا على أنَّ تقدير العقوبة التعزيرية مفوض لرأي القاضي حسب أحوال الناس والظروف والملابسات المحتفة بتلك الجرائم التعزيرية.

([113]) محمد عليش، منح الجليل، ج9، ص359.

([114]) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص112.

([115]) محمد عليش، منح الجليل، ج9، ص359. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج4، ص112.

([116]) محمد عليش، منح الجليل، ج9، ص359.

([117]) العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي، ج12، ص536.

([118]) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، ج8، ص158، حديث رقم(6778).

([119]) البيهقي، معرفة السنن والآثار، باب ما جاء في تأديب الإمام، ج8، ص342. البيقي، السنن الكبرى، باب الامام يضمن والمعلم يغرم، ج6، ص203، حديث رقم(11672).

([120]) العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي، ج12، ص536.

([121]) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج5، ص352.

([122]) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج4، ص60 وما بعدها. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج4، ص488. النووي، روضة الطالبين، ج10، ص174. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج10، ص294. ابن القاسم العاصمي، حاشية الروض المربع، ج7، ص348.

المبحث الخامس

الأحكام البدلية المتعلقة بالجنايات الواقعة على النفس (القصاص والدية).

المطلب الأول: التعريف بالجنايات الواقعة على النفس وأنواعها عند الفقهاء.

الجنايات لغة: جمع جناية، وهي في اللغة: اسم لما يجنيه من شر أي يكسبه، تسميته بالمصدر إذ هي في الأصل مصدر جنى عليه شراً، وأصله من جني الثمر وهو أخذه من الشجر، وهو عام، إلا أنه خص بما يحرم من الفعل شرعا سواء جنى بنفس، أو بمال.

الجِنَايَةُ: الذَّنْبُ والجُرْم وَمَا يَفْعَلُهُ الإِنسان مِمَّا يُوجِبُ عَلَيْهِ الْعِقَابَ أَو الْقِصَّاصَ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ[123]

ويراد بإطلاق اسم الجناية عند الحنفية:" فِعلٌ حَلَّ في النفس أو الطرف". [124]

وعرَّف الجرجاني الجناية بأنَّها:" كل فعل محظورٍ يتضمن ضرراً على النَّفس أو غيرها ".[125]

والجناية الواقعة على النَّفس هي مرادفة لمصطلح القتل:" وهو فعل من العباد تزول به الحياة"[126].

وقد قَسَّم الحنفية القتل إلى خمسة أقسام هي: القتل العمد ، وشبه العمد، والخطأ، والجاري مجرى الخطأ، والقتل بالتسبب[127].

ولكل نوع جناية واقعة على النفس عقوبة أصلية، فإن تعذر إقامة العقوبة الأصلية أو تنازل المجني عليه أو وليه عنها– لأنّ حق العبد في الجنايات الواقعة على النفس مُغلَّبٌ على حق الله– انتقلنا إلى العقوبات البدلية والتي سنبيِّنها في المطلب الآتي:

المطلب الثاني: الأحكام البدلية المتعلقة بالعقوبات الأصلية للجنايات الواقعة على النفس.

هنالك العديد من المسائل المتعلقة بالعقوبات الأصلية المترتبة على الجناية على النفس عمداً أو خطأ أو تسبباً والعقوبات البدلية في حال العفو من المجني عليه أو وليه أو تعذر إقامة العقوبة الأصلية.

وفي هذا المطلب سنتناول نماذج منها على سبيل التمثيل لتعذر التفصيل في هذا البحث نذكر منها:

أولا: مسألة موجب القتل العمد

اتفق الفقهاء[128] على أنَّ مُوجب القتل العمد هو القصاص كعقوبة أصلية لمن يعتدي على نفس معصومة، لكنهم اختلفوا في العقوبة البدلية في حال عفو ولي الدم عن القصاص على قولين:

([123]) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج1، ص482. ابن منظور ، لسان العرب، ج14، ص154.ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة، ص50.

([124]) العيني، البناية شرح الهداية، ج13، ص62.

([125]) الجرجاني، التعريفات، ص79.

([126]) ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص326.

([127]) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج4، ص442. أما **المالكية** فقد قسموا القتل إلى: عمد وخطأ. وأما **الشافعية والحنابلة** فقسموا القتل إلى :عمد، وشبه عمد، وخطأ. انظر: مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج4، ص432. النووي، روضة الطالبين، ج9، ص123. البهوتي، الروض المربع، ج3، ص253.

([128]) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج10، ص206. الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص234.ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ج9، ص52. ابن قدامة، المغني، ج8، ص268.

القول الأول: أنَّ موجب القتل العمد هو القصاص؛ فإن عفا ولي الدم عن القاتل فليس له الانتقال إلى الدية إلا أن يرضى القاتل فيكون انتقاله إلى بدل؛ هو الصلح على مال، وقد يكون الصلح على مال أكثر من الدية. وهذا قول الحنفية [129]، والمشهور عند المالكية[130]، وقول عند الشافعية،[131] ورواية عند الإمام أحمد[132].

وحجتهم في ذلك:

1- قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾. [البقرة: 178]،

وقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُوْلِى ٱلْأَلْبَـٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾. [البقرة: 179]

وجه الدلالة: أنَّ الآيات الكريمة لم تذكر إلا القِصاص من الجاني كموجب للقتل العمد.

2-ولقوله صلى الله عليه وسلم:" **العَمدُ قَوَدٌ، والخطأُ ديةٌ**".[133]

وجه الدلالة من الحديث: أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل إلا القِصاص موجباً للقتل العمد. [134]

3-ولأنَّ القِصاص عين حق ولي الدم، والدية بدل حقه، وليس له أن ينتقل إلى بدل حقه إلاَّ برضا الجاني. ولأنَّ الأبدال لا تجب إلا برضا من تجب له ، ورضى من تجب عليه[135].

القول الثاني: يرى أصحابه أنَّ أولياء المقتول عمداً مخيرون بين القصاص كعقوبة أصلية أو الانتقال إلى الدية كعقوبة بدلية. وهذا قول عند المالكية[136]، والمعتمد عند الشافعية [137]، والحنابلة،[138] والظاهرية. [139]. **وحجتهم في ذلك:**

1-حديث أبي هريرة رضي الله وفيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:" **وَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يُفْدَى، وَإِمَّا أَنْ يُقْتَلَ** " [140].

وجه الدلالة: أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم خير ولي الدم بين العقوبة الأصلية وهي قتل القاتل أو الانتقال إلى العقوبة البدلية وهي الدية، فثبت أنَّ لولي الدم الانتقال إلى البدل وهو الدية في حال عفوه عن العقوبة الأصلية والمتمثلة بالقصاص[141].

([129]) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج10، ص206.

([130]) الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص234. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ص184.

([131]) الشافعي، الأم، ج6، ص12. الخطيب الشربيني، الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج4، ص495.

([132]) ابن قدامة، المغني، ج8، ص268.

([133]) الدار قطني، سنن الدار قطني ، كتاب الحدود والديات وغيره، ج4، ص82، حديث رقم (3136). ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الديات، باب من قال العمد قودٌ، ج5، ص436، حديث رقم(27766). الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج4، ص640، حديث رقم (1986). قال الألباني: **حديث صحيح**.

([134]) الجصاص، أحكام القرآن، ج1، ص185.

([135]) جمال الدين المنبجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ج2، ص708.

([136]) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، ص1100.الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص234. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ص184.

([137]) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ص366. الشربيني، الاقناع، ج4، ص495.

([138]) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج8، ص361. البهوتي، الروض المربع، ص639.

([139]) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج10، ص239.

([140]) البخاري، صحيح البخاري، كتاب العلم، باب كتابة العلم، ج1، ص33، حديث رقم (112). مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها...، ج2، ص988، حديث رقم(1355).

2-أنَّ الواجب أحدهما فلولي الدم أن يختار قياساً على الهدي والإطعام في جزاء الصيد. [142]

ويظهر أثر الخلاف بين القولين أنَّ ولي الدم إن عفا عن الجاني سقط القصاص ، ولم تجب الدية. أما رأي أصحاب القول الثاني فيرون أن عفو ولي الدم يوجب على الجاني العقوبة البدلية وهي الدية، وهذا ما يرجحه الباحث لقوة أدلة الفريق الثاني القائلين بالانتقال من القصاص كعقوبة أصلية إلى الدية كعقوبة بدلية.

ثانيا: كفارة القتل الخطأ

الكفارة: لغة أصلها من الكَفْر (بفتح الكاف)، بمعنى الستر، وسميت بذلك؛ لأنها تستر الذنب وتمحوه[143].

وأما اصطلاحاً فالكفارة :" هي ما وجب على الجاني جبراً لما منه وقع، وزجراً عن مثله"[144].

والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة حسب طبيعتها، فإذا وجبت لفعل معصية – ككفارة القتل الخطأ- كانت عقوبة جنائية خالصة، وقد سمَّاها بعض الفقهاء المعاصرين كعبدالقادر عودة بالعقوبات التعبدية. [145]

هذا، وقد اتفق الفقهاء[146] على وجوب الكفارة في القتل الخطأ، والجاري مجرى الخطأ ، وكذلك في القتل شبه العمد، حسب تقسيمهم لأنواع القتل واختلفوا في وجوبها في القتل العمد.

وما يعنينا في كفارة القتل الخطأ هو أنَّ العقوبة الأصلية لها هي عتق رقبة لقوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْۚ ﴾ [147].

فإن عجز الجاني عن الاعتاق لعدم وجودها- كما في زماننا- فعليه ثمنها (كحكم بدلي) عند الحنابلة[148].

فإن لم يقدر على ثمنها، انتقل إلى البدل الثاني وهو صيام شهرين متتابعين، لقوله تعالى: ﴿ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ تَوۡبَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمٗا ﴾.[149] وهذا باتفاق الفقهاء. [150]

([141]) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، ص205. النووي، المنهاج شرح على صحيح مسلم، ج9، ص129.

([142]) الشيرازي، المهذب، ج3، ص198. ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص179.

([143]) ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص148 وما بعدها.

([144]) المناوي، التعريفات، ص606.

([145]) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، ص683.

([146]) السرخسي، المبسوط، ج27، ص28. ابن عرفة المختصر الفقهي، ج10، ص134. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص107. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج8، ص402.

([147]) سورة النساء: 92.

([148]) البهوتي، كشاف القناع، ج2، ص327.

([149]) سورة النساء:92.

فإن لم يستطع الصوم لمرضٍ لا يرجى شفاؤه، أو لكبر سنه، فهل له أن ينتقل إلى الإطعام؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يرى عدم وجوب الإطعام في كفارة القتل الخطأ، وهذا قول الحنفية،[151] والمالكية،[152] والمعتمد عند الشافعية[153]، وقول عند الحنابلة[154].

وحجتهم في ذلك:1- أنَّ الله تعالى ذكر خصال الكفارة وهي العتق وصيام شهرين متتابعين، ولم يذكر الإطعام، فدلَّ ذلك على عدم وجوبها.

2-أنَّ الأصلَ في الكفارات النص لا القياس.

القول الثاني: يرى أصحابه أنَّ على الجاني -في حال عدم القدرة على صيام شهرين متتابعين- الانتقال إلى بدل الإطعام وهو إطعام ستين مسكيناً، وهذا هو القول الثاني عند الشافعية،[155] والحنابلة[156].

ويرى الباحث أنَّ رأي الجمهور هو الراجح في هذه المسألة؛ لأنَّ الأصل في الكفارات النص لا القياس؛ ولأنَّ الأبدال في العقوبات لا بد من النص عليها.

وبناء على ما تقدم فإن كفارة القتل الخطأ الأصلية هي العتق فإن لم توجد- كما في زماننا- فله أن يكفر بقيمة الرقبة، فإن لم يستطع انتقل إلى العقوبة البدلية وهي صوم شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أن يصوم فله الانتقال إلى بدل الإطعام في قول عند الشافعية والحنابلة.

المطلب الثالث: الأحكام البدلية في حال عدم قدرة العاقلة على دفع الدية.

تعتبر الدية هي العقوبة البدلية في الجناية على النفس عمداً، وكذلك في الجناية على ما دون النفس عمداً، لكنها عقوبة أصلية في القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجاري مجرى الخطأ، والجناية على ما دون النفس خطأً. [157]

ويحمل الدية في القتل العمد، والجناية على ما دون النفس عمداً الجاني، أما في أنواع القتل الأخرى فتكون الدية على العاقلة.

وحمل العاقلة للدية مشروط بعدم الاجحاف بها؛ لأنَّ الدية لزمتها من باب المواساة، ومن غير جناية منها، فلا يخفف على الجاني بما يشق على غيره، ويجحف به[158].

([150]) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج2، ص468. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص199. الشيرازي، المهذب، ج2، ص217. المرداوي، الانصاف، ج9، ص208.

([151]) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج2، ص426.

([152]) النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص199. العبدري، التاج والاكليل، ج6، ص268.

([153]) الشيرازي، المذب، ج2، ص217. الغزالي، الوسيط، ج6، ص391.

([154]) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج9، ص208.

([155]) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص108. الشيرازي، المهذب، ج2، ص2017.

([156]) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج9، ص208. ابن مفلح، المبدع، ج8، 47.

([157]) السرخسي، المبسوط، ج26، ص59. السمرقندي، تحفة المحتاج، ج3، ص101. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص226. الشيرازي، المهذب، ج2، ص191. ابن مفلح، المبدع، ج8، ص249 وما بعدها.

فإذا كان للجاني عاقلة صغيرة أو فقيرة والدِّية تجحف بها، أو لم يكن له عاقلة أصلاً فمن يتحمل الدية في هذه الحالة؟ **اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:**

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية،[159] والمالكية[160]، والشافعية،[161] والمعتمد عند الحنابلة[162] أنَّ العاقلة إن لم تستطع دفع الدية لفقرها انتقلت الدية إلى بيت المال ، وإن كانت قادرة جزئياً على تحمل الدية أخذ باقيها من بيت المال.

وحجتهم في ذلك: أنَّ مال بيت المال للمسلمين فيحل محل العاقلة، ولأنَّ جماعة المسلمين هم أهل نصرته.

القول الثاني: يرى أصحابه أنَّ الدية تجب في مال القاتل إن لم تستطع العاقلة دفعه، وإلا سقطت. وهذا قول محمد بن الحسن رواية عن أبي حنيفة،[163] والقول الثاني عند الحنابلة[164].

وحجتهم في ذلك: أنَّ الأصل في الدية أن تكون على القاتل، وإنَّما وجبت على العاقلة من باب التناصر والتخفيف، فإذا لم توجد للجاني عاقلة، أو كانت فقيرةً رُجع إلى الأصل ؛ لأنَّ مقتضى الدليل وجوبها على الجاني جبراً للمحل الذي فوته.

ويرى الباحث أنَّ القول بانتقال الدية لبيت المال (مالية الدولة اليوم) هو الحكم البدلي الذي يتوافق مع أصول الشرع، ولحديث النَّبي صلى الله علية وسلم:" **أنا وارثُ من لا وارثَ له أعقلُ عنه وأرثه**"[165]. فقد بيَّن نبيُّنا الكريم صلوات ربي وسلامه عليه أنَّ الدية تنتقل إليه بصفته قائد الدولة؛ أي تنتقل إلى بيت مال المسلمين في حال عدم وجود العاقلة(مالية الدولة اليوم)، وهذا يمثل الدور العلاجي للأحكام البدلية في حال عدم القدرة على الأحكام الأصلية.

بقيت مسألة في غاية الأهمية وهي مسألة عدم القدرة على الأخذ بنظام العاقلة في وقتنا الحاضر وما البديل لهذا النظام؟

يرى بعض المعاصرين كعبد القادر عودة أن نظام العاقلة لا يمكن تطبيقه في الوقت الحاضر ، وذلك لندرة تطبيقه في كثير من البلاد العربية والإسلامية، والنادر لا حكم له. كما أنَّ كثيراً من القوانين لم تنص عليه ولا على الآلية التي يطبق فيها [166].

ولذا كان لا بد من إيجاد بديل يحل محل نظام العاقلة، وذلك لتحقيق مقاصد الشرع من إيجاده، والتي من أهمها صون الدماء، وعدم هدرها والاستهانة بها، إذ الأصل في الشرع أن الدماء المعصومة لا تهدر بحال.[167]

وقد ذكر الفقهاء ثلاثة بدائل ممكن أن يحل أحدها محل نظام العاقلة، ذكر الفقهاء القدامى اثنان منها، والثالث ذكره الفقهاء المعاصرون نبيِّنها على النحو الآتي:

([158]) السرخسي، المبسوط، ج26، ص66. الشيرازي، المهذب، ج2، ص213. ابن مفلح، المبدع، ج8، ص328. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج8، ص310.

([159]) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج4، ص230.

([160]) النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص182. العبدري المواق، التاج والاكليل، ج6، ص266.

([161]) الشيرازي، المهذب، ج2، 212.

([162]) ابن مفلح، المبدع، ج9، ص19. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ج2، ص148.

([163]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص256. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6، ص590.

([164]) ابن مفلح، المبدع، ج9، ص19. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ج2، ص148.

([165]) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الدية، باب الدية على العاقلة فإن لم يكن عاقلة ففي بيت المال، ج2، ص879، حديث رقم (2634). البيهقي، معرفة السنن والآثار، كتاب الفرائض، باب ذوي الأرحام والرد، ج9، ص164، حديث رقم(12729). الألباني، صحيح ابن ماجه، ج2، ص117، حديث رقم (2728). قال الألباني: **حديث حسن صحيح.**

([166]) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، ص677 بتصرف.

([167]) العيني، البناية شرح الهداية، ج13، 68. الدردير ، الشرح الكبير، ج4، ص237. الشربيني، الإقناع، ج2، ص498. ابن مفلح، الفروع، ج9، ص369 وما بعدها.

البديل الأول: الرجوع على الجاني بكل الدية إذا كان ذا مال. وهذ قول عند الحنفية والحنابلة [168]كما بيَّنا آنفا.

ورد عليه: أنَّ هذا لا يتفق ومقصد الشرع من شرع العقوبات، كما أنه مخل بالعدالة ؛ لأنَّ الجاني في الغالب غير قادر على أدائها.

البديل الثاني: الرجوع إلى بيت المال؛ أي إلى خزانة الدولة العامة في زماننا الحاضر، وهذا قول عند الحنفية والمالكية والشافعية والمعتمد عند الحنابلة[169].

ويمكن الرد عليه: أنَّ هذا البديل قد يرهق خزينة الدولة، وقد يؤدي إلى الإخلال بالعدالة في حال عدم قدرة الخزينة على دفع الديات المترتبة عليها.

أما البديل الثالث: فيرى أصحابه أن تفرض الدولة ضريبة عامة أو غرامة مالية على المتقاضين في المحاكم تخصص هذه الضريبة أو تلك الغرامة لغايات دفع الديات في حال عجز العاقلة عن أدائها، وأخذ بهذا البديل بعض الدول الأجنبية[170].

ويرى الباحث أن يكون تحمل الدية التي تجب على العاقلة على الجاني إذا كان قادراً، فإن لم يستطع أداءَها من ماله الخاص وجب على الدولة تغطيتها من خزينتها، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم:" **أنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه**"[171].أو أن يكون هناك شركات تأمين تعنى بهذا الأمر وتغطي الديات من باب التكافل بين أفراد المجتمع الإسلامي، وهذه البدائل من باب السياسة الشرعية والمتمثلة بتدبير الأمر بما يصلحه؛ تحقيقاً لمقصد الشارع في حفظ الأنفس، وصيانةً للدماء من هدرها، وعدم الافتئات عليها.

المبحث السادس

الأحكام البدلية المتعلقة في مسائل العقوبات الواقعة على ما دون النفس.

المطلب الأول: التعريف بالجناية الواقعة على ما دون النفس وأنواعها

يقصد بالجناية الواقعة على ما دون النفس:" هي كل فعل محرم يقع على الأطراف أو الأعضاء سواءٌ أكان بقطعٍ أو كسرٍ أو جرحٍ أو أزالة المنافع" [172].

أما من حيث الأنواع فتقسم الجنايات الواقعة على ما دون النفس من حيث الموجب أو العقوبة المترتبة عليها إلى نوعين:

الأول: جناية موجبة للقصاص، وذلك في حال الاعتداء على ما دون النفس عمداً.

الثاني: جناية موجبة للدية أو الأرش أو الحكومة، وذلك في حال الاعتداء على ما دون النفس خطأ[173].

([168]) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج4، ص230. ابن مفلح، المبدع، ج9، ص19.

([169]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص257. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص182. الشيرازي، المهذب، ج2، ص212. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ج2، ص148.

([170]) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، ص677 وما بعدها.

([171]) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الدية، باب الدية على العاقلة فإن لم يكن عاقلة ففي بيت المال، ج2، ص879، حديث رقم (2634). البيهقي، معرفة السنن والآثار، كتاب الفرائض، باب ذوي الأرحام والرد، ج9، ص164، حديث رقم (12729). الألباني، صحيح ابن ماجه، ج2، ص117، حديث رقم (2728). قال الألباني: **حديث حسن صحيح.**

([172]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص296. عليش، منح الجليل، ج9، ص37. الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، ج6، ص288. ابن قدامة ، المغني، ج8، ص320. وزارة الأوقاف الكزيتية، الموسوعة الفقهية، ج16، ص63.

([173]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص310. البابرتي، العنايةشرح الهداية، ج10، 235. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج4، ص558. الشافعي، الأم، ج6، ص28. ابن مفلح، المبدع، ج6، ص60.

وقد قسمها الفقهاء [174] من حيث طبيعتها أو موضعها إلى أربعة أنواع هي:

1- جناية على الأطراف أو ما يجري مجرى الأطراف: كقطع اليد، والرِّجل، والأصبع، واللسان، وجدع الأنف، وقطش الأذن، وفقؤُ العين، وقلع السن أو كسرها.

2-جناية تتعلق بإذهاب معاني الأعضاء مع بقاء أعيانها.

كإذهاب السمع، أو البصر، أو الشم، أو الذوق ، وتفويت الكلام، والبطش، والمشي، وإذهاب العقل.

3- الشِّجاج: وهو اعتداءٌ على الوجه والرأس. ولها مسميات حسب نوع الجرح وهي أحد عشر : الخارصة، والدامعة ، والدامية، والباضعة ، والمتلاحمة، والسمحاق، والموضحة، والهاشمة، والمنقلة، والآمة، وآخرها الدامغة. ولا مجال في هذا البحث لتفصيلها .

4-الجراح: وهي المتعلقة بالبدن وهي نوعان:

أ-الجائفة: وهي التي تصل إلى الجوف من مواضع كالصدر، والبطن، والظهر، والجانبين.

ب-غير الجائفة: هي التي تكون في البدن ولا تصل إلى الجوف. [175]

وما يعنينا من هذه التقسيمات هي أن نذكر نماذج على أحكامها الأصلية ومن ثَمَّ الأحكام أو العقوبات البدلية لها، نبيِّنها في المطالب الآتية.

المطلب الثاني: نماذج من العقوبات البدلية المتعلقة بالجناية على ما دون النفس عمداً وضوابطها.

تختلف العقوبة الأصلية المترتبة على الجناية على ما دون النفس وذلك حسب نوعها فمنها ما يجب

فيه القصاص في حال الجناية عمداً؛ كما في حال قصد قطع اليد، وفقئ العين، وقطع اللسان، وكسر السن.

لكن العقوبة الأصلية والمتمثلة بالقصاص في حال الاعتداء على ما دون النفس عمداً لها شروط، فإن اختل شرط منها انتقلنا إلى العقوبة البدلية والمتمثلة بأرش العضو أو دية العضو وهذه الشروط هي:

الشرط الأول : القدرة على المماثلة بين المحلين في المنافع والفعلين.

ويقصد بهذا الشرط أن لا يؤخذ عضو من الأعضاء إلاَّ بمثله، فلا تؤخذ اليد اليمنى إلا باليد اليمنى، ولا أصبع الابهام إلا بمثله، وكذلك بقية الأصابع؛ لأنها مختلفة في المنفعة، فكانت كالأجناس المختلفة، ولأنَّ القصاص ينبئُ عن المساواة، ولا مساواة بين الأعضاء إلاَّ بالعضو، والمنفعة، والقيمة، والتجانس شرط المماثلة، فإن تعذرت المماثلة وجب الانتقال إلى دية العضو. وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء. [176]

الشرط الثاني: إمكان الاستيفاء بلا حيف.

([174]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7،ص216-ص317. عليش، منح الجليل، ج9، ص37 وما بعدها.النووي، روضة الطالبين، ج9، ص263. ابن قدامة، المغني، ج8، ص435.

([175]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7،ص216-ص317. عليش، منح الجليل، ج9، ص37 وما بعدها.النووي، روضة الطالبين، ج9، ص263. ابن قدامة، المغني، ج8، ص435.

([176]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص297.عليش، منح الجليل، ج9، 52. العبدري، التاج والإكليل، ج8، ص335. الشافعي، الأم، ج6، ص55. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3،ص262.

ويقصد بهذا الشرط أنَّ اعتداء الجاني على عضو من أعضاء المجني عليه قد يتعذر الاستفاء على الصورة التي اعتدى عليه بها؛ فقد يقطع الجاني المجني عليه من ساعده أو فخذه فهل يقطع به على هذه الصورة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى الحنفية[177] والقول المعتمد عند الحنابلة [178]أنَّ الأصل أن لا يكون القصاص إلا من المفاصل ؛ فإن كان القطع من غير المفصل؛ كالقطع من الساعد أو الفخذ فإن الاستيفاء للقصاص بدون حيف متعذر، وعندئذ يخير المجني عليه بين استيفاء حقه ناقصاً، أو العدول إلى بدل حقه؛ وهو كمال الأرش أو الدية لعدم القدرة على القصاص دون الحيف بالمجني عليه صورة ومعنى.

القول الثاني: يقتص من جميع عظام الجسد إلا ما كان مخوفاً كعظم الفخذ، والصدر، والظهر، والرقبة، أما بقية الكسور ككسر في العضد أو الساعد أو الساقين ففيها القصاص. وهذا قول المالكية[179]

القول الثالث: ويرى الشافعية[180] وقول عند الحنابلة[181] أن يقتص من الجاني من أول مفصل داخل في محل الجناية وللمجني عليه حكومة في الباقي. فمن قطع يد إنسان من نصف العضد اقتص منه من المرفق، وكان للمجني عليه حكومة عن نصف العضد، قياساً على من أتلف شيئاً من المثليات، فإنَّ على صاحبه أخذ القدر الموجود ويضمن الجاني الباقي.

ويرى الباحث أنَّ القول الأول هو الأقرب إلى مقاصد الشرع؛ لأنَّ الأصل في قواعد الشرع ألاَّ يجمع بين الأصل والبدل، فإن تعذر الاستيفاء صورة ومعنى انتقلنا إلى البدل وهو أرش العضو.

الشرط الثالث: الاستواء في الصحة والكمال.

ويقصد بهذا الشرط أن يكون العضو المعتدى عليه من قبل الجاني يوجد مثله عنده فلو قطع يد إنسان وكانت صحيحة فلا بد للقصاص

من الجاني أن يكون عنده يد صحيحة.

وعليه فلا يؤخذ الصحيح من الأطراف إلا بالصحيح؛ فلا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بناقصة الأصابع، وهذا قول الحنفية[182] والشافعية[183] والحنابلة[184].

وحجتهم في ذلك:

1- لعدم المماثلة بين الصحيح والمعيب[185].

2-ولأنَّ الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال ،والأطراف الصحيحة والمعيبة مختلفة في القيمة فتنتفي المماثلة بانتفاء المساواة في المالية[186].

([177]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص298.

([178]) ابن قدامة، المغني، ج8، ص321

([179]) عليش، منح الجليل، ج9، ص47 وما بعدها.

([180]) الشافعي، الأم، ج6، ص53. النووي، المجموع، ج18، ص406.

([181]) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج3، ص266.

([182]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص298.

([183]) الشافعي، الأم،ج6، ص61

([184]) ابن قدامة، المغني، ج8، ص321.

([185]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص298. الشافعي، الأم،ج6، ص61. ابن قدامة، المغني، ج8، ص321.

([186]) المراجع السابقة.

اما المالكية فذهب ابن عرفة إلى أن اليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء وعلى القاطع بدل ذلك وهو الأرش في ماله، وذهب ابن القاسم أن مقطوع اليد السليمة مخير بين القود (القصاص) أو العقل (الدية). [187]

ويرى الباحث أنَّ للمجني عليه الخيار بين أخذ حقه ناقصاً، أو أن ينتقل إلى البدل وهو أخذ الدية لكن هذا منضبط بالشرط السابق وهو إمكانية استيفاء القصاص دون الحيف بالجاني.

الشرط الرابع: فوات المحل

وهذا الشرط اختلف فيه الفقهاء على قولين:

القول الأول: يرى أصحابه التفريق بين فوات المحل (عضو الجاني) بآفة سماوية أو قطعت بغير حق ففي هذه الحال يسقط القصاص من غير مال (بدل) وإن قطع عضو الجاني بحق؛ كسرقته للمال سقط القصاص

لفوات المحل لكن يجب على الجاني أرش اليد التي قطعها. وهذا قول الحنفية [188]وقول عند المالكية[189].

حجتهم في ذلك : أنَّ موجب العمد هو القصاص سواء في النفس أو ما دون النفس. فإن فات العضو فليس للمجني عليه شيء.

القول الثاني: إن فات محل القصاص سواء كان بآفة سماوية أو قطع بحق فللمجني عليه الانتقال إلى البدل وهو أرش العضو. وهذا قول للمالكية[190]، والشافعية[191] والحنابلة[192].

وحجتهم في ذلك: أنَّ موجب العمد في النفس أو ما دونها أحدهما إما القصاص أو الدية، فإن تعذر القصاص لفوات المحل انتقل إلى البدل؛ وهو دية أو أرش العضو.

ويرى الباحث الأخذ بالقول الثاني لأنَّه يمثل الدور العلاجي للأحكام البدلية في حال تعذر إقامة العقوبة الأصلية لفوات محل الجناية بآفة سماوية أو بغيرها، وذلك تحقيقاً لمقاصد الشرع في رعاية الانسان وعدم الاعتداء على عضو من أعضائه.

المطلب الثالث: العقوبات البدلية المتعلقة بالجناية على ما دون النفس خطأ وضوابطها.

اتفق الفقهاء على أن العقوبة الأصلية للجناية على ما دون النفس خطأ هي الدية أو ما يسمى بأرش العضو. لكنهم اشترطوا لهذه العقوبة شروطاً ، فإن اختل شرط منها انتقل إلى البدل وهي حكومة العدل[193] وهذه الشروط هي:

1-تفويت العضو أو تفويت جنس منفعته على سبيل الكمال، أو إزالة جمال الآدمي على الكمال.

فإن فات بعض جنس المنفعة أو زال الجمال على سبيل الكمال انتقل إلى بدل الدية وهي حكومة العدل، وهذا الشرط باتفاق الفقهاء [194].

([187]) محمد عليش، منح الجليل، ج9 ص44 وما بعدها.

([188]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص246.

([189]) خليل بن اسحاق الجندي، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ج8، ص91. القرافي، الذخيرة، ج12، ص323.

([190]) ابن بزيزة المالكي، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ج2، ص1225.

([191]) الشافعي، الأم، ج6، ص57.

([192]) ابن قدامة المقدسي، المغني ، ج8، ص324.

([193]) **حكومة عدل:** هي أن يقوم المجني عليه كأنَّه عبدٌ لا جناية به، ثم يقوم وهي به قد بَرِأَت، فما نقص من القيمة فله بقسطه من الدية. وهذا قول عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. وذهب الكرخي من الحنفية أن الحكومة تقدر برد ما لا نص فيه إلى ما فيه نص باعتبار المعنى فيه .انظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3،ص113. ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ص203. ابن قدامة، المغني، ج8، ص482.

ومن الأمثلة على هذا الشرط : من قطع لسان إنسان خطأً فعليه الدية كاملة لكن إذا قطع بعضه فذهب بعض كلامه فينتقل إلى البدل وهو حكومة العدل؛ لأنه فوت منفعة اللسان على سبيل الكمال وهذا عند جمهور الفقهاء[195] وذهب بعض الحنفية والحنابلة أنَّ الواجب تقسيم الدية على عدد حروف الهجاء فيجب من الدية بقدر ما فات من الحروف[196].

ومن الأمثلة على إزالة الجمال: من أتلف عين إنسان قائمة لا يُبصر فيها، وجبت عليه حكومة عدل؛ لأنَّه إتلاف جمال من غير تفويت منفعةٍ.[197].

2- الكمال والصحة.

ويقصد بهذا الشرط: أن تكون الأعضاء المعتدى عليها خطأً سليمة من كل عيب ابتداءً، فإن كانت غير صحيحة أو مشينة، فلا يجب فيه كمال الدية، وإنَّما ينتقل بها إلى حكومة العدل.

ومن الأمثلة على هذا الشرط: اليد الشلاء، ولسان الأخرس، فإنها هذه الأعضاء إذا قطعت خطأً لم تجب فيها الدية لعدم الصحة والكمال فينتقل فيها إلى البدل وهي حكومة العدل. وهذا الشرط هو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة [198].وفي الرواية الثانية للحنابلة: تجب ثلث الدية.

3- أن يبقى أثر الشجاج أو الجرح في العضو المعتدى عليه.

وهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أصحابه عدم وجوب شيء إن لم يبق لهذه الجروح والشجاج أثر. وهو قول لأبي حنيفة[199] والإمام مالك[200]، وقول عند الحنابلة.[201]

وحجتهم: أنَّ الأرش إنما يجب بالشين الذي يلحق بالعضو بالأثر، وقد زال ذلك فيسقط الأرش.

القول الثاني: إن لم يبق لها أثر انتقل من الدية إلى الحكومة. وهو قول أبو يوسف من الحنفية،[202] والشافعية. [203]

وحجتهم: أنَّ الشجة أو الجراح قد تحققت ولا سبيل إلى هدرها. وقد تعذر إيجاب أرش الشجة فيجب أرش الألم.

القول الثالث: يرى أصحابه أن ّعلى الجاني أجرة الطبيب. وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية[204] وقول عند المالكية،[205] والقول الثاني عند الحنابلة[206].

([194]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص311. مالك بن أنس، المدونة، ج4، ص560.ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، 202. الشافعي، الأم، ج6، ص71.ابن قدامة، المغني، ج8، ص466.

([195]) السرخسي، المبسوط، 26، ص69. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص189. الشافعي، الأم، ج6، ص129.

([196]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص311. ابن قدامة، الكافي في فقه الامام أحمد، ج4، ص29.

([197]) النووي، المجموع، ج19، ص76. ابن قدامة، المغني، ج8، ص437.

([198]) عليش، منح الجليل، ج9، ص45. التلقين، ج2، ص191. الشافعي، الأم، ج6، ص71. النووي، المجموع، ج19، ص96. ابن قدامة، المغني، ج8، ص447.

([199]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص316.

([200]) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج4، ص560. الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص259.

([201]) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج8، ص484.

([202]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص316.

([203]) النووي، المجموع، ج19، ص73. ويرى الشافعية أنَّ أجرة الطبيب تدخل في الحكومة.

([204]) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص316.

وحجتهم في ذلك: أنَّ أجرة الطبيب لزمته؛ لأنَّه أتلف على المجني عليه بسبب هذه الشجة هذا القدر من المال.

ويرى الباحث الأخذ بالقول الثاني القائل بالانتقال إلى الحكومة؛ لأنَّ الأصل إقامة العقوبة الأصلية لكن ذلك مشروط –بالجناية على ما دون النفس– ببقاء أثرها، فإن تعذر الأصل فينتقل إلى البدل وقد نقل الشرع الجاني إلى الحكومة حال تعذر المطالبة بالدية.

كما أرى أن تكون الحكومة (الأرش غير المقدر) في زماننا متعلقة بالتطبيب ومتعلقاته من أجرة الطبيب، والاقامة بالمستشفى، وجميع الاجراءات الطبية إلى حين الشفاء من هذه الشجاج أو الجروح؛ وذلك لحاجة المجني عليه لإزالة أثر الاعتداء عليه، ولكثرة التكاليف العلاجية في زماننا التي قد تثقل كاهل المجني عليه لو لم نلزم الجاني بها. وكُلُّ هذا قد يكون على العاقلة أو الجهة المؤمنة في حال الجناية على ما دون النفس خطأ كما في حوادث السير، والاعتداءات التي تقع على الموظفين أثناء تأدية عملهم، وبذلك نكون قد انتقلنا إلى العقوبات البدلية التي تمثل الدور العلاجي في حال تعذر إقامة العقوبات الأصلية، وبالله التوفيق.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث نحمد الله تعالى ونثني عليه بما هو أهله، ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائه ورسله سيِّدنا ونبيَّنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن سار على نهجهم واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.

فقد توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أما النتائج فمن أهمها:

1- أنَّ الأحكام البدلية في العقود هي قسيم الأحكام الأصلية؛ بمعنى: أن المكلف إذا لم يستطع القيام بالأحكام الأصلية فإن الشارع الحكيم قد وضع له أحكاماً بدلية تقوم مقامها، تيسيراً على المكلف أولاً، وتحقيقاً لمقاصد الشرع من شرع الأحكام ثانياً.
2- قَسَّم الفقهاء الأحكام البدلية المتعلقة بالعقوبات إلى أنواع متعددة بالنظر إلى طبيعتها، وجهتها، ووقت وجوبها؛ وذلك ليتسنى لنا التعامل معها وفقا لذلك التقسيم.
3- أنّ هناك مجموعة من الضوابط العامة التي يجب مراعاتها عند الانتقال إلى تطبيق الأحكام البدلية، وقد روعي فيها أن تكون متفقة مع طبيعة العقوبات في الفقه الاسلامي، حتى لا يكون الانتقال إلى الأحكام البدلية متعسفاً أو محكوما بالهوى والتشهي.
4- الراجح عدم جواز الاجتهاد في الأحكام البدلية في العقوبات الحدية، فلا بد من ورود النص الشرعي بجواز الانتقال إليها، إذا القاعدة في العقوبات الحدية أنها:" **لا تحتمل البدل ولا تثبت بالشبهة**". وما ذكر في البحث من أحكام بدلية للعقوبات الحدية هو استثناء على القاعدة لورد النص بذلك.
5- أنَّ جرائم التعازير لم يرد من الشرع النص على عقوبتها وترك تقدير العقوبة التعزيرية للحاكم أو القاضي لينص على العقوبة التي تتناسب والجريمة التعزيرية، وعقوباتها ليست أصليه ؛ حتى تحل محلها عقوبات بدلية حال العجز عنها، لذلك توصف عقوباتها بأنه بديلة لا بدلية؛ فالقاضي غير مقيد بها فله أن يستبدلها بعقوبة أشد او أخف حسب طبيعة الجاني ومدى خطر الجريمة على الفرد والمجتمع.
6- هناك مجموعة من الضوابط تحكم العقوبات المتعلقة بالجناية على النفس، وكذلك المتعلقة بالجناية على ما دون النفس عمداً كانت أو خطأً لا بد من مراعتها عند الانتقال إلى الأحكام أو العقوبات البدلية.

أما التوصيات فيوصي الباحث بما يأتي:

1- دراسة الأحكام البدلية في الجناية على ما دون النفس دراسة تفصيلية من قبل طلبة العلم، وذلك للتوصل إلى الضوابط الخاصة المتعلقة بجزئيتها المختلفة.
2- دراسة الأحكام البدلية دراسة فقهية مقارنة مع القوانين الوضعية لبيان كيف تسهم الأحكام البدلية في إزالة الجريمة من المجتمعات، وإيجاد الحلول النظامية المستمدة من السياسية الشرعية في الفقه الإسلامي .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

([205]) الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص270. الصاوي، حاشية الصاوي، ج4، ص381.
([206]) الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج6، 133.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العربية:

- الأُبّي، محمد بن خلفة بن عمر الوشتاني، (ت:827هـ)، **شرح الأبي والسنوسي على صحيح مسلم**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ-1994م.
- الآمدي، أبو الحسن، علي بن محمد، (ت631هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1404هـ.
- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر، (ت:879هـ) **التقرير والتحبير**، تحقيق: مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، ط1، 1996م.
- البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، (ت:945هـ)، **شرح العناية على الهداية** مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط2 ، 1397هـ-1977م.
- الباجي، أبو الوليد،سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، (ت:494هـ)، **المنتقى شرح الموطأ**، مطبعة السعادة، مصر، ط1 ،1331هـ.
- الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، **رفع الحرج في الشريعة الإسلامية**، (رسالة دكتوراه)، 1972م.
- البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، (ت:256هـ)، **صحيح البخاري**، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت-لبنان، ط3، 1407هـ-1987م.
- البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (ت:730هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ1997م.
- البعلي، علي بن عباس ، (ت:803هـ)، **القواعد والفوائد الأصولية**، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1375هـ-1956م.
- البعلي، أبوعبدالله محمد بن أبي الفتح، (ت:709هـ)، **المطلع على أبواب المقنع**، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1404هـ-1981م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (ت:1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ-1983م.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، (ت:458هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ-1994م.
- التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، (ت:792هـ)، **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**، دار العهد الجديدة.
- ابن تيمية، أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، (ت:728هـ)، **شرح العمدة في الفقه**، تحقيق: سعود صالح العطيشات، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1413هـ.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، (ت:370هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ.
- ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، (ت852ه)، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، دار الكتب العلمية، ط1، 1419ه-1989م.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، (ت456ه)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر، بيروت-لبنان.
- الحطاب، أبو عبدالله محمد بن عبد الرحمن المغربي، (ت:954هـ)، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، دار الفكر ، بيروت، ط2، 1398هـ.
- الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر، (ت:385هـ)، **سنن الدار قطني**،تحقيق:السيد عبدالله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1386هـ-1966م.
- الدردير، أبو البركات، سيدي أحمد بن محمد بن أحمد، (ت:1201هـ)، **الشرح الكبير**، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- الدسوقي، محمد عرفة، **حاشية الدسوقي**، (ت:1230هـ)، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت.
- الرازي، محمد بن عمر بن الحسين،(ت:606هـ)، **المحصول في علم الأصول**، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط1، 1400هـ.
- الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد، (ت:623هـ)، **فتح العزيز شرح الوجيز**، دار الفكر.

- ابن رجب الحنبلي، زين الدين، عبد الرحمن بن أحمد، (ت795هـ)، **القواعد في الفقه**، ويسمى أيضاً: تقرير القواعد وتحرير الفوائد، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر، السعودية، ط1، 1419ه.
- الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري المالكي، (ت 894هـ)، **شرح حدود ابن عرفة** المسمى: "الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.
- الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، **أصول الفقه الإسلامي**، دار الفكر، دمشق، ط1، 1406هـ-1986م.
- الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام(الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)**، دار الفكر، مطبعة طربين، دمشق، ط10، 1387هـ-1968م.
- الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر، (ت:794هـ)، **المنثور في القواعد الفقهية**، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ-1985م.
- الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله، (ت:794هـ)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، دار الكتبي، ط1، 1414هـ- 1994م.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، (ت:743هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة-مصر، ط3، 1313هـ.
- السرخسي، محمد بن احمد بن أبي سهل، (ت:490هـ)، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1406هـ.
- السرخسي، أبو بكر محمد بن احمد بن أبي سهل، (ت:490هـ)، **أصول السرخسي**، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1372هـ.
- السمرقندي، علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد، **ميزان الأصول**، (توفي 539هـ) ، تحقيق: محمد زكي عبد البر، ط2، مكتبة دار التراث، القاهرة.
- السيد البكري، أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، (ت:1302هـ)، **إعانة الطالبين**، دار الفكر، بيروت.
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت:911هـ)، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ -1983م.
- الشاطبي، **إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي**، (ت:790هـ)، **الموافقات في أصول الشريعة**، تحقيق: **مشهور بن حسن آل سلمان**، دار ابن عفان، ط1، 1417ه- 1997م.
- الشافعي، أبو عبدالله محمد بن احمد بن إدريس، (ت:204هـ)، **الأم** ، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ط2، 1393هـ.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، (ت:997هـ)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، دار الفكر ، بيروت-لبنان، 1415هـ.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت:997هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1398هـ-1978م.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت:1250هـ)، **إرشاد الفحول**، تحقيق: محمد سعيد البدري، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1412هـ-1992م.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، (ت:476هـ)، **المهذب**، دار الفكر، بيروت.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، (ت:476هـ)، **التنبيه في الفقه الشافعي**، عالم الكتب، بلا طبعة.
- الصاوي، أبو العباس، أحمد بن محمد الخلوتي، (ت1241هـ)، **حاشية الصاوي على الشرح الصغير**، دار المعارف.
- الطوفي، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم، (ت:716هـ)، **شرح مختصر الروضة**، تحقيق: إبراهيم الإبراهيم، مطابع الشرق الأوسط، ط1، 1409هـ.
- ابن عابدين، محمد أمين، (ت:1252هـ)، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار** المسماه: "**حاشية ابن عابدين**"، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط2، 1386هـ-1966م.
- العز بن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي، (ت:660هـ)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، دار الجيل، بيروت-لبنان، ط2، 1400هـ -1980م.
- العطار، حسن بن محمد بن محمود، (ت:1250هـ)، **حاشية العطار على جمع الجوامع**، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي، (ت1299هـ)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1409هـ-1989م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (ت:505هـ)، **المستصفى من علم أصول الفقه**، تحقيق: محمد عبد السلام محمد الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ.
- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، (ت:817هـ)، **القاموس المحيط**، دار الجيل، بيروت.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، (ت:770هـ)، **المصباح المنير**، بيروت-لبنان، 1987م.
- القاضي، أبو محمد، عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، (ت422هـ)، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1، 1420هـ-1999م.

- ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن محمد بن أحمد ،(ت:682هـ)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، دار الكتاب العربي.
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد ، (ت:620هـ)، **المغني**، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ،
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد ، (ت:620هـ)، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط1، 1414هـ –1994م.
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، (ت:620 هـ)، **روضة الناظر وجنة المناظر**، تحقيق:عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض، ط2، 1399هـ.
- قلعة جي، محمد رواس،حامد صادق قنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس، بيروت–لبنان، ط2، 1408هـ–1988م.
- ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، بن أيوب الدمشقي، (ت:751هـ)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت–لبنان، 1973م.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر مسعود بن أحمد، (ت:587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتاب العربي ، بيروت–لبنان، ط2، 1982م.
- اللخمي، أبي الحسن، علي بن محمد، **التبصرة**، تحقيق: أحمد نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1432هـ–2011م.
- مالك بن أنس، (ت:179هـ)، **المدونة الكبرى**، دار صادر، بيروت.
- مالك بن أنس، (ت:179هـ)، **الموطأ**، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، لبنان– لبنان، ط2، 1418هـ–1998م.
- الماوردي، أبو الحسن، علي بن محمد بن محمد بن حبيب، (ت450هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط1، 1419هـ–1999م.
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، (ت:885هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث العربي، بيروت– لبنان، ط1، 1377هـ– 1957م.
- مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج النيسابوري، (ت:261هـ)، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، (ت:884هـ)، **المبدع**، المكتب الإسلامي، بيروت– لبنان، 1400هـ.
- ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، (ت763هـ)، **الفروع**، تحقيق: عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ – 2003م.
- ابن منظور، أبو الفضل، جمال الدين محمد بن مكرم، (ت:711هـ)، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت.
- منلا خسرو، محمد بن فراموز بن علي، (ت:885هـ)، **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، دار إحياء الكتب العربية، بيروت.
- منلا خسرو، محمد بن فراموز بن علي، (ت:885هـ)، **مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول**، شركة صحافيه عثمانية، 1315هـ.
- الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود، (ت683هـ)، **الإختيار لتعليل المختار**، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ–1937م.
- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (ت:970هـ)، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت–لبنان، ط1، 1428هـ–1998م.
- ابن نجيم، زين الدين إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، (ت:970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار المعرفة، بيروت– لبنان.
- النسفي، أبو البركات عبدالله بن أحمد، **كشف الأسرار شرح المصنف على المنار**، (710هـ) ، مطبوع مع شرح نور الأنوار، لشيخ أحمد المعروف بملا جيون، (1130هـ) دار الكتب العلمية، بيروت.
- نظام الدين الأنصاري، عبد العلي بن محمد، **فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت**، مطبوع مع المستصفى للغزالي، دار الأرقم بن أبي الأرقم،.
- النفراوي، أحمد بن غنمي بن سالم المالكي، (ت:1125هـ)، **الفواكه الدواني**، دار الفكر ، بيروت، 1415هـ.
- النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، **المهذب في أصول الفقه المقارن**، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1420هـ–1999م.
- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، (ت:676هـ)، **المجموع شرح المهذب**، تحقيق: محمود مطرحي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1417هـ – 1996م.
- النووي، أبو زكريا، محي الدين يحيى بن شرف، (ت676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت– لبنان، ط3، 1412هـ– 1991م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت:861هـ)، **شرح فتح القدير على الهداية**، دار الفكر، بيروت–لبنان، ط2، 1397هـ–1977م.