



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الحاج لخضر - باتنة 1 -



كلية العلوم الإسلامية نيابة العمادة لما بعد التدرج

قسم الشريعة - والعلاقات الخارجية

الاشتراك في الجريمة وأثره على المسؤولية الجنائية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري - دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية

تخصص - شريعة وقانون -

إشراف الأستاذ الدكتور:

محمود بوترة

إعداد الطالب:

محمد كعنيث

| الاسم واللقب | الرتبة العلمية | الجامعة الأصلية | الصفة |
|-----------------------|----------------------|---------------------|-------|
| أ.د. محمد بوكرب | أستاذ التعليم العالي | الحاج لخضر باتنة-1- | رئيسا |
| أ.د. محمود بوترة | أستاذ التعليم العالي | الحاج لخضر باتنة-1- | مقررا |
| أ.د. أحمد بنيني | أستاذ التعليم العالي | الحاج لخضر باتنة-1- | عضوا |
| أ.د. عز الدين كيجل | أستاذ التعليم العالي | محمد خيضر-بسكرة- | عضوا |
| أ.د. عبد الجليل مفتاح | أستاذ التعليم العالي | محمد خيضر-بسكرة- | عضوا |
| د. محمد بوكماش | أستاذ محاضر - | عباس لغور-خنشلة- | عضوا |

- السنة الجامعية -

1438هـ - 1439هـ / 2017م - 2018م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إِهْمَام

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [الإسراء: 23]

إلى والديّ الكريمين رمز البرّ والوفاء .

إليك يا والديّ لما ضحيت به من أجلنا ولا تزالين .

إليك يا والديّ لما غرسته في نفسي من طموح ومثابرة .

أتقدم إليكما بهذا الجهد المتواضع مع خالص حبي وتقديري لكما

راجيا من المولى عزّ وجلّ أن يطيل في أعماركما

ويرزقكما دوام الصحة والعافية .

ختم شكر وعرفان

أُتقدّم بمخالص شكري وامتناني إلى المشرف على هذه الأطروحة الأستاذ الدكتور "محمود بوترعة" الذي لم يألُ جهداً في إعانتني وتشجيعي وكان لحرصه وتوجيهاته السديدة عظيم الأثر في إثراء هذه الدراسة وإخراجها على ما هي عليه، فجزاه الله عني خير جزاء.

ويمتدّ الشكر إلى جميع منتسبي جامعة باتنة وأخصّ بالذكر القائمين على كلية العلوم الإسلامية ممثلة في عميد الكلية وكلّ الأساتذة وكذا عمال المكتبة الذين قدّموا لي يد العون والمساعدة، فكانوا نعم المعين.

كما أشكر جهة عملي ممثلة في رئيس جامعة تبسة الأستاذ الدكتور "سعيد فكرة" على الفرصة الثمينة التي منحها لي وكان لها أثرها في إتمام هذا البحث. ولا يفوتني أن أتقدّم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني وشجّعني من قريب أو بعيد ولو بالدعاء، فلهؤلاء جميعاً كل التقدير والاحترام.

مُقَدِّمَةٌ

مُتَكَلِّمًا

الحمد لله رب العالمين الذي أنزل كتابه المبين ليهدي به الخلق إلى صراطه المتين، ويخرج الناس من ظلمات الجهل إلى نور العلم واليقين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمين، أرسله الله رحمة للعالمين مبشرا ونذيرا، وداعيا إلى الخالق بإذنه وسراجا منيرا.

أما بعد:

فإذا كانت الجريمة فعلا أو أفعالا يمنعها الشرع أو القانون ويتقرر لمرتكبها جزاء يتلاءم ودرجة الجرم المرتكب خطأ أو بقصد، فإنّ هذه الأفعال يُنظر إليها بأنها جرائم تمسّ بأمن الأفراد وسلامتهم، وبالتالي تمسّ المجتمع ككيانٍ في أمنه واستقرار مصالحه، ومتى كان مُسلِّما أنّ معظم الجرائم تتشكّل من فعل ماديٍّ إيجابي معاقب عليه، فمن المسلم به أيضا أنّ تتمّ المعاقبة على بعض صور الامتناع كما في الحالات التي يجب فيها على المُمتنع الالتزام بالعمل، خاصة إذا تبين أنّ بمقدوره القيام به ومع ذلك يمتنع.

وإذا كان مُقرّرا أنّ الجريمة في العادة تكون ثمرة نشاطٍ شخصٍ واحد يرتكبها بمفرده بعد تفكير فيها وعقد التصميم عليها، ثم التحضير لها والقيام بتنفيذها دون مساعدة أحد، فهي وليدة إرادته الحرة ومشروعه الإجرامي، وبالتالي يتوافر في حقه وحده ركنها المادي والمعنوي، فيكون هو المسؤول عنها وتوقع عليه وحده العقوبة المقررة لها، فمن المقرر أيضا أنّ الجريمة يمكن أن تقع من قبل مجموعة أشخاص يشتركون في تنفيذها، بحيث يساهم كل شخص منهم بفعل أو أفعال تؤدي إلى وقوعها وإبراز عناصرها إلى حيّز الوجود، ويطلق عليهم تعبير "الشركاء" أو "المساهمين"، ومن ثمّ فلا مجال لبحث موضوع الاشتراك في الجريمة إلا في إذا ساهم في ارتكابها عدد من الأشخاص.

ثم إنّ أدوار الشركاء قد تتشابه وقد تختلف كأن يقوموا كلّهم بالأفعال المادية التنفيذية للجريمة، أو يقوم بها البعض فقط بينما يتولى البعض الآخر القيام بأدوار ثانوية تساعد بشكل غير مباشر على ارتكابها، وقد لا يقوم الآخرون بأيّة أفعال تنفيذية أو مساعدة، بل يقتصر دورهم على حمل الغير ودفعهم إلى الجريمة فيكون اشتراكهم معنويا، وذلك باختلاق فكرة الجريمة وتوليدها في نفسية الجاني وحمله على ارتكابها كالمحرّض، أو عن طريق اتخاذهم كوسيلة أو أداة لارتكابها كالفاعل المعنوي.

وقد يكون هذا الاشتراك دون اتفاق بين الشركاء، أين يساهم عدة أشخاص في مشروع إجرامي بلا اتفاق بينهم، كما يمكن أن يقع نتيجةً للتماؤ أو الاتفاق المسبق، أو من صنع جمعية أشرار تأسست خصيصاً لارتكاب الأعمال الإجرامية، وقد لا يكون هذا الاشتراك إلا مظهراً لاتفاق مؤقت بين شخصين أو أكثر على ارتكاب جريمة معينة فحسب، وهذا الأخير هو الذي عليه مدار البحث في هذه الأطروحة إن شاء الله تعالى.

وعليه فإنّ هذا التنوع في الصفة بين الشركاء يطرح العديد من المشكلات القانونية في الواقع العملي وبعدّ من الموضوعات الشائكة في قانون العقوبات.

إشكالية البحث:

استناداً إلى هذا التنوع والاختلاف في أدوار الشركاء في الجريمة الواحدة تبرز في الأفق الإشكالية الرئيسية التي يطرحها موضوع الاشتراك في الجريمة وهي:

- هل تُعتبر مسؤولية الشركاء في الجريمة الواحدة واحدةً ويطبّق عليهم عقابٌ واحد، أم أنه يتعيّن البحث عن الدور الذي أتاها كلُّ شريكٍ على حده، ومعاقبة كلِّ منهم بالنظر إلى خطورة فعله والدور الذي أدّاه؟

وتترتب عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة أسئلة فرعية أهمها:

- ما هي ضوابط الاشتراك الجرمي وفيما تتمثل صورته وأركانه؟
- كيف يتم التمييز بين الشركاء وما هي فائدته إذا كانت العقوبة المقررة لهم واحدة كما في قانون العقوبات الجزائري؟

- ما مفهوم علاقة السببية وما مدى أهميتها القانونية وصلتها بموضوع الاشتراك؟
- هل يشكل عامل تعدد الجناة في الجريمة الواحدة ظرفاً يقتضي تشديد العقوبة في حق الشركاء؟

- ما هي أنواع الظروف، وما مدى تأثيرها في مسؤولية وعقاب الشركاء؟

أهمية الموضوع:

تتجلّى أهمية الموضوع في نقطتين أساسيتين هما:

1- إنّ تحديد صفة الشريك في الجريمة، شريكاً مباشراً (فاعلاً أصلياً) أو متسبباً (مساهماً تبعياً) ووضع الحدود الفاصلة بينهما، يعدّ من المواضيع الهامة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، والتي تثير الكثير من المسائل والاختلافات على الصعيد الفقهي

والتشريعي، وما يزيد هذه الدراسة أهمية ويثيرها أكثر هو التصدي لموضوعها بعقد المقارنة بين أحكام الاشتراك في الفقه الجنائي الإسلامي وما عليه الحال في القانون الجزائري.

2- تسليط الضوء على أهم وأخطر صور ارتكاب الجريمة، وهي صورة اشتراك عدة جناة في ارتكاب جريمة واحدة، خاصة في حال التماثل أو الاتفاق المسبق.

3- التعرف على الآليات والطرق التي تعامل بها الفقه الجنائي الإسلامي مع هذا النوع الخطير من الجرائم، ومحاولة تقريبها إلى وجهات نظر المختصين في الميدان التشريعي والفقهى للاستفادة منها وتفعيلها على مستوى المؤسسات القضائية والعقابية.

أسباب اختيار الموضوع:

دفعني لاختيار هذا الموضوع أسباب ذاتية وأخرى موضوعية هي:

أ- الذاتية:

1- الرغبة في إبراز موقف المشرع الجزائري من موضوع المساهمة الجنائية إلى حيز الوجود ضمن الدراسات العلمية الأكاديمية، خاصة وأنّ جلّ الدراسات المقارنة سواء بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، أو بين القوانين والتشريعات المقارنة التي تناولت موضوع الاشتراك في الجريمة، عند المقارنة لا تشير إلى موقف القانون الجزائري رغم ما رصدته المشرع الجزائري من نصوص واضحة بخصوصه، وبالمقابل أجدها تستدلّ وتضرب الأمثلة التوضيحية بالقوانين الأخرى؛ كالقانون الفرنسي والمصري والمغربي والليبي والتونسي وباقي القوانين العربية، وتتجاهل ذكر القانون الجزائري.

والأمر نفسه بالنسبة للمؤلفات الحديثة باستثناء القليل منها ممّن أشار في بعض الأحيان إلى موقف القانون الجزائري ومنها: الدكتور محمود نجيب حسني في مؤلفه "المساهمة الجنائية في التشريعات العربية"، والدكتور محمود مصطفى في كتابه "أصول قانون العقوبات في الدول العربية"، حيث أشارا في بعض الجزئيات إلى موقف القانون الجزائري إلى جانب القوانين الأخرى.

فكان ذلك بمثابة الحافز والدافع الأساسي الذي ولّد في نفسي الرغبة لاختيار هذا موضوع بالعنوان المذكور، وجعلت المقارنة فيه منحصرة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري، وفي بعض جوانب الموضوع أشير إلى موقف القوانين الأخرى قصد معرفة موقع

القانون الجزائري بينها، والمرجعية القانونية التي ينطلق منها في إعداده للنصوص القانونية، وكذا إلى الأحكام القضائية خاصة اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية.

2- الرغبة في إبراز مدى التوافق أو الاختلاف بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري بخصوص مسائل الاشتراك بنوعيه، المباشر وغير المباشر أو بالتسبب، واختيار الأنسب منهما قصد تجسيده على المستوى التشريعي والقضائي.

ب- الموضوعية:

تتمثل الأسباب الموضوعية في:

1- نظرا للطابع الذي يغلب على ارتكاب الجريمة لا سيما في الوقت الراهن؛ إذ أن أغلب الجرائم التي تتسم بالخطورة الكبيرة يتم ارتكابها بطريق الاشتراك، ولما يتضمنه من تقوية لعزيمة الجناة والرغبة في ارتكاب جرائم أخرى، وتمهيد الطريق لتكوين الأخطر من ذلك كله، وهو عصابات الأشرار والاتفاقات الجنائية، والتي تهدف إلى زعزعة أمن واستقرار الأفراد والمجتمعات وتوسيع دائرة الجريمة، وهذا الأمر يقتضي من الباحث وخاصة المشتغل في الميدان القانوني مواجهة هذه الظاهرة، وإيجاد الحلول الكفيلة للقضاء على هذا النوع من الجرائم أو التخفيف من حدتها.

2- جمع شتات الموضوع الذي لا يزال مفرقا وخاصة في ثنايا المصادر القديمة في الفقه الجنائي الإسلامي، وضبط ذلك بما عليه الحال في القانون الجزائري، والكتابة فيه بهدف إبرازه في بحث علمي يكون مُرشدا مُعينا ومرجعا آخر في الموضوع، يسهل على القارئ الفهم ويزيل الغموض واللبس.

أهداف البحث:

إنّ الغاية من دراسة موضوع الاشتراك تتركز في جملة من الأهداف الجوهرية التي أسعى إلى تحقيقها وألخصها في النقاط الآتية:

- 1- تحديد الأحكام العامة التي تحكم مسألة الاشتراك الجرمي وذلك بالتطرق لمفهومه ببيان ضوابطه وأقسامه ثم أركانه العامه.
- 2- إيجاد معايير دقيقة للتمييز بين نوعي الشركاء في الجريمة؛ أي الشريك المباشر والشريك المتسبب، أو الفاعل والشريك بالتعبير القانوني الجزائري، وبيان أهمية هذا التمييز.

3- جمع المعلومات ذات الصلة بالموضوع، لا سيما في جانب الفقه الجنائي الإسلامي، إذا ما قُورن بالمؤلفات القانونية، ودراسته دراسة وافية، تكون لبننةً جديدة تُضاف إلى قائمة الدراسات والبحوث والمساهمة في إثراء المكتبة العلمية.

4- يهدف البحث أيضا إلى استقراء مدى فعالية وصلاحيّة التشريع الجنائي الإسلامي للتطبيق في كل مكان وزمان، من خلال جملة العقوبات التي رصدتها الشريعة لهذا النوع من الجرائم، وتفوقها على أغلب العقوبات القانونية التي فشلت في مواجهتها والقضاء عليها، وبالتالي ردّ الشبهات التي تُثار حول جمودها وعدم قابلية عقوباتها للتطبيق.

5- بيان مفهوم علاقة السببية في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي باعتبار أنّ موضوع الاشتراك ذو صلة بالجرائم المادية وعلاقة السببية هي العنصر الذي يربط بين جزئي الركن المادي للجريمة؛ أي (الفعل والنتيجة).

6- تحديد أنواع الاشتراك في الجريمة وبيان صورته، في ضوء أحكام الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري، مع إبراز عقوبة الاشتراك وبيان أنواع الظروف وأثرها في مسؤولية وعقاب الشركاء، في كلٍّ من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري والمقارنة بينهما.

صعوبات البحث:

لا يخلو أيُّ بحث علمي من صعوباتٍ وعوائقٍ تعترضه، وقد واجهتني في إعداد هذه الأطروحة جملةٌ من الصعوبات أهمّها:

1- عدم الاستقرار بسبب التنقل الدائم بين مكان العمل الذي يبعد كثيرا عن مقرّ السكن، مما حال دون إتمام البحث في آجاله المحددة.

2- قلّة الكتابات والدراسات العلمية في هذا الموضوع؛ إذ أنه لم يُبحث بصورة مستقلة تحدّد معالمه وتوصّل قواعده كمنظريّة قائمة بذاتها، وإن كان البعض ممّن تعرضوا لدراسته إنما تناولوه في بحوث مستقلة، ضمّن موضوعات أخرى وفي عدد قليل من الصفحات لإبراز أحكامه بصورة عامة منها: كتاب "التشريع الجنائي الإسلامي" (الجزء الأول)، لعبد القادر عودة، وكتاب "الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي" (الجريمة)، للإمام محمد أبي زهرة.

3- واجهتني صعوبة كبيرة في التعامل مع أمهات الكتب في الفقه الإسلامي على وجه الخصوص، نظرا لطريقة تأليفها التي تتّصف بالقدم ولا تخلو من التعقيد والصعوبة في فهم

عبارات وأقوال الفقهاء فيها، ثم إنها كُتبت بطريقة يغلب عليها الاسترسال في عرض المعلومات والانتقال من عنصر لآخر دون عنونة واضحة، بخلاف الحال في المؤلفات القانونية التي قطعت شوطاً معتبراً في ذلك، وهذا ما كلّفني وقتاً وجهداً إضافياً جعلني في بعض الأحيان التي لا أهتدي إلى مواطن المعلومات، ألجأ إلى المراجع كواسطة لتسهيل الفهم وتقريب عملية البحث وريح الوقت والجهد.

الدراسات السابقة:

لا أدعي سبق الكتابة في هذا الموضوع فقد مكنتني عملية البحث والاستقصاء من الوقوف على بعض الدراسات الأكاديمية والبحوث التي تناولت الموضوع، مما تيسر لي الاطلاع عليها ومنها:

1- دراسة لمحمد العساكر، مقدّمة لمعهد العلوم القانونية الإدارية والسياسية، جامعة الجزائر، 1398هـ، 1978م، لنيل درجة الدكتوراه بعنوان: "نظرية الاشتراك في الجريمة في قانون العقوبات الجزائري المقارن".

وهي دراسة قانونية بحثية أجرى فيها الباحث المقارنة بين قانون العقوبات الجزائري والقوانين الوضعية الأخرى، دون أن يتطرق فيها لموقف الفقه الإسلامي.

2- دراسة لبركاني سكيّنة، مقدّمة لجامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 1422هـ، 2001م، لنيل درجة الماجستير بعنوان: "الاشتراك في جرائم الاعتداء على النفس أو ما دونها، دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي".

وهي دراسة قيّمة أفادتني كثيرا في الحصول على بعض المراجع ذات الصلة بالموضوع، والملاحظ فيها أنها جعلت الاشتراك محصوراً في جرائم القصاص فحسب، مع أنّ الاشتراك متصورٌ أيضاً في جرائم أخرى كالحدود وجرائم التعازير.

3- دراسة لسعدي الربيع، مقدّمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2001م، لنيل درجة الماجستير بعنوان: "المساهمة الجنائية في قانون العقوبات الجزائري".

وقسم بحثه إلى بابين؛ تناول في الباب الأول المساهمة الجنائية الأصلية وأحكامها وشروط تطبيقها وذلك في الفصل الأول، أما الثاني فخصّصه لصورها، وفي الباب الثاني تناول المساهمة الجنائية التبعية وأركانها في الفصل الأول، أما الثاني فجعله للعقوبة المقررة لها، وقد جاءت الدراسة قانونيةً تناولت الموضوع في قانون العقوبات الجزائري فحسب.

4- بحثٌ للدكتور محمود محمد عبد العزيز الزّيني، تحت عنوان: "نظرية الاشتراك في الجريمة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي".

وجعله في ثلاثة فصول؛ حيث خصّ الأول منها للحديث عن صور الاشتراك في الجرائم في القرآن الكريم والفقهاء الجنائي الإسلامي، أما الفصل الثاني فتناول فيه المبادئ العامة للاشتراك في الجريمة في الشريعة الإسلامية، وأما الفصل الثالث فقد جعله للحديث عن الاشتراك في الجريمة في القانون الوضعي.

وما لاحظته على هذه الدراسة هو غياب المقارنة المباشرة والتفصيلية بين الشريعة والقانون في جميع المسائل التي تطرّق إليها، بل جاءت عامة ممّا جعل عمله يغلب عليه الطابع المسحي والتعميم، أكثر من كونه دراسة مقارنة في الجزئيات.

5- بحثٌ قيّم للدكتور غيث محمود الفاخري بعنوان: "الاشتراك الجنائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي".

وقد جعله في فصل تمهيدي تناول فيه بعض المفاهيم الأساسية كتعريف الجريمة والجنائية والعلاقة بينهما وتقسيمات الجريمة، وأربعة أبواب رئيسية وخاتمة، وتناول الموضوع بطريقة تتميز بالعمق والتفصيل في مختلف المسائل والقضايا التي بحثها، كما اعتمد في المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي على المذاهب الأربعة ومذهب الظاهرية وكذا مذهب الشيعة الإمامية والزيدية، أما الجانب القانوني فقد ركز فيه كثيرا على القانون الليبي والقانون المصري، وقليلًا بالنسبة لباقي القوانين دون القانون الجزائري الذي لم أجد له أيّ إشارة لا من قريب ولا من بعيد.

وجاءت هذه الأطروحة لتعالج موضوع الاشتراك في الجريمة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري تحديداً؛ لأنّ معظم الدراسات المقارنة التي تيسّر لي الاطلاع عليها، ليس فيها إشارة لموقف القانون الجزائري في الموضوع كما سبق، رغم النصوص والمواد القانونية التي أوردها المشرع الجزائري في ذلك، ومنه ارتأيت أن يكون العنوان كالاتي: "الاشتراك في الجريمة وأثره في المسؤولية الجنائية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري" - دراسة مقارنة - كدراسة جديدة تضاف إلى قائمة البحوث والدراسات العلمية الأكاديمية.

المنهج المتبع:

اعتمدت في إعداد هذا البحث على **المنهج الوصفي** بطريقته العلمية القائمة على الاستقراء والتحليل لتحقيق أهداف الدراسة والإجابة عن إشكالياتها المطروحة، ويتجسد ذلك في تحديد المفاهيم واستقراء أقوال فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية أحياناً، وأدلة كل فريق في مسائل وجزئيات البحث ونقد وتحليل هذه الأدلة من خلال أمهات الكتب، بالإضافة إلى الكتب العامة التي تناولت الموضوع ثم بيان موقف القانون الجزائري منها، بالرجوع إلى النصوص الواردة في قانون العقوبات، وباللجوء أحياناً إلى اجتهادات المحكمة العليا، وكذا أحكام قضاء محكمة النقض المصرية في بعض الأحيان الأخرى.

واعتمدت على **المنهج المقارن**؛ لأنّ الدراسة في جوهرها دراسة مقارنة وقد جعلتها بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري كما يوضّحه العنوان.

وكنت أسارع في كثير من المسائل إلى إجراء المقارنة والموازنة بينهما لمعرفة كيفية معالجتهما لموضوع الاشتراك، وإبراز أوجه الاتفاق والاختلاف، واختيار الراجح منهما وذكر مبررات الترجيح، لقناعتي الشخصية بأنّ الهدف من كتابة الرسائل الجامعية هو التعلّم والتدريب على إعداد البحوث العلمية، وأنها بمثابة الخطوة الأولى التي تُظهر من خلالها شخصية الباحث.

كما حرصتُ على جعل المقارنة تفصيلية في كثير من جزئيات الموضوع بعد توجيه من الأستاذ المشرف، في المسائل التي أمكنني المقارنة بينها لتكون فائدتها العلمية أكثر دقة ووضوحاً.

حدود الدراسة:

جعلت دراستي لموضوع الاشتراك منحصرة في الجرائم المتعلقة بمسائل القصاص والحدود، في الفقه الجنائي الإسلامي وما عليه الحال في القانون الجزائري؛ لأنّ عقوباتها جاءت ثابتةً ومقدّرة لا تقبل الزيادة أو النقصان، دون جرائم التعازير التي تبقى عقوباتها غير مقدّرة وتخضع لتقدير القاضي أو الإمام، حسب ما يراه ملائماً للجاني ومحققاً للمصلحة.

خطة البحث:

بناءً على ما سبق وإجابةً عن الإشكالية السابقة والتساؤلات التي يطرحها موضوع الاشتراك في الجريمة، وتحقيقاً لمقارنة ناجحة بين جانبي هذه الدراسة المختلفين بما يشتمل

عليه كل منهما من مذاهب وآراءٍ فقهية متنوعة، وللإحاطة بموضوعات هذا البحث وجزئياته فقد اعتمدت على خطة تتألف من مقدمة وأربعة فصول أساسية وخاتمة، ويشتمل كل فصل على مباحثٍ وكل مبحثٍ على مطالبٍ وكل مطلبٍ على فروعٍ وهكذا، حسب الحاجة العلمية والضرورة المنهجية.

أما المقدمة فقد تناولت فيها عناصرَ تتمثل في توطئة للموضوع انتهت بطرح إشكالية البحث، ثم أهمية الموضوع، وأسباب ودوافع اختياره، ثم أهدافه وصعوباته وصولاً إلى المنهج المتبع ثم الخطة، أما الفصول فقد جاءت على النحو الآتي:

تناولت في **الفصل التمهيدي** ماهية الاشتراك في الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري وقسمته إلى ثلاثة مباحث؛ درست في المبحث الأول مفهوم الجريمة، وجعلته في أربعة مطالب، والمبحث الثاني لمفهوم الاشتراك وكان في أربعة مطالب أيضاً، أما المبحث الثالث فخصصته لحدود الاشتراك الجرمي وفيه خمسة مطالب.

والفصل الأول جعلته لنظرية السببية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، وقسمته بدوره إلى ثلاثة مباحث؛ تناولت في المبحث الأول مفهوم علاقة السببية وأهميتها القانونية وإشكالياتها، ثم علاقة السببية بنشاط الشريك والجريمة المرتكبة وفيه ثلاثة مطالب، أما المبحث الثاني فكان لنظرية السببية في الفقه الجنائي الإسلامي وتناولت فيه تعريف المباشرة والسبب والشرط والتمييز بينها، ثم لأحكامها وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية، وفيه ثلاثة مطالب أيضاً، وأما المبحث الثالث فجعلته لنظرية السببية في القانون الوضعي وموقف الفقه الجنائي الإسلامي منها.

وقد بينت فيه أهم النظريات الفقهية التي قيلت في السببية، ثم أشرت لموقف الفقه الجنائي الإسلامي منها، وأخيراً عقدت موازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي بخصوصها، مبرزاً أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بينهما وكان في ثلاثة مطالب.

أما **الفصل الثاني** فقد عنونته بالاشتراك المباشر في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري وقسمته إلى ثلاثة مباحث؛ الأول لمفهوم الاشتراك المباشر في الجريمة وفيه ثلاثة مطالب، والمبحث الثاني تناولت فيه صور الاشتراك المباشر وفيه مطلبان أيضاً، بينما خصصت المبحث الثالث للحديث عن عقوبة الاشتراك المباشر وأثر الظروف على مسؤولية وعقوبة الشركاء المباشرين وفيه مطلبان.

وركزت في الفصل الثالث الحديث عن النوع الثاني وهو الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري وقسمته إلى ثلاثة مباحث؛ الأول لمفهوم الاشتراك بالتسبب، وفيه ثلاثة مطالب، أما الثاني فخصصته لصور الاشتراك بالتسبب وفيه ثلاثة مطالب، والمبحث الثالث تناولت فيه عقوبة الاشتراك بالتسبب وأثر الظروف على مسؤولية وعقوبة الشركاء بالتسبب، وفيه مطلبان، وخاتمة ضمننها جملةً من النتائج وبعض المقترحات أو التوصيات التي عرضت لفكري أثناء دراستي لهذا الموضوع، والتي أدعو إلى الأخذ بها.

في الأخير أحمد الله عزّ وجلّ وأشكره على توفيقه لإتمام هذا العمل وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يتجاوز عما بدر من خطأ أو نقصٍ، وأن يجازينا بالصواب إحساناً وبالخطأ تجاوزاً وغفراناً، إنه نعم المولى ونعم النصير.

الرموز المستخدمة ومعانيها

- (ق. ا. ج. ج): قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري.
(ق. ع. ج): قانون العقوبات الجزائري.
(ق. ع. م): قانون العقوبات المصري.
(ق. ع): قانون العقوبات.
(ج. ر): الجريدة الرسمية الجزائرية.
(د. ط): دون طبعة.
(د. ت): دون تاريخ.
(د. ط، د. ت): دون طبعة ودون تاريخ.
(م. ع. س): المملكة العربية السعودية.
(م. س): مصدر أو مرجع سابق.
(م. ن): المصدر أو المرجع نفسه.
(ن. م. و. ص): نفس المصدر أو المرجع والصفحة.
(ف): الفقرة.
(ج): الجزء.
(ص): الصفحة.

الفصل النمطي

ماهية الاشتراك في الجريمة في الفقه

الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول: مفهوم الجريمة

المبحث الثاني: مفهوم الاشتراك

المبحث الثالث: حدود الاشتراك الجرمي

تمهيد:

عنوان البحث في هذا الفصل يتصدى لبحث معاني المفردات الأساسية فيه، وهذا العنوان باعتباره مركبا إضافيا يتألف من مصطلحين رئيسيين هما الاشتراك والجريمة، فإنّ الوقوف على معنى هذا المفهوم يتطلب معرفة عناصره بتفصيل جزئي المُعرّف، لذلك يقتضي العمل المنهجي التطرق أولا لمفهوم الجريمة، ثم بيان مفهوم الاشتراك، ليتسنى بعد ذلك إمكانية إيجاد تعريف يجمع بينهما، ثم تناول أركان الاشتراك في الجريمة، وأهم المذاهب الفقهية التي قيلت في بيان حدود الاشتراك الجرمي، وأخيرا التطرق للموقف الذي أخذ به الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري بخصوص هذه المذاهب، هذا ما سأحاول الكشف عنه من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول

مفهوم الجريمة

المطلب الأول: تعريف الجريمة

المطلب الثاني: التمييز بين الجريمة والجناية

المطلب الثالث: أركان الجريمة

المطلب الرابع: المراحل التي يمر بها ارتكاب الجريمة

تمهيد:

الجريمة ظاهرة اجتماعية دأبت الجماعة البشرية على مكافحتها والنضال ضدها منذ وجدت، وقد أخذت الدول على عاتقها بعد نشأتها القيام بهذه المهمة، فسنتت لذلك القوانين مبينة فيها الجرائم ومحددة الإجراءات والتدابير والعقوبات اللازمة لمواجهتها والحد منها.

وإذ أبحث مفهوم الجريمة في هذا الفصل فإنني لن أتناول أحكامها العامة ولا أركانها وأنواعها بصورة مفصلة ومباشرة؛ لأن ذلك مما يخرج عن مجال البحث، وإنما أشير إلى ذلك عرضاً من باب موضوع الاشتراك في الجريمة.

وسوف أقتصر على تعريف الجريمة باعتبارها أحد جزئي المعرف في مطلب أول، ثم أحاول في المطلب الثاني التمييز بين الجريمة والجنائية باعتبارها أحد المصطلحات القريبة والمتداخلة كثيراً مع مصطلح الجريمة، وفي المطلب الثالث أتناول أركانها بشكل مختصر، أما المطلب الرابع أبين فيه المراحل التي يمر بها الإعداد للجريمة.

المطلب الأول: تعريف الجريمة

أتناول في هذا المطلب تعريف الجريمة لغة ثم تعريفها اصطلاحاً في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والفقه القانوني الوضعي، قصد اختيار الأنسب منها، إضافة إلى محاولة عقد موازنة لمعرفة أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما من خلال الفروع الآتية:

الفروع الأول: الجريمة لغة

يقتضي العمل المنهجي أولاً بيان أصل الاشتقاق اللغوي لمصطلح الجريمة، ليتسنى بعد ذلك معرفة مدى ارتباطه بالمعنى الاصطلاحي لها كما يلي:

فأصل كلمة جريمة من جَرَمَ، أي كَسَبَ وقَطَعَ، الجيم والراء والميم أصل واحد ترجع إليه الفروع، والجَرَم: القطع، ويقال لصرام النخل الجرام، وشجرة جريمة؛ أي مقطوعة، وجَرَم الشخص صوف شاة وأخذه؛ أي جَرَهُ، وقولهم: جَرَم، أي كَسَبَ؛ لأنّ الذي يحوزه فكأنه اقتطعه، وفلان جريمة أهله، أي كاسبهم، والجَرَم والجريمة الذنب والتعدي، وهو من الأول؛ لأنه كَسَبٌ، والكسب اقتطاع⁽¹⁾.

ومن ذلك قول الشاعر:

ولقد طعنتُ أبا عيينة طعنة جَرَمْت فزارة بعدها أن يغضبوا⁽²⁾

أي كَسَبْتهم غضبا، والمُجْرِم المذنب، والذي يبدو أنّ كلمة "جريمة" كانت تستعمل منذ القديم للدلالة على الكسب غير المستحسن أو المكروه، لذلك يصح إطلاقها على ارتكاب كل ما هو مخالف للحق والعدل والطريق السوي، واشتقّ من ذلك المعنى المصدرُ إجْرَامٌ والفعل أجْرَمَ، قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ ءَامَنُوا يَضْحَكُونَ﴾⁽³⁾.

واسم الفاعل مُجْرِم، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا يُرَدُّ بَأْسُنَا عَنِ الْقَوْمِ الْمُجْرِمِينَ﴾⁽⁴⁾، وكذلك في قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَتَرَى الْمُجْرِمِينَ يَوْمَئِذٍ مُّقْرَنِينَ فِي الْأَصْفَادِ﴾⁽⁵⁾.

(1) ابن فارس أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، (د.ط.د.ت)، ج1، ص445.
(2) البيت لأبي أسماء بن الضَّرْبِيَّة. ينظر ابن منظور، لسان العرب دار المعارف، القاهرة، طبعة منقحة، (د.ط.د.ت)، مادة (جرم)، ج1، ص606.
(3) المطففين، آية 29.
(4) يوسف، آية 110.
(5) يونس، آية 13.

وفي لسان العرب الجريمة هي: الجناية والذنب والكسب المحرم، والجارم: الجاني، والمُجرم: المذنب⁽¹⁾.

من هذا يتضح أنّ الجريمة لغة تنتهي إلى أنها فعلُ الأمر غيرُ المستحسن⁽²⁾، وهذا المعنى هو المقصود والأقرب إلى المعنى الاصطلاحي كما سيأتي.

مما سبق يمكن القول بأنّ تعبير الجريمة في اللغة يدلّ على أربعة معانٍ هي:

- 1- الكسب: فيقال: جرمَ لأهله أي كسب، وفلان جريمةُ أهله؛ أي كاسبهم⁽³⁾.
- 2- القطع: جرمه يجرّمه جرماً؛ أي قطعه، والجرم - بالفتح - القطع⁽⁴⁾.
- 3- الادعاء والالتهام: فيقال: تجرّم عليه؛ أي ادعى عليه جرماً وإن لم يفعله⁽⁵⁾.
- 4- الذنب: ومنه جرم فلان؛ أي أذنب، فهو مجرم و جريم، والجرم والجريمة الذنب⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: الجريمة اصطلاحاً

أولاً: تعريف الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي

اهتم فقهاء الشريعة قديماً بدراسة الجريمة وقدّموا لها عدة تعريفات، لذلك كان لزاماً الرجوع إليها قصد تحرير معنى الجريمة، حتى تتميّز عن غيرها من التعبيرات العربية المشابهة وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عدّة تعريفات للجريمة منها:

عرّفها الماوردي: "محظورات شرعية زجر الله عنها بحدّ أو تعزير، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية، ولها عند ثبوتها حال استفاء توجبه الأحكام الشرعية"⁽⁷⁾.

وعرّفها من المعاصرين عبد القادر عودة بعد شرحه تعريف الماوردي بقوله: "هي إتيان فعل محرّم معاقب على فعله، أو تركُ فعل محرّم الترك معاقب على تركه، أو هي فعلٌ أو تركٌ نصّت الشريعة الإسلامية على تحريمه والعقاب عليه"⁽⁸⁾.

(1) ابن منظور، م.س، ج1، ص604، 605.
(2) أبو زهرة محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 1998م، ج1، ص19.
(3) ابن منظور، م.س، ج1، ص605.
(4) م.ن، ص604.
(5) م.ن، ص604، 605.
(6) ابن فارس، م.س، ج1، ص446. ابن منظور، م.س، ج1، ص605.
(7) الماوردي أبو الحسن علي بن حبيب، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: د. أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1409هـ، 1989م، ص285.
(8) عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الكاتب العربي، بيروت، (د.ط، د.ت)، ج1، ص66.

يُفهم من التعريفين السابقين للجريمة ما يلي:

أ- المحظورات تعني القيام بأفعال منهي عنها معاقب على إتيانها، أو ترك أفعال مأمور بها معاقب على تركها؛ لأن الله وَعَبَّ قَرَّرَ عقاباً لكل من يخالف أوامر ونواهيه، وهذا العقاب إما أن يكون دنيوياً ينفذه ولاة الأمور، وإما أن يكون تكليفاً دينياً كالكفارة والدية المقررة لجبر المعاصي التي يرتكبها المرء بحق الله، أو يكون عقاباً أخروبياً يتولى تنفيذه الحاكم الديان.

ب- إن الفعل أو الترك لا يشكّلان جريمة في حكم المشرع إلا إذا تقررت عليهما عقوبة منصوص عليها، وهي المعبر عنها بالحدّ الذي يشمل القصاص والدية والكفارة، أو غير منصوص عليها وهي المعبر عنها بالتعزير؛ بمعنى الجزاء الذي يترتب عن غيابه انعدام الجريمة أو انتفاءها⁽¹⁾، وهذا الجزاء هو الذي يُضفي على الفعل صفة الجريمة، فلا يصدق هذا الوصف على الأفعال المباحة بحكم النص أو بحكم الأصل.

ج- الحدّ عقوبة مقدّرة بنصّ الشرع دون زيادة أو نقصان، وجاءت مقرّرة لجرائم محددة على سبيل الحصر⁽²⁾، لا يُقبل فيها التبدّلُ بغيرها ولا وقْفُ التنفيذ لأيّ سببٍ من الأسباب متى بلغت الإمام؛ لأنها من حقوق الله المحضة التي قدرها الشارع في مواضعها المنصوص عليها بالكتاب والسنة، ويطلق عليها في اصطلاح القانون تعبير "الحقوق العامة".

د- القصاص والدية هي العقوبات المقررة لجرائم فيها اعتداءً على النفس، ويطلق عليها بعض الفقهاء "الجنايات"، فهي بذلك تشمل الجرائم الواقعة على النفس كالقتل والجرح والضرب، وما دون النفس كإتلاف عضو من أعضاء الإنسان أو جرحه أو إذهاب منفعته.

هـ- التعزير هو العقوبة المقررة لجرائم لم تُحدّد عقوباتها بنص من الكتاب أو السنة، وإنما تُترك لسلطة ولي الأمر أو القاضي الذي يتولى تقديرها على ضوء المصلحة وحجم الجريمة وصفة المجرم، ووفق ضوابط وشروطٍ محدّدة لدفع الفساد في الأرض ومنع الشر، وقد سُمي تعزيراً؛ لأنّ به تقوية الجماعة وحفظها، ثم إنّ الفعل عزّر معناه قوّى⁽³⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص66.

(2) جرائم الحدود التي وردت على سبيل الحصر في الكتاب والسنة خمسة هي: الزنى، القذف، السرقة، الحرابة، شرب الخمر، والحدود الأربعة الأولى جاءت في القرآن. أما حدّ شرب الخمر فجاءت به السنة. ينظر الزرقا أحمد مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ، 2004م، ج2، ص673.

(3) أبو زهرة، م.س، ج1، ص20. وينظر د. الزلمي مصطفى إبراهيم، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون، دار نشر إحصان للنشر والتوزيع، إيران، طهران، ط1، 1435هـ، 2014م، ص118.

من ذلك قوله **عَلَيْكُمْ** ﴿١٢﴾ **وَلَقَدْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَبَعَثْنَا مِنْهُمُ اثْنَيْ عَشَرَ نَقِيبًا وَقَالَ اللَّهُ إِنِّي مَعَكُمْ لَئِنْ أَقَمْتُمُ الصَّلَاةَ وَآتَيْتُمُ الزَّكَاةَ وَآمَنْتُمْ بِرُسُلِي وَعَزَّرْتُمُوهُمْ وَأَقْرَضْتُمُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا لَأُكَفِّرَنَّ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ** ﴿١٢﴾ (1)،

ومن الفروق اللطيفة بين الحد والتعزير ذلك الذي ذكره الإمام القرافي في فروقه بقوله: "إنّ التعزير يسقط بالتوبة ما علمت في ذلك خلافاً، والحدود لا تسقط بالتوبة على الصحيح" (2).

ويجعل فريق من الفقهاء الحدّ خاصاً بالعقوبات المقدّرة حقاً لله تعالى فحسب؛ أي ما كان فيه اعتداءً على حق من حقوق المجتمع بالمفهوم القانوني، أو اعتداء على النظام الاجتماعي بالتعبير المعاصر (3)، الذي يمتدّ ضرره ليشمل الأمة كافة كالزنا والسرقة والقتل، وهم بذلك يُخرجون عقوبات القصاص؛ لأنها وإن كانت عقوبة مقدّرة إلا أنها تجب حقا للأفراد تغليباً وإن كان الله فيها حق، لذلك جاز فيها العفو والصلح، وكذلك التعازير على أساس أنها عقوباتٍ غير مقدّرة فلا يسمونها حدوداً (4).

وهذا المعنى هو المشهور والمتداول على ألسنة الفقهاء فلا يدرجون ضمن جريمة الحدّ القصاص؛ إذ لا يُعدّ هذا الأخير من الحدّ عندهم، بينما البعض الآخر لا يقيّد مصطلح الحدّ بنوع معيّن لا يقول به، وإنما يطلقون الحدّ على كل عقوبة مقدّرة، ويشملون به القصاص والدية؛ لأنها عقوباتٌ مقدّرة حدّدها الشرع في الكتاب والسنة (5)، كما فعل ابن الهمام من فقهاء الحنفية لما عرّف الحدّ بقوله: "العقوبة المقدّرة حقاً لله" (6).

(1) المائدة، آية 12.

(2) القرافي أحمد بن إدريس الصنهاجي، الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1998م، ج4، ص322. وينظر د. بهنسي أحمد فتحي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي،

دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق، القاهرة، ط5، 1406هـ، 1986م، ص65.

(3) أبو زهرة محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الجنائي الإسلامي، العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط، د.ت)، ج2، ص76.

(4) محمد شلال حبيب العاني، التشريع الجنائي الإسلامي، دراسة تأصيلية مقارنة بأحكام القانون الوضعي ونظرياته الفقهية المعاصرة، دار المكتبة الوطنية، اليرموك- إربد- الأردن، (د.ط)، 1416هـ، 1996م، ص4، وما بعدها.

(5) د. الكبيسي سامي جميل فياض، الاشتراك في الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ، 2006م، ص19.

(6) ابن الهمام الحنفي كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ، 2003م، ج5، ص197. وينظر أبو زهرة، م.س، ص45.

وهذا المبدأ يطلق عليه قانوننا "مبدأ الشرعية الجزائية"، ويعدّ من أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون العقوبات في مختلف تشريعات العالم، ومن الضمانات التي تحقق محاكمة عادلة؛ أي: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"⁽¹⁾.

ثانيا: الجريمة عند علماء الإجرام^(*)

ينطلق علماء الإجرام في نظرتهم إلى الجريمة باعتبارها حقيقة واقعية، وهي عندهم: "إشباع لغريزة إنسانية بطريق شاذّ لا يسلكه الرجل المعتاد حين يريد إشباع الغريزة نفسها"⁽²⁾.

ويشخصون هذه الغريزة في ثلاثة أنواع لا تخرج عنها؛ وهي: غريزة القتال من أجل البقاء والدفاع، وغريزة الاقتناء، والغرائز الجنسية، ويقرّرون بأنّ جميع الأفعال الإجرامية التي تُرتكب لا بدّ أن يكون وراءها واحد من هذه الدوافع أو أكثر؛ لأنّ النوع الأول يؤدي إلى ارتكاب جرائم القتل والاعتداء بصفة عامة، أما النوع الثاني فيؤدي إلى ارتكاب جرائم السرقات والاعتداء على الأموال، وأما النوع الثالث فيؤدي إلى جرائم الشرف والأخلاق.

وهذه الغرائز إذا كانت ضرورية ولا بدّ من إشباعها، فالواجب اتباع الطرق المعلومة التي لا يترتب عنها إلحاق الضرر والأذى بالآخرين، وبمفهوم المخالفة فإنّ السعي لإشباعها بخلاف ذلك مما ليس بمألوف ولا معلوم، يشكّل سلوكا إجراميا يعدّ مرتكبه مجرما معتديا.

والملاحظ على هذا المفهوم هو غياب الدقة، والتوسع الكبير في الأخذ به قد يؤدي إلى إدخال سلوكات وإصباغها بالصبغة الإجرامية دون وجه حق.

ثالثا: الجريمة عند فقهاء القانون

يحرص رجال الفقه الجنائي على جعل تعريف الجريمة من أولويات ما تحويه مؤلفاتهم الفقهية، ليكون أداة تمييز لها عمّا ينتشابه معها أو يختلط بها من معاني أخرى، ونظرا

(1) قال عبد القادر عودة: "وُجدت هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا، حيث جاءت بها نصوص القرآن كما بيّنّا وبهذا تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التي لم تعرف هذه القاعدة إلا في أعقاب القرن الثامن عشر الميلادي، حيث أدخلت في التشريع الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية، وقررت لأول مرة في إعلان حقوق الإنسان سنة 1789 ثم انتقلت من التشريع الفرنسي إلى غيره من التشريعات الوضعية"، عودة، م.س، ج1، ص118.

(*) علم الإجرام: (criminology) أو علم الجريمة؛ هو ذلك العلم الذي يعنى بالبحث في عوامل الظاهرة الإجرامية بصفتها ظاهرة اجتماعية واقعية واحتمالية في حياة الفرد، وحتمية في حياة المجتمع، بهدف تقصي أسبابها ودوافعها، للقضاء على الإجرام ومنعه من المجتمع إن أمكن أو التخفيف من حدّته. ينظر إسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، الجزائر، ط2، 1991م، ص9، 117. وينظر د.عدنان الدوري، أصول علم الإجرام، الكتاب الأول، أسباب الجريمة وطبيعة السلوك الإجرامي، منشورات ذات السلاسل، الكويت، ط3، 1984م، ص9.

(2) د. منصور رحماتي، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، (د.ط)، 2006م، ص81.

لاختلاف أساليب رجال الفقه بالبحث ونظرة كل منهم للجريمة فقد جاءت تعريفاتهم مختلفة في الشكل بعض الشيء، ولو أمعنا النظر فيها لوجدناها تركز على إظهار مضمون الجريمة وأركانها، من خلال النصوص القانونية.

وإذا كان من المسلم به أنّ هذه التعريفات كثيرة ومتنوعة لا يمكن حصرها، فلن أخوض كثيرا في استظهارها لضيق المقام من جهة، ولقناعتني بأنها رغم تباينها واختلافها في الظاهر فهي في النهاية ترتدّ إلى نصوص القانون وتحتكم إليه، وتكاد تتفق في المضمون والمعنى.

لذا سأكتفي ببعض التعريفات التي تتصف بالوضوح وتتضمن إبراز أهم عناصرها منها:
1- عرّفها (bouzat) وهو أحد الكتاب الغربيين استنادا إلى المفهوم المادي لها بأنها: "الفعل أو الامتناع عن الفعل الذي يعتدي على النظام والسلام والطمأنينة الاجتماعية، والذي من أجل ذلك يستوجب العقوبة"⁽¹⁾.

2- الجريمة: "هي كل فعل أو امتناع عن فعل يستدعي المؤاخذة والعقاب"⁽²⁾.

3- عرّفها عبد القادر القهوجي: "سلوك إرادي يحضره القانون ويقرر لفاعله جزاء جنائيا"⁽³⁾.

4- وعرّفها عبد الفتاح خضر بقوله: "كل سلوك إنساني غير مشروع، إيجابا كان أم سلبا، عمديا كان أم غير عمدي، يترتب له القانون جزاءً جنائيا"⁽⁴⁾.

مما سبق يتضح أنّ تعريف الجريمة لدى فقهاء القانون يتضمن أمورا هي:

- الجريمة سلوك إرادي غير مشروع؛ لأنّ فيه اعتداءً على الحقوق والمصالح المقررة للأفراد والجماعات، وتجنّس في فعل ما نهى عنه القانون، أو ترك ما أمر به.

- وجود النص القانوني الذي يترتب على الفعل أو الامتناع عنه جزاءً مقدرا من العقوبة.

وحتى تترتب عن الجريمة آثارها الجزائية يجب أن تكون هناك قاعدة قانونية تحضرها، وتقرّر جزاءً جنائيا على مرتكبها، مع توافر أركانها التي تتفق مع النموذج القانوني المقرر لها كما رسمته تلك القاعدة⁽⁵⁾.

(1) أ. د. علي حسين الخلف، أ. د. سلطان عبد القادر الشاوي، م. س، ص 131.

(2) الكبيسي، م. س، ص 20.

(3) د. القهوجي علي عبد القادر، شرح قانون العقوبات، القسم العام- نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2008م، ص 44.

(4) د. عبد الفتاح خضر، الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الجنائي الإسلامي، إدارة البحوث، المملكة العربية السعودية، (د. ط)، 1405 هـ، 1985م، ص 12.

(5) د. القهوجي، م. س، ص 44.

وهذه الأمور أجدّها متضمنةً في أحد قرارات المحكمة العليا الجزائرية والتي بيّنت معنى الجريمة منها: "إنّ كلمة جريمة تطلق على كل فعل أو امتناع عن فعل يعاقب عليه القانون سواء كان هذا الفعل أو الامتناع يكون مخالفةً أو جنحةً أو جنايةً"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

أولاً: أوجه الاتفاق

يتضح مما سبق أنّ تعريف الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي يتفق كثيراً ويتشابه مع التعريف القانوني؛ لأنّ الجريمة في القانون هي الفعل أو الترك الذي يستدعي المؤاخذه والعقاب بنصّ القانون، ويقتضي ذلك أنّ الفعل لا يعدّ جريمة إلا إذا كان ثمة نصّ يعاقب عليه، ولا عقاب من غير نصّ " لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون".

ثانياً: أوجه الاختلاف

إنّ التعريف الشرعي للجريمة الذي ذكرته آنفاً للماوردي قد يفترق في ظاهره عن التعريف القانوني بخصوص جرائم التعازير، فهذه الأخيرة عقوباتها غير مقدرة ولا منصوص عليها بالكتاب والسنة، لكن عند التدقيق والتمعن أكثر يظهر بأنّ التعريفين يلتقيان في الجملة؛ لأنّ العقوبات التعزيرية كلها تنتهي إلى منع الفساد والضرر، وكل ذلك له أصل في الشريعة الإسلامية، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾⁽²⁾. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾⁽³⁾، وقوله ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار"⁽⁴⁾.

ويمكن القول بأنّ أغلب العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات هي من قبيل التعازير كما في الفقه الجنائي الإسلامي؛ لأنها وإن كانت في نصوص ثابتة، إلا أنّ المشرّع جعل لها حدّين أعلى وأدنى والقاضي يختار بينهما العقوبة المناسبة حسب ما يراه مناسباً وملائماً للجاني، وطبقاً لقناعته وسلطته التقديرية في ذلك.

(1) قرار رقم 43-835 صادر يوم 24 جوان 1986 عن الغرفة الجنائية الأولى في الطعن، ينظر د. جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2002م، ج1، ص257.

(2) الأعراف، آية 56.

(3) الشعراء، آية 183.

(4) الحديث حسن، رواه الدارقطني والبيهقي والحاكم مسندا عن أبي سعيد الخدري، ينظر ابن رجب زين الدين عبد الرحمن ابن شهاب البغدادي، جامع العلوم والحكم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1419 هـ، 1999م، حديث رقم 32، ج2، ص207. ورواه مالك في الموطأ مرسلًا عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ، ينظر مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، 1406 هـ، 1985م، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم 31، ج2، ص745.

المطلب الثاني: التمييز بين الجريمة والجناية

كثيرا ما يعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن الجريمة بلفظ الجناية فهل هذا يعني أنهما مترادفان يحملان نفس الدلالة والمعنى أم أنهما يختلفان؟ ثم ما معنى الجناية عند فقهاء القانون الوضعي؟ هذا ما سأحاول الإجابة عنه من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: الجناية لغة

الجيم والنون والياء أصل واحد، وهو أخذُ الثمرة من شجرها، تقول جنيتُ الثمرة أجنيتها، وثمرٌ جنِيٌّ؛ أي أخذ لوقته⁽¹⁾.

والجناية هي كل ما يوجب على الإنسان العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة، وفي الحديث: "لا يجني جان إلا على نفسه"، والمعنى: إذا جنى أحدهم جناية لا يطالب بها غيره، لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾⁽²⁾. وجنى فلان على نفسه إذا جرّ جريرةً، وتجنّى فلان على فلان ذنبًا؛ إذا تقوله عليه وهو بريء، والجناية: الذنب والجُرم⁽³⁾.

يتضح أنّ الجناية كمصدر تُستعمل للدلالة على اكتساب ما هو محظور، وإن كان فعله الثلاثي يمكن استعماله في غير ذلك، نحو اجتنى الثمرة؛ أي جناها، واجتنى القوم ماءً المطر؛ أي وردوه وسقوه ركبهم⁽⁴⁾. ومن المعاني السابقة يمكن القول بأنّ المعنى المقصود للجناية والأقرب إلى موضوع البحث هو الذنب والجرم.

الفرع الثاني: الجناية اصطلاحاً

أتناول في هذا الفرع تعريف الجناية عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم تعريفها لدى فقهاء القانون الوضعي، ثم معناها في القانون الجزائري.

أولاً: الجناية في الفقه الإسلامي:

الجناية في الفقه الإسلامي لها معنيان عام وخاص⁽⁵⁾.

(1) ابن فارس، م.س، ج1، ص482.

(2) فاطر، آية 18.

(3) ابن منظور، م.س، ج1، ص707.

(4) م.ن، ص708.

(5) د. الزحيلي وهبة، الفقه الجنائي الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405 هـ، 1985م، ج6، ص215.

أ- المعنى العام: يطلق على كل فعل محرّم شرعاً، سواء وقع على نفس أو مال أو غيرهما، وهذا المعنى هو الذي قصدته الجرجاني بقوله: "الجنائية هو كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها"⁽¹⁾.

وهذا المعنى هو الذي أشار إليه أيضاً ابن رشد القرطبي لما ذكر أنّ الجنائية التي لها حدود مشروعة أربعة أنواع: جنائيات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلًا وجرحاً، وجنائيات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحاً، وجنائيات على الأموال وتشمل السرقة والحراية والبعي، وجنائيات على الأعراض وهو المسمى قذفاً⁽²⁾.

ب- المعنى الخاص:

وهو المتعارف عليه لدى غالبية الفقهاء من أنّ الجنائية تطلق على الاعتداء الواقع على نفس الإنسان أو أطرافه خاصة، وهو القتل والجرح والضرب، وبيحتها الفقهاء تحت عناوين وأبوابٍ مختلفة، فالحنفية تحت عنوان: "كتاب الجنائيات"، والمالكية بعنوان: "باب الدماء" وذلك بالنظر إلى ما تؤول إليه نتيجة الجريمة في الغالب، وأما الشافعية والحنابلة فضمن: "كتاب الجراح"⁽³⁾، لكنهم انتقدوا بأنّ تبويب: "الجنائيات" هو الأولى، لشموله الجنائية بالجرح وغيره كالقتل بالمتقل والعصا والحجر والسحر وبالمسموم من طعام أو شراب.

قال صاحب شرح الهداية: "الجنائية عند الفقهاء فعلٌ حلّ في النفس أو الطرف"⁽⁴⁾. ونقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية قوله: "الجنائية على النفس يُسمى قتلًا، وفيما دون النفس قطعاً وجرحاً"⁽⁵⁾.

قال ابن قدامة: "الجنائية كل فعل عدوان على نفس أو مال، لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان، وسموا الجنائيات على الأموال غصباً، ونهباً، وسرقة، وخيانة، وإتلافاً"⁽⁶⁾.

(1) وهبة الزحيلي، م.س، ج6، ص215. وينظر الجرجاني علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، القاهرة، (د.ط، د.ت)، باب الجيم، ص71.

(2) ابن رشد القرطبي محمد بن أحمد الشهير بالحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد بيومي، دار الغد الجديد، القاهرة، المنصورة، ط4، 1433هـ، 2012م، المجلد الثاني، ج4، ص206.

(3) ابن قدامة المقدسي موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، و د. عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، (م.ع.س)، ط3، 1417هـ، 1997م، ج11، ص443.

(4) العيني أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، 1411هـ، 1990م، ج12، ص83.

(5) ن.م.و.ص.

(6) ابن قدامة، م.س، ج11، ص443.

فإذا أخذ بالمعنى الأول جاز القول بأن لفظ الجناية عند الفقهاء يستخدم كمرادف للجريمة، أما إذا أخذنا بالمعنى الثاني؛ أي برأي من قصر الجناية على ما يقع من الأفعال على النفس والأطراف خاصة، يكون معنى الجريمة هو الأشمل والأعم من معنى الجناية⁽¹⁾.

وتُقسّم الجناية الواقعة على الإنسان في الفقه الجنائي الإسلامي وفقاً لخطورتها إلى ثلاثة أقسام: جناية تقع على النفس وهي القتل، وجناية تقع على ما دون النفس وهي الضرب والجرح، وجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه وهي الجناية على الجنين، أو الإجهاض في اصطلاح القانونيين، وسمّيت كذلك؛ لأنّ الجنين يعدّ جزءاً من أمه غير مستقلّ عنها في الواقع، ومن جهة ثانية يعدّ نفساً مستقلة بالنظر للمستقبل؛ لأنّ له حياة خاصة وهو يتهيأ للانفصال عنها فيما بعد ويصبح له كيان ووجود مستقل بذاته⁽²⁾.

ثانياً: الجناية لدى فقهاء القانون

جاءت جلّ التعريفات القانونية للجناية مركزة على العقوبة المقررة لها، فالجناية في القانون هي ذلك النوع من الجرائم الذي يدلّ على خطورة إجرامية كبيرة لدى مرتكبها، ويعاقب عليها القانون بأشدّ وأقسى العقوبات التي قد تصل إلى حدّ الإعدام والسجن المؤبد.

وقد عرّفها محمد عوض أثناء حديثه عن تقسيمات المشرع للجريمة بقوله: "فأما الجنايات فهي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة"⁽³⁾.

ويلحظ من هذا التعريف للجناية أنه ليس تعريفاً محدّداً لها في ذاته، وإنما هو تعريف في ضوء العقوبة المقررة لها، وحتى أستطيع تحديدها ما إذا كانت الجريمة جنائيةً أو جنحةً أو مخالفة، يجب النظر إلى نوع العقوبة المقررة لها وعلى هذا الأساس يتمّ التحديد.

(1) عودة، م.س، ج1، ص67. وينظر الكبيسي، م.س، ص21.
(2) د. وهبة الزحيلي، م.س، ج6، ص216. وينظر الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1409هـ، 1989م، ج16، ص60، 61.
(3) د.عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (د.ط) 2000م، ص31.

ثالثا: الجناية في القانون الجزائري

قسّم المشرع الجزائري الجرائم بحسب جسامتها وخطورتها وليس إلى جسامّة العقوبة، إلى جنایات وجنح ومخالفات^(*)، وفقا لنص المادة 27 من ق.ع.ج بقولها: "تقسّم الجرائم حسب خطورتها إلى جنایات وجنح ومخالفات، وتطبق عليها العقوبات المقررة للجنایات والجنح والمخالفات".

فالجنايات هي تلك الجرائم الخطيرة التي رصد لها المشرع عقوباتٍ مشدّدة نصّت عليها المادة 5 (المعدلة)⁽¹⁾ من قانون العقوبات، في حين خفّف العقاب في مواد الجنح والمخالفات؛ لأنها أقلّ خطورة وضررا منها ونصّ المادة كالاتي:

أ- العقوبات الأصلية في مادة الجنایات هي:

- 1- الإعدام.
- 2- السجن المؤبد.
- 3- السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس (5) سنوات وعشرين (20) سنة، ما عدا في الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى قصوى.

والملاحظ في الفقرة الثالثة أنّ المشرع استعمل للعقوبة تعبير الحدّ دون أن يقصد ذات المعنى للحدّ في اصطلاح الفقه الجنائي الإسلامي.

ب- العقوبات الأصلية في مادة الجنح هي:

- 1- الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى 05 سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى.
- 2- الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج.

(*) ينسب بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة والقانون تقسيم الجرائم بالنظر إلى جسامّة العقوبة وهذا خطأ، والحق أن ينسب إلى جسامّة الجريمة كما فعل المشرع الجزائري؛ لأنّ نوع العقوبة مرتبط بجسامّة الجريمة وتابع لها لا العكس وبعد وقوعها، ثم إنّ هذه التسمية لم ترد في كتب أمهات الفقه الإسلامي القديمة، ولم يُنقل عن أصحابها لما قسّموا الجرائم إلى حدود وقصاص وتعازير أنّ ذلك التقسيم كان بناء على جسامّة العقوبة. ومصدر نسبة التقسيم إلى جسامّة العقوبة يعود إلى القانون الوضعي، وأحسب أنّ من سار على هذا النهج من فقهاء الشريعة أمثال عبد القادر عودة، م.س، ج1، 78، وأبي زهرة، م.س، ج1، ص42، ومن تبعهم، إنما قصدوا التأكيد على أنّ الإسلام فيه ما يجعلنا نكتفي به عما هو موجود في كتب القانون باعتبار عامل السبق ونوع المصدر، ومع ذلك فإنه يشبه القانون في هذه الجوانب، ورغم أنّ الفكرة جديرة بالإنكفاء والاهتمام إلا أنّها ليست لإثبات التشابه بينهما في كل شيء. ينظر د. أسامة على مصطفى الربابعة، (أثر جسامّة العقوبة في تقسيم الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الرابع، عدد 1، (د.ط) 1429هـ، 2008م، ص42، وما بعدها.

(1) عدلت بالقانون رقم: 14- 01 المؤرخ في 04 فبراير 2014 (الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 7، ص4).

ج- العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي:

1- الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر.

2- الغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج.

يتضح أنّ معنى الجناية في القانون يختلف عن معنى الجريمة، فالجناية أخصّ منها وبينهما عموم وخصوص، فكل جناية جريمة وليست كل جريمة جناية.

والملاحظ أنّ هذا التصنيف يُعتدّ به فقط في العقوبات الأصلية، دون التكميلية أو التبعية التي لا دخل لها في هذا التقسيم، كما يلاحظ أيضاً حصول الاتفاق بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون بخصوص تقسيم الجريمة بحسب خطورتها إلى ثلاثة أقسام، فهذا الأخير كما رأينا يقسمها إلى جنایات وجنح ومخالفات، ويمثله في الفقه الجنائي الإسلامي ذلك التقسيم للجناية(الجريمة) إلى حدود وقصاص وتعازير لنفس السبب كما أشار إليه ابن رشد القرطبي، وأنّ استعماله تعبير الجناية فهو يقصد به الجريمة؛ لأنّ الجناية لغة واصطلاحاً تعني الجريمة.

مع الإشارة إلى أنه يوجد من القوانين العربية من يعتمد التقسيم الإسلامي كقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة⁽¹⁾ وذلك في نص المادة الأولى (1) والمادة 26، حيث جاء فيهما:

تنقسم الجرائم إلى:

1- جرائم حدود.

2- جرائم قصاص ودية.

3- جرائم تعزيرية.

(1) قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 3 لسنة 1987 وفقاً لآخر التعديلات، بالقانون رقم 34 لسنة 2005، وبالقانون رقم 52 لسنة 2006. (الجريدة الرسمية عدد 182، ج 14، ص 14).

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

أولاً: أوجه الاتفاق

الجنائية في اللغة تعني الجريمة وهو ذات المعنى المقرر عند فقهاء الشريعة الإسلامية فكل جريمة هي جنائية مهما بلغت درجة جسامة الفعل أو خطورته، وبغض النظر عن نوع العقوبة المخصصة لها، إلا أنّ التفريق الذي حدث بينهما هو ما اصطلح عليه غالبية فقهاء الإسلام من قصر مدلول الجنائية على معنى أخصّ، وهو استعماله للدلالة على الاعتداءات الواقعة على النفس، كالقتل وعلى ما دون النفس وهي الأطراف كالجرح والضرب، كما أنّ الجنائية قانوناً تطلق على نوع محدد من الجرائم لها عقوبات خاصة تميزها عن غيرها.

ثانياً: أوجه الاختلاف

أما نقطة الاختلاف بينهما فهي أنّ الجنائية في اصطلاح فقهاء الشريعة تعني الجريمة، كما هي في اللغة أيّاً كانت درجة الفعل من حيث الجسامة، أما الجنائية في القانون فهي تعني الجريمة الجسيمة أو الخطيرة فقط، دون سائر الجرائم الأخرى من جنح ومخالفات والتي لها تكييف وعقوبة خاصة لكل منهما.

المطلب الثالث: أركان الجريمة

خلق الله الإنسان على فطرة سوية لا انحراف فيها، لكن الإنسان بإرادته واختياره قد ينحرف بسلوكه عن الطريق السوي، فيعتدي بذلك على حقوق الله عَلَيْهِ وحدوده أو حقوق الأمة والمجتمع بالمفهوم القانوني اليوم، أو يتعدى به على حقوق الأدميين التي جاءت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية لحفظها وحمايتها وحذرت من الاقتراب منها، فيكون بسلوكه هذا مرتكباً لجريمة يستحق عليها العقوبة المناسبة له.

ولأجل معرفة مدى كون الفعل جريمة من عدمه يتطلب الأمر بدايةً الوقوف على الأركان التي تتألف منها الجريمة بوجه عام، ومن التعريفات السابقة للجريمة يمكن استنتاج أركانها التي تتألف منها؛ ذلك أن التعريف يشتمل على اللبنة الأساسية لمعرفة أركان الجريمة، فكل جريمة لا بد أن تشتمل على أركان تتألف منها، ومتى توافرت هذه الأركان مجتمعة تحقق وقوع الجريمة واستحق بذلك فاعلها الجزاء.

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يُستنتج منه تعريف ركن الجريمة بصفة عامة، ونصّه كما يلي: "يعتبر ركناً من أركان الجريمة العنصر الذي يشترط توافره لتحقيقها..."⁽¹⁾.

وما يؤخذ عليه أنه لا يميز بين الشرط والركن رغم الفرق الواضح بينهما؛ لأن ركن الجريمة جزء من ماهيتها، وبغيابه لا يكون للجريمة وجود ولا يبقى معه مبرر للعقاب، وأركان الجريمة نوعان: أركان عامة يجب توافرها في كل الجرائم وأركان خاصة بكل جريمة على حدة، وهذه الأخيرة لن أخوض فيها؛ لأنها من اختصاص القانون الجنائي الخاص.

والذي يعنيني هو النوع الأول؛ أي الأركان العامة، هذه الأركان التي لم تتفق آراء فقهاء القانون حول عددها ولم يحصل حولها إجماع، فالأغالب لدى الفقه والراجح يجعلها ركنين: هما الركن المادي والركن المعنوي كالقانون المصري⁽²⁾، وهناك اتجاه آخر يجعلها ثلاثة أركان بإضافة الركن الشرعي كما فعل القانون اللبناني⁽³⁾.

(1) قرار صادر يوم 18 أبريل 1984، من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 36.646 - المجلة القضائية للمحكمة

العليا - العدد 2 سنة 1990. ينظر: د. جيلالي بغدادي، م.س، ج1، ص257.

(2) د. القهوجي، م.س، ص305. د. محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي العام، القسم العام، دار الكتاب الجديد، المتحدة، ط3، 1999م، ص204.

(3) د. سمير عالية، هيثم سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1431هـ، 2010م، ص197.

والاختلاف طبعا واردة بخصوص الركن الشرعي أو القانوني للجريمة، وسوف أُفرد لكل ركن منها فرعاً مستقلاً كالآتي:

الفرع الأول: الركن الشرعي للجريمة

أول ركن يقوم عليه السلوك الإجرامي بصفة عامة هو الركن الشرعي الذي يطلق عليه أيضاً الركن القانوني⁽¹⁾، وقد ثار خلاف بين الفقهاء كما سبق القول حول اعتباره ركناً من أركان الجريمة من عدمه، والأنسب اعتباره شرطاً لا ركناً فيها؛ لأنه في الحقيقة خارج عن ماهية الجريمة ولا يشكل عنصراً من عناصرها وإنما هو شرط أساسي لازم لقيامها، فالنص الشرعي أو القانوني هو الذي يخلق الجريمة أو يوجدتها ويبين عقوبتها، وبدونه لا يتصور وجود جريمة، وقد درجت بعض كتب الفقه القانوني على اعتباره أحد أركان الجريمة⁽²⁾.

والركن الشرعي للجريمة يكرس التطبيق الفعلي لمبدأ الشرعية الجزائية " لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون" ويتألف هذا الركن من عنصرين اثنين هما:

أولاً: خضوع الفعل لنص التجريم

مصدر الصفة غير المشروعة للسلوك هو نص التجريم الذي يتضمنه قانون العقوبات والقوانين المكملة له، والذي يجرم السلوك ويحدّد له عقاباً أو تدابير أمن، واشتراط خضوع الفعل لنص التجريم يعني حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية، وهذا الحصر يقوم على مبدأ أساسي هو: "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات"، مؤداه أنّ الجريمة لا ينشؤها إلا نص وأنّ العقوبة لا يقرّها إلا نص⁽³⁾.

غير أنّ وجود النص القانوني المنشئ للجريمة غير كافٍ لذاته حتى يخضع له السلوك، بل يجب أن يكون هذا النص نافذاً وقت ارتكاب الجريمة (السلوك) وسارياً في المكان الذي ارتكب فيه وعلى شخص مرتكبه⁽⁴⁾، وقد تضمنت هذا الركن المواد الثلاثة الأولى من قانون العقوبات الجزائري؛ حيث نصّت المادة الأولى: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، بينما حدّدت المادة الثانية الصلاحية الزمانية لسريان تطبيق القانون، وذلك ابتداءً من

(1) د. رامي أحمد العايدي، قانون العقوبات، أكاديمية فلسطين للعلوم الأمنية (د.ط)، 1431هـ، 2010م، ص17.

(2) د. منصور رحمانى، م.س، ص92 وما بعدها.

(3) د. حسين بني عيسى، د.خلدون قندح، علي طوالبية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار وائل، الأردن، ط1، 2002م.

(4) أ. بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، (د.ط)، 2012، ص97.

تاريخ وضعه أو دخوله حيز التنفيذ لا قبله بقولها: " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقلّ شدة "، في حين بيّنت المادة الثالثة الصلاحية المكانية أو الإقليمية لهذا القانون: " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية".

وعليه فالركن الشرعي يتطلب وجود نص قانوني يجرم الفعل، بمعنى أنّ ارتكاب فعلٍ ما يجب أن يتطابق مع النموذج التي حدّده النص في قانون العقوبات.

ثانيا: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أو تدابير الأمن

يعتبر من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها التشريعات العقابية الحديثة، ويعني حصر المشروعية الجنائية في نصوص القانون الجنائي التي تحدد الجرائم والعقوبات⁽¹⁾، وبما أنّ القانون عملُ المشرع فإنّ الاختصاص في التجريم وتحديد العقوبات ينحصر في دور المشرع دون القاضي، وينحصر اختصاص القاضي الجنائي في تطبيق العقوبة المقررة والواردة في النص القانوني وتجرير الأفعال الموجودة فيه.

وهذا المبدأ يشكّل أحد أبرز المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون العقوبات في مختلف تشريعات العالم، ويعتبر من أهم الضمانات التي تكفل المحاكمة العادلة التي تسعى الجهات القضائية بمختلف أشكالها إلى تحقيقها وتجسيدها على أرض الواقع، على أساس أنّ القانون هو المصدر الوحيد لها سواء في التجريم أو في العقاب⁽²⁾.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ فقد نصت عليه غالبية التشريعات الوضعية في قوانينها وداستيرها أذكر منها:

جاء في المادة التاسعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بعد الثورة الفرنسية سنة 1789 ما نصّه: " أنّ الأصل في الإنسان البراءة حتى تتقرّر إدانته"، ثم جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة في 10/12/1948م، إذ نصت المادة 11 ف 1 على: " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه"⁽³⁾.

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1992م، ص255.

(2) د. منصور رحمانى، م.س، ص131.

(3) فايز الإيعالي، قواعد الإجراءات الجزائية أو أصول المحاكمات الجزائية على ضوء القانون والفقه والقضاء، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 1414هـ، 1994م، ص325.

والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان حافلة بتدوين هذا المبدأ، فمن التوصيات التي خرج بها المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات المنعقد في هامبورج خلال الفترة الممتدة بين 16 إلى 22 من شهر سبتمبر سنة 1979م ما يلي:

الأصل في المتهم البراءة: إن افتراض البراءة مبدأ أساسي لدى القاضي الجنائي:

- 1- لكل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً وبمحاكمة علنية.
- 2- لا يطلب من أي شخص أن يبرهن على براءته.
- 3- يكون القرار نهائياً عند الشك في صالح المتهم⁽¹⁾.

كما عنت به أيضا الكثير من الدساتير والقوانين العربية والتي منها القانون الجزائري⁽²⁾، فقد كرس المؤسس الدستوري الجزائري هذا المبدأ بل ورفعه إلى مقام النصوص الدستورية ليتحول من مجرد مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري يستفيد من كل الضمانات التي يمنحها لمبادئه، وفي عدد من المواد منها:

المادة 29: " كل المواطنين سواسية أمام القانون...".

وكذلك المادة 45: " كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عنه " .

والمادة 46 بقولها: " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"⁽³⁾.

وينطبق هذا النص الأخير روحاً ومعنى مع المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري والتي تنص: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون"⁽⁴⁾.

(1) محمد علي السالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن، (د.ط) 1401هـ، 1981م، ص114.

(2) الدستور المصري لسنة 1971 (المادة 67). الدستور الكويتي، (المادة 1/34). الدستور السوري، (المادة 10).

وينظر عبد الحميد عمارة، ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق، دار المحمدية، الجزائر، ط1، 1998م، ص119.

(3) الدستور الجزائري المعدل بتاريخ: 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

المعدل بالقانون رقم : 03-02 المؤرخ في 10 أبريل 2002 ، الجريدة الرسمية رقم 25 ، المؤرخة في 14 أبريل

2002، والمعدل بموجب القانون رقم: 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية رقم 63،

المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

(4) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

وفي هذا المجال قضت المحكمة العليا: " يجب على قضاة الاستئناف أن يذكروا في قرارهم كافة العناصر المكونة للجريمة المسندة للمتهم طبقاً لمبدأ مشروعية العقاب المقررة بالمادة الأولى من قانون العقوبات ومقتضيات المادة 379 من ق.إ.ج.ج الجزائري"⁽¹⁾.

ولو عدنا إلى الشريعة الإسلامية واستقصينا نصوصها لوجدنا أنها قد سبقت كل التشريعات الوضعية بقرون في إقرار مبدأ الشرعية، وقد أكده القرآن الكريم في آيات كثيرة وفي مواضع متعددة كقوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾⁽²⁾، وقوله تعالى: ﴿ إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَإِنْ مِنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ ﴾⁽³⁾، وقوله ﴿ عَجَلًا ﴾⁽⁴⁾، ﴿ وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِنْ قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِنْ قَبْلِ أَنْ نُنزَلَ وَنُخْزَى ﴾⁽⁴⁾.

وغيرها من النصوص التي تدلّ بوضوح على مشيئة الحكمة الإلهية على عدم مؤاخذه الإنسان ومحاسبته بالآيات الكونية الموثقة في صفحات الوجود، وإنما يرسل إليهم الرسل مبشرين ومنذرين ومذكّرين، حتى يقيم عليهم الحجة ويكون كلّ مكلف على علم تامّ بما هو محظور عليه؛ أي لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار.

ومع ذلك ينبغي ملاحظة أنّ الفقه الجنائي الإسلامي لا يتفق مع القانون الجزائري بخصوص مبدأ الشرعية بصفة مطلقة، وإنما يظهر الاتفاق بينهما في القدر المتعلق بجرائم الحدود والقصاص فقط، أما جرائم التعازير فتقديرها والعقاب عليها متروك لاجتهاد القاضي، لذا فالاتفاق منحصر في هذا النوع من الجرائم.

وقد اتجه الفقه الحديث في إيطاليا إلى تحبيذ هذه الطريقة؛ لأنّ الواقع في المجال الجنائي أنه مجال اقتناعي بحت، تلعب فيه ظروف الجريمة دوراً أساسياً، ورأى بأنّ تحديد العقوبة ووزنها بمعرفة الشارع، وفرض هذا الميزان على القاضي وحرمانه من إعمال سلطته التقديرية لا يتفق مع الأصول الجنائية وهذا حقٌّ بلا شك.

والى جانب هذه النصوص يوجد العديد من القواعد التي يُستدل بها على تطبيق هذا المبدأ بما يراعي تحقيق العدالة الاجتماعية ومصلحة المتهم معاً أذكر منها:

(1) قرار بتاريخ 29 - 04 - 1982، ملف رقم 25085، الغرفة الجنائية الثانية، جيلالي بغدادي، م.س، ص168.

(2) الإسراء، آية 15.

(3) فاطر، آية 24.

(4) طه، آية 134.

أ- قاعدة: "عدم رجعية النص الجنائي": وتعدّ كنتيجة منطقية لمبدأ الشرعية الجنائية، التي أكد عليها القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْقُمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾ (1)، وقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنتُ الْأَوَّلِينَ﴾ (2)، وقوله ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (3).

ب- قاعدة: "أنّ المتهم بريء حتى تثبت إدانته": ويدلّ عليها قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾ (4)، وقوله ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنِيءٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِحُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ (5).

يقول الشافعي: " وهذه قاعدة مطردة عند الأصحاب مرجعها إلى أنّ الأصل براءة الذمة" (6).

ج- قاعدة: "الشك يفسر لصالح المتهم": وتؤيدها قاعدة أخرى هي: "درء الحدود بالشبهات" وهذا للحديث الذي رواه الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة" (7).

د- قاعدة: " لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع" (8): أي أنّ أفعال العقلاء لا تعتبر محرمة ما لم يرد نص يجرمها قبل فعلها، بناءً على أنّ: " الأصل في الأشياء الإباحة" كما تقول القاعدة الأصولية، والتي تقابلها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة قبل ورود النص، أو الأصل براءة الذمة بالتعبير القانوني.

(1) المائدة، آية 95.

(2) الأنفال، آية 38.

(3) النساء، آية 22.

(4) الحجرات، آية 12.

(5) الحجرات، آية 6.

(6) السيوطي جلال الدين عبد الرحمن ، الأشباه والنظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1403 هـ، 1983م، ص53. وينظر جماعة من المؤلفين، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، ج1، " الأصل براءة الذمة".

(7) الترمذي أبو عيسى، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996م، باب ما جاء في درء الحدود، حديث رقم 1424، ج3، ص94، 95.

(8) الأمدي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، م.ع.س، ط1، 1424 هـ، 2003م، ج1، ص126.

وعليه فهذا المبدأ يعدّ ضماناً هامة للحرية الشخصية للإنسان والتي يعتبرها الإسلام من الحقوق الأساسية الواجب حمايتها، فلا يجوز إطلاقاً المساس بحرية المتهم إلا بعد دحض البراءة الأصلية عنه، بالأدلة القطعية التي تثبت إدانته عن طريق القضاء الذي يعتبر وحده الحارس الطبيعي لهذه الحريات دون سواه.

الفرع الثاني: الركن المادي للجريمة

هو ذلك النشاط الذي يرتكبه الجاني فيحدث به أثراً وتغييراً في العالم الخارجي، وبدون هذا النشاط لا يمكن محاسبة الشخص مهما بلغت درجة خطورة أفكاره ونوازهه الداخلية وميولاته نحو الجريمة؛ لأنّ النشاط الإجرامي هو وحده الذي يخرج تلك الأفكار والهواجس من النفس إلى حيّز الوجود واعتبار القانون.

والركن المادي للجريمة كما يتضح من التعريفات السابقة هو كل فعلٍ أو امتناع عن فعل يستدعي المؤاخذة والعقاب، وبحسب طبيعة الفعل المكون لها له مظهران إيجابي وسلبي:

أولاً: المظهر الإيجابي

ويتجسد في صورة فعل محذور أو قولٍ، يصدر عن الجاني محدثاً به أثراً خارجياً أو نتيجة ملموسة يعاقب عليها الشرع أو القانون، حسب النموذج الذي رسمه لذلك الفعل أو القول، ومن أمثلة النشاط الإيجابي للجريمة في الأفعال أجد: الخيانة والتجسس والاحتكار والسرقة والزنا والقتل والضرب والجرح والتزوير، ومثلها في القانون الجزائري: جناية قتل الأصول⁽¹⁾ وجناية قتل الأطفال⁽²⁾ وجنحة إخفاء الأشياء المسروقة⁽³⁾، وفي الأقوال أذكر: التحريض وشهادة الزور واليمين الكاذبة⁽⁴⁾ وغيرها من السلوكات الأخرى.

ويشترط لتحقيق السلوك الإيجابي توافر أمرين:

أ- حركة أو مجموعة من الحركات العضوية الإرادية (إدراك، تمييز، اختيار) كإطلاق الجاني رصاصة أو عدة رصاصات من بندقية على شخص فيلقى حتفه، أو طعنه بسكين طعنة أو عدة طعنات تنتج عنها الوفاة.

(1) المادة: 258 من ق.ع.ج.

(2) المادة: 259 من ق.ع.ج.

(3) المادتان: 387 ، 388 من ق.ع.ج.

(4) تُنظر المواد: 41، 100، 232، 241 من ق.ع.ج.

ب- توافر القصد الجنائي الذي يعتبر الدافع إلى ارتكاب هذه الحركات، فإذا انتفى القصد تجرّدت الحركة من صفتها الإرادية، فالذي يمسك بيد غيره ليجبره على توقيع محرّر مزور لا يعدّ سلوك هذا الأخير إجرامياً لتجرّد حركته العضوية من عنصر الإرادة أو القصد إلى ذلك الفعل⁽¹⁾.

ثانياً: المظهر السلبي

أ- في الفقه الجنائي الإسلامي:

هو فعل أو قول يوجب الشرع أو القانون القيام به، بحيث يشكل الامتناع عنه جريمة معاقب عليها، ويطلق عليه في الفقه القانوني: "الامتناع" أو "الترك"؛ أي هي الجرائم التي تتكون بالامتناع عن القيام بما هو مأمور به، ومثالها في الأقوال: امتناع الشاهد عن أداء الشهادة إذا كانت واجبة الأداء، ومثالها في الأفعال: عدم دفع الزكاة رغم وجوبها شرعاً، وامتناع الأم عن إرضاع مولودها وتركه حتى يموت جوعاً، أو حبس شخص في مكان معزول ومنع الطعام والشراب عنه وتركه بقصد الموت، وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وترك تقديم العون لمن هو في حاجة ماسة إليه.

يقول الدسوقي: " (قوله ومن ذلك الأم) أي ومن منع الطعام أو الشراب من الأم ولدها من لبانها(قوله فإن قصدت موته قُتِلت)، فلا تقتل بمنعه مطلقاً بل حتى تقصد موته"⁽²⁾.

وفي المهدّب: " وإن حبّسه ومنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القود؛ لأنه يقتل غالباً"⁽³⁾.

ويمكن الجمع بين النشاط الإيجابي والسلبي في الجريمة الواحدة، كمن يحبس شخصاً في مكان لا يصل إليه الطعام والماء، ويمتنع عن إمداده بهما حتى يموت جوعاً وعطشاً؛ فالحبس نشاط إيجابي والامتناع عن إمداده نشاط سلبي، ويُعدّ الفاعل في هذه الصورة قاتلاً عمداً بالامتناع عند جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد خلافاً لأبي حنيفة إن قصد بذلك قتله⁽⁴⁾.

(1) د. القهوجي، م.س، ص311، 312.

(2) الدسوقي محمد عرفة، حاشيته على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، (د.ط، د.ت)، ج4، ص242.

(3) الشيرازي أبو إسحاق، المهدّب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: الدكتور محمد الزحيلي، دار القلم الشامية، دمشق، ط1، 1417هـ، 1996م، فصل الحبس ومنع الطعام، ج5، ص21.

(4) الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1417هـ، 1996م، ج7، ص234. وما بعدها. ابن قدامة، م.س، ج11، ص596، 597.

وفي السنّة عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله ﷺ قال: "عُدّبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا، فدخلت فيها النار"⁽¹⁾، فإذا كانت الشريعة الإسلامية تعاقب الإنسان ولو ديانة بسبب امتناعه عن الرفق بالحيوان أو إذايته، فمن باب الأولى أن يعاقب إذا كان يترتب عن هذا الامتناع إلحاق الأذى والضرر بالإنسان.

ب- في القانون الجزائري:

نهج فقهاء وشرح القانون الوضعي ومنه القانون الجزائري منهج فقهاء الشريعة وتناولوا ذات التقسيم فاعتبروا أنّ كل سلوك يأتيه الإنسان يخالف به نصا في القانون المعمول به، هو جريمة إيجابية، واعتبروا كلّ احجام أو امتناع يجرّمه القانون جريمة سلبية، ومن البديهي أن تكون نتيجة السلوك الإجرامي بارتكاب فعلٍ جرّمه القانون من قبيل الجريمة الإيجابية، ونتيجة الامتناع عن فعل أمر به القانون من قبيل الجريمة السلبية⁽²⁾.

والخلاصة أنّ النشاط السلبي (الامتناع) في نظر القانون ليس له وجود قانوني إلا إذا كان الفعل الإيجابي واجبا وملزما على من امتنع عنه، ومصدر هذا الواجب إما أن يكون نصا في قانون العقوبات كما سبق ذكره، من ذلك ما جاء في نص المادة 92 فقرة أولى ق.ع.ج: "يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جنائية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها"، وبمفهوم المخالفة فإنّ الممتنع عن التبليغ أو أنه بلغ لكن بعد التنفيذ أو الشروع فيها يعاقب قانونا وهو ما يستفاد من الفقرة الثانية والثالثة من المادة نفسها.

ومن ذلك أيضا ما نصّت عليه المادة 314 فقرة 1 من ق.ع.ج بقولها: "كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضة للخطر في مكان خالٍ من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب بمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات"، ومثلها المادة 315 إذا كان مرتكب الفعل من أصول الطفل أو العاجز أو ممن لهم سلطة عليه أو ممن يتولّون رعايته.

(1) الحديث متفق عليه، واللفظ للبخاري محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق: محب الدين الخطيب، المطبعة

السلفية ومكتباتها، القاهرة، ط1، 1403 هـ، باب فضل سقي الماء، حديث رقم 2365، ج2، ص166.

(2) د. محمد عوض، م.س، ص56 وما بعدها.

كذلك تعاقب المادة 182 فقرة 2 ق.ع.ج، بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر، كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه، دون أن يكون هناك خطورة عليه أو على الغير.

يستفاد من هذا النص أنّ القانون يشترط لتوافر الجريمة تحقق العناصر الآتية:

- 1- وجود شخص في حالة خطر.
- 2- الحرمان أو الامتناع عن تقديم مساعدة إليه بعمل مباشر أو بطلب الإغاثة له، دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير.
- 3- القصد الجنائي؛ بمعنى أن يكون الامتناع إراديا وعمديا⁽¹⁾.

لذلك كان السؤال الذي لا يتضمن كافة العناصر لا يصح كأساس للإدانة⁽²⁾.

كما تعاقب المادة 269 (المعدلة)⁽³⁾ من ق.ع.ج على الامتناع عن تقديم الطعام وعدم العناية بالأطفال القصر إلى الحدّ الذي يعرض صحتهم للضرر، من سنة إلى خمس سنوات وبالعقوبة التي تصل إلى 5000 دج. بشرط أن يكون الفاعل الممتنع ملتزما بالنظر للعلاقة التي تربطه بالقاصر، ولا يشترط في الحرمان من الطعام أو العناية أن يكون لمدة زمنية معينة أو على سبيل الاستمرار، بل يكفي الفعل الواحد لتكوين الجريمة، وإما أن يكون عملا قانونيا كالعقد بأن يلتزم شخص بناء على عقد القيام بشؤون شخص أعمى أو عاجز عن الحركة أو يكون مصدره الفعل الضار كمن يلقي ببقية سجارته في مكان قابل للاشتعال فيلتزم بإطفائها⁽⁴⁾.

ومن هذه الزاوية فالذي لم يكن امتناعه عن واجب حدده وعينه القانون، فلا يُنسب إليه الامتناع في نظر القانون، وإن كان في إحجامه ذلك ما يناقض واجبا أخلاقيا أو أدبيا⁽⁵⁾.

(1) أ. بن الشيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط6، 2009م، ص76.

(2) قرار رقم 38061 صادر بتاريخ 20 ديسمبر 1988 من الغرفة الجنائية الأولى، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 4 سنة 1993، ص229. وينظر جيلالي بغدادي، م.س، ج1، ص368.

(3) عدلت بالأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 يونيو 1975 (ج.ر. 53 ص.755).

(4) أ. بن الشيخ لحسين، م.س، ص76.

(5) د. محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، (د.ط) 1967م، ص206.

لذلك فإن نطاق الجرائم السلبية ضيق بكثير في القانون مقارنة له بما هو عليه الحال في الشريعة الإسلامية، التي تتميز بسعة مجال النشاط السلبي للجريمة فيها، وذلك لأخلاقية وإنسانية قواعدها حتى مع الحيوان. فنطاق التعاون والتعامل بين الإنسان وأخيه الإنسان لا يمكن تحديده وحصر مجالاته في حالات معينة كما فعل القانون، فروح التضامن والتكافل التي دعت إليها الشريعة بين المؤمنين وغير المؤمنين تشمل مختلف مناحي الحياة، وفي كل المجالات دون استثناء في ضوء التعاليم الإسلامية الواضحة، فهذه الشريعة جاءت لخدمة البشرية ونفعها وبصورة خاصة للأخذ بيد الضعيف واليتيم والمسكين ولرفع الظلم عنهم.

وإن كل امتناع أو إجماع عن ذلك يشكل في حقيقته جريمة دينية وأخلاقية بل وجريمة إنسانية، يستحق فاعلها اللوم والعقاب في الدنيا أو في الآخرة ويدل على ضعف الإيمان وعدم استقراره في قلب الممتنع.

وبشترط لثبوت المسؤولية في حالات الامتناع في نظر القانون توافر الشروط الآتية:

1- أن يكون الجاني قد خالف بامتناعه المقصود واجبا يأمر به القانون، كامتناع القاضي عن واجب الفصل في الدعوى المعروضة عليه، وامتناع المنفق عن دفع النفقة الشهرية المحكوم بها عليه دون مبرر، وعدم امتثال سائق المركبة لقانون السير أو المرور المعمول به في الدولة، كذلك الامتناع عن التبليغ عن المواليد والوفيات⁽¹⁾، وامتناع الممرضة عن تقديم الدواء للمريض وهو في حالة خطيرة بقصد قتله، والامتناع عن أداء الشهادة في المحاكم رغم وجوبها وغيرها.

2- أن ينهي القانون عن سلوك سلبي معين معاقب عليه، لكن الجاني لا يلتزم بالنهاي، كالمنع من إخفاء المسروقات عمدا⁽²⁾ أو إخفاء المجرمين في القانون الجزائري، وكمن يعتاد على تقديم المسكن أو الملجأ كمكان لاجتماع الأشرار الذين يمارسون أعمال العنف واللصوصية ضد الأمن العام أو ضد الأشخاص مع علمه بسلوكاتهم الإجرامية⁽³⁾.

(1) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص 29 وما بعدها.

(2) المادة 387 من ق.ع.ج.

(3) المادة 43 من ق.ع.ج.

ومما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الجزائرية: أنّ العناصر المكونة لجريمة إخفاء أشياء مسروقة واردة في نص المادة 387 من قانون العقوبات وتتمثل في حيازة الأشياء عمدا ومعرفة الجاني أنّ هذه الأشياء متحصلة من السرقة⁽¹⁾.

3- أن يؤدي ذلك الامتناع المقصود إلى ذات النتيجة التي يعاقب عليها القانون، بوصفها جريمة إيجابية عمدية كترك المكلف بحراسة الشاطئ شخصا يغرق ولا يحرك ساكنا، وأن يكون الامتناع هو السبب المباشر في حدوث النتيجة⁽²⁾.

الفرع الثالث: الركن المعنوي

يعتبر الركن المعنوي أو الأدبي ركنا أساسيا لقيام الجريمة وهو ثالث ركن فيها سواء في التشريع الجنائي الإسلامي أو في القوانين الوضعية، ويطلق عليه في هذه الأخيرة اصطلاح القصد الجنائي، وينصرف مفهوم هذا الركن في الفقه الجنائي الإسلامي إلى اتجاه قصد الجاني للعصيان؛ أي بتعمد فعل ما هو منهي عنه، أو بتعمد ترك ما هو مأمور به، مع العلم بأنّ الشارع يوجب ذلك أو يمنعه⁽³⁾.

فلا يكفي مجرد توافر الركن المادي لها، بل يجب أن يكون لماديات الجريمة التي يتألف منها هذا الركن انعكاس في نفسية الجاني؛ أي ينبغي وجود رابطة نفسية بين الجاني الذي صدر عنه النشاط الإجرامي وبين النتيجة، وهذه الرابطة تتجسد في القصد الجنائي، وقد عرّفه الدكتور عبد الله سليمان بأنه: "العلم بعناصر الجريمة وإرادة ارتكابها"⁽⁴⁾.

وحسب هذا التعريف لا بدّ في القصد الجنائي من توافر عنصرين هما: العلم والإرادة.

أولاً: العلم

بأن يكون الجاني على علم بأنّ الواجب المتروك أو الحرام المرتكب ممنوع شرعا أو قانونا؛ بمعنى أن يكون مميزا ومدركا (مكلفا)، وعليه فلا يوصف فعل فاقد الأهلية أو ناقصها كالمجنون والصبي بأنه جريمة ولا تتخذ ضده أيّ عقوبة لغياب العقل والإرداك لديهما⁽⁵⁾.

(1) أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص63.

(2) د. منصور رحمان، م.س، ص95.

(3) عودة، م.س، ج1، ص387.

(4) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط6،

2005م، ج1، ص249.

(5) عودة، م.س، ج1، ص409.

ثانيا: الإرادة

تعتبر الإرادة أهم عناصره لذلك يقال بأن الإرادة هي جوهر الركن المعنوي، ويشترط فيها أن تكون آثمة تتجه إلى الماديات غير المشروعة للجريمة وهي ما يعبر عنه بالإرادة الجرمية، وحيث توجد هذه الإرادة يقوم الركن المعنوي للجريمة وحيث تتخلف يتخلف معها الركن وتتعدم الجريمة لأي سبب من الأسباب ومثله المكروه والسكران بغير اختياره أو إرادته، فلا يمكن القول بأن المكلف عصى أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم⁽¹⁾.

والملاحظ أنّ القوانين العقابية ومنها القانون الجزائري تميّز بين نوعي القصد الجنائي، السابق منه والمعاصر لارتكاب الجريمة، حيث تُشدّد العقاب على القصد السابق؛ أي حالة (سبق الإصرار) ويسمى اغتيالاً القتل إذا صاحبه هذا الظرف المشدد، ويعاقب عليه القانون الجزائري بالإعدام⁽²⁾، كما يشدّد العقوبة بتوافره أيضا في حالة الضرب أو الجرح العمدي⁽³⁾؛ لأنّ المجرم في هذه الحالة يكشف عن خطورة إجرامية كامنة فيه، تفوق في شدتها وخطورتها الحالة الثانية (القصد المعاصر)، كما هو الحال في جرائم المشاجرات أو تلك التي تقع فجأة بغير تدبير أو تخطيط مسبق، غير أنّ التشريع الجنائي الإسلامي لا يقرّ بهذه التفرقة بينهما؛ لأنّ العقوبة عنده في كلتا الحالتين واحدة ومتساوية، ثمّ إنّ الإسلام لو أخذ بهذه التفرقة فذلك يعني أنه يعاقب على القصد وليس على الجريمة ذاتها، والعبرة في استحقاق العقوبة بالنتيجة التي بموجبها تمّ مخالفة أوامر الشارع ونواهيه لا بالقصد، والقاعدة في الشريعة الإسلامية عدم العقاب على حديث النفس وعلى القصد إلى الجريمة قبل ارتكابها⁽⁴⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص387. د. القهوجي، م.س، ص391.

(2) المادة 261 ق.ع.ج.

(3) المادة 265 ق.ع.ج.

(4) عودة، ن.م.و.ص. وينظر القهوجي، م.ن، ص410.

المطلب الرابع: المراحل التي يمر بها ارتكاب الجريمة

في هذا المطلب أتناول المراحل التي يمر بها ارتكاب الجريمة، وأقسمها إلى مرحلتين؛ مرحلة النشاطات السابقة لارتكاب الجريمة، ومرحلة الشروع في تنفيذ الجريمة، وأخصص لكل مرحلة فرعاً مستقلاً وأتاولهما بالمقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري.

الفرع الأول: مرحلة النشاطات التي تسبق ارتكاب الجريمة

يسبق تنفيذ الجريمة عدة نشاطات قد لا تنطوي على مظهر خارجي ينبئ عن خطورة تهدد حقاً أو مصلحة؛ لأنها لا تكشف بصورة مؤكدة عن نية إجرامية واضحة لدى صاحبها، لذلك لا يتدخل فيها التشريع الجنائي الإسلامي ولا الوضعي بالتجريم ولا بالعقاب، وقد قسم فقهاء الشريعة والقانون هذه النشاطات إلى مراحل مختلفة وأعطوا لكل مرحلة حكماً معيناً.

أولاً: المراحل التي تسبق ارتكاب الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي

في البداية أودُّ الإشارة إلى أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية بخلاف رجال القانون قسموا الأحكام من حيث مساءلة الإنسان وإلزامه بها إلى قسمين اثنين:

القسم الأول: يشمل الأحكام الخاصة بالمعاملات المدنية والجنائية، هذه الأحكام لا يسأل عنها الإنسان ما لم يتكلم أو يعمل بها، كالزواج والبيع والهبة وغيرها من العقود المدنية، وكل أشكال الاعتداء على حياة الأشخاص وأموالهم وأعراضهم وما يتعلق بالجانب الجنائي.

القسم الثاني: الأحكام الخاصة بما يتصف به الإنسان من الصفات القبيحة والسيئة التي تنتافي وعقيدته الإسلامية الصحيحة، كالحقد والحسد والنفاق وكنم الشهادة الواجبة وغيرها، فهذه الصفات يؤاخذ عليها الإنسان ويُسأل ديّانته، بينه وبين ربّه وإن كنتمها ولم يظهرها أمام الناس، قَالَ تَعَالَى: ﴿لِلَّهِ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَإِنْ تُبَدُّوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخَفُّوهُ يَحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ فَيَعْلَمُ مَنْ يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ (1).

والعلّة في ذلك أنّ الشريعة الإسلامية شريعة أخلاق وغايتها الرقي بالإنسان المسلم إلى درجات السمو والمثالية في الأخلاق والطهارة القلبية الروحية والحسية.

(1) البقرة، آية 284.

أ- مرحلة التفكير والتصميم: بالنسبة للنوع الأول فإن فقهاء الشريعة قد بينوا أنّ ما يقع في النفس من قصد المعصية يمرّ بمراحل محددة وفي ما يلي تفصيلها وحكم كلّ منها:

1- الهاجس: ما يقع في الخلد ، ويُلقى في النفس مما لا دخل لإرادة الإنسان فيه⁽¹⁾، وهذا النوع لا يؤاخذ عليه بالإجماع؛ لأنه لا قدرة له على دفعه، فهو يردّ قهراً وغلبةً على النفس.

2- الخاطر: وهو يأتي بعد الهاجس، ويعني ما يخطر في القلب من تدبير أو أمر⁽²⁾، فلا يؤاخذ به الإنسان أيضاً لنفس السبب. وإذا استطاع الإنسان التخلص من الهاجس تخلص من الخاطر بالتبعية؛ لأنه يأتي بعده مرتبة.

3- حديث النفس: وهو ما يقع فيها من التردد بين ارتكاب الفعل أو عدمه، والقاعدة في الشريعة الإسلامية أنّ لا عقاب على ما يجول في النفس من حديث عن الجريمة قبل ارتكابها، لقوله ﷺ: "إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم"⁽³⁾، فهذا الحديث نصّ في عدم العقاب على المرحلة الأولى والثانية من باب أولى.

والظاهر في هذه الحالات هو عدم المؤاخذة على ما يقع في النفس الإنسانية؛ لأنها تدخل في مادة بحثنا ضمن مرحلة التفكير في فعل المعصية أو الجريمة.

4- الهمّ: وهو ترجيح قصد الفعل، والهمّة والهمّة: ما همّ به من أمر ليفعله⁽⁴⁾، وفي هذه المرحلة يزول التردد من النفس ويتجه القصد إلى الفعل، وحكم هذه المرحلة بينها الحديث الصحيح عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ فيما يرويه عن ربه ﷻ: "إنّ الله كتب الحسنات والسيئات ثم بيّن ذلك، فمن همّ بحسنة فلم يعملها كتبها الله له عنده حسنة كاملة، فإن همّ بها وعملها كتبها الله له عنده عشر حسنات إلى سبعمائة ضعف إلى أضعاف كثيرة، ومن همّ بسيئة فلم يعملها كتبها الله له عنده حسنة كاملة، فإن هو همّ بها فعلمها كتبها الله له سيئة واحدة"⁽⁵⁾.

(1) ابن منظور، م.س، ج6، ص4621.

(2) م. ن، ج1، ص1195.

(3) ابن ماجه القزويني أبي عبد الله محمد بن يزيد، السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ط1، 1430هـ، 2009م، باب من طلق في نفسه ولم يتكلم به، حديث رقم 2040، ج3، ص197.

(4) ابن منظور، م.س، ج6، ص4703.

(5) البخاري، م.س، كتاب الرقاق، باب من همّ بحسنة أو بسيئة، حديث رقم 6491، ج4، ص189. مسلم أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، (م.ع.س)، ط1، 1427هـ، 2000م، كتاب الإيمان، باب إذا همّ العبد بحسنة كتبت وإذا همّ بسيئة لم تكتب، حديث رقم 207، ص71.

فهذا الحديث قد بين أن الهمّ بالحسنة يُكتب حسنةً والهمّ بالسيئة لا يكتب سيئةً، ويُنتظر فإن تركها كُتبت له حسنة وإن فعلها كُتبت سيئةً واحدة.

5- العزم: هو أقوى من الهمّ ويعني الجدّ الإصرار على الفعل، وهو ما عقّد عليه القلبُ وقصده وجزم فعله. ويعني أيضا الصبرَ وفي التنزيل: "فنسي ولم نجد له عزما" قيل: العزم والعزيمة هنا الصبر. وعزم الأمر: عزم عليه، وفي التنزيل: "فإذا عزم الأمر" قال الأزهري: هو فاعل معناه المفعول، وإنما يُعزم الأمر ولا يعزم، والعزم للإنسان لا للأمر، كقولك: هلك رجلٌ وإنما أهلك⁽¹⁾، والمعنى الأول هو المقصود في مادة البحث.

لكنّ المحقق عند الفقهاء أنّ حكم العزم هو المؤاخذة عليه ديانةً وقضاءً عند الله، لا قضائياً في الدنيا؛ لأنه لم يطبق على أرض الواقع بالفعل أو القول حتى يُحاسب عليه.

ودليل المؤاخذة عليه قول النبي ﷺ في الحديث المتفق عليه: "إذا تواجه - وفي رواية: إذا التقى - المسلمان بسيفيهما فكلاهما من أهل النار، فقيل: فهذا القاتل فما بال المقتول؟ قال: إنه أراد قتل صاحبه"⁽²⁾.

فبرّر النبي قتله بعزمه وإصراره على قتل صاحبه هو الآخر، وفي نظري أنه لو لم يقتن العزم بالعمل لما أثم المقتول أيضاً؛ لأنّ الإسلام لا يحاسب الإنسان في الدنيا على العزم مجرداً من الفعل أو القول.

ب- مرحلة الأعمال التحضيرية: وهي المظهر الخارجي للعزم؛ أي المرحلة التي يتمّ فيها الإعداد والتحضير لارتكاب الجريمة، بتهيئة الوسائل والمعدات اللازمة لها، والأصل في الشريعة الإسلامية عدم العقاب على هذه المرحلة.

والعلة في ذلك أنّ الأعمال التي تصدر عن الجاني يُشترط للعقاب عليها أن تشكل معصية، وهي لا تكون كذلك إلا إذا كان فيها اعتداءً على حق الله المتمثل في حق المجتمع وحقوق الأفراد، وما عدا ذلك فلا مؤاخذة عليه؛ لكون الأمر فيه شكٌ وظنٌّ، والشريعة لا تعاقب على الجريمة إلا بعد التأكد واليقين وزوال الشك والشبهة⁽³⁾.

(1) ابن منظور، م.س، ج4، ص2932.

(2) البخاري، م.س، كتاب الفتن، باب إذا التقى المسلمان بسيفيهما، حديث رقم 7083، ج4، ص317.

(3) عودة، م.س، ج1، ص347، 348.

فمن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"⁽¹⁾، واستثناءً يمكن المواخظة على الفعل إذا كان في حد ذاته يشكل معصية معاقبا عليها فعندئذ يجب فيها التعزير.

من الأمثلة التطبيقية: شراء شخص لمادة مسكرة أو مخدرة لاستعمالها في سرقة شخص آخر، فحيازة هذه المواد يُعدّ معصية في حد ذاته تستوجب العقوبة في ديننا الحنيف، دون حاجة لانتظار أن يسقيه المجني عليه ويقوم بسرقة، فالخمر مالٌ غير متقوم يجوز إتلافه دون ترتب أية مسؤولية جنائية على متلفه، بل في إتلافه مقصد شرعي يتمثل في الحفاظ على كُليّة العقل⁽²⁾.

جاء في شرح فتح القدير: " إذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم عمّن يقصد مقاتلتهم أو واحد منهم له منعة بقوته ونجدته(شوكته)، يقصدون قطع الطريق أي أخذ المارة...، فإما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا، بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا، فحكمهم أن يعزروا ويُحبسوا إلى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا"⁽³⁾.

والشاهد أنّ هذا الخروج يعدّ عملا تحضيريا فيه تمهيد لجريمة الحرابة، وهو يعدّ معصية وجريمة قائمة بذاتها في الشريعة الإسلامية لذلك عوقب الخارجون بالعقوبة التعزيرية.

ثانيا: المراحل التي تسبق الجريمة في القانون الوضعي

يوافق رجال القانون وشراحه التقسيم المتبع لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ويرون أنّ النشاطات التي تسبق تنفيذ الجريمة التامة حسب النموذج القانوني لها تمرّ عبر مرحلتين أيضا هما مرحلة التفكير والتصميم ومرحلة التحضير كالاتي:

أ- مرحلة التفكير:

تكون الجريمة بدايةً كفكرة ذهنية يقبّلها الجاني على أكثر من وجه، ثم يبدأ برسم معالمها وتفصيلها أولا بين جدران الذهن، لذا قال بعض الفلاسفة أنّ أول الفكر آخر العمل، ولما كانت هذه المرحلة نفسية فقد جرى العرف القانوني في أغلب التشريعات الوضعية ومنها

(1) الترمذي، م.س، باب ما جاء في درء الحدود، حديث رقم 1424، ج3، ص94، 95.

(2) كامل محمد حسين عبد الله حامد، أحكام الاشتراك في الفقه الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون الوضعي، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، (د.ط)، 2010م، ص191.

(3) ابن الهمام، م.س، ج5، ص406.

التشريع الجزائري⁽¹⁾، على عدم العقاب على هذه المرحلة لاعتبارات عدة منها أنّ التفكير مهما كانت خطورته لا ينتج عنه ضرر ولا يمس بمصلحة يحميها القانون، إضافة إلى ذلك تعذر إثبات ما يدور في النفس الإنسانية لإقامة الحجة على الجاني.

ب- مرحلة التحضير للجريمة:

تتخذ الجريمة في مرحلة الأعمال التحضيرية كيانا ماديا، إذ يعبر الجاني عن ذلك التفكير والعزم بأفعال ملموسة في الواقع ك شراء السلاح وتجهيز المادة السامة وغيرها مما يساعده على خلق الوسط الملائم لتنفيذ الجريمة، وكذلك فإنّ القاعدة العامة التي استقرت عليها التشريعات الجزائية هو عدم العقاب على هذه الأعمال⁽²⁾، للاعتبارات السابق ذكرها في المرحلة الأولى، ولسبب التباسها وغموضها وعدم القدرة على الاستدلال بها صراحة عن قصد الفاعل في ارتكاب جريمة محددة بعينها.

ولما كانت هذه الأعمال تحمل في جوانبها أكثر من دلالة، فالقاعدة أنّ الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، بل إنّ تأويل الأعمال التحضيرية لصالح المتهم يتمشى وروح التشريع وتفسيرا لقاعدة الشك لمصلحة المتهم.

لذلك فالقانون لا يعاقب على العمل التحضيري ما لم يكن جريمة قائمة بذاتها ابتداءً، فحينئذ يعاقب عليه ليس بسبب كونه عملا تحضيريا وإنما لاعتباره محضورا في ذاته، ومن أمثلتها في القانون الجزائري حيازة السلاح دون ترخيص، وارتداء لباس يشبه الزي الرسمي الذي يرتديه رجال الجيش الوطني الشعبي والدرك الوطني والأمن الوطني والجمارك لما يحدثه من التباس وغموض بالنسبة للجمهور... وغيرها⁽³⁾.

ثالثا: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

بعد عرض موقف الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي بخصوص مرحلة النشاطات التي تسبق ارتكاب الجريمة، آتي إلى عقد مقارنة بينهما أبرز من خلالها أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما كالآتي:

(1) تنظر المادة 30 من ق.ع.ج.

(2) نصّت المادة 30 من قانون العقوبات العراقي على عدم العقاب على مرحلتي العزم والتحضير للجريمة بقولها: "ولا بعدّ شروعا مجرد العزم على ارتكاب الجريمة، ولا على الأعمال التحضيرية لذلك، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(3) د. منصور رحمانى، م.س، ص 157.

أ- أوجه الاتفاق:

بداية أجد اتفاقاً بينهما في حصر هذه النشاطات في مرحلتين هما: مرحلة التفكير في الجريمة والتصميم عليها، ومرحلة الأعمال التحضيرية.

ويتفقان أيضاً في عدم العقاب عليهما إلا إذا كان التحضير (المرحلة الثانية) يشكل معصيةً شرعاً، أو معاقباً عليه في حالات خاصة قانوناً.

ب- أوجه الاختلاف:

الفرق الذي ألمسه يتمثل في الدقة المتناهية التي تناول بها التشريع الإسلامي التفاصيل والجزئيات في كل مرحلة من المراحل التي يمرّ بها ارتكاب الجريمة، لا سيما المرحلة الأولى وما يتعلق بها من أحكام شرعية، إما يثاب عليها فاعلها ويؤجر وإما يعاقب، وسواء أكان ذلك في الحياة الدنيا أم في الآخرة، في حين اكتفى القانون بالإشارة إلى هذه المرحلة بصفة مجملة دون تفصيل.

كما يتبين في هذه المرحلة ومن خلال حديث ابن عباس السابق، عظيم فضل الله ﷻ في بيان أمرٍ تفتقر إليه التشريعات الوضعية كافة على اختلاف مصادرها ومشاربها، من خلال بيان فضل النية على العمل، فالإنسان إذا نوى في نفسه فعل الخير كافأه الله ﷻ على نيته بالحسنة ولو لم يقترن بها عمل، فإن هو عمله فالأجر يكون مضاعفاً بعشر حسنات ثم إلى أضعاف كثيرة.

وبالمقابل إذا نوى في نفسه فعل الشرّ ثم تركه طوعاً وطاعةً لله، أو خوفاً من غضبه، كتبها الله له حسنة كاملة، فإن تركه خوفاً من الناس أو رياءً لم تُكتب له لا سيئةً ولا حسنةً، فإن هو فعله كتبها الله عليه سيئة واحدة فقط، وفي ذلك من الترغيب في أن يطهر المسلم قلبه من نوازع الشرّ ويملأه بما هو خير له ولغيره وتنمية لوازعه الديني والأخلاقي.

كما يتبين بذلك أهمية النية أو القصد في بناء العمل الصالح في التشريع الإسلامي، وهذا ما ليس له مثيلٌ في أيّ تشريعٍ وضعه البشر؛ لأنّ القانون كما هو معروف لا يركّز كثيراً على الجانب الأخلاقي والنفسي للإنسان، إنما يهتم بالمظهر الخارجي والمادي لفعله، وفي ذلك من المفارقة والتمييز بينهما ما يؤهل التشريع الجنائي الإسلامي للاعتماد عليه في استنباط الأحكام والقواعد التي تضبط سلوك الأفراد وعلاقاتهم بضوابط الشرع الحنيف.

الفرع الثاني: مرحلة الشروع في تنفيذ الجريمة

أولاً: الشروع في القانون الجزائري⁽¹⁾

أ- تعريف الشروع: جرى الاصطلاح القانوني على تسمية حالة قيام النشاط الإجرامي مع تخلف النتيجة: " الشروع" ويطلق عليه أيضاً: " المحاولة"، مع الإشارة إلى أن تعبير الشروع يعدّ الأكثر انضباطاً وتحديداً، وهو المعنى المستقر عليه في أغلب قوانين الدول العربية ومنها القانون الجزائري.

وقد استعملت المادة 30 ق.ع.ج المعنى الأول والثاني، وبيّنت حالة الشروع في الجناية وحكمها من العقاب والمساءلة الجزائية، وهذا نصّها: " كل المحاولات لارتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها"، في حين نصت المادة 31 منه على حالة الشروع في الجنحة والمخالفة وحكمهما.

يتّضح من المادة أعلاه أنّ القانون الجزائري لم يعرّف حالة الشروع، في حين يوجد من القوانين الأخرى من عرّفه، كقانون العقوبات المصري⁽²⁾ والعراقي⁽³⁾ والإماراتي⁽⁴⁾ بأنه: " البدء بتنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة، إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها".

يُستنتج من هذا التعريف أنّ الشروع المعاقب عليه لا يقوم إلا بتوافر عنصرين أساسيين يشكّلان ركنا الشروع وهما: البدء في التنفيذ مع عدم إتمام الجريمة لأسباب خارجة عن إرادة الجاني، والقصد الجنائي.

وكما يبدو من التعريف فإنّ الشروع هو مرحلة تأتي بعد مرحلتَي التفكير في الجريمة والتحضير لها، وسأتناول فيما يلي هذين الركنين بشيء من التفصيل.

(1) ملاحظة: قدّم مركز القانون على الفقه الجنائي الإسلامي في هذه المسألة لسببين؛ أولهما أنّ مصطلح الشروع في الجريمة عُرّف استعماله في القانون، والثاني أنّ الشريعة الإسلامية لم تهتم بوضع نظرية خاصة به كما فعل أهل القانون.

(2) المادة 45 من قانون العقوبات المصري. ينظر د. بهنسي أحمد فتحي، الموسوعة الجنائية في الفقه الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، (د.ط) 1412هـ، 1991م، ص 301.

(3) المادة 30 من قانون العقوبات العراقي.

(4) المادة 34 من قانون العقوبات الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة.

ب- أركان الشروع في الجريمة:

1- الركن المادي للشروع:

لقيام هذا الركن لا بدّ من توافر عنصرين اثنين هما: البدء في التنفيذ، ووقف التنفيذ أو خيبة أثره لأسباب خارجة عن إرادة الجاني.

• البدء في تنفيذ الفعل:

يعتبر البدء في التنفيذ المرحلة التي تفصل بين النشاطات التي تسبق الشروع (التفكير والتخطيط والتحضير للجريمة) التي لا عقاب عليها وبين الشروع المعاقب عليه.

لكنّ الإشكال الذي يطرح هنا: - ما هو المعيار الذي يميز بينهما؟

فإذا كان الفرق واضحا في بعض الجرائم وفي بعض الحالات، كمن يقتني سلاحا ومن يطلق الرصاص على المجني عليه، إلا أنّ الواقع لا يأتي دائما بهذه السهولة والوضوح، ففي كثير من الحالات يدق الفرق ويصبح غامضا فتلتبس فيها الأعمال التحضيرية بالبدء في التنفيذ، كمن يستند على سيارة لآخر وفي يده مفتاح مصطنع، فهل يعتبر فعله هذا عملا تحضيريا لفتح باب السيارة أم أنه بدء في التنفيذ لسرقتها؟

الحقيقة أنّ القانون لم يضع حدّا فاصلا للتمييز بين الأمرين رغم أهميته من الناحية العملية، ولمعالجة الإشكال كان لا بدّ من الرجوع إلى آراء فقهاء القانون في هذه المسألة، والتي انقسموا فيها إلى مذهبين هما المذهب المادي والمذهب الشخصي، وأتناول في ما يلي هذين المذهبين ثمّ أبين الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري.

- المذهب المادي ونقده:

I- المذهب المادي:

معيار الشروع هو البدء الفعلي في تنفيذ الركن المادي أما المراحل التي تسبقه تعدّ أعمالا تحضيرية لا يعاقب عليها القانون، كالشروع في جريمة القتل بأن يطلق الجاني العيار الناري على المجني عليه، أما تصويب السلاح نحوه فيعتبر عملا تحضيريا، وفي جريمة السرقة يعتبر الجاني شارعا عندما يضع يده على المال المملوك للغير، أما تسلُّق الجدار وكسر الباب والخزّانة فهي أعمالٌ تحضيرية لا عقاب عليها⁽¹⁾.

(1) أ. بن الشيخ لحسين، م.س، ص 158، وما بعدها.

وعليه فالمذهب المادي يركز أساسا على ماديات الجريمة، والشروع عنده مرهون بوجود فعلٍ يعدّ جزءا من الجريمة غير مرتبطٍ بشخصية الجاني ولا بخطورته.

II- نقده:

تعرّض هذا المذهب للنقد على أساس أنه ضيق من مرحلة الشروع، ووسّع كثيرا من نطاق الأعمال التحضيرية غير المعاقب عليها، كما أنّ تطبيقه يؤدي إلى نتائج وخيمة ولا يحقق حماية كافية للأشخاص والأموال؛ إذ كيف ينجو من العقوبة من أثلّف الحرز ووصل إلى المال المسروق وحال بينه وبين سرقة ظرف خارجي، وعليه فهذا المذهب لا يقف حائلا ضدّ المجرمين، بل على العكس من ذلك فهو يحفزهم أكثر نحو ارتكاب الجريمة وتحقيق نتائجها، وبسبب هذه الانتقادات أضاف أنصار هذا المذهب فكرة الظروف المشددة⁽¹⁾، بحيث إذا توافرت أعتبر الجاني شارعا في تنفيذ الجريمة، ومثاله في جريمة السرقة (الكسر، ظرف الليل، استعمال مفاتيح مصطنعة، التسلق، حمل السلاح، التعدد ... إلخ).

- المذهب الشخصي ونقده:

I- المذهب الشخصي:

اهتم أنصار المذهب الشخصي بشخصية الجاني وإرادته الإجرامية وظروفه الخاصة التي تدفعه نحو ارتكاب الجريمة، باعتبارها منبع الخطر الذي يهدّد المجتمع، ويقوم الشروع وفقا لهذه النظرية عندما يبدأ الشخص في تنفيذ فعلٍ أو أفعال لا لبس فيها تؤدي حالا ومباشرة إلى وقوع الجريمة، ويصبح تراجعُه عن إتيان الفعل أمرا غير وارد وبعيد، ورغم أنّ هذا الفعل لا يدخل في تكوين الركن المادي إلا أنه يكشف عن نفس شريرة وخطيرة. والخاصة أنّ هذا المذهب لا يهتم بالسلوك الإجرامي للجاني فحسب كما فعل المذهب المادي، وإنما يهتم أيضا بشخصية الجاني وإرادته في آن واحد، وأنّ معرفة البدء في التنفيذ يتوقف على شخصية الجاني وإرادته ومقارنة ذلك بالجريمة التي ينوي ارتكابها.

II- نقده:

لم يسلم هذا المذهب هو الآخر من النقد؛ بحكم أنه وسّع كثيرا من نطاق الشروع وضيّق بالمقابل من دائرة الأعمال التحضيرية، مما يؤدي إلى القول بتحميل الجاني المسؤولية الجنائية في أغلب الحالات، كما أنّ التركيز على النية والإرادة الإجرامية للجاني

(1) المواد: 351، 353، 354 من قانون العقوبات الجزائري. وينظر أ. بن الشيخ لحسين، م.س، ص 158، وما بعدها.

يتعارض مع أسس المسؤولية الجنائية المبنية على العنصرين مع المادي والمعنوي وهو ما يفتقده هذا المذهب، أضف إلى ذلك صعوبة تطبيقه في الواقع؛ لأنّ الوقوف على الإرادة الإجرامية للجاني تتطلب بذل مجهودات أكبر لمعرفة (1).

- موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع إلى المادة 30 ق.ع.ج يمكن القول بأنّ المشرع قد اعتنق المذهب الشخصي، ويتضح ذلك في قوله: "... أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي بالجاني مباشرة إلى ارتكاب الجريمة"، فهذه الأفعال تعتبر الخطوة الأولى نحو الجريمة، وتدلّ على قصد الجاني ونيّته.

● وقف التنفيذ أو خيبة أثره لأسباب خارجة عن إرادة الجاني:

لقيام جريمة الشروع يشترط القانون أن يتم وقف التنفيذ أو خيبة أثره لأسباب خارجة عن إرادة الجاني؛ أي يجب أن لا يعدل الجاني عن الفعل بمحض إرادته، وفي هذا الصدد أتطرق لصور الشروع؛ أقصد الجريمة الموقوفة والخائبة والمستحيلة كالاتي:

- **الجريمة الموقوفة (الشروع الناقص):** وتتمثل صورتها عندما يبدأ الجاني في تنفيذ سلوكه الإجرامي، لكنّ الجريمة لا تكتمل لسبب خارج عن إرادته، كأن يُمسك شخص بيد الجاني ليمنعه أثناء محاولته إطلاق الرصاص على المجني عليه، ومن يدهن مركبة الغير بالبازين بقصد إحراقها، لكن يُقبض عليه قبل إشعال النار.

- **الجريمة الخائبة (الشروع التام):** وهي التي يكتمل فيها السلوك الإجرامي للجاني ولا يعيّفه شيئاً عن إتمامه، إلا أنّ النتيجة لا تتحقق لأسباب لا دخل لإرادته فيها، ويمكن التمثيل لها: بالسارق الذي يدخل منزلاً ويجمع المسروقات وقبل الخروج يتفطن له صاحب البيت فيمسكه أو يترك المسروقات ويهرب، وكمن يترصد للضحية بهدف قتله ويطلق عليه الرصاص فلا يصيبه لعدم قدرته على التصويب (2).

- **الجريمة المستحيلة:** وهي التي يبدأ فيها الجاني بتنفيذ سلوكه الإجرامي ويستنفذ جهده، ويبذل ما في وسعه لتحقيق النتيجة غير أنّ هذه الأخيرة مستحيلة الوقوع؛ بسبب انعدام محلّ الجريمة مثلاً، أو بسبب نوعية الوسيلة المستعملة ولو كرّر الجاني نشاطه، وهي تشبه الجريمة الخائبة في استنفاذ الجاني لكلّ نشاطه في سبيل إتمام الجريمة وفي عدم تحقق

(1) د. منصور رحمانى، م.س، ص161.

(2) د. بهنسي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، على هامش الصفحة 36.

النتيجة، وتختلف عنها في كون الجريمة الخائبة ممكنة الوقوع لو كرر الجاني فعله في ظروف أخرى، أما الجريمة المستحيلة فهي غير ممكنة الوقوع أصلا (استحالة مطلقة).

وترجع أسباب الاستحالة إما لعدم صلاحية الوسيلة المستعملة أو لانعدام محل الجريمة أصلا، ومثال الاستحالة في الوسيلة: استعمال الجاني لمادة يعتقد أنها سامة لقتل المجني عليه فإذا هي غير سامة، والاستحالة في المحل: كمن يسرق مالا يعتقد أنه مال مملوك للغير فإذا هو ماله، وكمن يسعى إلى إجهاض امرأة ليتبين بعد ذلك أنها ليست حاملا⁽¹⁾.

وقد ثار خلافٌ فقهيّ حول مسألة العقوبة على الشروع في الجريمة المستحيلة، وظهرت لذلك عدة مذاهب أوجزها كالآتي:

I- المذهب المادي:

يُسمّى بالمذهب الموضوعي في بعض المؤلفات⁽²⁾، ويرى أصحابه عدم العقاب على الشروع في الجريمة المستحيلة، وحجّته أنّ الشروع يستلزم البدء في التنفيذ، فإذا كان تنفيذُ الجريمة مستحيلا فإنّ الشروع أو البدء فيها يكون مستحيلا أيضا، ومن ثمّ فلا مبرر للعقاب عليها؛ لأنه لا يؤسّس على خطورة الفعل بل على مجرد سوء نية الفاعل، وعليه فلا يُتصور الشروع في إجهاض امرأة غير حُبلى، ولا في قتل إنسان ميّت، ولا في سرقة مال مملوكٍ للشارق، وقد نادى بهذا الرأي فريق من فقهاء القرن التاسع عشر، وهم المغالون من أنصار المدرسة التقليدية⁽³⁾.

ورغم حسنات هذا المذهب كونه يتميز بالوضوح والدقة وسهولة التطبيق، إلا أنه تعرّض للنقد على أساس أنه ضيق كثيرا من نطاق الشروع وجعله لا يضمن حماية كافية للمجتمع، ويؤدّي إلى إفلات الجناة من العقاب، مع أنّ ما يرتكبونه قد يكون من الخطورة بحيث لا يمكن السكوت عنه، فالذي يُضبط متلبسا وهو يتسلق سور بيتٍ ينوي سرقة لا يعدّ شارعا في السرقة وفقا لهذا المذهب، طالما لم يضع يده على المال المراد سرقة ولم يتحقق لديه الركن المادي للاختلاس تحقّقا تاما⁽⁴⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص356.

(2) أ. د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، م.س، ص162.

(3) د. محمد عوض، م.س، ص310.

(4) أ. د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، م.س، ص164.

II- المذهب الشخصي: خلافا للرأي السابق يذهب أنصار هذا الرأي إلى العقاب على الشروع في الجريمة المستحيلة، كما هو الحال في الجريمة الخائبة والموقوفة، وحُجَّتُه أنّ الجاني قد استفذ جهده وكشف به عن خطورة إجرامية في نفسه، ولولا السبب الخارج عن إرادته لوقعت الجريمة المعاقب عليها، وأنّ المشرع لما قرر العقاب على الشروع لم ينظر إلى الضرر المادي الذي يترتب عنه، وإنما نظر إلى خطورة الجاني وقصده الجنائي الذين أفصح عنهما بأفعال خارجية لها دلالتها المباشرة على طلب الجريمة.

وقد نادى بهذا الرأي الفقه الفرنسي الحديث خاصة أولئك المتأثرين بأفكار المدرسة الوضعية، وتطبيقا لذلك حُكِمَ في فرنسا بأنّ مجرد التصدّد أمام المنزل المراد سرقة يعدّ شروعا في السرقة متى كان اللصّ من معتادي الإجرام، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الفرنسية، وأخذ به الفقه وقضاء محكمة النقض المصريين⁽¹⁾.

III- مذهب التمييز بين الاستحالة المطلقة والنسبية (المدرسة التقليدية): أما الأولى وهي التي تحوّل دون عقاب، ومثالها: إطلاق الرصاص على شخص ميّت، ومحاولة قتل شخص بمادة ليست سامة أصلا، فلا عقاب عليها بسبب انعدام محل الجريمة، أو أنّ الوسيلة المستعملة غير سالحة، وأما الثانية فلا تحوّل دون عقابه، وكما في المثال السابق إذا كانت المادة سامة لكن نسبة السمّ فيها قليلة وغير كافية لإحداث النتيجة المقصودة، فالعقاب فيها واجب؛ لأنّ محل الجريمة موجود ولكنّ الجاني أخطأ في التنفيذ أو تدخلت عوامل خارجية حالت دون ذلك⁽²⁾.

IV- مذهب التفرقة بين الاستحالة المادية والقانونية:

وقد قال بهذه التفرقة الفقيه الفرنسي "جارو"، أما الأولى فتراجع إما إلى الوسيلة المستعملة أو إلى المحل، وحكمها أن يعاقب الجاني، وأما الثانية؛ أي القانونية فهي ترجع إلى تخلف أحد أركان الجريمة القانونية، كموت المجني عليه قبل إطلاق النار عليه؛ لأنه يُشترط لتحقق الجريمة أن تُرتكب ضدّ حيّ، فإذا كان ميّتا قبل ذلك فلا تقوم الجريمة قانونا، وبالتالي فلا عقاب عليه⁽³⁾.

(1) د. محمد عوض، م.س، ص314. أ. د. علي حسين الخلف، د. سلطان عيد القادر الشاوي، م.س، ص165.
(2) د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، (د.ط) 1989م، ص306.
(3) م.ن، ص307 وما بعدها. وينظر د. محمد عوض، م.س، ص312، وما بعدها.

- العقاب على الجريمة المستحيلة في القانون الجزائري:

يعاقب المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 30 من ق.ع.ج كمبدأ عام على الجريمة المستحيلة كما يعاقب على الجريمة الموقوفة على غرار الاتجاه الغالب في الفقه؛ لأن جميع صور الاستحالة ما هي إلا نماذج للجريمة الخائبة، التي استحالت فيها تحقق النتيجة بسبب خارج عن إرادة الفاعل، وهذا ما تدل عليه العبارة الأخيرة من المادة 30 من ق.ع.ج بقولها: "...، حتى ولو لم يكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجمله مرتكبها"؛ لأن المشرع الجزائري يأخذ هو الآخر برأي المذهب الشخصي كما سبق⁽¹⁾.

لكن وفي نصوص أخرى يُحيل إلى الرأي القائل بالتمييز بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، كما في المادة 260 ق.ع.ج الخاصة بالتسميم، بقولها: "التسميم هو الاعتداء على حياة إنسان بتأثير مواد يمكن أن تؤدي إلى الوفاة عاجلاً أو آجلاً أيًا كان استعمال أو إعطاء هذه المواد ومهما كانت النتائج التي تؤدي إليها".

فهذه المادة تدل صراحة بأن المشرع يعتدّ بنوع الوسيلة المستعملة في الجريمة، والتي يشترط فيها أن تكون مؤدية للوفاة بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وبمفهوم المخالفة فإنّ الوسيلة إذا لم تكن مؤدية للوفاة أصلاً فلا عبرة بالشروع فيها ولا فائدة من العقاب عليه.

والأمر نفسه في المادة 304 ق.ع.ج المتعلقة بجريمة الإجهاض التي تنص: "كل من أجهض امرأةً حاملاً أو يفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى... أو شرع في ذلك"، فهذه المادة تعتدّ بمحلّ الجريمة، بمعنى أنّ المرأة إذا لم تكن حاملاً فلا شروع ولا عقاب أيضاً⁽²⁾.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها، كما في القرار الصادر عن الغرفة الجنائية: "تقوم جنائية التسميم بمجرد استعمال أو إعطاء المادة السامة واحتمال حدوث الوفاة بغض النظر عن تحقق النتيجة التي لا تدخل ضمن الركن المادي لهذه الجريمة"⁽³⁾.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص183.

(2) د. منصور رحمان، م.س، ص 171، 172. |وينظر عبد الله سليمان، م.س، ص181.

(3) قرار رقم 480850، بتاريخ 2008/01/23، الغرفة الجنائية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2008.

2- الركن المعنوي للشروع:

يمتثل في انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بعناصرها القانونية، التي كان احتمال وقوعها بسلوكه وشيكا غير أنها لم تقع، ودون ذلك لا يتحقق الركن المادي في الشروع وينتفي معه الركن المادي للجريمة، والركن المعنوي في الشروع هو نفسه الركن المعنوي في الجريمة التامة والفرق بينهما هو عدم تحقق النتيجة في الشروع دون الجريمة التامة⁽¹⁾.

ويُشترط في هذا الركن طبقاً للقانون الجزائري توافر أمرين: أن يكون لدى الجاني عند ارتكابه الأفعال المكونة للشروع القصد إلى ارتكاب الجريمة، وأن تكون هذه الجريمة إما جناية أو جنحة فقط وهذا حسب نص المادة 31 عقوبات.

ج- عقاب الشروع في القانون الجزائري:

اتفقت التشريعات في العقاب على الشروع في الجريمة لكنها اختلفت من حيث مقدار العقوبة، أما المشرع الجزائري فقد سوى بين الشروع والجريمة التامة من حيث العقاب:

1- الجنايات: القاعدة أنّ الشروع في الجنايات معاقب عليه دائماً.

2- الجنح: القاعدة أنّ الشروع في الجنح غير معاقب عليه إلا بنص صريح في القانون، المادة 31 ف1 ق.ع.ج.

3- المخالفات: لا عقاب على الشروع في المخالفات إطلاقاً لبساطتها من جهة، ولعدم احتمالها على خطورة تبرر التجريم والعقاب من جهة ثانية، المادة 31 ف02 ق.ع.ج.

والعقوبة المقررة للشروع في القانون الجزائري هي ذات العقوبة المقررة للجريمة التامة لا فرق بينهما، فمن قصد قتل شخص بإطلاق الرصاص عليه فأخطأ الإصابة وجرحه ولم يمُت، يعاقب بعقوبة القاتل طبقاً للمادة 254 ق.ع.ج، ومثله من شرع في السرقة يعاقب كما لو تمت سرقة طبقاً لنص المادة 350 منه.

والظاهر أنّ العقاب على الشروع هو عقاب على القصد الجنائي الذي تحقق بالسلوك المادي المكوّن البدء في التنفيذ، لما يحمله من دلالة قوية على الخطورة الإجرامية المنتبهة.

(1) أ. د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، م.س، ص168.

ثانيا: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من مبدأ الشروع والجريمة المستحيلة

أ- موقف الفقه الجنائي الإسلامي من مبدأ الشروع:

لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة بالشروع كما فعل فقهاء القانون، ولم ينصرف بحثهم إلى التمييز بين الشروع في الجريمة وبين الجريمة التامة، وإنما ركزوا جهودهم على التمييز بين الجريمة التامة والناقصة، فكلّ فعلٍ في نظر الشريعة يعدّ معصيةً فهو جريمةٌ مستقلة معاقب عليها بالتعزير، مالم تكن عقوبتها هي الحدّ أو القصاص أو الدية، وسواء كانت هذه الجريمة مقدّمة لجريمة أخرى أو جزء منها أو أنها جريمة قائمة بذاتها⁽¹⁾.

ويجب التنبيه أولاً إلى أنّ جرائم التعازير في الشريعة الإسلامية كلها تامة، وأنّ التقسيم إلى التامة وغير التامة لم يرد إلا في جرائم الحدود والقصاص، ومن الأمثلة: السارق الذي يتسلّق جدار بيت لسرقة محتوياته، يعدّ شارعا في السرقة في القانون الجزائري ويعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة طبقا لمعيار الشروع، بينما في الفقه الجنائي الإسلامي يعدّ مرتكبا لمعصية قائمة بذاتها تستوجب عقوبة تعزيرية، حسب المرحلة التي بلغها الجاني نحو الجريمة التامة، على أن لا تصل إلى حدّ قطع اليد المقرر للجريمة التامة⁽²⁾.

قال الكاساني: " فأما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه، حتى لو دخل الحرز وأخذ متاعا فحمله أو لم يحمله، حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرج (جريمة موقوفة)، فلا قطع عليه؛ لأنّ الأخذ إثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من الحرز ولم يوجد، وإن رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه؛ لأنّ يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز... " ⁽³⁾ انتهى.

فكلامه وإن كان خاصا بتعريف المباشرة في السرقة، إلا أنه تضمن إشارة لحكم البدء في التنفيذ أو الشروع بالتعبير القانوني، وهو عدم القطع بسبب عدم اكتمال السرقة فعلا، لغياب أو تخلف أحد أركانها المتمثل في عدم تحقق الإخراج التام للمتعاع من الحرز؛ أي الأخذ بالاستحالة القانونية التي قال بها الفقيه الفرنسي "جارو" السابق ذكرها⁽⁴⁾.

(1) د. بهنسي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص37.

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415 هـ، 1994 م، في السارق يوجد في الحرز والدار المشتركة، ج4، ص531.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص65. وينظر د. بهنسي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص80.

(4) تنظر الصفحة 42 من هذا الفصل.

روى سحنون في المدونة: "قلت: رأيت إن جمع المتاع وحمله فأدرك في الحرز قبل أن يُخرجه أيقطعه في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا يقطع"⁽¹⁾.

ومثله جريمة الزنا التامة فعقوبتها هي الجلد مائة جلدة، أما بالنسبة لمقدمات الزنا التي يعتبرها القانون شروعاً، فالعقوبة فيها تكون تعزيرية دون عقوبة الحد؛ لأنّ كلاّ منهما جريمة ليست تامة والقاعدة أنّ كل معصية ليست لها عقوبة مقدرة فعقوبتها هي التعزير.

قال الماوردي: "إن وجدوهما - الزاني والزانية- في إزار لا حائل بينهما متباشرين غير متعاملين للجماع، ضربهما ستين سوطاً (جلدة)، وإن وجدوهما غير متباشرين ضربهما خمسين سوطاً، وإن وجدوهما في بيت متبدلين عريانين غير متباشرين ضربهما أربعين سوطاً، وإن وجدوهما خاليين في بيت عليهما ثيابهما ضربهما ثلاثين سوطاً، وإن وجدوهما في طريق يكلمها وتكلمه ضربهما عشرين سوطاً..."⁽²⁾.

ب- موقف الفقه الجنائي الإسلامي من الجريمة المستحيلة:

الجاني في الجريمة المستحيلة وإن لم يحقق الجريمة التي قصدتها من وراء اعتدائه على حق فردي أو مصلحة له تحميها الشريعة، إلا أنه في حقيقة الأمر قد شكل بفعله هذا اعتداءً على حق الله المتمثل في حق المجتمع، وأظهر عصيانه لأوامره ونواهيه فيكون بذلك مستحقاً للعقوبة التعزيرية في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية. وسوف أسوق نصاً مقتضباً يبيّن رأي الشرع في هذه المسألة.

قال العز بن عبد السلام: "إن قيل لو أنّ إنساناً قتل رجلاً يعتقد أنه معصوم، فظهر أنه يستحق دمه، أو وطئ امرأة يعتقد أنها أجنبية وأنه زان بها، فإذا هي زوجته أو أكل ما لا يعتقد أنه ليتيم ثم تبين أنه ملكه، أو شهد بالزور في ظنه وكانت شهادته موافقة للباطن، أو حكم بباطل، ثم ظهر أنه حق، فهل يكون مرتكباً لكبيرة مع كونه لم تتحقق المفسدة؟ قلنا: أمّا في الدنيا فيجري عليه أحكام الفاسقين - كعقوبة تعزيرية - وتسقط عدالته لجرأته على رب العالمين، وتردّ شهادته وروايته، وتبطل بذلك كل ولاية تشترط فيها العدالة؛ لأنّ العدالة إنما شرطت في الشهادات والروايات والولايات، لتحصل الثقة بصدقه في أخباره وشهادته وبأدائه الأمانة في ولايته، وقد انخرمت الثقة في ذلك كله لجرأته على ربه لارتكابه ما يعتقد

(1) سحنون، م.س، ج4، ص 531.

(2) الماوردي، الأحكام السلطانية، م.س، ص311.

كبيرة... وأما مفسد الآخرة وعذابها فلا يعذب تعذيب زانٍ ولا قاتلٍ ولا آكلٍ مالٍ حرامٍ؛ لأنَّ عذاب الآخرة مرتب على رُتب المفساد⁽¹⁾ انتهى.

ومعنى العبارة الأخيرة: أن هذه المفساد لم تتحقق فعلا ولم تكن، وبالتالي فهو يعاقب بعقوبة دنيوية فقط بالتعزير دون عقاب الآخرة.

فهذا التفصيل يدلّ بوضوح على الموقف السديد للاتجاه الإسلامي في هذه المسألة - الجريمة المستحيلة- وأرى أنه الراجح والأجدر بالاتباع خاصة في التشريعات الجنائية اليوم في البلاد العربية والإسلامية وذلك لأنَّ:

- 1- الجريمة المستحيلة تكشف أنَّ للجاني نيةً سيئةً وتحمل دلالةً واضحةً على خطورة في نفسيته، وتعبّر عن اتجاه إرادته وقصده لارتكاب الجريمة بصفة مؤكدة ومباشرة.
- 2- وما دام الأمر كذلك وجب أن يعاقب الجاني لردّ اعتدائه وزجر غيره حماية لحقوق الناس ومصالحهم.

والخلاصة أنّ عدم بحث فقهاء الشريعة لنظرية الشروع كما بحثها فقهاء القانون لا يعدُّ خطأً أو تقصيراً منهم، وإنما اختيارهم لطريقة التقسيم التي اتبعوها إلى تامة وناقصة يدلّ على منتهى الدقة والنظر، ولا يهّم بعد ذلك عدم أفراد الشريعة نظرية الشروع ببحث مستقلّ؛ لأنَّ نظرية التعزير أعم منها وأشمل، ويندرج تحتها مثلُ نظرية الشروع دون حاجة إلى تسميتها كذلك، ثمَّ إنّ فقهاء القانون لم يتمكنوا من إيجاد معيار موحد يضبط تمييز الجريمة الناقصة (الشروع) عن الجريمة التامة بدليل كثرة الآراء والمذاهب المختلفة في ذلك⁽²⁾.

ج- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي:

مما سبق يمكن القول بأنَّ نظرة القانون لا تتفق مع نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص مسألة الشروع في صورها الثلاث (الجريمة الموقوفة والخائبة والمستحيلة) فالقانون يعاقب على الشروع في هذه الجرائم بالعقوبة المقررة للجريمة التامة، فمن شرع في ارتكاب جريمة قتل أو سرقة ولم تتحقق النتيجة بسبب توقيفه أو خيبة أثرها أو استحالتها لسبب من الأسباب الخارجة عن إرادة مرتكبها، فإنه يعاقب كما لو ارتكبها تامة.

(1) ابن عبد السلام عز الدين عبد العزيز، القواعد الكبرى، الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق: د. نزيه كمال حمّاد، د. عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ، 2000م، ج1، ص33.

(2) د. بهنسي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص38.

أما الفقه الجنائي الإسلامي وإن كان يوافق القانون مبدئياً على فكرة العقاب عليها، إلا أنه يخالفه في نوع العقوبة؛ فهذه الأخيرة تبقى دائماً تعزيرية ولا تصل بحالٍ إلى حدّ العقوبة المقررة شرعاً للجريمة التامة، فمن شرع في القتل أو السرقة أو الزنا فلا يعقب بالقصاص ولا بقطع اليد، ولا بالجلد؛ لأنّ العقوبات الشرعية سواء كانت حدّاً أو قصاصاً تتسم بالشدّة والقسوة وأنها بدينية توقع جبراً على الجاني ليتحقق مع تطبيقها المنع والزجر.

وقد أحاط الشارع الحكيم تنفيذها بعدد من الشروط الدقيقة واللازمة للاحتياط والتأكد من وقوع الجريمة تامة، وبالمقابل إذا كانت غير تامة يعزر، لما يشتمل عليه فعل كلّ منهم من جرأة على أوامر الله ونواهيه واعتداءً على حقوق الأفراد ومصالح المجتمع، ومنه يظهر مدى رُجحان اتجاه الفقه الجنائي الإسلامي على رأي القانون الوضعي وأفضليته في التطبيق.

وبعد الانتهاء من مفهوم الجريمة أنقل إلى بيان الجزء الثاني من العنوان وهو مفهوم الاشتراك، من خلال تعريفه لغة واصطلاحاً ثم بيان أركانه وأقسامه وأهميته.

المبحث الثاني

مفهوم الاشتراك

المطلب الأول: الاشتراك لغة

المطلب الثاني: الاشتراك اصطلاحاً

المطلب الثالث: أركان الاشتراك في الجريمة

المطلب الرابع: أقسام الاشتراك في الجريمة وأهميته

تمهيد:

أتناول في هذا المبحث تعريف الاشتراك لغة ثم تعريفه اصطلاحاً لدى فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري، ثم أحاول الموازنة والترجيح بينهما، وبعدها أتى لبيان أركان الاشتراك في الجريمة، ثم أقسامه وأهميته وأخصّص لكلّ عنصر منها مطلباً مستقلاً، وكل مطلب قد يتضمن بعضاً من الفروع حسب الحاجة الموضوعية والضرورة المنهجية.

المطلب الأول: الاشتراك لغة

جاء في كتاب العين: مادة شَرَك: الشَّرْكُ: ظلم عظيم، والشَّرِكَةُ مخالطة الشريكين واشتركتنا بمعنى تشاركنا وجمع شريك شركاء وأشراك، وتقول لأمّ المرأة هذه شريكتي، والطريق مشترك؛ أي الناس فيه شركاء، وكل شيء كان القوم فيه سواء فهو مشترك، كالفریضة المشتركة التي قضى فيها عُمر لَمَّا أشرك بين الإخوة الأشقاء والإخوة لأمّ في ثلث التركة⁽¹⁾.
جاء في متن الرحبية⁽²⁾:

واقسم بينهم ثلث التركة فهذه المسألة المشتركة

وورد في لسان العرب: الشَّرِكَةُ والشَّرْكَةُ سواء، وتعني: مخالطة الشريكين يقال اشتركتنا بمعنى تشاركنا، وقد اشترك الرجلان وتشاركا: شارك أحدهما الآخر، والشريك: المشارك، والمرأة شريكة والنساء شرائك.

وفي حديث مُعَاذ: أنه أجاز بين أهل اليمن الشَّرَك أي الاشتراك في الأرض.

وروي عن النبي ﷺ: "الناس شركاء في ثلاث في الماء والكأ والنار"⁽³⁾. قال أبو منصور: ومعنى النار الحطب الذي يُستوقَد به. وطريق مشترك: يستوي فيه الناس، واسم مشترك: فيه معانٍ كثيرة كالعين ونحوها فإنه يجمع معاني كثيرة.

وقد أنشد ابن الأعرابي:

ولا يستوي المرء أن هذا ابن حرة وهذا ابن أخرى ظهرها مُشَرَّك

(فسره فقال: مشترك).

وأشرك بالله جعل له شريكا في ملكه أو في روبيته، تعالى الله عن ذلك.

وقد شَرِكه في الأمر بالتحريك يَشْرِكُه إذا دخل معه فيه، واشترك الأمرُ التيس.

(1) الفراهيدي الخليل بن أحمد ، كتاب العين، تحقيق: د. عبد الوهاب هنداوي، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 1424هـ، 2003م، باب الشين، ج2، ص327.
(2) الرحبي موفق الدين بن الحسن ، متن الرحبية في علم المواريث والفرائض على المذاهب الأربعة، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، (د.ط)، 1992م، ص29، 30.
(3) ابن حجر العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن محمد ، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، مؤسسة قرطبة، ط1، 1416هـ، 1995م، كتاب البيوع، باب إحياء الموات، حديث رقم 1338، ج3، ص143.

وقال الله تعالى على لسان موسى عليه السلام: ﴿وَأَشْرِكُوا فِي أَمْرِي﴾⁽¹⁾؛ أي اجعله شريك فيهِ⁽²⁾.

وعند ابن فارس: الشَّرْكَة: هو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما، ويقال في الدعاء: اللهم أشركنا في دعاء المؤمنين؛ أي اجعلنا لهم شركاء في ذلك⁽³⁾.

(1) طه، آية 32.

(2) ابن منظور، م.س، الشين والعين، ج4، ص2248، 2249.

(3) ابن فارس، م.س، ج3، ص265.

المطلب الثاني: الاشتراك اصطلاحاً

الفرع الأول: في الفقه الجنائي الإسلامي

بحثتُ في كتب الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة فلم أجد لهم تعريفاً للاشتراك في الجريمة، لكنهم بالمقابل يستعملون هذا التعبير أو المصطلح في ضرب الأمثلة في أبواب الجنايات والحدود، للدلالة على الحالة التي يقوم فيها أكثر من شخص على ارتكاب الفعل المجرّم، كما في كتاب تحفة الطلاب للشرقاوي (جرائم الاعتداء على النفس وما دونها)، حيث ذكّر فصلاً كاملاً بعنوان: الاشتراك في الجناية؛ بمعنى حكم وقوع الشركة فيها...⁽¹⁾.

وفي فقه السنة: "إذا أمسك الرجل رجلاً وقتله آخر وكان القاتل لا يمكنه قتله إلا بالإمساك وكان المقتول لا يقدر على الهرب بعد الإمساك فإنهما يقتلان؛ لأنهما شريكان"⁽²⁾.

وعليه فالاشتراك عند الفقهاء يعني الحالة التي يتعدد فيها الجناة ويتحد فيها المشروع الإجرامي، وحتى تكون حالة الاشتراك متوافرة لا بدّ أن تقع جريمة واحدة يشترك فيها اثنان أو أكثر، ويستوي بعد ذلك أن يباشر الجميع الفعل المادي أو يباشره بعضهم ويتسبب فيه آخرون، لذلك فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد جعلوا الاشتراك في الجريمة قسمين اثنين:

أولاً: اشتراك بالمباشرة

وهو الذي ينفذ فيه كل شريك ركن الجريمة المادي أو جزءاً منه، وأطلقوا على الفاعل تعبير "الشريك المباشر" أي من يباشر ويأتي بالفعل المكون للجريمة كمن يشترك مع غيره في حمل المتاع المسروق من حرزه، ومن يشترك مع آخر في قتل إنسان بأن يقوما معاً بضربه ضرباً تنتج عنه الوفاة، بحيث تكون هذه الوفاة نتيجة للفعلين، ويعبّرون عنه أيضاً بلفظ: "الاشتراك بالتماؤ" كما عند فقهاء المالكية.

ثانياً: اشتراك بالتسبب

وهو الذي يكون فيه دور الشريك ثانوياً وأطلقوا عليه تعبير "الشريك المتسبب"، وهو من لا دخل لعمله في تنفيذ الركن المادي للجريمة، وإنما يكون سبباً غير مباشر في تحقيقها عن طريق الفاعل الأصلي، كأن يقوم بدور المساعد في تنفيذ الجريمة، ومثله الممسك في جريمة

(1) الشرقاوي عبد الله بن حجازي الشافعي الأزهرى، حاشيته على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح الأبواب للأنصاري، مطبعة البابي الحلبي، (د.ط، د.ت)، ص363.

(2) سيّد سابق، فقه السنة، دار الفكر دمشق، سورية، (د.ط)، 1414هـ، 1993م، ج3، ص23، 24.

القتل وناقب الحرز في جريمة السرقة، والجريمة بالتسبب هي: التي يتوسط فيها بين إرادة الجاني والنتيجة إرادة أخرى⁽¹⁾.

ورغم أن دور المتسبب لا دخل له في تنفيذ الجريمة إلا أنه سبب في تحقيق نتائجها، ومصطلح الاشتراك في الفقه الجنائي الإسلامي عام إذا أطلق أريد به نوعاً الاشتراك معاً، وإذا أريد به أحدهما أضيف إليه ما يدل عليه.

الفرع الثاني: استعمال المصطلح في الفقه والقانون الوضعيين

أولاً: في الفقه الوضعي

اختلفت كلمة فقهاء القانون الوضعي في استعمال مصطلح الاشتراك، فمنهم من وضعه للدلالة على الاشتراك غير المباشر في الجريمة (الاشتراك بالتسبب)، ويصطلح عليه قانوناً "المساهمة التبعية"، وهذا هو الغالب عندهم⁽²⁾، وأطلقوا على القائم به لفظ "الشريك" أو "المتدخل"؛ وهو الذي يكون دوره في الجريمة ثانوياً لا دخل له في تنفيذ الركن المادي، ويظلّ خارجاً عن وصف نموذج الجريمة الوارد في القانون وإن كان متصلاً به، ومنه يمكن تعريف الاشتراك قانوناً من خلال لفظ "المساهمة الجنائية".

فالمساهمة الجنائية أو المشاركة الإجرامية أو الاشتراك الجرمي، هي عبارات تحمل دلالةً واحدة عند فقهاء القانون، وهم متفقون في تعريفها وتحديد عناصرها وأسواق بعضها منها قصد التوضيح كالاتي:

1- عرّفها الدكتور محمد زكي أبو عامر بأنها: "ارتكاب جريمة واحدة بواسطة عدد من الأشخاص يكون لكل منهم دور في تنفيذ هذه الجريمة تختلف طبيعته و تتفاوت درجته من حالة إلى أخرى"⁽³⁾.

2- وعُرِّفت أيضاً بأنها: "حالة تعدد المجرمين على ارتكاب جريمة واحدة بأدوار مختلفة"⁽⁴⁾.

(1) أبو زهرة، م.س، ج1، ص291 .

(2) د. محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ط1، 1970م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص82.

(3) محمد زكي أبو عامر، وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (د.ط)، 2008م، ص442.

(4) عبدالوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي- القسم العام - مطبوعات جامعة الكويت، ط2، 1975م، ص176.

3- وعرفها الدكتور كامل السعيد بقوله: "إنَّ الاشتراك الجرمي هو تعبير أطلقه المشرع المصري على حالة تعدّد الجناة الذين أسهموا في تحقيق جريمة واحدة، فالجريمة لم تكن ثمرةً لنشاط شخص واحد، وإنما كانت حصيلة تضافر جهود عدد من الأشخاص لكلِّ دوره المادي وإرادته الجرمية، حصيلة تعاون مادي ومعنوي بين عدد من الأشخاص"⁽¹⁾.

4- وهي أيضاً: "حالة تعدد الأشخاص الذين يرتكبون ذات الجريمة سواء كانت تامة أو في طور المحاولة...، إنما أسهم في تحقيقها أشخاص عديدون لكلِّ منهم دوره الذي يتنوع في صورته ويتفاوت في أهميته"⁽²⁾.

5- وعرفها الدكتور عبد الرحمن خلفي بأنها: "ارتكاب عدة أشخاص لجريمة واحدة كان يمكن لأيِّ منهم أن يرتكبها بمفرده"⁽³⁾.

وما يلاحظ على التعريف الأخير أنه يميز المساهمة الجنائية في صورتها العرضية عن المساهمة الضرورية التي يلزم لوجودها تعدد الجناة كما في جريمة الزنا وجريمة الرشوة وجريمة الاتفاق الجنائي.

من التعريفات السابقة، أُصِلَ إلى القول بأنَّ الفقهاء وشرّاح القوانين قد درجوا على استعمال مصطلح المساهمة الجنائية، عوض الاشتراك للتخلّص من الإشكال الحاصل من تخصيص مُسمى الشريك بالمساهم التبعي كما هو الحال في بعض القوانين.

ثانياً: في القوانين الوضعية

من القوانين التي استعملت تعبير "الاشتراك" بهذا اللفظ قانون العقوبات الجزائري في المادة 42⁽⁴⁾، وقانون العقوبات المصري في المادة 40⁽⁵⁾، وقانون العقوبات العراقي في المادة 47، والقانون الليبي في المادة 99، وقانون الإمارات العربية المتحدة في المادة 44، وقانون دولة البحرين في المادة 43.

(1) د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني والقانون المقارن، الأحكام العامة للجريمة والاشتراك الجرمي، دار الفكر، عمان، الأردن، ط2، 1983م، ج1، ص284.

(2) د. سمير عالية، المحامي هيثم سمير عالية، م.س، ص351.

(3) د. عبد الرحمن خلفي، محاضرات في القانون الحثاني العام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د.ط)، 2012م، ص131.

(4) تنص المادة 42 (ق.ع.ج): " يعتبر شريكاً في الجريمة من لم يشترك اشتراكاً مباشراً ولكنه أعان بكل الطرق...".

(5) قانون العقوبات المصري، طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون رقم 95 لسنة 2003، القانون رقم 58 لسنة 1937، بإصدار قانون العقوبات. ينظر الموقع الإلكتروني: www.mohamon.com/montada.

ويُستعمل في بعض القوانين الأخرى تعبير "الشريك" للدلالة على المساهم الأصلي في الجريمة، والذي يعدّ فيه كل شريك فاعلاً أصلياً؛ أي من يباشر تنفيذ الركن المادي للجريمة، ويُطلق على المساهم التبعية فيها تعبير "المتدخل" ومن أمثلتها: القانون الأردني في المواد 75، 76، 80 فقرة 2⁽¹⁾ من قانون العقوبات، والقانون اللبناني المادة 218⁽²⁾، وما بعدها، والقانون السوري المادة 219، وما بعدها⁽³⁾.

لذا فالقوانين العربية لم تتفق في استعمالها لمصطلح الاشتراك من حيث دلالاته على معنى واحد، ولأجل توحيد الاصطلاحات القانونية اهتدى بعض الشراح إلى استعمال تعبير "المساهمة الجنائية" للدلالة على كل حالات المساهمة سواء أكانت أصلية أم تبعية⁽⁴⁾.

وما ينبغي ذكره أنّ مصطلح الاشتراك كان يُطلق ليراد منه الاشتراك بنوعيه الأصلي والتبعية معاً، وليس عنواناً لأحدهما، لكن وبعد استعمال تعبير "المساهمة الجنائية" صار بعض الشراح يفضل استعمال هذا المصطلح بدل تعبير "الاشتراك" ويعطيه ذات المدلول، في حين يفضل البعض الآخر استعماله في الدلالة على الاشتراك الأصلي ويجعل تعبير الاشتراك عنواناً للاشتراك التبعية.

أما القانون الجزائري فقد استعمل مدلول "المساهمة الجنائية" على الاشتراك بصفة عامة وذلك في الفصل الأول من الباب الثاني، في المواد من 41 إلى 46 ق.ع.ج تحت عنوان: **المساهمون في الجريمة**، تماشياً مع الاستعمال الذي أخذت به معظم التشريعات العربية كالقانون المصري لعام 1959⁽⁵⁾، والقانون العراقي⁽⁶⁾، وقانون الجزاء الكويتي⁽⁷⁾.

وهذا التعبير في حقيقته هو ترجمةٌ للاستعمال الفرنسي *participation criminelle*، وأضيف هنا إلى أنّ تعبير "الاشتراك" في القانون الجزائري عند إطلاقه يشمل النوعين معاً،

(1) قانون العقوبات الأردني رقم 60.16 وجميع تعديلاته بتاريخ 01-01-1960، الجريدة الرسمية الأردنية رقم: 1487، والمعدل بالقانون رقم 8-11 بتاريخ 02-05-2011، والمنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم 5090.

(2) مرسوم اشتراعي رقم: 340، صادر بتاريخ 01-03-1943، المتضمن قانون العقوبات اللبناني.

(3) د. القهوجي، م.س، ص 461، 462.

(4) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص 5.

(5) د. حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة- القسم العام- المبادئ العامة للجريمة، أكاديمية شرطة دبي، ط1، 1993 م، ج1، ص 367.

(6) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص 4.

(7) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص 173.

(الأصلي والتبعي) دون أن يكون عنوانا لأحدهما، وهذا المعنى هو الذي أشارت إليه المحكمة العليا الجزائرية في العديد من قراراتها ومنها:

"يعني مصطلح الاشتراك، الوارد باللغة العربية خطأ في المادة 177 مكرّر من ق.ع.ج، إما المشاركة (participation) المباشرة في الاتفاق، أو القيام بدور فاعل في نشاط الجمعية، أو تنظيم ارتكاب جريمة من قبلها، أو الإيعاز بارتكابها، أو المساعدة أو التحريض عليها، أو تسييرها، أو إبداء المشورة بشأنها، وليس الاشتراك (complicité) بمعنى المادة 42 ق.ع⁽¹⁾.

يُفهم منه أنه يقصد الاشتراك بنوعيه مطلقا، وليس الاشتراك التبعي (الشريك) الذي تدلّ عليه المادة 42 ق.ع.ج، بدليل أنه استعمل مثلا المشاركة مرة في التحريض ومرة أخرى في المساعدة؛ فالأول مساهمة أصلية والثاني (المساعدة) مساهمة تبعية، وهو ذات المعنى المقصود للاشتراك عند فقهاء الشريعة الإسلامية كما سبق القول.

وهذه التسمية الأخيرة هي المتداولة في كثير من التشريعات العربية، أذكر منها على سبيل المثال قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة الذي نصّ على حالة المساهمة الجنائية في الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الأول في المواد من 44 إلى 52 تحت عنوان: "المشاركة الإجرامية"⁽²⁾.

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

أولا: أوجه الاتفاق

يتضح من استظهار تعريف الاشتراك في الجريمة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وما يقابله في القانون الوضعي، أنه لا فرق بينهما من حيث المعنى والدلالة، واختلاف اللفظ لا يعني شيئا؛ فكلاهما يقيد ويضبطه بتعدد الجناة ووحدة الجريمة، وهذان القيذان يمثلان في الأصل رُكْنَي الاشتراك الأساسية في كلّ منهما.

(1) قرار رقم 682748 الصادر بتاريخ 2011/11/17، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية لسنة 2012م، العدد 01، ص381.

(2) قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم 3 لسنة 1987، وفقا لآخر التعديلات بالقانون رقم 34 لسنة 2005م، وبالقانون رقم 52 لسنة 2006م، الجريدة الرسمية الإماراتية، عدد 182، بتاريخ 20 ديسمبر 1987م.

ثانيا: أوجه الاختلاف

غير أنّ الفرق بينهما يظهر في التسمية فقط؛ فالفقه الجنائي الإسلامي يجعل من تعبير الشريك مصطلحا عاما لجميع الشركاء، ويميّز بينهما بإضافة ما يتعين به المقصود، كقولهم الشريك المباشر والشريك المتسبب، أما فقهاء القانون الوضعي يجعلون تعبير الشريك عند إطلاقه محدّدا في الدلالة على الشريك بالتسبب أو المساهم التبعي فقط دون المباشر. ومنه يتضح بأنّ مدلول الشريك عند فقهاء الشريعة أشمل وأوسع منه عند فقهاء القانون والتشريعات الوضعية، والتي منها التشريع الجزائري.

الفرع الرابع: المناقضة والترحيع

مما تقدّم يتضح بأنّ الكثير من الشرح لا يزال متأثرا باستعمال مصطلح الاشتراك، حتى إنك لتجدهم عند استعمالهم لتعبير المساهمة فإنهم يقصدون به الاشتراك بنوعيه، وإذا أرادوا نوعا بعينه أضافوا إليه ما يخصّسه كقولهم: مساهمة أصلية ومساهمة تبعية.

هذا التعبير وإن استحسنه الكثير من فقهاء القانون والشرح⁽¹⁾ وحتى التشريعات ومنها التشريع الجزائري، إلا أنه لم يأت بجديد، ما دام أنه إذا أُطلق مجردا دلّ على حالة الاشتراك بنوعيهما، ولا يدلّ على أحدهما مباشرة إلا إذا أُضيف إليه ما يخصّسه منهما، وبالتالي لم يختلف عن مصطلح الاشتراك في شيء هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ تعبير الاشتراك أصحّ لغة؛ لأنه يشمل كلّ شريك مهما كان دوره، ولأنّ الشركة في شيء تعني المساواة في حصص الشركاء كما تعني التفاوت في تلك الحصص، لذلك أرى أنّ تعبير الاشتراك هو الأصحّ استعمالا؛ لأنه يتفق مع معناه ودلالته اللغوية كما سبق.

ثم إنّ اشتقاق المساهمة بمعنى الاشتراك اشتقاق خاطئ واستعمال في غير محلّه؛ لأنّ المساهمة على وزن المفاعلة تعني المقارعة بالسهم، من: "سأهمته مساهمة؛ بمعنى قارعتُه مقارعةً، واستهموا: اقترعوا"⁽²⁾، ولا تعني تشاطر الشيء حصصا كما تعنيه لفظة الاشتراك، ثم إنّ الشريك الأصلي إذا كان فعله يندرج ضمن ركن الجريمة المادي، فإنّ فعل الشريك التبعي لا مدخل له في ذلك الركن، بل يتّصل بالجريمة اتصالا ثانويا في صورة عمل

(1) محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص4.

(2) الفيومي أحمد بن محمد المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، (د.ط)، 1987م، حرف السين مع الهاء وما يتلّهما، ص111.

تحضيري، لذلك يتضح سبب اختياري لصياغة العنوان: "الاشتراك في الجريمة" بدل "المساهمة الجنائية".

وإذا كان الأمر كذلك فإنّ تعبير فقهاء الشريعة الإسلامية هو الراجح في نظري؛ لأنه أدقّ دلالة ووضوحاً ولأنّ الشريك المباشر قد باشر الجريمة بالفعل حين اتصل فعله بركنها المادي، أما الشريك بالتسبب فدوره يقف عند اعتباره مجرد متسبب فيها، عن طريق الاتفاق أو التحريض أو المساعدة.

وقد اخترت التسمية المستعملة في الفقه الجنائي الإسلامي وهي تعبير "الاشتراك في الجريمة" وفضلتها على التسمية المتداولة في القانون رغم الميل الكبير إليها من قبل فقهاء وشرح القوانين، وذلك للاعتبارات والأسباب المشار إليها آنفاً.

المطلب الثالث: أركان الاشتراك في الجريمة

سبق القول بأن الاشتراك الجنائي سواء في الفقه الجنائي الإسلامي أو في القانون يعني حالة تعدد الجناة الذين يرتكبون جريمة واحدة يمنعها القانون، ومنه يظهر أن الاشتراك الجرمي يقوم على دعامين أساسيتين تشكلان ركنا للاشتراك هما: تعدد الجناة ووحدة الجريمة، وإذا كان ركن التعدد لا يثير صعوبة في دلالاته على معناه، فإن ركن وحدة الجريمة ليس كذلك؛ ذلك أن تحديد المقصود منه يتطلب إيجاد ضوابط لتمييز الحالات التي تكون فيها الجريمة واحدة، وبالتالي استبعاد الحالات الأخرى المشابهة.

الفرع الأول: تعدد الجناة

يقصد بهذا الركن أن الجريمة الواقعة ليست وليدة نشاط شخص واحد وإرادة واحدة؛ بأن فُكر فيها وصمّم عليها ثم نفذها بمفرده دون مساعدة أحد، بل هي نتيجة تضافر واجتماع عدد من المجرمين الذين اشتركوا في إبرازها إلى حيّز الوجود؛ شخصين أو أكثر بحيث يكون لكل شريك دور سببي يؤديه في تنفيذها⁽¹⁾، هذا الدور قد يتماثل مع أدوار الآخرين وقد يختلف ويتنوع في طبيعته وأهميته، وبعبارة أخرى يمكن أن يكون جميع الشركاء فاعلين أصليين للجريمة إذا قاموا بأعمال تنفيذية مباشرة فيها، كما يمكن أن يكون بعضهم فاعلا أصليا والبعض الآخر شريكا أو مت دخلا، إذا لم يقم هذا الأخير سوى بأفعال ثانوية تبعية أو تحضيرية، ولا يتصور بحال من الأحوال أن يكون جميع المساهمين شركاء أو متدخلين فقط، بل لا بدّ لقيام الجريمة من وجود فاعل واحد على الأقل أو عدّة فاعلين أصليين⁽²⁾.

وإشكالية هذا الركن تظهر في بعض الحالات أو الصور التي تتشابه أو تختلط به، كجرائم التعدد والتجمهر، مما يتعيّن معه التعرّض لهذه الحالات بشيء من التفصيل حتى تتضح ويتميز بذلك عنها كما سيأتي.

(1) د. محمد عوض، م.س، ص335.

(2) ن.م.و.ص.

أولاً: التمييز بين الاشتراك في الجريمة والجريمة متعددة الأشخاص

تعدّ الجناة كركن أساسي للاشتراك يختلف عن حالة جرائم التجمهر أو تلك المرتكبة وسط الجمهور، خاصة إذا كان في حالة هيجان أو فوضى، هذه الأخيرة التي تفترض بدورها تعدد الجناة أيضاً، لكنّ التعدد هنا يُقدّر بعدد الجرائم المرتكبة بحيث يكون لكل واحد منهم جريمة قائمة بذاتها مستقلةً بأركانها عن الجرائم الأخرى، وإذا كانت هذه الحالة تتفق مع حالة الاشتراك فيما يتعلق بافتراض تعدد الجناة، إلا أنها تختلف عنها في افتراض تعدد الجرائم، لذا ينبغي عدم الخلط بين هذه الحالة وحالة الاشتراك، حتى ولو وقعت هذه الجرائم في مكان واحد أو في زمان واحد أو في أمكنة وأوقات متباعدة أو متقاربة.

وقد قام فريق من الفقهاء بدراسة حالات جرائم التجمهر أو الجرائم التي يرتكبها جموع من الناس، وتوصلوا إلى أنّ للجماهير المجتمعة نفسية خاصة تختلف عن نفسيات الأفراد المكوّنين لها، وانتهوا إلى أنّ بعض الغرائز النائمة في الفرد يمكن لها أن تستيقظ فجأة عند اتصاله بالجمهور، وقد تدفعه إلى العنف دون أن يتمكّن من السيطرة عليها⁽¹⁾.

كما أنّ الدراسات العلمية أثبتت أنّ الأفراد المتواجدين وسط حشودٍ من الجماهير قد يندفعون إلى الإجرام تحت تأثير عوامل لا تكفي لدفع كلّ فرد من أفرادها إليه، وأنهم قد يُقدّمون معاً إلى ارتكاب جرائم خطيرة، لم يكن ليقدم عليها الواحد منهم لو كان منفرداً وفي معزل عن الجماعة.

من أمثلة ذلك: جرائم الجمهور التي تقع من عدد من الأفراد تجمعوا للتعبير عن موقف معيّن مشروع، وفي لحظة مفاجئة يُقدم البعض منهم من غير اتفاق مسبق بينهم على القيام بأعمال شغب من إحراق للمحلات وتخريب للأماكن العمومية والخاصة.

ففي مثل هذه الأحوال لا تنور فكرة الاشتراك في الجريمة، وإنما تتعدد الجرائم بتعدد مرتكبيها ويُسأل كلّ منهم بمفرده حسب الفعل الذي أتاه أو ضُبط به متلبساً ودرجة خطورته؛ لأنّه في مثل هذه الصور يعتبر كل واحد منهم له إجرامه الخاص ومرتكبا لجريمة منفصلة⁽²⁾.

(1) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص 176.

(2) د. حسني محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، (د.ط)، 1989م، ص 280. وينظر د. سمير عالية، والمحامي هيثم سمير عالية، م.س، ص 352.

وقد حاولت بعض القوانين مجابهة هذه الإشكالية كالقانون الإيطالي لعام 1930، والحلّ الذي توصل إليه يتمثل في اعتبار حالة الجمهور المهتاج ظرفاً مخففاً، شريطة أن لا يكون الاجتماع ممنوعاً وألا يكون الفاعل مُجرماً محترفاً أو معتاداً للإجرام أو له قابلية وميلٌ إليه، كما أنّ القضاء الفرنسي بدوره ونظراً لعدم وجود نصّ قانوني ينظّم المسألة، فإنه قد لجأ إلى الأخذ بالبراءة أو بمنح الفاعلين ظرفاً مخففاً حسب الأحوال، وقد جرى العرف عندنا على أن تتأثر هذه الجرائم بالأنظمة السياسية السائدة⁽¹⁾.

ثانياً: التعدد الاحتمالي والتعدد الضروري للجناة

إنّ التعدد الذي تقوم به حالة الاشتراك هو التعدد غير الضروري؛ أي التعدد غير اللازم لقيام الجريمة على سبيل الوجوب لتحقيق النموذج القانوني لها، ويُطلق عليه التعدد الاحتمالي للجناة، فالمطلوب في وصف التعدد باعتباره ركناً من أركان الاشتراك الجنائي أن تكون الجريمة من النموذج الذي يمكن أن تُرتكب فيه بشكل فردي؛ بمعنى أنه يمكن أن تقع من فاعل واحد فقط كما يمكن أن يُسهم فيها عدد من الأشخاص، كجرائم القتل والسرقة مثلاً؛ إذ تقبل هذه الجرائم بطبيعتها الوقوع من قبل شخص واحد وهو الفاعل الأصلي أو المباشر، كما تقبل الوقوع من عدة أشخاص يقومون فيها بأدوار مختلفة متفاوتة، وعندئذ نكون أمام حالة الاشتراك أو المساهمة الجنائية كما يحلو لفقهاء القانون تسميتها⁽²⁾.

ومن الأمثلة المتعلقة بالجرائم التي يشكّل فيها تعدد الجناة مساهمة جنائية في قانون العقوبات الجزائري: جرائم الاعتداء على الأموال وجرائم الدماء برمتها، ومنها على سبيل المثال لا الحصر أحكام المواد: 261، 263، المتعلقة بقتل الأصول والتسميم، والمادة 264 المعدلة⁽³⁾ الخاصة بأعمال العنف العمدية، والمادة 350 المتعلقة بالسرقة وغيرها، فهذه الجرائم يثير التعدد فيها مسألة المساهمة الجنائية المحددة بنص القانون طبقاً للنموذج القانوني للجريمة.

أما التعدد الضروري فيكون في الجرائم التي لا تكتمل أركانها القانونية إلا إذا وقعت بواسطة أكثر من شخص وتُسمى بالجرائم متعددة الفاعلين، بحيث يكون التعدد فيها لازماً

(1) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص176.

(2) الربيع سعدي، المساهمة الجنائية في قانون العقوبات الجزائري، (رسالة ماجستير) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2001م، ص16.

(3) عدلت بالقانون 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 م (ج.ر. 84، ص22).

وضروريا لقيام الجريمة، ولا يُتصور وجود هذه الجرائم إلا بتعدد الجناة فيها، وهذا النوع لا يشكّل تعدد مرتكبيها اشتراكا جُرميا، بل يعتبر ركنا أساسيا من أركانها إذا تخلف لا تقوم الجريمة أصلا، كجريمة الزنا وجرائم الرّشوة والمخدرات والاتفاق الجنائي وجرائم التجمهر وتكوين جمعيات الأشرار وغيرها، فطبيعة هذه الجرائم لا يُتصور وقوعها إلا من جماعة؛ شخصين أو أكثر، بحيث يكون التعدد فيها لازما وحتميا⁽¹⁾.

فالجريمة متعددة الأطراف لا يستطيع أن يقترفها شخص واحد، بينما الطبيعة القانونية للمساهمة الجنائية يكون التعدد فيها احتمالياً وتقبل أن يقترفها شخص أو عدة أشخاص.

يمكن القول ومن خلال الأمثلة السابقة أن الزنا لا يقع إلا من رجل وامرأة، والرشوة كذلك لا تتم إلا من موظف مُرتشٍ وصاحب مصلحة راشٍ، ومثلها أيضا التعامل في المخدرات فلا تحصل إلا من بائع ومشتري...إلخ، أما جريمة القتل أو السرقة أو التزوير فقد يرتكبها شخص واحد، وقد يقوم بتنفيذها أكثر من شخص واحد اثنان فأكثر وهكذا.

ومن الأمثلة أيضا على حالة التعدد الضروري للجناة ما نصّ عليه قانون العقوبات الجزائري من أحكام في المادتين: 126، 127 منه المعدلتين⁽²⁾ وقبل إلغائهما⁽³⁾، التي تنصان على تجريم الرشوة، وأحكام المادتين 176، 177 المعدلتين⁽⁴⁾ المتعلقة بتكوين جمعيات الأشرار، فالتعدد فيها ركنٌ لقيام الجريمة وهذا بصريح المادة السابقة التي نصّها: "كل جمعية أو اتفاق مهما كانت مدته وعدد أعضائه تشكّل أو تؤلّف بغرض الإعداد لجناية أو أكثر، أو لجنحة أو أكثر، معاقب عليه بخمس سنوات حبس على الأقل، ضد الأشخاص أو الأملاك تكوّن جمعية أشرار، وتقوم هذه الجريمة بمجرد التصميم على القيام بالفعل"⁽⁵⁾.

(1) د. نائل عبد الرحمن صالح، محاضرات في قانون العقوبات- القسم العام- دار الفكر للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، (د.ط، د.ت)، ص189، 190. وينظر عماد محمود عبيد، (نظرية المساهمة الجرمية دراسة مقارنة)، مجلة الإدارة العامة، دورية علمية متخصصة ومُحكّمة، الرياض، السعودية، (د.ط)، 1430هـ، 2009م، مجلد 49، عدد1، ص100.

(2) عدلتنا بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004م، (الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 71، ص9).

(3) ألغيتنا بالقانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006م، وعوضنا بالمادة 29 منه، (ج.ر 14، ص8).

وينظر قانون العقوبات الجزائري لسنة 2015م، ص 58-61.

(4) عدلتنا بالقانون رقم 04 – 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 (ج.ر 71، ص9).

(5) عدلتنا بالقانون نفسه.

كذلك ما نصت عليه المادة 97 والمتعلقة بالتجمهر بقولها: "يحضّر ارتكاب الأفعال الآتية في الطريق العام أو في مكان عمومي: التجمهر المسلح، التجمهر غير المسلح الذي من شأنه الإخلال بالأمن العمومي".

ومن أحكام المواد السابقة يتبين أنها تنص صراحة على أنّ التعدد يشكل ركنا لقيام هذا النوع من الجرائم فلا يمكن تصور وقوع جريمة رشوة أو اتفاق جنائي أو تجمهر من شخص واحد، كما لا تتحقق مسألة الاشتراك في الجريمة إذا ارتكبت من شخص واحد؛ لأنّ ارتكاب هذا الأخير لجريمة واحدة يؤدي إلى إيقاع العقوبة المقررة عليه بنص القانون الذي يجرم الفعل الذي ارتكبه، وإذا قام الشخص الواحد بارتكاب عدة جرائم فتتوافر في حقه حالة تعدد الجرائم فقط وليس مساهمة جنائية.

وعليه يُتَبَّعُ الجاني عن الجرائم جميعها ويُنفَّذُ عقوبة الجرم الأشدّ كما هو الحال في بعض التشريعات، ومنها التشريع الجزائري الذي يرى أنّ الشخص إذا ارتكب جريمتين فأكثر، نكون أمام حالة التعدد الصوري للجريمة أو حالة وحدة المجرم وتعدد الجرائم، والتي توفّق فيها على الجاني عقوبة الجريمة الأشد ولا تجمع العقوبتان معاً، طبقاً لنص المواد: 32، 34، 35، فقرة 1 من قانون العقوبات، أو تُجمع العقوبات مع بعضها كما في بعض التشريعات الأخرى، وهي على العكس تماماً عن حالة الاشتراك في الجريمة محل الدراسة.

والسؤال الذي يُطرح هنا: - هل يشكّل عامل التعدّد في الجريمة ظرفاً يقتضي تشديد العقوبة في حق الجناة المشتركين في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري؟ هذا ما سأحاول الإجابة عنه كالاتي:

ثالثاً: حكم تعدد الجناة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

يُطرح هذا العنوان إشكاليةً أساسية تتعلق بالبحث فيما إذا كان من الملائم في التشريع اعتبار تعدّد الجناة سبباً يدعو إلى تشديد عقابهم أم أنه لا يعتبر كذلك.

وبعبارة أخرى: هل يعاقب الشريك في الجريمة بذات العقوبة التي كانت ستوقع عليه لو أنه ارتكبها وحده، أم يجب تشديد عقابه نظير الاشتراك؟

للإجابة عن هذه الإشكالية أقوم ببيان موقف الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري ثم آتي لاختيار الرأي الراجح منهما.

أ- في الفقه الجنائي الإسلامي:

بالرجوع إلى كتب فقهاء المذاهب الأربعة أجد أنهم لا يأخذون بعين الاعتبار التعدد كعامل لتشديد العقوبة على الشركاء، سواء أكانوا فاعلين أصليين فقط أم فاعلين ومعهم شركاء متسببون، وبالتالي فلا يؤثر هذا التعدد على نوع العقوبة التي يستحقها كل منهم كما لو أنه ارتكب الجريمة وحده، فعقوبة الذي يشترك مع آخرين في جريمة ما، هي ذات العقوبة المقررة كما لو كان قد ارتكبها بمفرده.

ومثاله مسألة " قتل الجماعة بالواحد"، يرى الفقهاء أنّ الجماعة إذا اشتركت في قتل شخص واحد، عدّ كلّ واحد منهم قاتلاً ويعاقب بعقوبة القتل وهي القصاص، سواء كثرت الجماعة أم قلت، وهذا لما روي عن عددٍ من الصحابة منهم عمر بن الخطاب وعليّ بن أبي طالب والمغيرة بن شعبة وابن عباس رضي الله عنهم، ومن التابعين سعيد بن المسيّب والحسن وعطاء والثوري والأوزاعي⁽¹⁾، حتى قال عمر رضي الله عنه: " لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم"⁽²⁾، وفي رواية عن سعيد بن المسيّب أنّ عمراً قتل خمسة أو ستة برجل قتلوه غيلة، وقال: " لو تمالاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً"⁽³⁾.

جاء في كتاب المبسوط: " ومعلوم أنّ القتل بغير حق لا يكون في العادة إلا بالتغالب والاجتماع؛ لأنّ الواحد يقاوم بالواحد فلو لم نوجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد لأدّى إلى سدّ باب القصاص وإبطال الحكمة التي وقعت الإشارة إليها بالنص"⁽⁴⁾.

هذا في حال الاتفاق على القتل، أو كما يصطّح عليه عند الفقهاء القتل بالتمالؤ، لكن إذا كان بين الفاعلين شركاء بالتسبب فمذهب مالك هو عدم التفرقة بين الفاعل والشريك فالكلّ سواء في العقوبة، بشرط تواجد هذا الأخير وظهوره على مسرح الجريمة وقت ارتكابها؛ لأنّ حضوره يجعل منه فاعلاً أصلياً ما دام قد تمالاً مع غيره على ارتكابها وقصد العدوان.

(1) السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1409هـ، 1985م، ج26، ص126. الخرشبي سيدي أبي عبد الله محمد، شرحه على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي رحمهم الله، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، ط2، 1317هـ، ج8، ص10. الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، تحقيق: الشيخين علي محمد معوض، وأحمد عبد الموجود، (د.ط) 1421هـ، 2000م، ج5، ص225. ابن قدامة، م.س، ج11، ص591.

(2) البخاري، م.س، كتاب الديات، باب إذا أصاب القوم من رجل، هل يعاقب أم يقتصّ منهم كلهم؟ حديث رقم 6896، ج4، ص272.

(3) مالك بن أنس، م.س، باب ما جاء في الغيلة والسحر، حديث رقم 13، ج1، ص871.

(4) السرخسي، م.س، ج26، ص127.

جاء في شرح الخرشي: "ويقتل الجمع بواحد؛ يعني أنّ الجماعة إذا اجتمعوا على قتل شخص عمدا عدوانا فإنهم يُقتلون به...؛ لأنّ الجماعة المتماثلة على قتل شخص يُقتلون...، ولو لم يل القتل إلا واحد بشرط أن يكونوا بحيث لو استعين بهم أعانوا، كما أنّ المتسبب يُقتل مع المباشر"⁽¹⁾، أما الحنفية فيرون القتل الموجب للقصاص هو القتل المباشر فقط إذا كان عمدا، ولا يرون ذلك بالنسبة للقتل تسببا، إلا إذا كان المباشر بمثابة آلة في يد المتسبب فعندئذ يعاقب قصاصا دون المباشر لها، كما في حالة الإكراه الملجئ على القتل"⁽²⁾.

هذا في جرائم القصاص، أما في جرائم الحدود فالقاعدة أنّ عقوبة الحدّ تجب على المباشر وحده، أما المتسبب فلا يعاقب حداً كالمباشر وإنما بعقوبة تعزيرية ملائمة يراها الإمام، والعلّة في ذلك أنّ جرائم الحدود الغالب في وقوعها يكون بطريق المباشرة ويقلّ حدوثها بطريق التسبب، ونظرا للشدة التي تتّصف بها العقوبات الحدية أختصت بما هو غالب في الأصل في وقوعها، وأما جرائم التعازير فالعقوبة واحدة لا فرق فيها بين مباشر ومتسبب؛ أي أنّها عقوبة تعزيرية، وللقاضي حرية الاختيار لنوع العقوبة التي يراها مناسبة لكل شريك بناءً على قناعته وسلطته التقديرية في ذلك.

ب- في القانون الجزائري

لم يقرّر المشرع الجزائري قاعدةً عامة تقضي باعتبار تعدّد الجناة ظرفا مشدداً للعقوبة⁽³⁾، فهو يعاقب الفاعل بالعقوبة التي يقررها القانون للجريمة حال اكتمال أركانها، ويستوي أي يكون واحد أو متعددا، ففي حالة تعدد الفاعلين يتحمّل كلّ واحد منهم عقوبة الجريمة كما لو ارتكبها بمفرده، وبذلك فالقانون الجزائري يتفق مبدئياً مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية كما سبق بيانه، وهو ما أخذ به من قبل الرأي التقليدي الذي يُنكر أيّ أثر للمساهمة الجنائية على العقوبة المستحقّة للشركاء المباشرين⁽⁴⁾، وهو الرأي الذي تبناه المشرعان المصري⁽⁵⁾، والسوري⁽⁶⁾.

(1) الخرشي، م.س، ج8، ص10.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص239.

(3) د. رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، (د.ط.د.ت)، ص344.

(4) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص50.

(5) د. السعيد مصطفى السعيد، في الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار المعارف، ط2، 1957م، ص265.

(6) د. محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، مطبعة الإحسان، دمشق، ط3، 1393هـ، 1973م، ص220.

أما إذا كان مع الفاعلين الأصليين شركاءً، فالمشرع الجزائري يعاقب الشريك بالعقوبة المقررة للجريمة التي اشترك فيها؛ جنابة كانت أو جنحة، وذلك طبقاً لنص المادة 44 ق.ع.ج بقولها: "يعاقب الشريك في جنابة أو جنحة بالعقوبة المقررة للجنابة أو الجنحة"، وهو بذلك يوافق مذهب المالكية في عدم التفرقة بين المباشر والمتسبب في العقوبة المستحقة.

لكن هذه القاعدة التي قررها المشرع ليست مطلقة بل يرد عليها الاستثناء؛ إذ توجد هناك بعض الحالات التي يعتبر فيها التعدد ظرفاً مشدداً، يدخل في حكم الظروف الموضوعية أو العينية التي تشدد على أساسها العقوبة؛ لأنها تتعلق بطريقة القيام بالفعل المادي للجريمة أو صفته، ويتغير على أساسه تكييف وصف الجريمة، كتلك الحالات التي أشارت إليها مواد القانون الخاص⁽¹⁾، كما في جريمة السرقة التي يرتكبها شخصان فأكثر؛ إذ تصبح بالتعدد سرقةً موصوفةً دون حاجة لتوافر ظروف أخرى، طبقاً لأحكام المادة 353 فقرة 3 المعدلة⁽²⁾ ق.ع.ج بقولها: "إذا ارتكبت السرقة بواسطة شخصين أو أكثر".

ويُشترط هنا أن يكون أكثر من شخص واحد ويشتركون جميعاً في الأعمال التنفيذية للسرقة، سواء كانوا فاعلين أصليين أم شركاء⁽³⁾، فالعبرة في هذا الظرف هو تعدد الأشخاص دون النظر إلى الدور الذي يلعبه كل واحد منهم، فجريمة السرقة في صورتها العادية تكون بسيطة ويعاقب عليها طبقاً لنص المادة 350 المعدلة⁽⁴⁾، لكنها تصبح سرقة موصوفة إذا اقترن بها ظرف مشدد واحد فأكثر والتي بينها المواد من 350 (مكرر) إلى 354 ومنها ظرف التعدد الذي يتغير بمقتضاه وصف الجريمة وتشدد العقوبة، فتصبح جنابةً، ومثلها المادة 361 المعدلة⁽⁵⁾ فقرة 4، 5 من ق.ع.ج التي تعتبر التعدد ظرفاً مشدداً في سرقة المواشي والخيول، والسرقة للمحاصيل والمنتجات الزراعية من الحقول.

ج- المناقشة والترجيح: رغم الحالات الاستثنائية المحددة في القانون الجزائري على اعتبار التعدد ظرفاً مشدداً للعقوبة، إلا أنّ الاتجاه مُنتقد من قِبَل الفقه الجنائي الحديث، ويقضي بجعل تعدد الفاعلين في الجريمة ظرفاً مشدداً للعقوبة مطلقاً وهذا للأسباب الآتية⁽⁶⁾:

- (1) عبد الله سليمان، م.س، ج 1، ص 226.
- (2) عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م، (ج.ر. 84، ص 25).
- (3) أ. لحسين بن شيخ، م.س، ص 164.
- (4) عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م، (ج.ر. 84، ص 24).
- (5) عدلت بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982م، (ج.ر. 7، ص 326).
- (6) أ. د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، م.س، ص 202، وما بعدها.

- 1- ما يلاحظ من كون إجرام الجماعة أشدّ خطورة من إجرام الفاعل الواحد.
- 2- تعدّد الجناة يجعل منهم مجرمين أكثر جرأة وإقداما على ارتكاب أبشع الجرائم خطورة مستقبلا والتي قد لا يكون في وسع الجاني ارتكابها لو كان منفردا، بل ويسهلها ويزيد من إمكانياتهم ويدعمها.
- 3- تعدّد الجناة ينشر الرعب والخوف في نفسية المجني عليه، فلا يتمكن من الدفاع عن نفسه بل يستسلم ويخضع لهم بسهولة.
- 4- كما أنّ التجربة قد أثبتت أنّ الاشتراك الجرمي غالبا ما يحصل من قِبَل أشخاص من ذوي الخبرة في الإجرام، والأكثر من ذلك فإنّ أنصار المدرسة الواقعية أو الموضوعية يذهبون إلى اعتبار عامل تعدّد الجناة وحده، كافٍ ليكون علّة ودليلا على الخطورة الإجرامية الكامنة في نفوسهم. ثمّ إنّ هذا التعدد يمهد الطريق لتكوين جمعيات الأشرار التي تحترف الإجرام وتؤثر سلبا على أمن الدولة وسلامة الأشخاص والممتلكات.

وقد يظهر مبدئيا أنّ القانون الجزائري يوافق ما ذهب إليه فقهاء الشريعة خاصة المالكية، فيما يتعلق بتوحيد العقوبة على كلّ الشركاء من فاعلين وشركاء، وأرى أنّ تعميم تشديد العقوبة القانونية في كلّ الجرائم إذا توافر ظرفُ التعدّد هو الراجح؛ لأنّ هناك قياس مع الفارق كما يقول علماء الأصول؛ فالعقوبات الشرعية لا سيما تلك المتعلقة بجرائم الحدود والقصاص، هي عقوباتٌ مقدّرة تتميّز بالشدّة والقسوة التي تكفل الردع العام وتمنع الجناة الذين عوقبوا بها من المعاودة إلى ارتكابها مستقبلا وتزجر غيرهم، لكنّ العقوبات القانونية لا تتمتع بهذه الخصائص والمميزات، وقد أثبتت التجربة معاودة ارتكابها من قِبَل الجناة المعاقبين بها أنفسهم ومباشرة بعد استنفاد العقوبة.

والأولى هو تعميمها على كافة الجرائم عند توافر هذه الظروف، وهذا الذي يتماشى مع ما نقضي به السياسة العقابية حديثا، فالعقاب ينبغي أن يزداد شدّة كلّما كان تنفيذ الجريمة سهلا؛ لأنّ هذه السهولة تشجع على الإجرام أكثر، فلا بدّ إذن من عقاب شديد يواجهه هذا الإغراء، وكما يقول الفرنسي مونتسكيو: فالغرض من العقوبة هو كبح جماح المجرم وتقليل عدد المجرمين إلى أدنى حدّ ممكن⁽¹⁾، وهذا الفيلسوف إن كان قد رافع لأجل إصلاح نظام

(1) د. منصور رحمانى، م.س، ص35.

التجريم والعقاب، فإنه قد دعا إلى إلغاء الشدة في العقوبة، فالعبرة في نظره ليس بقسوة العقوبة ولكن بضمان توقيع العقاب، وذلك بأن يوقن المجرم أنه لن يفلت من قبضة القضاء.

وفي دعوته لتخفيف العقاب ما يفقد العقوبة قيمتها ووظيفتها الأساسية المتمثلة في تحقيق الردع والزجر، خاصة بالنسبة لمحترفي الإجرام ومعتاديه، وقد ذهبت المدرسة الواقعية إلى إقرار قاعدة عامة تقضي بتشديد العقاب على كل جريمة يتعدّد مرتكبوها، ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه قانون العقوبات الإيطالي في المادة 112 فقرة 1، وعلل رأيه على أساس مذهب المساواة بين المساهمين في الجريمة، مهما اختلفت أدوارهم⁽¹⁾.

وهذا الرأي هو الراجح في نظري لأنه يساير خطة التشريعات التي ترى التعدّد ظرفاً مشدداً للعقوبة، خاصة مع تنامي ظاهرة الإجرام في الآونة الأخيرة بشكل متزايد ومُلفت، ينبئ عن خطورة إجرامية كبيرة تهدد الأمن والاستقرار في المجتمع، ويعكس بحقّ عدم فاعلية وجدية العقوبات القانونية القائمة في القضاء على الجريمة، خاصة إذا عرفنا أنّ التعدّد اليوم قد أخذ أشكالاً مختلفة ومتطورة، فهناك جمعيات الأشرار المختصة في جرائم معينة، وكذلك جرائم الإرهاب والعصابات الدولية التي تستغلّ وسائل الاتصال والمعلوماتية الحديثة في تحقيق أهدافها ومخططاتها، والجريمة المنظمة وجرائم تبييض (غسيل) الأموال والأنترنت التي لا تعرف الحدود.

أمام هذه الحقيقة أصبح من الواجب التصدي لها، من خلال الكشف عن أسبابها واتخاذ السبل الناجعة والتدابير الكفيلة لاستئصالها وحماية المجتمعات من شرّها، وما تشديد العقوبة في مثل هذا النوع من الجرائم إلا إحدى هذه السبل.

الفرع الثاني: وحدة الجريمة

تشكل وحدة الجريمة الركن الثاني للاشتراك، وقد سبقت الإشارة إلى أنّ هذا الركن يشكّل صعوبات كبيرة؛ ذلك أنّ تعدّد الجناة يفترض تعدّد الأفعال التي ارتكبوها، فكيف يمكن القول بوجود وحدة للجريمة بالرغم من تعدّد هذه الأفعال؟

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص52، 53. وينظر د. محمد الفاضل، م.س، ص213.

للجريمة جانبان متميزان لكل منهما تأثير على الجانب الآخر، جانب مادي يضم عناصر الجريمة ذات الكيان المادي المحسوس، وآخر معنوي يضم عناصر الجريمة ذات الطبيعة النفسية، وبالتالي لا تتحقق للجريمة وحدتها إلا إذا اجتمعت بين عناصرها وحدة مادية ووحدة معنوية؛ بمعنى يكون ركنها المادي محتفظاً بوحده وكذلك ركنها المعنوي⁽¹⁾.

وفي مايلي أتطرق لبيان ضابط وحدة الجريمة المادية منها والمعنوية، وموقف الفقه القانوني من شرط الاتفاق المسبق نقده، ثم آتي لموقف القانون الجزائري منه.

أولاً: ضابط وحدة الجريمة

أ- الوحدة المادية للجريمة:

ليس المقصود بالوحدة المادية للجريمة وحدة الركن المادي أو وحدة السلوك دائماً، فهذا الفعل قد يتعدد ويختلف بين الشركاء حسب ما يصدر عن كل واحد منهم من نشاط جرمي، وإنما المقصود هو وحدة النتيجة الجرمية التي تكتمل بها الجريمة، غير أن وحدة الجريمة لا تكفي لقيام مسؤولية المساهم بل لا بد من قيام علاقة سببية بين سلوك كل مساهم والنتيجة التي حصلت فعلاً؛ أي أن نشاط الجاني يرتبط بتلك الجريمة برابطة السببية المادية وبدونها يفقد الركن المادي وحدته، وبالتالي يفقد الاشتراك الجرمي أحد أركانه وينتفي تبعاً لذلك⁽²⁾.

ومن أمثلة هذه الوحدة في جريمة القتل عندما تكون أدوار الشركاء مختلفة؛ أن يقوم أحد الشركاء بتزويد الفاعل بالسلاح، ويقوم الآخر بتوثيق الضحية وشل حركته لمنع المقاومة أو الفرار، بينما يتولى الفاعل ذبحه أو قتله بذلك السلاح، فتكون النتيجة الإجرامية في النهاية واحدة وهي **إزهاق نفس**^(*) الضحية وليس روحها، لكن إذا قدم شخص آخر مسدساً ليستعمله في الجريمة، إلا أن هذا الأخير نفذ فعلته ببندقية أو بسيف أو بالسّم

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص 20.

(2) عيد الله سليمان، م.س، ص 186.

(*) **يقال: إزهاق النفس وليس إزهاق الروح؛ لأنّ الروح من أمر الله ولا أحد يعلم حقيقتها ولا مواصفاتها حتى يزهاقها، قال تعالى: " ويسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي " الإسراء، آية 85. و قد بيّن الله تعالى أنّ التي تزهُقُ هي النفس وليس الروح في آيات كثيرة منها، قوله تعالى: " ولا تقتلوا النفس التي حرّم الله إلا بالحق " الإسراء، آية 33. وقوله **عَلَيْكُمْ**: " أتريد أن تقتلني كما قتلت نفساً بالأمس " القصص، آية 19. وفي الآية: " قال ربي إني قتلت منهم نفساً فأخاف أن يقتلوني " القصص، آية 33. وقوله تعالى: " كل نفس ذائقة الموت " العنكبوت، آية 57. وقوله في آية أخرى: " وما تدري نفس بأي أرض تموت " لقمان، آية 34. يقول البهوتي: " (والقتل): أي: فعل ما تزهُقُ به النفس، أي: تفارق الروح البدن". البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421 هـ، 2000 م. هذا ولقد وجدت غالبية المؤلفات الفقهية الشرعية منها والقانونية ينسبون **الإزهاق للروح لا للنفس** وهذا خطأ، من ذلك قانون العقوبات الجزائري، لما عرّف القتل العمد في نص المادة 254 بقولها: " القتل إزهاق روح الإنسان عمداً ".**

بدلاً من المدس المقدم إليه، فإن صلة السببية بين فعل هذا الشخص والنتيجة التي حصلت تنقطع وبالتالي تتخلف الوحدة المادية للجريمة⁽¹⁾.

وسوف يأتي تفصيل القول أكثر عن علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي بصفة مقتضية في الفصل الأول من هذه الأطروحة، وعليه فإن الشخص الذي انتفت في حقه رابطة السببية بين سلوكه والنتيجة الجرمية المحققة، لا يُسأل إلا عن السلوك الذي خالف به القانون ولا يُسأل عن النتيجة⁽²⁾.

ب- الوحدة المعنوية للجريمة:

لا يكفي لتحقيق الاشتراك الجرمي وقوع جريمة واحدة من قبل عدد من الجناة؛ أي باكتمال عناصر الوحدة المادية، بل لا بدّ أن يضاف إلى ذلك توافر عناصر الوحدة المعنوية، فما المقصود بالوحدة المعنوية للجريمة؟

يقصد بها قيام رابطة ذهنية ونفسية بين جميع الشركاء في الجريمة تحت لواء مشروع إجرامي واحد، تتمثل في رغبة كل شريك في تحقيق ذات النتيجة الإجرامية من جراء المشاركة في هذا المشروع، ويتضح ذلك عندما يوجد بينهم اتفاق سابق⁽³⁾.

وذلك يعني بالضرورة أن يكون الشريك في الجريمة على علم بها وأنه يشارك عمداً غيره فيها، وفي مايلي أتطرق لموقف فقهاء القانون من شرط الاتفاق المسبق لتحقيق الوحدة المعنوية للجريمة، ثم لموقف القانون الجزائري

ثانياً: موقف الفقه القانوني من شرط الاتفاق المسبق ونقده

أ- موقف الفقه من شرط الاتفاق المسبق:

يرى بعض الفقهاء بأن الرابطة الذهنية لا تنشأ إلا إذا وُجد بين المشتركين اتفاق سابق أو تفاهم قبل تنفيذ الجريمة، ولو لفترة زمنية قصيرة تسبق ارتكابها على الأقل أو كان معاصراً لهذا التنفيذ⁽⁴⁾.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص 217.

(2) م.ن، ص 152.

(3) د. منصور رحمان، م.س، ص 176.

(4) د. القهوجي، م.س، ص 468.

وقد استقر الاجتهاد القضائي اللبناني على اعتبار الاتفاق المسبق بين الشركاء شرطاً أساسياً لا بُدَّ منه لقيام الاشتراك الجنائي، خاصة بالنسبة للتدخل في الجريمة أو المساهمة التبعية فيها⁽¹⁾، وهي الصورة الحقيقية للاشتراك بمعناه الصحيح⁽²⁾.

الأخذُ بهذا الاتجاه وإن كان يؤدي إلى نتائج سليمة في أغلب الأحوال؛ إذ جرت العادة أن يكون بين الشركاء تفاهم سابق، ويلجأ بعضهم إلى بعض كي يتعاونوا على تنفيذ المشاريع الإجرامية، وعلى توزيع الأدوار فيما بينهم حيث لا يسعُ الواحد بمفرده تنفيذها، لكنه رغم ذلك تعرّض للنقد والمناقشة.

ب- نقده: تعرّض هذا الاتجاه للنقد الشديّد من غالبية الفقه الجنائي؛ لأنّ الأخذ به يؤدي إلى نفي توافر الاشتراك في الحالات التي يثبت فيها تعاون الشركاء على تنفيذ الجريمة، دون أن يسبق هذا التعاون اتفاقاً أو تفاهم بينهم، كمن يرى فجأة صديقه يتشاجر مع آخر فيقدّم له سلاحاً يستخدمه هذا الصديق في قتل غريمه، ومثله الخادم الذي يعلم بقدوم لصوص لسرقة منزل مخدومه، فيتعمّد ترك باب المنزل مفتوحاً أمامهم انتقاماً منه مثلاً ودون تفاهم سابق بينه وبين أولئك اللصوص⁽³⁾.

وبناءً على الرأي السابق القائل باشتراط وجود الاتفاق المسبق لا يمكن ملاحقة هذين الصديقين ولا الحارس بتهمة الاشتراك في هذه الجرائم؛ لانعدام التفاهم المسبق بينهما، لذلك يتجه الرأي الغالب إلى اعتبار الرابطة الذهنية متوافرة وموجودة وبالتالي تحقق الوحدة المعنوية، بمجرد توافر قصد التدخل في الجريمة واتجاه إرادة الشخص للاشتراك فيها، وقصدُ التدخل المطلوب هنا يقوم على عنصرين هما: العلم والإرادة معاً، ويتحقق عنصر العلم عند اتصال علم الشريك بنشاط الآخرين واتجاه نيته إلى ضمّ نشاطه أو دوره إلى الأدوار الأخرى للشركاء، والتي تؤدي مجتمعةً إلى وقوع النتيجة الجرمية⁽⁴⁾.

(1) د. سمير عالية، هيثم سمير عالية، م.س، ص353.

(2) د. بهنسي أحمد فتحي، الموسوعة الجنائية في الفقه الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، (د.ط)، 1412هـ، 1991م، ج1، ص130.

(3) د. السراج عيود، قانون العقوبات- القسم العام- منشورات جامعة دمشق، المطبعة الجديدة، دمشق، (د.ط)، 1404هـ، 1984م، ص262.

(4) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص198.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى نص المادة 42 المعدلة من قانون العقوبات يتضح بأن المشرع لا يشترط لتحقيق الوحدة المعنوية وجود اتفاق مسبق بين الشركاء؛ لأنّ الاتفاق حالة أخرى، وبالتالي فهو يكتفي باشتراط توافر عنصر العلم لدى الشريك وأنه يساعد شخصا ما على ارتكاب الجريمة، ولو كان لا يعرفه، تماشيا مع الاتجاه الغالب في الفقه.

تطبيقا لذلك يمكن القول بتوافر قصد الاشتراك الجرمي في المثالين السابقين بحسب المادة 42، وبمفهوم المخالفة فإنّ هذا الاشتراك ينتفي بانتفاء قصد التدخل، كما إذا ترك الخادم باب منزل مخدومه مفتوحا إهمالا منه دون أن يعلم بمشروع سرقة، وإن كان فعله قد سهّل عمل الجناة، ومثله أيضا حالة الصديق الذي يشاهد صديقه يتعرض لعدوان فيقدم له سيارته ليهرب بها إلا أنّ الصديق يستخدمها كوسيلة للقتل فيدهس بها خصمه ويقتله، وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الجزائري الذي أكد في العديد من أحكامه أنه لا يمكن معاقبة الشريك بالمساعدة طالما لم يكن عالما بالجريمة⁽¹⁾.

وهو أيضا ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية في بعض قراراتها: "من المقرر أنه لا يشترط لتحقيق الاشتراك بطريق المساعدة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 40 ق.ع.م أن يكون هناك اتفاق سابق بين الفاعل والشريك على ارتكاب الجريمة، بل يكفي أن يكون الشريك عالما بارتكاب الفاعل للجريمة وأن يساعده في الأعمال المُجَهزة أو المنفذة أو المتممة لارتكابها..."⁽²⁾.

والنتيجة أنّ انتفاء الوحدة المعنوية للجريمة تتحقق بانتفاء قصد التدخل فيها، وتبعا لذلك تنتفي معها حالة الاشتراك، ونكون أمام حالة تعدد الجرائم بتعدد مرتكبيها حسب النشاط الذي قام به كل شريك؛ لأنه بانتفاء الرابطة الذهنية تكون الجريمة قد فقدت وحدتها المعنوية، وبانتفاء هذه الوحدة ينتفي معها الاشتراك بمعناه الصحيح قانونا.

والاشتراك الجنائي في الغالب هو الذي يحصل بعد اتفاق مسبق، ولو لم يقع إلا لحظة تنفيذ الجريمة أو بوقت يسير، كأوضح صور الرابطة الذهنية بين الجناة، وبه تتحقق الوحدة

(1) قرار رقم 1، الصادر بتاريخ: 1931.11.06، المجلة القضائية، 1989م، ص316.
(2) محكمة النقض المصرية (الدائرة الجنائية)، الطعن رقم 19349 لسنة 69 ق جلسة (8-5-2000). ينظر الموقع الإلكتروني: www.mohamoon.com تاريخ النشر: 11-07-2004م.

المعنوية للجريمة، إلا أنّ صور الاشتراك ليست محصورةً فقط في الاتفاق المسبق، بل تتوافر إذا كان الشريك عالماً بأفعال الجناة أو الفاعلين في الجريمة وانصرفت نيته أو إرادته إلى الإسهام فيها، ولا يتطلب الأمر عندئذٍ تبادلَ التعبير عن الإرادات وإنما يكفي مجردُ التقائها⁽¹⁾.

(1) د. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، مطبعة أبناء وهبة، (د.ط)، 1994م، ص737.

المطلب الرابع: أقسام الاشتراك في الجريمة وأهميته

الفرع الأول: أقسام الاشتراك في الجريمة

يجعل فقهاء الشريعة الإسلامية وسائر التشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري الاشتراك في الجريمة قسمين: اشتراكٌ بالباشرة ويقابله تعبير "المساهمة الأصلية" في القانون الوضعي، واشتراك غير مباشر أو بالتسبب ويقابله في القانون لفظ "المساهمة التبعية"، وهذا الأخير يكون فيه دور الشريك ثانويًا لا يصل إلى حدّ تنفيذ الركن المادي للجريمة، فهو عبارة عن مجموعة الأفعال المساعدة أو التحضيرية التي تسبق تنفيذ الجريمة ولا تدخل في مادياتها، لكنها تسهّل ارتكابها بالنسبة للفاعل الأصلي أو المباشر لها.

ويُمثّل لها بمن يُمسك بالمجني عليه الفارّ ليمكّن شريكه من قتله، ومن يُقدّم لآخر سلاحًا كالسكين ونحوه يستعمله في القتل، فمع أنّ دور المُمسك أو مُقدّم السلاح لا يدخل في ماديات الجريمة، إلا أنه سببٌ في تحقيق نيتها وهي وقوع الجريمة بفعله وتدخله.

والسؤال الذي يطرح هنا: ما الفائدة من تقسيم الفقهاء للاشتراك في الجريمة إلى مباشرة وتسبب خاصة إذا كانت العقوبة واحدة لكلا الشريكين حسب رأي البعض من فقهاء الشريعة الإسلامية وما نصّت عليه المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري؟

الفرع الثاني: أهمية التقسيم

لعلّ غرض الفقهاء من وراء هذا التقسيم يكمن في ما يلي:

أولاً: ما يترتب عنه من حيث العقوبة، ذلك أنهم متفقون جميعًا على أنّ من باشر الجريمة بنفسه حُرًّا مختارًا يلزم معاقبته بعقوبة الجريمة المنصوص عليها، وهذا بخلاف الشريك المتسبب الذي لم يباشر الركن المادي ولم يَقم بالدور الرئيسي في الجريمة ولم يُنسب إليه تنفيذها، فهُم على خلافٍ بخصوص العقوبة المطبقة عليه وذلك كدور المُمسك⁽¹⁾ والدال⁽²⁾ في جريمة القتل.

(1) السرخسي، م.س، ج24، ص75. الخطاب محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ط)، 1423 هـ، 2002 م، ج8، ص306. البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج5، ص519.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص147. الدسوقي، م.س، ج6، ص189. الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ط1، 1422 هـ، 2001 م، ج7، ص300.

فهذا الدور وإن كان لازماً لحصول النتيجة إلا أنّ الفقهاء اختلفوا اختلافاً كبيراً بخصوص إلحاق عقوبة الفاعل - القاتل المباشر - به من عدمه⁽¹⁾.

ثانياً: إنّ في التمييز بين الشركاء المختلفة أدوارهم ما يزيل الغموض واللُّبس الذي يحصل من تسمية كل واحد من الشركاء بالشريك، دون تفرقة بين من باشر الجريمة ومن لم يباشرها، ثم إنّ الاشتراك المباشر كان محلّ اهتمام الفقهاء - رحمهم الله - حيث قاموا بتفصيل أحكامه وصوِّره المختلفة مع الأدلة في كل من جرائم الحدود والقصاص، أكثر من اهتمامهم ببيان أحكام الاشتراك بالتسبب.

والسبب في هذا الاهتمام كما يقول عبد القادر عودة يرجع إلى سببين:

أ- السبب الأول: أنّ الفقهاء قصرُوا اهتمامهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة وهي جرائم الحدود والقصاص؛ لأنها جرائم ثابتة وأحكامها واضحة بيّنتها النصوص الشرعية، وهي غير قابلة للتغيير أو التبديل كما أنّ عقوباتها جاءت مقدرة لا تقبل الزيادة أو النقصان ولا مجال فيها للاجتهاد، ولأنّ مخالفة ذلك يشكل اعتداءً على حدود الله، ومن خلالها قام الفقهاء بتأصيل قواعدها ووضع الضوابط التي تحكمها.

وبخلاف الحال في جرائم التعازير، التي تشكّل مجالَ الاشتراك بالتسبب، حيث لم يهتموا بها ولم يُفردوا لها أحكاماً خاصة؛ لأنها غير ثابتة وتختلف حسب الأحوال والمكان والزمان، ثم إنّ عقوباتها تقبل الزيادة والنقصان بحسب ما يراه الإمام مناسباً للجاني ومحققاً للمصلحة، لذلك كان من الصعوبة أن يضبطها الفقهاء بقواعد وأحكام خاصة، وهذا بخلاف الحال في الاشتراك المباشر، وذلك ما يبرر اهتمامهم به؛ لأنّ الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحدّ أو القصاص متى كانت جريمته من هذا النوع، أما جرائم التعازير فيرجع السبب في عدم تعرّض الفقهاء لبحثها كون عقوباتها غير مقدرة بنصوص الشرع، وتخضع في جميع الأحوال لتقدير القاضي وقناعاته الخاصة⁽²⁾.

ويجب ألاّ يُفهم من ذلك عدم اهتمام الفقهاء ببيان هذا النوع من الاشتراك بصفة مطلقة، أو أنهم أهملوه إهمالاً كلياً، بل قد بحثوا في ضوابطه العامة من حيث التجريم

(1) النواوي عبد الخالق، جرائم القتل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، (د.ط، د.ت)، ص49.

(2) عودة، م.س، ج1، ص358.

والعقاب، خاصة بالنسبة للجناية الواقعة على النفس أو ما دونها؛ أي جرائم القتل والجرح، ولأنّ هذه الجرائم تقع إما بالباشرة وإما بالتسبب، والاشتراك غير المباشر هو نوعٌ من التسبب وما ذكره عنه كافٍ لاستخراج القواعد العامة التي بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك⁽¹⁾.

ب- السبب الثاني: الأصل في الشريعة الإسلامية أنّ العقوبات فيها مقدرة، ولا توقع إلا على من باشر الجريمة بنفسه دون من تسبب فيها، ويُعتبر السادة الحنفية⁽²⁾ أكثر الفقهاء تمسكًا بتطبيق هذه القاعدة؛ حيث لا يستحق العقاب عندهم إلا من باشر الجريمة وحده، أما المتسبب فتكون عقوبته تعزيريةً في كل الأحوال، إلا في جرائم القصاص في النفس كما سوف يأتي بيّانها في الفصل الأول، فإنّ المتسبب فيها يعاقب بعقوبة الجريمة ليس باعتباره متسببًا بل فاعلاً أصلياً، وذلك في الحالة التي يكون المباشر فيها مجرد آلة في يده كما في الإكراه الملجئ؛ لأنه رغم كونه لا يُعدم الاختيار إلا أنه يُفسده ويعيبه⁽³⁾.

أما باقي الفقهاء فإنهم يسلكون نفس الاتجاه في إيقاع عقوبة الجريمة على المباشر وحده إذا كانت من جرائم الحدود، أما في جرائم القصاص الواقعة على النفس أو ما هو دونها فالقاعدة عندهم أنّ عقوبة الجريمة قد تتعدى إلى غير المباشر.

وحجّتهم في ذلك أنّ طبيعة هذه الجرائم تقع في الغالب بطريق التسبب، فلو اقتصر العقاب فيها على الشريك المباشر وحده لانفلتت منها كثيرٌ من الحالات التي تقع بالتسبب، وبالتالي تفويت تطبيق العقوبة المقدرة على الشريك المتسبب إضافةً إلى ما يترتب عنها من تعطيلٍ للحدود الشرعية⁽⁴⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص358.

(2) ابن نجيم الحنفي زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: د. محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط4، 1426هـ، 2005، ج2، ص190.

(3) السرخسي، م.س، ج24، ص39. الكاساني، م.س، ج7، ص179. أبو زهرة، م.س، ج1، ص287.

(4) عودة، م.س، ج1، ص455، 456.

المبحث الثالث

حدود الاشتراك الجرمي

المطلب الأول: مذهب المساواة بين الشركاء

المطلب الثاني: مذهب تعدد الجرائم بتعدد الشركاء في الجريمة

المطلب الثالث: مذهب التسليم بقيام الاشتراك مع وجوب التمييز بين الشركاء

المطلب الرابع: أهمية التمييز بين الفاعل والشريك ومعايير التمييز بينهما

المطلب الخامس: موقف الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي من

المذاهب الفقهية

تمهيد:

سبق القول أنه باكتمال الركنين من تعدد للجناة ووحدة للجريمة المادية منها والمعنوية يتحقق الاشتراك في الجريمة وتقوم مسؤولية جميع من اشترك فيها، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه: - هل هذه المسؤولية واحدة يتقاسمها جميع الشركاء أم أنها تختلف باختلاف أدوار كل شريك في الجريمة وحسب درجة خطورته؟

وبعبارة أخرى: هل يعدّ الشركاء في الجريمة طائفة واحدة تتحد مسؤوليتهم عنها ويخضعون لعقوبة واحدة، أم يتعين البحث عن الدور الذي قام به كل شريك لتتحدد بذلك مسؤوليته ويستقل عن مسؤولية الآخرين، ويعاقبون كل بحسب خطورته وأهمية الفعل الذي ارتكبه؟

تعدّ هذه الإشكالية هي القضية الأساسية التي يطرحها موضوع الاشتراك الجنائي وهي مشكلة عديدة الجوانب، ووجهات النظر فيها مختلفة وكذلك الحلول التي يمكن وضعها عديدة ومتنوعة أيضا.

وقد اختلف الفقه والتشريع المقارن بخصوص التسليم بقيام مسألة الاشتراك الجرمي، فهل يجب أن يعامل الجميع على قدم المساواة من حيث المسؤولية والعقاب؟ أم على العكس من ذلك يصار إلى التمييز بينهم تبعا لاختلاف الأدوار التي قاموا بها ودرجة خطورتها؟

تنازعت الإجابة عن هذه المسألة عدّة اتجاهات يمكن ردها إلى ثلاثة وهي: الاتجاه الذي يسلم بقيام الاشتراك في الجريمة ويقرّ مبدأ المساواة بين المشتركين، واتجاه ثانٍ ينكر أصلا فكرة الاشتراك من أساسها ويرى تعدد الجرائم بتعدد المشتركين، واتجاه ثالث يذهب إلى التسليم بقيام فكرة الاشتراك في الجريمة مع إنكار المساواة بين الشركاء، فالاتجاه الأول والثاني مأخوذان من الفقه الفرنسي أما الاتجاه الثالث فهو مأخوذ من الفقه الألماني⁽¹⁾.

هذا ما سأحاول بحثه من خلال عرض المذاهب الفقهية والاتجاهات التشريعية ثم أبين موقف كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري من خلال المطالب الآتية:

(1) د. عماد محمود عبيد، م.س، ص103، 105.

المطلب الأول: مذهب المساواة بين الشركاء ونقده

الفرع الأول: مذهب المساواة بين الشركاء

يقوم هذا المذهب الفقهي والتشريعي (الاتجاه القديم) على أساس وجود جريمة واحدة رغم تعدد الشركاء فيها، فهو يدعو إلى ضرورة المساواة العقابية بين جميع الشركاء أو المساهمين في الجريمة لا فرق في ذلك بين فاعل أصلي وشريك، وبالتالي خضوع الجميع لأحكام قانونية واحدة؛ لأنه لا فائدة من التفريق بينهم من حيث العقاب، مادامت أفعالهم في مجموعها لازمة لتحقيق النتيجة، بحيث لو تخلف بعضها ما وقعت الجريمة أصلاً، أو لما وقعت على النحو المبين في نموذجها القانوني⁽¹⁾.

ويستند هذا المذهب إلى عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي أو شخصي.

أولاً: العنصر المادي:

يقوم على أسس نظرية تعادل الأسباب، هذه النظرية تفترض أنه مادام فعل كل شريك قد ساهم في تحقيق النتيجة الإجرامية فهو سبب لها متعادل مع الأفعال الأخرى على قدم المساواة، فأقل الأدوار أهميةً لازمٌ لزوم أكثرها طالما أنه ساهم ولو بقدر ضئيل في التسلسل السببي لوقوعها⁽²⁾، وما دامت أفعال المشتركين تتمتع بفاعلية سببية لازمة في إبراز معالم الجريمة إلى حيز الوجود فلا مبرر ولا ضرورة للتفريق بينها⁽³⁾.

ثانياً: العنصر المعنوي (الشخصي):

يتمثل في قيام التعاون بين جميع الشركاء على تنفيذ الجريمة طالما أن المتدخل أو أي شريك آخر بقبوله الاشتراك في الجريمة يتعين عليه تحمّل جميع ما يترتب عنها من نتائج، ويقوم على أساس الرابطة الذهنية والنفسية بين الشركاء المبنية على العلم والإرادة معاً؛ أي عنصري القصد الجنائي⁽⁴⁾.

وكما سبق القول فإنه لا يشترط أن يعلم كل واحد من الشركاء بأفعال غيره على وجه التفصيل، فالشخص الذي يرشد أحد أفراد العصابة إلى منزل المجني عليه لسرقة محتوياته

(1) د. عبود السراج، م.س، ص263.

(2) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص35.

(3) د. عبود السراج، م.س، ص263. د. عماد محمود عبيد، م.س، ص103.

(4) د. محمد الفاضل، م.س، ص216.

يعدُّ شريكا في جريمة السرقة متى كان يعلم بطبيعة فعله وفعل من يرشده وبالنتيجة، بل إنه ليس من الضروري أن يشمل علمه بأدوار أفراد العصابة الآخرين ولا بمقدار المال المراد سرقته، وأخذ بهذا المذهب قانونُ العقوبات الإيطالي، وقانون الشركاء والمحرضين الإنجليزي الصادر عام 1861م، الفصل الثامن منه، كذلك قانون العقوبات الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نقد المذهب

على الرغم من مزايا هذا المذهب خاصة ما تعلق منها بسهولة التطبيق من الناحية العملية والبعد عن المشاكل التي يثيرها التمييز بين الشركاء؛ إذ لا يكون أمام القاضي سوى التحقق من توافر علاقة السببية بين نشاط الجاني والجريمة المرتكبة وتوافر الركن المعنوي، حتى يحكم عليه بالعقوبة المقررة لها⁽²⁾، إلا أنه لم يسلم من النقد على أساس أنه لا يتفق مع الواقع، ذلك أنّ دور كل مساهم في الجريمة ليس على درجة واحدة من الأهمية والخطورة، فبعض الشركاء يكون لهم دور أساسي في الجريمة ويرى أنها تُرتكب لحسابه وهي بمثابة مشروع الإجماعي ويريد نتائجها، ويرى غيره من الشركاء مجرد مساعدين له يعملون لحسابه، والبعض الآخر يكون دورهم ثانويا أو تحضيريا وإن كان لازما لوقوع الجريمة.

وعليه فهذا المذهب لم يأخذ بعين الاعتبار الاختلاف القائم بين سلوك المشتركين في إحداث النتيجة الجرمية، وهذا لا يتفق مع المبدأ الحديث القائم على تفريد العقاب ومعاقبة كل شريك بالعقوبة التي تتناسب مع تدخله أو فعله، أضف إلى ذلك فإنّ الأخذ به يؤدي إلى اتساع نطاق التجريم والعقاب؛ إذ بمقتضاه يعاقب الشريك على مجرد سلوكه ولو لم يقره بفعل مادي مجرم، فالشريك بالمساعدة الذي ينتهي دوره عند مجرد الأعمال التحضيرية يكون أهلاً للعقاب ولو امتنع الفاعل الأصلي عن تنفيذ الجريمة⁽³⁾.

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص 35 وما بعدها.

(2) ن.م.و.ص.

(3) د. سرور أحمد فتحي، الوسيط في قانون العقوبات- القسم العام- دار النهضة العربية، (د.ط)، 1981م، ص 627.

المطلب الثاني: مذهب تعدد الجرائم بتعدد الشركاء

الفرع الأول: عرض أفكار المذهب

نادى به الفقيه النرويجي " bernhard Getz " في كتابه "المساهمة المزعومة في الجريمة عام 1878"، وظهر هذا المذهب نتيجةً للنقد الذي تعرض له المذهب الأول، وكانت غايته تخليص القانون الجنائي من نظرية الاستعارة، ويُكرِّ أنصاره مبدأ وحدة الجريمة على أساس أنه افتراض يناقض الواقع، ذلك أنه يريد التسوية بين فعلين يقتضي الواجب التفريق بينهما، سواء من حيث طبيعة عمل كل من الفاعل والشريك أو من حيث الظروف المتعلقة بهما، لذا يرى أنصاره أنّ الجرائم تتعدّد بتعدّد مرتكبيها؛ بمعنى أن يكون كل مساهم فيها مرتكباً لجريمة مستقلة عن تلك التي ارتكبها غيره باعتباره فاعلاً لها⁽¹⁾.

وينشأ عن ذلك إلغاء التفرقة بين المساهمين وبالتالي إلغاء فكرة الاشتراك الجرمي من أصلها⁽²⁾، فمن يحرض غيره على السرقة فتحريضه هذا يشكل جريمةً مستقلة سواء وقعت السرقة أم لم تقع، وإذا قام شخص المحرض بالسرقة بناءً عليه فهي جريمة ثانية، والاشتراك فيها يشكل جريمةً ثالثة... وهكذا، فكل مساهمٍ مستقل بنشاطه عن باقي المساهمين معه كما يستقل بظروفه الشخصية، وبالتالي استقلال كل جريمة بعقاب يتناسب وخطورة مرتكبيها⁽³⁾.

الفرع الثاني: مزايا المذهب

لهذا المذهب مزايا عديدة أذكر منها:

- 1- تطبيقه يؤدي إلى نتائج تخالف منطق المساواة التي نادى بها الاتجاه الأول وبالتالي تقادي العيوب والانتقادات الموجهة إليه.
- 2- ويؤدي إلى تطبيق القانون التطبيق السليم ويحقق العدالة الكاملة بين المساهمين، بحيث يُسأل كل جانٍ عن فعله ولا يُسأل عن فعل غيره، كلٌ بحسب دوره وبواعثه الخاصة.
- 3- يحقق هذا المذهب مبدأً أساسياً في التشريعات الجزائية وهو مبدأ تقريد العقاب الذي نادى به الفقيه الإيطالي "كرارا" ثم تبناه بعد ذلك أنصار المدرسة الوضعية الإيطالية، وقد

(1) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص179. وينظر د. حسن محمد ربيع، م.س، ص398.

(2) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص39، 40. أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، م.س، ص149، وما بعدها.

(3) د. محمود نجيب حسني، ن.م.و.ص.

تأثر بهذا المبدأ أيضا قانون العقوبات الإيطالي لسنة 1930 والقانون البولوني لسنة 1931 المادة 28 وما بعدها، والقانون الدنماركي لسنة 1933 المادة 23، والقانون السويسري لسنة 1937 المادة 24 وما بعدها⁽¹⁾.

وينتقد مذهب الوحدة ويعتبره افتعالاً ومحض مجاز، ويرى أنّ الأخذ بوحدة الجريمة يؤدي إلى القول باستعارة بعض الشركاء إجرامهم من بعض، وهذه الفكرة تؤدي بدورها إلى نتائج غير مقبولة؛ ذلك أنّ بعض هؤلاء المشتركين كالمُحرّض مثلاً لا يعاقب إلا إذا نُفذت الجريمة، فعقابه مرهون بوقوع الجريمة من عدمه، رغم كونه قد أتى بفعله واستكمل نشاطه وعبر به عن خطورته الإجرامية، وهذا يعني أنّ العقاب لن يطال شخصا خطراً على المجتمع لا لشيء إلا لأنّ غيره لم يرتكب ما كان منتظرا منه فعله وهو الجريمة، مع أنّ ذلك لا يقلل من خطورته، أما إذا جُرم كل نشاط على حده لأمكن توقيع العقوبة دون اشتراط وقوع الجريمة من عدمه⁽²⁾.

الفرع الثالث: حيوية المذهب

وُجّهت لهذا المذهب عدّة انتقاداتٍ رغم مزاياه التي يتمتع بها منها:

أولاً: تجاهله لطبيعة الاشتراك كحقيقة ثابتة تنشأ بارتكاب مجموعة أشخاص لجريمة واحدة.

ثانياً: إهمال الروابط الواقعية التي تجمع بين المساهمين في الجريمة وتوحدّهم، أهمها الوحدة المعنوية المتمثلة في القصد المشترك بين الجناة نحو تحقيق النتيجة الإجرامية التي يسعون لأجلها، وهذا أمر لا يمكن تجاهله ثم إنّ الفرق واضح بين هذه الحالة وحالة أشخاص لا تجمعهم أية صلة ويرتكبون جرائم متعددة، بحيث يهدف كل منهم إلى تحقيق غاية خاصة به ويأتي فعله لحسابه الخاص.

ثالثاً: يعتمد هذا المذهب على البواعث والغايات كمبرر للتمييز بين أفعال المساهمين، وهذا يتعارض مع المبادئ الأساسية في التشريعات الجزائرية؛ ذلك أنّ هذه التشريعات لا تجعل من الباعث عنصراً من عناصر الجريمة، وبالتالي يعني التناقض بين هذا المذهب وبين تلك المبادئ الأساسية الحديثة للتشريعات، وما تقتضيه المعاملة الجنائية الحديثة⁽³⁾.

(1) د. السعيد مصطفى السعيد، م.س، ص265.

(2) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص179.

(3) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص42.

المطلب الثالث: مذهب التسليم بقيام الاشتراك مع إنكار المساواة بين الشركاء

يقوم هذا المذهب على أساس التسليم بقيام فكرة الاشتراك الجرمي مع وجوب التمييز بين الشركاء وتقسيمهم حسب الأدوار التي قاموا بها، وهو يتفق مع اتجاه المذهب الأول من حيث إقرار مبدأ وحدة الجريمة مع إمكانية قيام الاشتراك فيها، لكنه يختلف عنه في إنكار المساواة العقابية والدعوة إلى تفريد العقاب استناداً إلى الدور الذي قام به كل واحد منهم، وهذا الاتجاه يعتبر هو السائد في الفقه والتشريعات المختلفة، والمعيار الذي يستند إليه هذا الاتجاه هو التمييز بين الاشتراك الأصلي والاشتراك التبعي أو الثانوي⁽¹⁾.

فالاشتراك الأصلي هي الذي يقوم فيه الشخص بدور رئيسي في تنفيذ الجريمة، وذلك بارتكاب الأفعال المكونة للركن المادي لها أو لجزء منها، أو يساهم مساهمة مباشرة في تنفيذها، وهو الذي يُطلق عليه تعبير "الفاعل" أو "المباشر" في قانون العقوبات الجزائري وكذلك القانونين الفرنسي والمصري، وهو "الشريك" في قانون العقوبات الأردني والسوري واللبناني وهو "الشريك المباشر" في الفقه الجنائي الإسلامي كما سبق.

أما الاشتراك التبعي فهي التي يقوم فيها الشخص بدور ثانوي بحيث يأتي بأعمال مساعدة لا تدخل في مجال الأعمال التنفيذية للجريمة ويطلق عليه تعبير "الشريك" في قانون العقوبات الجزائري والفرنسي والمصري، و"المتدخل" في قانون العقوبات الأردني والسوري واللبناني وهو "الشريك المتسبب" عند فقهاء الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

ويبدو أنّ هذا المذهب قد استفاد من النقد الموجه للمذهبين السابقين قبله من خلال الجمع بينهما، وهذا المذهب يعتبر هو السائد في الفقه الجنائي الإسلامي وأغلب التشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري، وهو الذي أرجّحه وأميل إليه، والسؤال الذي يُطرح: - كيف يمكن التمييز بين الأفعال الأصلية والأفعال التبعية باعتبار الاشتراك قانوناً هو مساهمة تبعية تتطلب وجود مساهمة أصلية لقيامه؟ لذلك فإنّ تحديد مدى ارتباط مسؤولية الشريك بمسؤولية الفاعل الأصلي يصبح أمراً في غاية الأهمية، وذلك بالنظر لانعكاساته على مسؤولية الشريك وجوداً وعدمه تبعاً لوجود أو انعدام مسؤولية الفاعل الأصلي، وللإجابة عنه ظهرت عدة معايير فقهية أحاول التطرق إليها في المطلب التالي.

(1) د. عبود السراج، م.س، ص265.

(2) د. عماد محمود عبيد، م.س، ص104.

المطلب الرابع: أهمية التمييز بين الفاعل والشريك ومعايير التمييز بينهما

للتمييز بين الفاعل والشريك أهميته التي لا يمكن للفكر القانوني تجاهلها باعتباره ضرورة واقعية ملحة؛ لوجود فوارق جوهرية بين نشاط كلٍّ منهما من الناحية المادية والمعنوية، وعليه ساقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع؛ أتناول في الفرع الأول أهمية التمييز بين الفاعل والشريك في الجريمة، أما الفرع الثاني فأخصّصه لأهم المعايير المتبعة للتمييز بينهما، في حين يكون الفرع الثالث لطبيعة العلاقة القائمة بين نشاط الفاعل والشريك.

الفرع الأول: أهمية التمييز بين الفاعل والشريك

هناك أهمية كبيرة وفوائد عدّة في التفرقة بين الفاعل والشريك؛ حيث تختلف الأحكام الواجب تطبيقها على كل منهما، بالرغم من أنّ المشرع الجزائري قد ساوى بينهما في العقوبة كما يتضح ذلك من نص المادة 44 ق.ع.ج بقولها: "يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة".

والتساؤل الذي يطرح نفسه هو: إذا كانت المادة 44 ق.ع.ج قد ساوت بين الفاعل والشريك في العقوبة على أساس نظرية الاستعارة، والتي تعني تبعية مسؤولية الشريك لمسؤولية الفاعل كما ذهب إلى ذلك الاتجاه الثاني السابق ذكره، فما فائدة التمييز بينهما؟ تتمثل أهمية التفرقة بين الفاعل والشريك في الشقّ المتعلّق بتطبيق العقوبة، ويمكن ذكر بعض فوائد التمييز بينهما كالآتي:

أولاً: إذا كانت المادة 44 ق.ع.ج تشير إلى عقاب الشريك في الجناية أو الجنحة، فإنه يُفهم منها أنّ الشريك في المخالفة لا عقاب عليه إلا في حالات استثنائية، كما في مخالفات الضرب والجرح العمدي والمشاجرة وأعمال العنف الأخرى، المنصوص عليها في المادتين 442 ف1، و442 مكرر من ق.ع.ج، في حين يعاقب الفاعل والمحرّض على المخالفة.

ثانياً: يتوقف وصف الجريمة على الصفة الشخصية للفاعل لا على صفة الشريك، وعليه فإنّ تقدير الأركان المكونة للجريمة والظروف المشددة لها يتمّ بالنظر إلى الفاعلين الأصليين وليس إلى الشركاء، فلا يعتدّ في جريمة السرقة مثلاً بالشريك في تحديد ظرف التعدد⁽¹⁾.

(1) يأخذ المشرع الفرنسي وضعيّة "الشريك" بعين الاعتبار في تحديد ظرف التعدد، منذ تعديل قانون العقوبات سنة 1981م.

ثالثا: مدى وجوب توافر أركان بعض الجرائم؛ إذ يوجد منها ما لا يُتصور وقوعها إلا من شخص ذي صفة معينة، فالرشوة لا تحقق إلا من موظف عام، والزنا لا يتصور ارتكابها إلا من متزوج (طبعا في القانون)، ويترتب عليه أنّ مثل هذه الصفات ينبغي توافرها لدى الفاعل الأصلي، لكنها ليست مطلوبة بالنسبة للشريك الذي يساهم في ارتكابها بالمساعدة أو بالاتفاق أو بالتحريض قبل تعديل المادة 42 ق.ع.ج، فلو تخلفت إحدى هذه الصفات لدى الفاعل، انتفت الجريمة في حقه، لكن تخلفها عند الشريك لا يمنع من توافر الجريمة.

رابعا: من الجرائم ما لا عقاب عليها إذا اضطلع بتنفيذها شخص بصفته فاعلا، لكن يعاقب عليها إذا تدخل فيها كشريك، ومثال ذلك الانتحار فمع أنّ المشرع الجزائري لا يعاقب عليه؛ لأنه لا يشكّل جريمة في حدّ ذاته ورغم ذلك يُجرّم الاشتراك فيه متى وقع الانتحار فعلا، وهو ما نصّت عليه المادة 273 ق.ع.ج بقولها: "كل من ساعد عمدا شخصا في الأفعال التي تساعد على الانتحار أو تسهله له أو زوّده بالأسلحة أو السمّ أو بالآلات المعدة للانتحار مع علمه بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفذ الانتحار"، والذي يعطي سلاحا أو حبالا لشخص آخر يستعمله في الانتحار⁽¹⁾.

كما يعاقب الشخص الذي يأتي عملا تنفيذيا من أعمال القتل، بناء على طلب المجني عليه كفاعل أصلي وليس كشريك، كما في القتل الرحيم أو القتل إشفاقا على المريض الذي لا يرجى برؤه أو شفاؤه، فإنه يعتبر جريمة يعاقب فاعلها بعقوبة الجريمة بصفته فاعلا أصليا، لوجود القصد الجنائي لديه ولا عبرة بالباعث أو الدافع مهما كان⁽²⁾.

الفرع الثاني: معايير التمييز بين الفاعل الأصلي والشريك

اختلف الفقه القانوني حول إيجاد معيار موحد يُعتمد عليه للتمييز بين الفاعل والشريك، وهذا ما جعل بعض الفقهاء ينادي بوجوب إلغاء التفرقة بينهما لعدم الاستقرار على وضع معيار واحد لها هذا من جهة، ولعدم الفائدة من جهة ثانية لأنّ أفعال المساهمين جميعا تتساوى في قيمتها السببية، ويرى أنه إذا تساوى الاثنان في أصل المسؤولية والعقاب فالبحت بعد ذلك عن معيار للتمييز بينهما يكون جهدا عقيما عديم الفائدة والجدوى⁽³⁾.

(1) أ. بن الشيخ لحسين، م.س، ص25.

(2) ن.م.و.ص.

(3) د. عوض محمد، م.س، ص339.

غير أنّ أغلبية الفقه يرى أنّ التفرقة بين الفاعل والشريك ضروريةٌ ولها قيمتها الفقهية فضلا عن الآثار القانونية، وظهرت نتيجةً لذلك مذاهبٌ كثيرة يمكن إرجاعها إلى ثلاثة هي: المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي والمذهب المختلط، وفيما يلي أتعرض لهذه المذاهب بشيء من التفصيل، ثم أبين موقف الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري منها.

أولاً: المذهب الشخصي

أ- عرض أفكار المذهب:

يرى أنصاره أنّ الأساس الذي يصلح الاعتماد عليه كضابط للتمييز بين الفاعل الأصلي والشريك هو المعيار الشخصي والمتمثل في شخصية الجاني، وأساسه علم الجاني وإرادته؛ أي البحث في عناصر الركن المعنوي، فمن توافرت لديه نية الفاعل رأساً فهو مساهم أصلي، ومن توافرت لديه نية الاشتراك أو التدخل فقط فهو مجرد شريك، وعليه فهذا المعيار يبحث عن الإرادة الحقيقية لدى كلٍّ منهما⁽¹⁾.

ب- حُجَّتُه:

هو استحالة التمييز بين الأفعال المختلفة؛ أيّ منها ساهم في إحداث النتيجة الإجرامية واعتبار صاحبها فاعلاً أصلياً أو مباشراً، وأيّ منها يجعل مرتكبها شريكاً أو مساهماً تبعياً، والفاعل في نظره من كانت إرادته مطلقة واتجهت إلى الجريمة ابتداءً ويرى الجريمة ترتكب لحسابه، أما الشريك فهو الذي اتجهت إرادته إلى الاشتراك فحسب في مشروع غيره ابتداءً، ويرى نفسه مجرد شريك للفاعل وإرادته تابعة لإرادته، فهي إرادة غير مباشرة ولا مستقلة، يريد الجريمة التي يريدها الفاعل الأصلي ولحسابه تُرتكب⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك فإنّ من يقوم بوضع الخطة الإجرامية ويرسّم معالمها ويوجّه أدوار المساهمين فيها إلى كيفية تنفيذها، دون أن يقوم هو بأي فعل مادي، يكون فاعلاً أصلياً للجريمة، ومثله الذي يطلق النار على شخص بريئ لقاء أجرٍ يعدّ شريكاً أو متدخلاً في الجريمة، أمّا من يعطيه الأجر لقاء فعله يكون هو الفاعل الحقيقي؛ لأنّ مُطلق النار يرى قيامه بالجريمة لحساب غيره في الوقت الذي يعتبر فيه هذا الغيرُ الجريمةَ جريمته⁽³⁾.

(1) د. عبود السراج، م.س، ص266.

(2) د. القهوجي، م.س، ص476.

(3) د. كامل السعيد، م.س، ص294. د. رضا فرج، م.س، ص299 وما بعدها.

ج- نقد المذهب:

تعرض هذا المذهب للنقد الشديد كونه غامضا وصعب الإثبات؛ إذ كيف يمكن التمييز بين قصدِ الفاعلِ الأصلي وقصد الشريك والتعرف عليه؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن بل ولا يستساغ قانونا اعتبار شخص ما فاعلا بمجرد توافر نية الفاعل لديه، دون أن يرتكب فعلاً أو نشاطاً مادياً ملموساً يرتبط مع أنشطة المساهمين معه. أضف إلى ذلك أنه لم يقدم معياراً عملياً واضحاً للفرقة بين الفاعل والشريك، وزاد الأمر تعقيداً لما اعتمد على النية الإجرامية للجاني، وهي أمر نفسي داخلي يصعب الكشف عنه، ثم إن التمييز بين قصد الفاعل وقصد الشريك أمر لا يعتمد على القرائن الظاهرة، فهو لا يعتمد على الإرادة الظاهرة للجاني، خاصة وأن القاضي عادة يعتمد على النشاط الإجرامي الذي يأتيه الشخص لاستظهار إرادته وقصده⁽¹⁾.

ثانياً: المذهب الموضوعي

يعتمد أنصار هذا المذهب في التمييز بين الفاعل والشريك على معيار الركن المادي للجريمة والذي مرده نوع الفعل المرتكب، فإذا كان الفعل أو الأفعال التي ارتكبها الجاني خطيرةً ورئيسية ذات تأثير بالغ في إحداث النتيجة فهي مساهمةً أصليةً، أما إذا كانت مجرد أفعال تحضيرية أو تمهيدية أقل تأثيراً فهي مساهمةً تبعيةً وبعد ارتكابها شريكاً لا فاعلاً⁽²⁾، والسؤال الذي يمكن طرحه: - بماذا تتحدد هذه الأفعال وكيف تتميز عن بعضها البعض؟ انقسم أنصار هذا المذهب إلى اتجاهين مختلفين هما الاتجاه الشكلي والاتجاه المادي.

أ- الاتجاه الشكلي:

1- عرض أفكار الاتجاه: ينطلق هذا الاتجاه (القضاء الفرنسي والألماني) في تحديد الركن المادي للجريمة استناداً لما هو وارد في النص القانوني، ومعناه أن الشخص الذي يرتكب الفعل المكون للركن المادي للجريمة أو لجزء منه كما بينه النموذج القانوني يعدُّ فاعلاً أصلياً، في حين يُعتبر شريكاً الذي يقوم بأفعال أقل صلةً به؛ لأن أفعاله مخالفةٌ للنموذج القانوني للجريمة، وبالتالي فهي أعمالٌ تحضيرية مشروعةٌ في الأصل لا عقاب عليها ولا تكتسب الصفة غير المشروعة إلا إذا أُضيفت إلى أفعال أخرى جرّمها القانون⁽³⁾.

(1) د. عبود السراج، م.س، ص266.

(2) ن.م.و.ص. وينظر د. رضا فرج، م.س، ص300 وما بعدها.

(3) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص180.

2- نقده:

تعرض هذا الاتجاه للنقد الشديد على أساس أنه يفترض في نصوص القانون أن تحدد لكل جريمة سلوكها القانوني في كل الأحوال وهذا خطأ؛ لأنّ المشرع في أحوال أخرى يعين السلوك بأثره لا بشكله، فهو لا يرسم له صورة محددة بل يعتمد إلى التعميم والإطلاق كما في جريمة القتل الذي لا ينحصر في فعل معين بذاته بل يتسع لكل ما يحدث الوفاة⁽¹⁾.

ب- الاتجاه المادي:

يذهب هذا الفريق من أنصار المذهب الموضوعي إلى التوسيع من نطاق الركن المادي للجريمة، فلا يجعله محصورا فيما هو محدد بالنص القانوني؛ لأنّ النص القانوني يحدد فقط الوقائع النموذجية للنشاط الإجرامي، بل يتجاوزه ليشمل أيّ فعل آخر يُعتبر من قبيل الأعمال الضرورية التي تؤدي إلى وقوع النتيجة الجرمية، ويُقصد بذلك الأفعال المباشرة التي لا تدخل في تكوين ماديات الجريمة، إلا أنها ضرورية ذات صلة بالتنفيذ، بحيث لو تخلفت لم تقع الجريمة أصلا أو أنّ وقوعها يكون خلافا للصورة التي تمت بها⁽²⁾.

ويشترط بعض الفقهاء لتحقيق هذه المساهمة ضرورة ظهور الجاني على مسرح الجريمة ليعاصر نشاطه الوقت الذي وقعت فيه، فالشخص الذي يراقب الطريق بينما يباشر زملاؤه السرقة يُعتبر فاعلا أصليا لا شريكا؛ لأنّ فعله تزامن ووقت وقوع السرقة، ومثله من يقوم بتلحية صاحب المنزل ليتمكن زملاؤه من سرقة محتوياته فهو فاعل، وكذلك الممسك بالمجني عليه ليمنع مقاومته حتى يتمكن الفاعل من طعنه بالسكين⁽³⁾.

ثالثا: المذهب المختلط

أ- عرض أفكار المذهب:

نظرا للانتقادات الموجهة إلى المذهب الموضوعي والشخصي ظهر مذهب ثالث هو المذهب المختلط، ومن تسميته يُستدل على معناه، ويذهب إلى الجمع بين الجانب الموضوعي للجريمة والجانب الشخصي للجاني، وقد اعتمد هذا المذهب على فكرة توزيع الأدوار للتمييز بين الفاعل الأصلي والشريك، والتي بمقتضاها يتولى الفاعل وضع خطة

(1) د. عوض محمد، م.س، ص300.

(2) ن.م.و.ص.

(3) عبد الله سليمان، م.س، ص191. د. رضا فرج، م.س، ص303. د. القهوجي، م.س، ص477.

الجريمة وتقسيم الأدوار بين الجناة، وهذا الاتجاه بين معيار التقارب الزمني في المذهب الموضوعي وفي اتجاه إرادة الفاعل في المذهب الشخصي⁽¹⁾.

كما يستند إلى فكرة السيادة أو السيطرة على المشروع الإجرامي، فالفاعل هو صاحب الفكرة أو السيادة على المشروع الإجرامي، وهو يكون كذلك إذا اتجهت نيته إلى تحقيق غاية أو هدفٍ مُعيّن، هذا من جهة، ومن جهة ثانية السيطرة على فعله وتوجيه نشاطه إلى تجسيد تلك الغاية على أرض الواقع، فهو من يسيطر على الفعل ويوجه إرادته نحو تحقيق الغاية المعيّنة، ولو كان دوره المادي يقتصر على مجرد التحضير للجريمة أو المساعدة على ارتكابها، أما الشريك فهو من اتجهت إرادته وقصده إلى تسهيل الوصول إلى هذه الغاية واقتصرت سيطرته على وسيلة تدخّله لا على الفعل المكوّن للجريمة⁽²⁾.

ب- نقده:

يؤخذ على هذا المعيار ما يؤخذ على المعيار الشخصي من صعوبة في تطبيقه، كما أنه من الناحية المادية كان محلّ نقدٍ؛ لأنّ فكرة السيطرة على الفعل المادي فكرة غامضة يصعب تحديدها، كما أنّ هذا المعيار لا يميّز المشتركين في الجريمة على أساس دور كل واحد منهم، بل إنه يعطي للأعمال التحضيرية أهمية تفوق أحيانا الأعمال التنفيذية، لا لشيء إلا للقول بالسيطرة على الفعل المكوّن للجريمة⁽³⁾.

رابعاً: الرأي الراجح

بعد عرض مذاهب المساهمة الجنائية المتعلقة بكيفية مساءلة الجناة عند تعددهم حال ارتكابهم لجريمة واحدة ظهرت ثلاثة مذاهب أساسية في هذا الصدد هي مذهب وحدة الجريمة أو مذهب المساواة بين المجرمين، ومذهب تعدد الجرائم بتعدد المساهمين فيها، ومذهب التسليم بقيام الاشتراك مع ضرورة التمييز بين الشركاء، وأوضحت عند عرض كل مذهب ما له وما عليه، وفي مقام المفاضلة أورد عدة اعتبارات يتعيّن ذكرها قبل إبداء الرأي: **الاعتبار الأول:** أنه لا يمكن تجاهل الروابط المعنوية التي قد تجمع بين المساهمين وهم بصدد اقتراف جريمة واحدة لتحقيق غاية واحدة وهي نتيجة هذه الجريمة المعاقب عليها.

(1) د. القهوجي، م.س، ص 447.

(2) محمد عيد الغريب، م.س، ص 764.

(3) د. القهوجي، م.س، ص 477، 478.

الاعتبار الثاني: انطلاقاً من قوله تعالى في الآية الكريمة: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾⁽¹⁾، فلا يمكن مساءلة شخصٍ بالنظر إلى ما اقترفه غيره، أو تكليف عقوبته بناءً على ما يتوافر لدى هذا الغير من ظروف خاصة تتعلق به، إلا إذا كان على علمٍ بها.

الاعتبار الثالث: أنه لا بدّ من اجتناب الثغرات التي من شأنها أن تؤدي إلى إفلات بعض الجناة من العقاب، كما سبق في مذهب الوحدة عندما يفلت الشريك من العقاب؛ لأنّ الفاعل غير معاقبٍ لظروف تتعلق به، خاصة وأنّ الشريك قد أتى بفعله كاملاً وأفصح به عن نواياه وكشف عن خطورته الإجرامية.

الاعتبار الرابع: إنّ التفرقة بين دور الفاعل ودور الشريك تُمثّل حقيقةً واقعيةً لا يمكن تجاهلها، ولا يسوغ التضحية بها لمجرد وجود بعض الصعوبات التي تعترض سبيل ذلك.

الاعتبار الخامس: أخيراً فإنّ مقتضيات السياسة الجنائية الحديثة الداعية إلى تفريد العقاب تتطلب تقسيم المساهمين حسب أدوارهم، وأن يُحاسب كل جانبٍ وفقاً للدور الذي شارك به في الجريمة، وهو ما أكدته الآية الكريمة السابقة قبل ذلك بقرون.

وبناءً على هذه الاعتبارات الهامة فإنّي أرجح من حيث المبدأ مذهب الوحدة مقترنا بفكرة الاستعارة المقيدة أو النسبية، كما سيأتي بيانها في الفرع الثالث الآتي ذكره، مع الأخذ بعين الاعتبار استقلال كلٍّ مساهمٍ بظروفه الخاصة والنظر إلى خطورته الإجرامية التي تتجسّد في الدور الذي شارك به في الجريمة، وتكليف صفة الشريك الجنائية في الأصل من فعل الاشتراك ذاته الذي ساهم به ومن قصده الخاص، لا من علاقته بالفاعل الأصلي؛ لأنه في الأصح شريكٌ في الجريمة لا شريكٌ مع فاعلها.

ويترتب عن ذلك أن لا يتأثر بالظروف الشخصية التي يترتب عنها تشديدٌ أو تخفيفٌ العقوبة، إلا من توافرت لديه تلك الظروف واتصلت به دون غيره من المساهمين الآخرين، أما الظروف الموضوعية أو اللصيقة بالجريمة فإنها تسري على الجميع من فاعلين وشركاء متى كان الشريك يعلمها.

كما أنّ المذهب المختلط له ما يبرّجه هو الآخر، باعتباره المذهب الذي اختاره أغلب فقهاء القانون؛ لأنه يميز بين الشركاء على أساس فكرة السيطرة والاستحواذ على الجريمة،

(1) فاطر، آية 18.

فالفاعل هو ترجمةً لسلوك إنساني وليس مجرد حركة عضوية جامدة، أي هو فعلٌ صادرٌ عن إرادة إنسانية مُدركةٍ تدفع الأعضاء إلى القيام بفعلٍ قصدَ تحقيق غاية معينة، وبالتالي فالفاعل هو صاحب الدور الرئيسي في الجريمة بمادياتها ومعنوياتها، أما من كانت سيطرته على وسيلة اشتراكه فحسب فهو شريك تبعية لا غير.

الفرع الثالث: طبيعة العلاقة بين نشاط الفاعل والشريك

يترتب عن هذا التمييز وجود علاقة قائمة بينهما لها أثرها على نوع العقوبة المستحقة لكل منهما، والسؤال الذي يثور هنا: - ما طبيعة هذه العلاقة من حيث المسؤولية والعقاب خاصة ما تعلق منها بتكليف نشاط الشريك التبعية؟

اختلف الفقه أيضاً بخصوص تحديد طبيعة هذه العلاقة وتعددت نظرياته في التعبير عنها، وقد ظهر بهذا الصدد نظريتان اختلفت التشريعات في الأخذ بهما؛ هما: نظرية الاستعارة ونظرية الاستقلالية؛ الأولى مأخوذة عن الفقه الفرنسي والثانية عن الفقه الألماني.

أولاً: نظرية الاستعارة:

ترى هذه النظرية أنّ علاقة الشريك بالفاعل هي علاقة استعارة، أي أنّ الشريك يستعير صفته الإجرامية من الفاعل وهي نوعان: استعارة مطلقة واستعارة نسبية.

أ- الاستعارة المطلقة:

1- عرض أفكار النظرية:

هذه النظرية قديمة مأخوذة عن الفقه الفرنسي كما سبق، وتُفسّر علاقة الشريك بالفاعل على أساس أنّ الشريك يستعير صفته الإجرامية كاملة من الفاعل، وهما يشتركان في المسؤولية والجزاء على قدم المساواة؛ لأنّ الفاعل يُلقى بظله كاملاً على الشريك، وبحسب هذه النظرية فإنّ مسؤولية الشريك تدور مع مسؤولية الفاعل وجوداً وعدمًا.

أما بالنسبة للظروف المادية للجريمة في نظرها فإنها تمتد لتشمل جميع الشركاء فيها من فاعلين وشركاء، أما الظروف الشخصية إذا كانت متوافرة لدى الشريك فلا يمتد أثرها إلى الفاعل، وإذا كانت متوافرة لدى الفاعل فإنها تنتقل إلى الشريك⁽¹⁾.

(1) د. عماد محمود عبيد، م.س، ص105.

2- نقد النظرية:

- يترتب على الأخذ بهذه النظرية نتائج تبدو أنها غير منطقية بل وغريبة أذكر منها:
- الشريك لا يُسأل إلا في حدود الخطورة الإجرامية للفاعل، فإذا حرّض شخص آخر على قتل ثالث ثم عدل شخص المحرّض عن فعله فلا مسؤولية على المحرّض!
 - لا يُسأل الشريك عن قصده الخاص وإنما يتبع في ذلك قصد الفاعل، فإذا ارتكب هذا الأخير جرائم أخرى لم تكن محل اتفاق مع الشريك ولم تترد على خاطره بل ولم يقصد ارتكابها فإنه يُسأل عنها ويُعاقب!!
 - الشريك يستفيد من الظروف الشخصية التي قد تلحق الفاعل الأصلي.
 - عدم مساءلة الشريك إذا انقضت الدعوى العمومية في حق الفاعل الأصلي.
 - الشريك في الدعوى المدنية يُعامل معاملة الفاعل من حيث المسؤولية (التعويض)⁽¹⁾.
- مما سبق يتبين أنّ هذه النظرية لم تقدّم معياراً موضوعياً مقبولاً يُمكن الاعتماد به في التمييز بين طرفي الاشتراك في الجريمة، وعليه فلا يمكن الاستناد إليها في تحديد طبيعة العلاقة بين الطرفين، وهذا ما أدى إلى ظهور نظرية أخرى وهي نظرية الاستعارة النسبية.

ب- الاستعارة النسبية:

1- عرض أفكار النظرية:

نظراً للنتائج السلبية التي أفرزتها النظرية السابقة، تحول عنها الفقه والقضاء بعض الشيء إلى نظرية أخرى هي نظرية الاستعارة النسبية، هذه الأخيرة وإن كانت تتفق مع سابقتها في كونها تأخذ بفكرة استعارة التجريم، إلا أنها قد أدخلت عليها تعديلات قللت من تطرّف النتائج المترتبة عن سابقتها، وتقضي بضرورة التفرقة بين الفاعل والشريك بالنظر إلى حجم المسؤولية ومقدار العقاب، أما الظروف الشخصية، فلكلّ ظروفه الخاصة التي يستقلّ بها، وإذا كانت ظروف الفاعل الشخصية تُغيّر من وصف الجريمة، تأثر بها الشريك؛ لأنه يستعير إجرامه من إجرام الفاعل أما إذا كانت هذه الظروف لا تُغيّر من وصف الجريمة فلا يتأثر بها الشريك⁽²⁾.

(1) إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتلب اللبناني، بيروت، (د.ط) 1981م، ص 145، 146. وينظر عبد الرحمن خلفي، م.س، ص 145.

(2) د. كامل السعيد، م.س، ص 296. د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص 47.

وحسب هذه النظرية فإنّ أفعال الشريك تكون أقلّ خطورة مقارنة لها بأفعال الفاعل، وعقوبته تكون أخفّ من عقوبته، وهذه النظرية لا تساوي في المسؤولية بين طرفي الاشتراك.

2- تقييم النظرية ونقدها:

نظرية الاستعارة النسبية هي أقرب النظريات إلى الواقع؛ لأنها تتفق مع مقتضيات السياسة العقابية الحديثة الداعية إلى تفريد العقاب، ولأنها تجعل عقوبة الشريك في الجريمة تتلاءم مع أهمية دوره ودرجة خطورته وبحسب ظروفه الشخصية، إلا أنّ ما يؤخذ عليها هو اعتمادها على تجريم نشاط الشريك بالتبعية لنشاط الفاعل الأصلي فهي كسابقتها.

ثانيا: نظرية الاستقلالية

أ- عرض أفكار النظرية:

ظهرت هذه النظرية كنتيجة للملاحظات والماخذ التي وُجّهت لنظرية استعارة التجريم وتبعية فعل الشريك لفعل الفاعل، وأخذت بها بعض التشريعات الغربية كالتشريع الإيطالي والدنماركي، وأخذ بها قانون العقوبات الجزائري في المادة 44 فقرة 2، 3 والمادة 46، وتختلف هذه النظرية اختلافا جذريا عن سابقتها التي ربطت بين مسؤولية الشريك والفاعل عن طريق استعارة التجريم، وتذهب هذه النظرية إلى ضرورة استقلال مسؤولية الفاعل عن مسؤولية الشريك على أساس مبدأ الاستقلالية، وبموجبها يُسأل كل شريك عن جريمته ويستقلّ بأحواله وظروفه الشخصية سواء أكانت مشدّدة أم مخففة أم مانعة من العقاب⁽¹⁾.

ومن حُجج هذه النظرية أنه يجب عدم الاهتمام بالروابط التي تجمع بين فعل الشريك وفعل الفاعل الأصلي، وينجم عنه معاقبة كل شريك بعقوبة متميزة بحسب دوره ودرجة خطورته وظروفه الشخصية؛ لأنه ارتكب جريمةً مستقلة بذاتها، فتترتب المسؤولية الجنائية لكل شريك في الجريمة تبعا لها مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية كلّ مساهم وصفته، وأما الجريمة المرتكبة فهي بمثابة الواقعة التي كشفت عن نفسية الجاني ونواياه الخطيرة⁽²⁾.

ب- نتائج النظرية:

يترتب على الأخذ بنظرية الاستقلالية النتائج الآتية:

(1) د. رضا فرج، م.س، ص 291، وما بعدها.

(2) م.ن، ص 292.

- 1- استقلالية العقوبة وذلك بأن يستقل كل من الفاعل الأصلي والشريك بعقوبته عن الآخر حسب الخطورة الإجرامية الخاصة بكل منهما وظروفه، وبالتالي فقد تكون عقوبة الشريك أشدّ أو أخفّ من عقوبة الفاعل الأصلي.
- 2- استبعاد مسؤولية الشريك عن الجرائم المنافية لقصده ولو كانت محتملة، فلا يُسأل الشريك عن جريمة اقترفها الفاعل إذا كانت غير مقصودة لديه ولم تكن في ذهنه عند الاتفاق معه؛ بمعنى أنّ الشريك يُسأل تبعاً لقصده الخاص ومدى انصراف نيّته إلى ارتكاب جريمة معينة دون غيرها، وعليه فلا يتأثر بما قد يرتكبه الفاعل من جرائم جديدة.
- 3- الاستقلالية من حيث موانع المسؤولية والعقاب فالشريك لا يتأثر بموانع المسؤولية أو بموانع العقوبة التي تلحق بالفاعل الأصلي كالتقادم، أو بتنازل المجني عليه في بعض الجرائم، أو بوفاة الفاعل نفسه، بل تبقى مسؤوليته قائمة رغم ذلك.
- 4- المحرّض على الجريمة يُعاقب ولو لم تُرتكب الجريمة محلّ التحريض كامتناع الفاعل الأصلي عن ارتكابها بمحض إرادته مثلاً.
- 5- بالنسبة للمسؤولية المدنية للشريك فهي تبقى قائمة بذاتها ومستقلة عن مسؤولية الفاعل⁽¹⁾.

(1) عبد الرحمن خلفي، م.س، ص144، 145.

المطلب الخامس: موقف الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي من

المذاهب الفقهية

الفرع الأول: موقف الفقه الجنائي الإسلامي

بعد الرجوع إلى كتب الفقهاء لاسيما المذاهب الأربعة المشهورة، يمكن القول بأن الفقهاء المسلمين يأخذون بمبدأ وحدة الجريمة مع تعدد المشتركين فيها عند وقوع الجريمة، ثم إنهم يميّزون بين نوعين من الشركاء.

النوع الأول: ويطلقون عليه تعبير **الشريك المباشر**، وهو الذي يقوم بتنفيذ الركن المادي للجريمة أو لجزء منه؛ أي الذي يشكل عمله مرحلة من مراحل تنفيذ الجريمة، كمن يقوم بنفسه أو مع غيره بإطلاق الرصاص على المجني عليه في جريمة القتل، أو بحمل المتاع المسروق وإخراجه من جزره كما في جريمة السرقة.

النوع الثاني: ويعبّرون عنه **بالشريك المتسبب**، وهو الذي يظل عمله خارج نطاق الركن المادي للجريمة ويبقى دوره ثانويا، بحيث يقف عند مجرد التحضير لها أو تسهيلها أو المساعدة عليها، هذا الدور وإن كان بعيدا عن الركن المادي الجريمة إلا أنه سبب في وقوع نتيجتها.

كما يأخذون أيضا بفكرة الاستعارة بنوعيتها، لكن مع اختلاف من حيث التطبيق، وفي ما يلي تفصيل هذه المذاهب:

أولا: مذهب الحنفية والشافعية

يمكن القول بأن فقهاء الأحناف والشافعية يأخذون بفكرة الاستعارة النسبية مع الاستقلالية في القصد لدى الشريك المتسبب، كما في الاشتراك في جريمة القتل، حيث يرون القصاص على الشريك المباشر وحده دون الشريك المتسبب الذي يعاقب تعزيرا؛ أي أن عقوبته أخف من عقوبة الفاعل الأصلي، كما في مسألة الممسك مع القاتل، والتي يمسك فيها شخصٌ بآخر عمدا ليمنّ الثالث من قتله أو جرحه، فيجعلون عقوبته تعزيرية؛ لارتكابه معصية ليس فيها عقوبة مقدرة⁽¹⁾.

(1) السرخسي، م.س، ج 24 ص 76. النووي، م.س، ج 9، ص 143.

ثانياً: مذهب المالكية والحنابلة

قرّر فقهاء المالكية والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد عقوبةً واحدة لكل من الفاعل والمتسبب على حدّ سواء وهي القصاص منهما معاً، إذا كان المُمسك قد أمسكه لأجل تسهيل القتل؛ أي كان يعلم بمقصود الفاعل، ومساعدته ضرورية لتحقيق النتيجة.

جاء في المنتقى: قال مالك في الرجل يمسك الرجل للرجل، فيضربه فيموت مكانه: "أنه إن أمسكه وهو يرى أنه يريد قتله، قُتلا به جميعاً" (الشرح): وهذا على ما قال مالك: "إن أمسك الرجل لمن قتله وهو يرى أنه يريد قتله أن على القاتل والممسك القتل" (1).

ويضيف صاحب المنتقى شرح موطأ مالك معقّباً: "الدليل على ما نقوله أنه أمسكه ظلماً لما يعلم أنه قاتله، فأشبهه إذا أمسكه لسبب حتى أكله أو في نار حتى أحرقتة" (2).

وعليه يمكن القول بأنّ فقهاء المالكية والحنابلة يأخذون بفكرة الاستعارة المطلقة من حيث الجزاء أو العقوبة، لكن إذا تخلّف القصد إلى القتل عند الممسك، وهو ما يعبر عنه فقهاء القانون الوضعي بانتفاء القصد الاحتمالي، أو إمساكه لم يكن ضرورياً لتحقيق الجريمة، بمعنى أنّ الفاعل المباشر كان في مقدوره قتل المجني عليه دون حاجة لإمساكه بتدخل من الشريك المعين، فالمالكية يوجبون القصاص على المباشر وحده، أما المتسبب فتكون عقوبته هي التعزير بحسب ما يراه الإمام.

قال مالك: "وإن أمسكه وهو يرى أنه إنما يريد الضرب مما يضرب به الناس، لا يرى أنه عمد لقتله، فإنه يقتل القاتل ويعاقب الممسك أشدّ العقوبة ويسجن سنة؛ لأنّه أمسكه ولا يكون عليه القتل" (3).

كما يظهر أيضاً تأثر الفقهاء المسلمين بنظرية الاستقلالية من حيث اكتساب الصفة الجرمية للشريك المتسبب، فهذا الأخير يكتسب صفته الجرمية من فعله هو لا من فعل الشريك المباشر، فهو في الأصل شريك في الجريمة لا شريكاً مع فاعلها.

(1) الباجي القاضي أبو الوليد مالك بن أيوب، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ، 1999م، ج9، ص109، 110. ابن قدامة، م.س، ج11، ص596.

(2) الباجي، م.ن، 109، 110.

(3) ن.م.و.ص.

ومن حيث توافر الظروف الشخصية ومدى تأثيرها على عقوبة الشركاء، فالقاعدة في الفقه الجنائي الإسلامي هي عدم تأثر عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه المتسبب، بل لا تتأثر حتى بظروف بعض المباشرين أنفسهم فيما بينهم، والأصل في ذلك أنّ عقوبة المباشر (الفاعل) تتأثر بصفة الفعل، وصفة الفاعل، وصفة القصد⁽¹⁾.

وبالتالي إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء بصفة من هذه الصفات، فإنّ عقوبة شريكه الذي لم تتوافر فيه تلك الصفات لا تتأثر بفعل غيره أو بصفته أو بقصده⁽²⁾.

مثال ذلك: لصفة في الفعل؛ إذا جرح شخص آخر دفاعاً عن النفس (دفع الصائل) وتعمّد ثانياً جرحه بقصد قتله فمات من الجرحين، فالأول لا شيء عليه من العقاب؛ لأنّه في حالة دفاع شرعي أبيض له الفعل، بينما الثاني يعاقب قصاصاً؛ لأنّ فعله كان عمداً وعدواناً، ولا يؤثر في استحقاقه العقوبة كونه مشتركاً مع من يباح له القتل؛ ذلك أنّ الأول كان لصفة في فعله لا يتعدى أثره إلى غيره.

ومثال الصفة في الفاعل؛ كأن يشترك في الجريمة صبيّ مباشر أو مجنون ومعه شريك متسبب مكّاف، ففي هذا المثال لا تتأثر عقوبة الشريك المتسبب بظروف المباشر سواء بالتشديد أو التخفيف أو حتى بالامتناع؛ لأنّ هذه الصفات متصلةً بذات المباشر (الفاعل) ولا يستفيد منها شريكه الذي لم تتوافر فيه⁽³⁾.

الفرع الثاني: في الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري

بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة ببيان أحكام المساهمة الجنائية في قانون العقوبات الجزائري، في الجزء الأول من الكتاب الثاني من الباب الثاني، الفصل الأول تحت عنوان: "المساهمون في الجريمة" المواد من 41 (المعدلة) إلى 46، يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري قد اعتنق مذهباً وسطاً جمع فيه بين نظرية الاستعارة ونظرية الاستقلالية أو التبعية، وفي ما يلي تبيان مظاهر تأثره بهما:

(1) عودة، م.س، ج1، ص375 وما بعدها.

(2) ن.م.و.ص.

(3) ن.م.و.ص.

أولاً: مظاهر تأثيره بنظرية الاستعارة

تأثر المشرع الجزائري بنظرية الاستعارة بنوعيتها المطلقة منها والمقيدة؛ فأما الاستعارة المطلقة ففي الشقّ المتعلق بنوع العقوبة التي توقع على الشريك بالمساعدة، من خلال النص على معاقبته بالعقوبة المقررة للجريمة التي ساهم فيها؛ أي بعقوبة الفاعل الأصلي سواء أكانت جنائية أم جنحة دون المخالفة التي لا عقاب على الاشتراك فيها في القانون الجزائري، وذلك طبقاً لنص المادة 44 فقرة 1، 3 بقولها: "يعاقب الشريك في جنائية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجنائية أو الجنحة...، ولا يعاقب على الاشتراك في المخالفة على الإطلاق".

أما الاستعارة النسبية أو المقيدة فتظهر في اشتراط ارتكاب الفاعل الأصلي للجريمة محلّ الاشتراك أو مجرد البدء أو الشروع في تنفيذها على الأقل حتى يعاقب الشريك، وهذا يعني وجود علاقة تبعية مقيدة ومتلازمة بين نشاط الفاعل (المتبوع) والشريك (التابع).

ثم إنّ هذه العلاقة ليست على أساس تبعية الشريك للفاعل وعلاقته المباشرة به، وإنما على أساس علاقة الشريك بذات الفعل الجنائي المكوّن للجريمة، لا بأشخاص من ساهموا معه فيها، وهذا في الحقيقة ما دعت إليه نظرية الاستعارة النسبية، وهو التحول الجديد الذي اتجه إليه الفقه والقضاء في فرنسا، للتخفيف من حدّة الانتقادات الموجهة لنظرية الاستعارة المطلقة، وذلك من خلال الاشتراط لمعاقبة الشريك أن يكون الفعل معاقبا عليه ابتداءً من حيث الموضوع فحسب، ولو كان من قام به غير معاقبٍ لظروف خاصة تتعلق به⁽¹⁾.

والأمر نفسه بالنسبة للظروف العينية اللصيقة بالجريمة المشددة أو المخففة للعقوبة متى كان الشريك يعلمها، طبقاً لنص المادة 44 الفقرات: 4.3.1 من ق.ع.ج.

ثانياً: مظاهر تأثيره بنظرية الاستقلالية

بالمقابل فإنّ المشرع الجزائري قد تأثر بنظرية الاستقلالية؛ أي استقلال فعل الشريك عن الفاعل الأصلي للجريمة، فنشاط الشريك التبعية في قانون العقوبات الجزائري جرّمه المشرع استقلالا عن نشاط الفاعل، وبالتالي يترتب عن هذه القاعدة نتيجة هامة وهي انتفاء علاقة السببية بين فعل الشريك وجريمة الفاعل الأصلي، إلا في الشقّ المتعلق بالعقوبة فلا يعاقب الشريك إلا إذا ارتكب الفاعل الجريمة، وهذه النتيجة تعني أنّ جريمة الفاعل ليست

(1) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص178.

نتيجة لفعل الشريك، وهذه الحقيقة تختلف تماما عن القوانين التي تأخذ بنظرية استعارة التجريم، والتي تحتم قيام علاقة سببية بين نشاط الشريك وجريمة الفاعل الأصلي⁽¹⁾.

كما يظهر تأثر المشرع الجزائري بهذه النظرية في الشق المتعلق بالظروف الشخصية، بجعل كل واحد من المساهمين في الجريمة مستقلا بظروفه الشخصية، وهو ما نصّ عليه صراحة في المادة 44 فقرة 2 بقوله: "ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإغفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف".

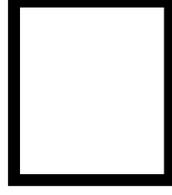
كما نصّ أيضا على معاقبة المحرض على الجريمة بالعقوبة المقررة للجريمة التي حرّض عليها، ولو لم ترتكب الجريمة محلّ التحريض لسبب ما، كامتناع أو عدول الشخص الذي وُجّه إليه التحريض عن ارتكابها بمحض إرادته، وذلك طبقا للمادة 46 ق.ع.ج⁽²⁾.

والملاحظ هنا أنّ المشرع الجزائري قد ألحق المحرض بالفاعل الأصلي للجريمة في المادة 41 فقرة 2 (المعدّلة)⁽³⁾، من قانون العقوبات، وقبل التعديل كان المحرض يُنظر إليه على أنه شريك في الجريمة بمقتضى نص المادة 42 قبل التعديل، في القانون رقم: 66-156 المتضمن قانون العقوبات، كما أنه قرّر معاقبة الفاعل المعنوي بصفته فاعلا أصليا بذات العقوبة المقررة للجريمة، وهذا طبقا لنص المادة 45 منه.

(1) د. رضا فرج، م.س، ص335.

(2) د. منصور رحمان، م.س، ص180.

(3) عدّلت بالقانون رقم 82 - 04 المؤرخ في 13 فبراير 1982م، (ج. ر 7، ص318).



الفصل الأول

علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي

□

□ علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي

□ والقانون الوضعي

المبحث الأول: مفهوم علاقة السببية وبيان أهميتها وإشكالياتها

المبحث الثاني: علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي

المبحث الثالث: نظريات السببية في القانون الوضعي وموقف الفقه

الجنائي الإسلامي منها

تمهيد:

يعتبر موضوع علاقة السببية البوابة التي ينطلق منها العقل لينفذ إلى رحاب المعرفة بمختلف أشكالها وميادينها⁽¹⁾، لذلك فلا عجب أن يهتم الفلاسفة قديما وحديثا بالعلّة ومسالكتها، واهتم بذلك أيضا علماء الأصول المسلمين، كما اهتم بها رجال العلم التجريبي المحدثون، وكانت السبب وراء الكثير من الأحكام الشرعية في بعض الموضوعات والأقيسة عليها فيما يتجدد من المسائل المشابهة بناء على توافر العلة من عدمها، وكانت السبب أيضا في العديد من الاكتشافات العلمية والاختراعات، ولم يشذّ عن القاعدة رجالُ الفقه والقانون عندما بحثوا هذا الموضوع، ذلك أنّ وجودَ السلوك الإجراميّ والنتيجة الضارة المترتبة عنه قد يكفيان للدلالة على قيام الجريمة، لكن لا يكفيان في تحديد المسؤولية الجنائية التي تقتضي نسبة النتيجة الضارة إلى السلوك الإجرامي، ونسبة هذا السلوك إلى شخص معين.

وعند تحليل الركن المادي للجريمة يتبيّن أنّ هذا الركن يتألف من ثلاثة عناصرٍ أساسية هي:

- 1- سلوك إجراميّ يقوم به الجاني والذي يتمّ بنشاطٍ إيجابي وقد يقع بامتناع سلبي.
- 2- نتيجة جرمية ضارة تنشأ عن ذلك السلوك.
- 3- علاقة السببية التي تربط بين فعل الجاني والنتيجة الضارة المترتبة عنه.

ففي جريمة القتل مثلا يمكن القول بأنّ فعل الجاني يتمثل في إطلاق النار، والنتيجة الجرمية الناشئة عنه هي إزهاقُ نفسِ (روح)⁽²⁾ المجني عليه، وتتجسّد علاقة السببية في ارتباط الوفاة بإطلاق النار ارتباط العلة بالمعلول والسبب بالمسبّب، ومن مجموع هذه العناصر ينشأ الركن المادي للجريمة.

والركن المادي للجريمة ضرورة في كل جريمة فلا جريمة بغير ركن مادي، والنية الإجرامية مهما بقيت داخل نفسية الجاني كامنة في صدره، ومهما كان رسوخها ودرجة جسامتها والتصميم عليها بسبق الإصرار، تبقى لا قيمة لها طالما ظلّت في النفس لم تُترجم بعدُ إلى سلوك خارجي يتجسد في الفعل المادي المجرّم، ورابطة السببية باعتبارها عنصرا

(1) علاقة السببية ليست فكرة قانونية بحتة وإنما يتسع مجالها لفروع العلم الأخرى وهي من أولى القضايا أو المشاكل التي تهتم بها الفلسفة، بل إنّ للنتائج التي انتهى إليها الفلاسفة أثرها البالغ بالنسبة إلى باقي العلوم، والسبب كما قال جون ستيوارت مل: " مجموعة العوامل الإيجابية أو السلبية التي يستتبع تحقيقها حدوث النتيجة على نحو لازم". ينظر د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات- القسم الثاني- دار النهضة العربية، ط4، 1977م، ص293.

(2) سبق ذكر الفرق بين النفس والروح وأنّ الإزهاق يُنسب للنفس لا للروح. ينظر هامش ص70 من الفصل التمهيدي.

جوهرياً من عناصر الركن المادي للجريمة، فإنها تنشأ عندما تكون النتيجة الحاصلة محتملة الوقوع في حكم العادة حسب المجرى العادي للأمر.

وعليه فالنظر إلى السببية يكون من الناحية المادية أو الموضوعية وليس من الناحية المعنوية، فلا يرجع في استظهارها إلى ما يتوقعه صاحب السلوك، وإنما إلى احتمال حصول النتيجة بناءً عليه، بصرف النظر عما إذا كان الجاني قد توقع ذلك فعلاً أم لا⁽¹⁾.

وسوف أتناول بالدراسة في هذا الفصل مفهوم علاقة السببية وأهميتها في المبحث الأول، ثم أتطرق في المبحث الثاني لعلاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي، بينما أخصص المبحث الثالث لنظريات السببية في القانون الوضعي، ثم لموقف الفقه الجنائي الإسلامي منها، لأصل في أخير إلى محاولة عقد مقارنة بينهما بخصوص هذه النظرية.

(1) د. معن أحمد محمد الحيارى، الركن المادي للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010م، ص217. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات- القسم العام - دار النهضة العربية، ط10، 1989م، ص286.

المطلب الأول

مفهوم علاقة السببية وبيان أهميتها وإشكالياتها

المطلب الأول: تعريف علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي

والقانون الوضعي

المطلب الثاني: الأهمية القانونية لعلاقة السببية وإشكالياتها

المطلب الثالث: علاقة السببية بين نشاط الشريك والجريمة المرتكبة

تمهيد:

يلزم لقيام الركن المادي للجريمة توافر رابطة السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة المترتبة عنه، وذلك بأن يثبت أنّ هذا الفعل هو سبب تلك النتيجة، بمعنى أن يكون هذا السلوك هو المؤدي إلى حدوث تلك النتيجة.

وهذه الرابطة باعتبارها أحد العناصر الأساسية والجوهرية للركن المادي للجريمة تتعلق بنوع خاص من الجرائم، وهي الجرائم ذات النتيجة دون الجرائم الشكلية، أو ما يطلق عليها بجرائم السلوك؛ أي هي تلك التي يتطلب نموذجها القانوني وقوع نتيجة معينة والتي يترتب عنها تغيير في العالم الخارجي⁽¹⁾.

وأتناول في هذا المبحث تعريف علاقة السببية في المطلب الأول، ثم بيان أهميتها القانونية وإشكالياتها في المطلب الثاني وأخيراً علاقتها بالمسؤولية الجنائية، باعتبارها الرابط الذي يجمع بين السلوك الإجرامي والنتيجة المترتبة عنه في المطلب الثالث.

(1) الجرائم الشكلية: هي كل جريمة يستلزم نموذجها القانوني اتجاه إرادة فاعلها إلى إحداث أثر معين دون أن يكون لازماً في سبيل تحقيقها وقوع هذا الحدث فعلاً، فتتوافر به الجريمة لمجرد إتيان السلوك دون حاجة للنظر إلى ما يترتب عنه من تحقيق للنتيجة أو تخلفها، أو هي الجرائم التي لا أهمية فيها للنتيجة الجرمية إذ يعاقب الفاعل فيها لمجرد ارتكاب الفعل. مثل: جريمة حمل سلاح دون رخصة وحيازة مخدرات، فهذه الجرائم ليس لنتيجتها وجود مادي فهي تعبر عن حقيقة قانونية، أي اتجاه قصد المشرع إلى تجريم الاعتداء على مصلحة جديرة بحماية القانون. وينظر د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ط)، 1995م، ص 485. وينظر عبد الوهاب حومد، م.س، ص 163. د. عبود السراج، م.س، ص 166.

المطلب الأول: تعريف علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي الفرع الأول: في الفقه الجنائي الإسلامي

مصطلح علاقة السببية من المصطلحات الحديثة، فمنطق الحال يقتضي بأن لا يكون معروفا لدى فقهاء المسلمين نصًا لا سيما القدامى منهم، لكن هذا لا يمنع من أن يكون معروفا لديهم موضوعا، بتسمية أخرى وهي الإفضاء.

والإفضاء لغة: هو الوصول؛ فأفضيت إلى الشيء وصلت إليه، ووردت كلمة أفضى في القرآن الكريم بمعنى انتهى، قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْتُ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾⁽¹⁾؛ أي انتهى وأوى، وأفضى الرجل دخل على أهله⁽²⁾.

والمقصود من الإفضاء في الضمان أن لا يوجد للتلّف سبب آخر غيره، سواء بالمباشرة أو بالتسبب وألا يتخلّل بين السبب والضرر فعل فاعل مختار، وإلا أصبح هو ضامنا؛ لأنه بذلك يكون مباشرا⁽³⁾.

الفرع الثاني: في الفقه الوضعي والقانون الجنائي

أولا: في الفقه الوضعي

عرّف بعض فقهاء القانون علاقة السببية بقولهم: "هي الصلة بين الفعل والنتيجة، بحيث يكون الأول هو المؤدي للثاني"⁽⁴⁾، ويفهم منه أن رابطة السببية هي الصلة التي تربط بين الفعل والنتيجة وتجمع بينهما في وحدة متكاملة يقوم عليها الركن المادي للجريمة، فلا يكفي وجود سلوك إجرامي ونتيجة معاقب عليها فحسب، بل لا بدّ أن ينظّم إليهما عنصر ثالث يتمثل في قيام علاقة السببية التي تربط بين ذلك السلوك وتلك النتيجة.

وبخلاف ذلك تنحصر المسؤولية الجنائية في حدود السلوك فقط، على أساس أنه معصية أو جريمة مستقلة في نظر الشريعة، وشروعا في الجريمة كما في نظر القانون. وعرّف رؤوف عبيد علاقة السببية بقوله: "إسناد أمر من أمور الحياة إلى مصدره"⁽⁵⁾.

(1) النساء، آية 21.

(2) ابن منظور، م.س، ج5، ص3430.

(3) د. عماد أحمد أبو الصد، مسؤولية المباشر والمتسبب دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1432 هـ، 2011 م، ص187.

(4) د. مصطفى الزلمي، م.س، ص55.

(5) د. رؤوف عبيد، السببية في القانون الجنائي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر العربي، بيروت، ط3، 1974 م، ص3.

ثانيا: في القانون الجزائري

لم يعرف القانون الجزائري علاقة السببية مباشرة، كما لم يشترط توافرها صراحة، إلا أنه قد أشار إليها ضمنا، وذلك في جنس الفعل المحظور حسب التحليل الفقهي لنصوص القانون والعقاب عليها، من ذلك ما نصت عليه المادة 261 ق.ع.ج: "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم".

ففي هذا النص دلالة على اشتراط توافر علاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة المحققة، وحتى يعاقب الجاني بالإعدام يجب أن يُنسب إليه الفعل وأن يترتب عنه واحدة من تلك الجرائم؛ لأنّ رابطة السببية عنصر أساسي لا بدّ من توافره واستظهاره بشكل واضح في الحكم أو القرار القاضي بالإدانة، لتحديد وصف الجريمة ومسؤولية فاعلها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

الملاحظ من تعريف علاقة السببية سواء في الفقه الجنائي الإسلامي أو الفقه الوضعي أنه واحد في كليهما، وهو تعريف لها بمعناه العام يعني إسناد النتيجة إلى الفعل ثم إسناد الفعل إلى الفاعل، ويدخل تحت هذا المفهوم كل إسناد سواء في نطاق الفقه الجنائي الإسلامي أو في نطاق القانون أو في ما سواهما من مجالات الحياة الأخرى أو الطبيعة.

بمفهوم المخالفة تعدّ علاقة السببية منتفية متى ثبت أنّ عدم قيام الشريك بدوره ما كان سيحول دون تحقق النتيجة على النحو الذي تحققت به، كما لو قدّم أحدهم سلاحا لآخر ليقُتل به خصمه، وتمّ القتل فعلا لكن بوسيلة أخرى كالخنق مثلا أو بالسّم، والذي يعينني في مجال بحثي هذا هو الإسناد المرتبط بالمسؤولية الجنائية، وقد يكون إما ماديا وإما معنويا⁽²⁾.

أولا: الإسناد المادي

ويعني إسناد الجريمة إلى فعل ما وهذا هو الإسناد المفرد، وهناك إسناد مزدوج يعني إسناد الجريمة إلى فعل معين ثم نسبة هذا الفعل إلى فاعل معين، وهو في كلتا الحالتين لا يخرج عن دائرة الإسناد المادي، ويتطلب هذا الإسناد توافر رابطة السببية بين النشاط الإجرامي والنتيجة⁽³⁾.

(1) أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص147، 148.

(2) د. رؤوف عبيد، م.س، ص3. وينظر د. معن أحمد محمد الحيارى، م.س، ص217.

(3) عبد الله سليمان، م.س، ج1، ص152.

وهذا النوع هو الذي يهمني كثيرا في دراستي لهذه العلاقة؛ لأنّ البحث في رابطة السببية يقتصر على الجرائم ذات النتيجة كما سبق القول؛ أي الجرائم المادية فقط والتي يترتب عنها تغيير في العالم الخارجي على أساس أنّ النتيجة الإجرامية تشكّل أحد عناصر الركن المادي للجريمة⁽¹⁾.

ثانيا: الإسناد المعنوي

ويقصد به نسبة الجريمة إلى شخص يعتبر أهلا لتحمل المسؤولية الجنائية، من تمتّعه بالأهلية القانونية اللازمة من توافر العلم والإرادة؛ أي القصد إلى ارتكاب الجريمة، وبانتفاء هذا النوع من الإسناد تنتفي معه تلك المسؤولية⁽²⁾.

(1) د. القهوجي، م.س، ص322، 324.

(2) د. معن أحمد الحباري، م.س، ص217.

المطلب الثاني: الأهمية القانونية لعلاقة السببية وإشكاليتهما

تعدّ علاقة السببية إحدى أهم المشكلات القانونية التي تتميز بالصعوبة وأكثرها تعقيدا في موضوع الاشتراك في الجريمة، والمتعلقة بالفعل الإجرامي حسب رأي بعض الفقهاء، وتظهر هذه المشكلة عندما تتوالى نتيجة الفعل الإجرامي وتتضاعف بشكل تسلسلي ومنتالي، إلى أن تصل إلى نتيجة أخرى يرتب عليها القانون أثرا معينا، كحدوث وفاة أو حصول عاهة أو يستغرق تحقق تلك النتيجة زمنا معتبرا، بحيث يساهم في تحققها عوامل أو أسباب خارجية أخرى تشترك وتتداخل مع فعل الجاني، مما يصعب معه القول بتوافر علاقة السببية من عدمها، نظرا للارتباط الواقع بين هذه العوامل وبين سلوك الجاني والنتيجة التي حدثت⁽¹⁾.

ثم إنّ علاقة السببية لا تمتُ بصلة إلى الركن الشرعي ولا إلى الركن المعنوي للجريمة؛ لأنّ الفرق واضح بين طبيعتها وطبيعة هذين الركنين، لذلك فهي تتعلق بالركن المادي فقط كأحد عناصره الأساسية، وتقتصر على الجرائم ذات النتيجة كما سبق القول.

الفرع الأول: الأهمية القانونية لعلاقة السببية

تعدّ السببية كمبدأ عام من أبرز الموضوعات وأهمّها على الإطلاق ليس في مجال العبادات أو المعاملات فحسب، وإنما كمبدأ عام يحكم نظام الكون برمّته، فقد ربط الله ﷻ الكون بنظام السببية، والقرآن الكريم فيه العديد من الآيات التي تدلّ على التسبب وربط الأسباب بمسبباتها، من ذلك قوله ﷻ: ﴿ وَهَزَىٰ إِلَيْكَ بِمِذْبَعِ النَّخْلَةِ سُقِطَ عَلَيْكَ رَطْبًا جَنِيًّا ﴾⁽²⁾.

وفي مجال بحثي فقد أشرت إلى أنّ علاقة السببية ترتبط بالجرائم ذات النتيجة في بداية هذا الفصل؛ أي الجرائم المادية، لذلك يلزم لقيام الركن المادي توافر هذه العلاقة بين السلوك الإجرامي من ناحية، والنتيجة الإجرامية من ناحية أخرى بأن يثبت أنّ هذا السلوك هو سبب تلك النتيجة.

وتبدو أهمية رابطة السببية في تحقيقها لوحدة الركن المادي للجريمة؛ إذ أنها تربط بين السلوك والنتيجة بحيث يتوقف على توافرها مسؤولية الجاني عن جريمة تامة، كما يؤدي تخلفها أو انتفاؤها إلى انتفاء المسؤولية عنها، لذلك فلا يمكن أن يُسأل الشخص عن جريمة

(1) د. منصور رحمانى، م.س، ص 99.

(2) مريم، آية 25.

إلا بعد التثبت والتأكد من أنّ نشاطه هو علّة الجريمة التي يعاقب عليها القانون، بحيث يجب أن تكون الصلة بين فعل الجاني والنتيجة صلة السبب بالمسبب والعلّة بالمعلول، فإذا ثبتت هذه الصلة فعندئذ يمكن مساءلة الجاني في هذه الحالة.

والأهمية القانونية لعلاقة السببية تظهر في كونها تربط بين عنصري الركن المادي للجريمة (الفعل والنتيجة) لتُقيّم بذلك وحدته وكيانه بصورة متماسكة، كما تتجلى هذه الأهمية أكثر في الدور الفعال الذي تلعبه في مجال السياسة الجنائية، فهي وسيلة فنيّة للحدّ من نطاق المسؤولية الجنائية، وذلك باستبعادها لكل نتيجة لا ترتبط بالفعل ارتباطاً سببياً ولو كان الفعل في الأصل غير مشروع، بل حتى ولو توافر لدى مرتكبه القصد الجنائي المطلوب لقيام الجريمة في حقه⁽¹⁾.

ويترتب عن تخلف رابطة السببية بين السلوك والنتيجة انتفاء المسؤولية الجنائية، وتبقى هذه الأخيرة متعلقة بالفعل فحسب، على أساس فكرة الشروع أو المحاولة في الجريمة، متى كانت هذه الجريمة عمدية، أما إذا كانت غير متعمدة فلا مسؤولية عنها أصلاً؛ لأنه لا يُتصوّر الشروع في جريمة غير مقصودة.

أصل إلى القول بأنّ علاقة السببية في المواد الجنائية كما في المواد المدنية هي علاقة مادية أو موضوعية تختص بالأركان وليس بأصحابها، حيث تبدأ من السلوك الذي يأتيه الجاني، وترتبط به من الناحية المعنوية بما يجب عليه توقعه من النتائج المألوفة لفعله حسب المجرى العادي للأمر⁽²⁾.

وتعدّ علاقة السببية متوافرة بين نشاط الشريك وجريمة الفاعل الأصلي، إذا كانت طريقة الاشتراك من الوضوح وقوة التأثير التي لولاها ما وقعت الجريمة، فلا يكفي الاشتراك المبهم أو المشكوك في طريقة تأثيره في الفاعل الأصلي، وعليه تتوافر علاقة السببية بين سلوك الشريك وجريمة الفاعل إذا ثبت أنّ هذه الجريمة ما كانت لتقع لولا ذلك السلوك الصادر عن الشريك⁽³⁾.

(1) د. معن الحيارى، م.س، ص220.

(2) د. عماد أحمد أبو صد، م.س، ص185.

(3) جميل عبد الباقي الصغير، قانون العقوبات - القسم العام- المساهمة الجنائية وموانع المسؤولية، دار النهضة العربية، (د.ط)، 1998م، ص106.

الفرع الثاني: إشكالية علاقة السببية

تحديد توافر علاقة السببية أو إنتفاؤها أمر لا يخلو من الصعوبة؛ لأنه في الغالب توجد عوامل أخرى تشترك مع سلوك الجاني في إحداث النتيجة الجرمية، مما يصعب معه القول بتوافر هذه العلاقة بين سلوك الجاني والنتيجة التي حدثت أو عدم توافرها.

فلا تثور مشكلة أو صعوبة بالنسبة لتوافر علاقة السببية حيث يكون سلوك الجاني هو العامل الوحيد في إحداث النتيجة الضارة؛ لأنه من السهل تحديد إن كان هو الذي قام بالفعل أم لا⁽¹⁾، كأن يطعن القاتل الضحية عدة طعنات بالسكين تتجم عنها الوفاة، أو يهوي على عدوه بعصا غليظة تؤدي إلى وفاته، وكمن يصيب آخر برصاصة في مقتل فيزديه قتيلا، ففي هذه الأمثلة لا شك أن سلوك الجاني هو السبب الرئيس في حدوث الوفاة.

وعليه فإن توافر السببية في هذه الأحوال واضح لا يثير صعوبة، حيث لا يتطلب لقيام السببية أكثر من إسناد الواقعة إلى شخص الفاعل مباشرة؛ أي أن علاقة السببية في هذه الأحوال متوافرة، باعتبار أن فعل الجاني هو السبب الوحيد الذي أدى إلى حدوث النتيجة⁽²⁾.

فتطبيق علاقة السببية في المسائل البسيطة كما في هذه الأمثلة سهل؛ لأن العلاقة بين الفعل والنتيجة غالبا ما تكون واضحة يمكن إدراكها بسهولة⁽³⁾.

لكن في الواقع العملي وفي حالات أخرى يندُر أن تُعرض إشكالية السببية بهذا الوضوح والبساطة؛ إذ الغالب هو أن تُعزى النتيجة الجرمية إلى عدة عوامل متداخلة تساهم جميعا في وقوعها، وقد تكون هذه العوامل سابقة أو معاصرة لسلوك الجاني أو لاحقة، وقد تعجل في حدوث النتيجة أو تعطل حدوثها أو تجعلها تحدث على نحو آخر، فهنا تدقُّ السببية وتتراوح بين الوجود والعدم⁽⁴⁾.

وقد يكون مصدر هذه العوامل شخص آخر غير الجاني، أو يكون المجني عليه نفسه أو حتى الطبيعة، فقد يصيب الجاني المجني عليه إصابة غير قاتلة، لكنه قد يُتوفى بتدخل عوامل أو ظروف أخرى، فمن العوامل السابقة على سلوك الجاني مرض المجني عليه بمرض خطير كمرض القلب مثلا أو تقدّمه في السن أو ضعفه، ومن العوامل المعاصرة

(1) د. منصور رحمانى، م.س، ص 99.

(2) ن.م.و.ص.

(3) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص 35 . عبد الله سليمان، م.س، ص 152، 153.

(4) د. محمد فاروق النبهان، م.ن، ص 36.

لسلوك الجاني إصابة المجني عليه بنوبة قلبية أثناء ارتكاب الجريمة، وقد تكون العوامل لاحقة كخطأ الطبيب المعالج أو إهمال المجني عليه في علاج نفسه، أو حدوث حريق نتيجة شرارة كهربائية بالمستشفى الذي يعالج فيه المجني عليه فيموت حرقاً وهكذا⁽¹⁾.

ونظراً لكون الظروف التي تحيط بكل واقعة كثيرة ومتنوعة، فيها القوي والضعيف، والمعروف والشاذ والظاهر منها والخفي، فقد اختلفت اتجاهات فقهاء القانون الوضعي في تحديد رابطة السببية، أو بالأحرى تحديد طبيعة العامل المسؤول عن النتيجة، وأمام تعدد هذه العوامل المساهمة بمجموعها في إحداث الوفاة ظهرت عدة إشكالات منها:

- ما مدى أهمية الدور الذي تلعبه هذه الظروف أو العوامل في إحداث النتيجة وبالتالي تأثيرها على علاقة السببية ومسؤولية الجاني؟ وبمعنى آخر: - هل تُنسب النتيجة الواقعة إلى فعل الاعتداء الصادر عن الجاني الأول في كل الفروض أو الاحتمالات السابقة، أم تعزى وتُنسب إلى غيره من الأسباب والعوامل الأخرى التي ساهمت بدورها في حصول النتيجة، بأن كانت سابقة أو معاصرة أو لاحقة لفعل الجاني؟ وهل يلزم لقيام العلاقة بين سلوك الجاني والجريمة أن تترتب عنه مباشرة، أم يكفي أن يكون أحد العوامل التي شاركت في إحداثها؟

هذه التساؤلات كانت وما زالت محلّ اهتمام وعناية الكثير من فقهاء وشرّاح القانون، وقد نجم عنها ظهور العديد من النظريات في الفقه القانوني التي حاولت إيجاد معيار تتحدد به المسؤولية الجنائية لصاحب النتيجة الضارة بسبب تعدد هذه العوامل، أهمها نظرية تعادل الأسباب، ونظرية السبب الأقوى أو الفعال، ونظرية السبب الملائم، غير أنها لم توفّق في إيجاد معيار موحد يستقرّ عليه الفقه والقضاء، خاصة في ظلّ غياب النص القانوني الذي يحدّد الحلّ التشريعي لها ويقضي على الإشكال.

ويُعدّ الفقهاء الإيطاليون والإنجليز وبصفة خاصة الألمان، الرُواد الأوائل في بحث المعايير والنظريات المختلفة التي تتركز عليها رابطة السببية، في حين يفضل أغلب الشراح الفرنسيين تركّ تقدير هذه الرابطة لقاضي الموضوع دون تقييده مسبقاً بافتراضات معينة لتعذر وضع قاعدة مطلقة فيها⁽²⁾، والتي أتت عليها عند الحديث عن نظرية السببية في القانون الوضعي في المبحث الثالث من هذا الفصل.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص153.

(2) عودة، م.س، ج1، ص464، 465. د. الفهوجي، م.س، ص324 وما بعدها.

المطلب الثالث: علاقة السببية بين نشاط الشريك والجريمة وموقف القانون

والقضاء الجزائي منها

أتطرق في هذا المطلب لعلاقة السببية التي تربط بين السلوك الذي يأتيه الجاني والنتيجة المترتبة عنه وموقف الفقه القانوني منها في فرع أول، وبعدها أبين موقف القانون والقضاء الجزائيين وذلك في فرع ثانٍ على أن أخصص فرعا ثالثا لضرورة استظهار هذه العلاقة في الحكم أو القرار القضائي.

الفرع الأول: علاقة السببية بين نشاط الشريك والجريمة المرتكبة

علاقة السببية تعني الصلة بين الفعل والنتيجة، بحيث يكون الأول هو المؤدي إلى الثاني، أو هي الصلة بين الفعل والنتيجة والربط بينهما في وحدة ينشأ عنها الركن المادي للجريمة؛ إذ لا يكفي وجود سلوك إجرامي ونتيجة معاقب عليها بل يتطلب الأمر وجود عنصر ثالث يتمثل في وجود علاقة سببية بين سلوك الجاني والنتيجة المترتبة عنه، بحيث تجعل الأول سببا والثاني نتيجة وتجعل منهما كيانا قانونيا مستقلا⁽¹⁾.

وذهب الفقه والقانون الفرنسي والمصري ومن سار في فلكهما من قوانين العقوبات إلى اشتراط ضرورة ارتباط سلوك الشريك بنشاط الفاعل الأصلي برابطة السببية، بحيث تقع الجريمة من الفاعل بناءً على نشاط الشريك التبعي، سواء كانت هذه المساهمة في صورة مساعدة أو تحريض، وهذا أمر منطقي طبعاً؛ لأن القانون الفرنسي يأخذ بنظرية الاستعارة، والتي تعني أن مسؤولية الشركاء قد استُعيرت من الفاعل أو الفاعلين الأصليين، وأن هذه المسؤولية المستعارة مرتبطة في كل جوانبها أو بعضها بمسؤولية الفاعل الأصلي⁽²⁾.

بمفهوم المخالفة فإن علاقة السببية تنقطع متى تبين أن سلوك الشريك معدوم ولا أثر له في نفسية الفاعل، أو تأكد أن الجريمة واقعة لا محالة بتدخل فعل الشريك أو بدونه⁽³⁾.

لكن إذا جانب الفاعل بفعله الهدف الإجرامي الذي قصده الشريك بتدخله أو خطأ في شخص المجني عليه، فتبقى مسؤولية الشريك قائمة ويسأل عن الجريمة الجديدة على أساس أنها نتيجة محتملة لسلوكه لا لقصده بصفته مساهم أصلي، بالإضافة إلى أن كل عامل

(1) د. عوض محمد، م.س، ص65.

(2) د. رضا فرج، م.س، ص286.

(3) جميل عبد الباقي الصغير، م.س، ص107.

يترتب عنه قطع رابطة السببية بين فعل الفاعل والجريمة التي وقعت، يستفيد منه الشريك التبعية، وهذه نتيجة منطقية ولازمة باعتبار أنّ علاقة السببية رابطة موضوعية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري

أما بخصوص القانون الجزائري فالأمر جدّ مختلف فهو لم يأخذ بهذه النظرية (الاستعارة) من حيث التجريم، وإنما أخذ بها في شقها المتعلق بالعقوبة فحسب، وبعد ذلك إقراراً منه بنظرية الاستقلالية؛ أي استقلال فعل الشريك عن فعل الفاعل الأصلي، في قصده وكيفية علمه بالجريمة وكذا عدم تأثره بالأحوال أو الظروف الخاصة بالفاعل، واعتباره المساهمة التبعية جريمة مستقلة، يترتب عنها استقلال مسؤولية الشريك عن مسؤولية الفاعل الأصلي، وهو الاتجاه الذي سلكه المشرع المصري في المادة 42 ق.ع. م⁽²⁾.

ويعني هذا عدم وجود رابطة السببية بين سلوك الشريك ونشاط الفاعل الأصلي في التشريع الجزائري، ما دام أنّ الشريك يمكن معاقبته حتى ولو لم يرتكب الفاعل الأصلي الجريمة لسبب من الأسباب، كما هو الحال في جريمة التحريض التي يعاقب فيها المحرّض استقلالاً بالعقوبة المقررة للجريمة ذاتها⁽³⁾.

وهو ما نصت عليه أحكام المادة 46 ق.ع.ج بقولها: "إذا لم تُرتكب الجريمة المزمع ارتكابها لمجرد امتناع من كان ينوي ارتكابها بإرادته وحده، فإنّ المحرّض عليها يعاقب رغم ذلك بالعقوبات المقررة لهذه الجريمة".

يتّضح من نص المادة أعلاه أنّ التحريض⁽⁴⁾ على الجريمة يشكّل في حدّ ذاته جريمة مستقلة معاقباً عليها، بغضّ النظر عن وقوع الجريمة محلّ التحريض من عدمه، لذلك فإنّ قانون العقوبات الجزائري قد لجأ إلى تجريم فعل الشريك باعتباره جريمة قائمة بذاتها ومستقلة عن جريمة الفاعل الأصلي⁽⁵⁾.

وبالتالي يتطلب الأمر التطرق لمعيار علاقة السببية التبعية في التشريعات التي تأخذ بنظرية الاستعارة، وحتى يتسنى القول بتوافر هذه العلاقة بين نشاط الشريك التبعية وفعل

(1) عبد الله سليمان، م.س، ج1، ص223.

(2) تنص المادة 42 عقوبات مصري: " إذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الإباحة أو لعدم وجود القصد الجنائي أو لأحوال أخرى خاصة به وجبت مع ذلك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً".

(3) د. إبراهيم الشباسي، م.س، ص159.

(4) تُنظر جريمة التحريض في القانون الجزائري في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

(5) د. رضا فرج، م.س، ص293.

الفاعل الأصلي للجريمة، لا بدّ من إثبات أنّ النتيجة ما كانت لتتحقق لولا تدخل نشاط الشريك التبعية، أو أنّ الفاعل ليس بمقدوره تنفيذ الجريمة وبالكيفية التي نفذها بها فعلا لولا تدخل فعل الشريك؛ بمعنى أنّ علاقة السببية تكون قائمة بين سلوك الشريك وجريمة الفاعل الأصلي متى تبين أنّ هذه الجريمة وقعت بسبب السلوك الصادر عن الشريك⁽¹⁾.

والخلاصة أنه يتعين لقيام مسؤولية الشريك عن الفعل الإجرامي الذي يقترفه الفاعل الأصلي، ضرورة وجود رابطة سببية مادية بين نشاطه والفعل المجرّم الذي ارتكبه الفاعل؛ بمعنى أوضح فإنّ مسؤوليته تتحدد بما توقّعه وأراده فقط، فلا يتحمّل المسؤولية عما أدى إليه فعلُ الفاعل من نتائجٍ محتملةٍ لم ترد على قصده.

الفرع الثالث: اشتراط استظهار علاقة السببية في الحكم

أولاً: في الفقه والقضاء

السائد في الفقه⁽²⁾ والقضاء في كلّ من فرنسا ومصر⁽³⁾، والأردن⁽⁴⁾ أنّ علاقة السببية من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض؛ لأنّ فهم مدلول علاقة السببية وتحديد معيارها ودورها القانوني، يعدّ فصلاً في مسألة قانونية ويخضع لرقابة محكمة النقض، وليس فصلاً في مسألة واقعية يخرج عن نطاقها؛ لأنّ المسألة الواقعية يُقصد بها إثبات الوقائع التي تقوم بها علاقة السببية وبيان تطوراتها إلى غاية وقوع النتيجة الإجرامية، والتي يختص بها قاضي الموضوع ولا يخضع بشأنها لرقابة محكمة النقض⁽⁵⁾.

وبناءً عليه يُعتبر اشتراط علاقة السببية في مسائل الاشتراك بالمساعدة إحدى أهم عناصر الركن المادي اللازمة لتحديد مسؤولية الشريك، والتي يتعيّن على محكمة الموضوع استبيانها في حكمها، بحيث إذا ثبت لديها توافرها بين سلوك الشريك بالمساعدة وبين الجريمة، فإنها تلتزم عند إدانته باعتباره شريكاً في الجريمة بإبراز واستظهار هذه العلاقة بين اشتراكه والجريمة التي وقعت⁽⁶⁾.

(1) د. سمير عالية، هيثم سمير عالية، م.س، ص382.

(2) د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، (د.ط، د.ت)، ص257. وينظر د. جلال ثروت، م.س، ص351.

(3) د. علاء زكي، م.س، ص449.

(4) د. عماد أحمد أبو الصد، م.س، ص198.

(5) ينظر نقض 7 مارس سنة 1985، مجموعة أحكام محكمة النقض، س36، رقم 59، ص343.

(6) ينظر نقض 16 ديسمبر، سنة 1968، مجموعة أحكام محكمة النقض، س19، رقم 221، ص1080.

وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في العديد من قراراتها، ومما جاء فيها: "لا يجوز الحكم للمدعي بالتعويض عن إصابته بالقلق النفسي دون أن تبيّن المحكمة وجود الرابطة السببية بين هذا القلق وحادث سقوط المدعي في الحفرة؛ لأنّ وجود الرابطة السببية أمر ضروري ولا يثبت إلا بالبينة الفنية من أصحاب الاختصاص"⁽¹⁾.

ثانياً: في القضاء الجزائري

اهتم القضاء الجزائري هو الآخر في قرارته وأحكامه باشتراط إبراز رابطة السببية، وقضى بنقض الحكم عند انعدام أو تخلف السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة، وهذا ما يعني أنّ إثباتها واستظهارها أمر لازم في الحكم يخضع لرقابة المحكمة العليا.

ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا: "حيث ثبت فعلا من الحكم وورقة الأسئلة أنّ السؤال الأول طرح بصيغة: هل المتهم متابع لارتكابه جريمة إزهاق روح الضحية ب. ن عمداً، ومثل هذه الصيغة مخالفة لتلك المحددة في المادة 305 ق.إ.ج على سبيل الحصر وهي: "هل المتهم مذنب بارتكاب واقعة... التي تتطوي على إسناد الفعل له ومسؤوليته الجزائية عنه وهو ما يشكل مخالفة للمادة المذكورة يعرض الحكم للنقض"⁽²⁾.

ومثله أيضاً: "ولما كان من اللازم أن يحتوي كلّ حكم جزائي بمقتضى المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية على أسباب ومنطوق وأنّ الأسباب هي أساس القرار، فإنّ الحكم الذي لا يستظهر قيام رابطة السببية بين الضرب والجرح والمرض أو العجز الناتج عنه يكون غير مرتكز على أساس ويستوجب نقضه"⁽³⁾.

وكما يستوجب الأمر على النيابة العامة إثبات الركن المادي للجريمة، يتعيّن عليها أيضاً استظهار العلاقة السببية بين الفعل المجرّم والنتيجة الناجمة عنه، ويكون النظر في السببية بالرجوع إلى الفعل لا إلى الفاعل⁽⁴⁾.

في هذا السياق يقول الدكتور عبد الله هلال: "أنه لإثبات السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة، يجب النظر إلى السببية من الناحية الموضوعية وليس من الناحية

(1) تمييز حقوق رقم 1997/1818، تاريخ 1997/11/5، مجلة نقابة المحامين لسنة 1998، ص 3497. ينظر عماد أحمد أبو الصّد، م.س، ص 198.

(2) القرار رقم 361199 بتاريخ 2005/07/20، نشرة القضاة، العدد 67، ص 196. بلعيات إبراهيم، م.س، ص 148.

(3) قرار رقم 18801 الصادر بتاريخ 1984/02/10 نشرة القضاة العدد الأول لسنة 1989. وينظر جيلالي بغدادي، م.س، ج 2، ص 92.

(4) أ. بلعيات إبراهيم، م.س، ص 148.

المعنوية (قصد الفاعل)؛ بمعنى أنه إذا تدخل عامل بين السلوك والنتيجة يجب إظهار ذلك العامل حتى يمكن تبيان ما إذا كان ذلك العامل قد قطع السببية أم لا⁽¹⁾.

ومثال ذلك: إذا ترك المجني عليه مواصلة العلاج بناءً على توصيات الطبيب المعالج، ونجم عن ذلك تفاقم حالته الصحية ثم الوفاة، فالوفاة في هذه الحالة لا تنسب إلى فعل الاعتداء؛ لأنّ عدم مواصلة العلاج قطع علاقة السببية بين الفعل الضار والنتيجة المترتبة عنه، وهذا ما يجب إثباته بالطرق العلمية والقانونية بواسطة إجراء الفحوص والشهادات الطبية وتشريح الجثة⁽²⁾.

(1) د. عبد الله أحمد هلال، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دار الكتاب الحديث، ط1، 1987م، ص696.

(2) ن.م.و.ص.

المطلب الثاني

علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي

المطلب الأول: تعريف المباشرة والسبب والشرط

المطلب الثاني: التمييز بين المباشرة والسبب والشرط

المطلب الثالث: حكم المباشرة والسبب والشرط وعلاقتها

بالمسؤولية الجنائية

تمهيد:

تحدد مسؤولية المجرم عن الجريمة بحسب نوع الصلة التي تربط بين فعله والنتيجة المترتبة عنه، ومن الطبيعي أن تتطلب الشريعة الإسلامية وجود ارتباط سببي بين السلوك الذي يأتيه الجاني وهو الفعل المادي وبين النتيجة، فلا يمكن مساءلة الجاني عن النتيجة طالما لم يكن هناك أي ارتباط أو اتصال سببي بينهما وبين الفعل الصادر عنه.

فالسببية إذن هي الرابطة المادية بين الفعل الذي يصدر عن الجاني والنتيجة المترتبة عنه والمعاقب عليها، لذلك فالجاني الذي يرتكب الجريمة يُسأل عن نتيجة فعله الإجرامي، فمتى تحققت علاقة السببية التي تربط بين الفعل والنتيجة، ارتبطت هذه الأخيرة بالمسؤولية الجنائية يُسأل عنها الجاني؛ لأنها الرباط الذي يجمع بين السبب والمسبب والعلّة بالمعلول، بمعنى أنه لولا السبب لما جاء المسبب، ومتى انقطعت هذه العلاقة بين الفعل الإجرامي والنتيجة فلا يُسأل الجاني إلا عن فعله فقط ولا يُسأل عن النتيجة⁽¹⁾.

ثم إن وقوع الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي يتصل بأفعال لا تخرج عن ثلاث علل هي: علة المباشرة وعلة السبب وعلة الشرط، ذلك أنّ علاقة الجاني بالجريمة قد تكون علاقة مباشرة أو تكون علاقة سببٍ وقد تكون شرطا لتحقيقها، والتميز بين هذه الأفعال أو العلل أمر ضروري؛ لأنه يتوقف عليها معرفة أحكام الاشتراك في الجريمة، وذلك للتمييز بين فعل الجاني المرتكب للجريمة وما يترتب عليه من حدوثٍ للنتيجة الإجرامية، وفعل غير الجاني الذي لا يرتبط بها⁽²⁾.

وسوف أتطرق في هذا المطلب ببيان ماهية العلل الثلاثة من خلال تعريف كلٍّ من المباشرة والسبب والشرط، وتوضيح مواضع الاتفاق والاختلاف بينها ثم بيان أحكام كل علة على حدى، كلٌّ في فرع مستقل.

(1) د. عماد أحمد أبو صد، م.س، ص 188.

(2) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص 40، 41.

المطلب الأول: تعريف المباشرة والسبب والشرط

الأفعال المتصلة بالجريمة لا تعدوا أن تكون فعلا واحدا من ثلاثة: فهي إما مباشرة وإما تسبب وإما شرط، والتميز بين هذه الأفعال الثلاثة أمرٌ ضروري للتفرقة بين الجاني وغيره، والتي سوف أتناولها تباعا وأبدأ بالفرع الأول الذي خصصته للمباشرة.

الفرع الأول: تعريف المباشرة لغة وقانونا

أولا: المباشرة في اللغة

المباشرة مأخوذة من الفعل باشرَ يباشرُ الأمر إذا وليه بنفسه، والبشارة: ظاهر جلد الإنسان، والبشرُ محرّكة: الخلق، ذكرا أو أنثى، واحدا أو جمعا⁽¹⁾. والبشارة: كل خير صدقٍ تتغير به بشرة الوجه، يستعمل في الخير والشر وفي الخير أغلب⁽²⁾.

والبشارة مطلقاً لا تكون إلا بخير وإنما تكون بشرّاً إذا أُضيف إليها ما يقيد بها؛ قال تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾⁽³⁾، فقرن وَعَلَّكَ بين البشارة الدالة في الأصل على الخير بالعذاب الأليم الذي يدلّ على الشر، ومعنى الآية كما قال الزجاج: "اجعل بدل البشارة للمؤمنين بالجنة والرحمة والرضوان للكفار بالعذاب الأليم"⁽⁴⁾.

والمباشرة: الملامسة من دون حائل، وباشر المرأة جامعها، أو صارا في ثوب واحد⁽⁵⁾، قال تعالى: ﴿وَلَا تَبَشِّرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَنْكُمْ فِي الْمَسْجِدِ﴾⁽⁶⁾.

ثانيا: المباشرة في الفقه الجنائي الإسلامي

عرّف الفقهاء المباشرة بتعريفات كثيرة سيأتي ذكرها مفصلة في الفصل الثاني عند الحديث عن الاشتراك المباشر في الجريمة وسأكتفي ههنا بالإشارة إلى بعضها:

عرّفها صاحب مغني المحتاج بقوله: "المباشرة هي ما يؤثر في التلف ويحصله"⁽⁷⁾.

(1) الفيروزآبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط8، 1426هـ، 2005م، ص351.

(2) الجرجاني، م.س، ص42.

(3) الانشقاق، آية 24.

(4) الزجاج أبو إسحاق إبراهيم بن السري، معاني القرآن وإعرابه، تحقيق: د. عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1408هـ، 1988م، ج5، ص306.

(5) الفيروزآبادي، م.س، ص351.

(6) البقرة، آية 187.

(7) الشربيني، م.س، ج5، ص216.

وعرّفها الإمام القرافي المالكي بأنها: "هي ما يترتب عنه زهوق الروح بغير واسطة كحرّ الرقبة، أو بواسطة كالجراحات المفضية للموت، أو ما يقوم مقامها كالخنق والحرق والتعريق وشبّهه، وتحديده ما يعده أهل العادة علّة للزهوق من غير واسطة"⁽¹⁾.

والملاحظ على تعريف القرافي للمباشرة أنه حصرها في جريمة القتل خاصّة، بأنها الفعل المؤدّي لإزهاق النفس بذاته وهو في الوقت نفسه علّة الجريمة دون سواها، والفعل المباشر هنا الذي يؤدي إلى الموت مباشرة دون تدخل عوامل أخرى، وهذا الفعل يحمل دلالة واضحة على إرادة القتل، فهو الصورة التي اتفق الفقهاء على أنها الجريمة التي تستوجب القصاص في حق مرتكبها دون تردّد لارتباط النتيجة بالفعل ارتباطاً مباشراً⁽²⁾.

ولعلّ غرض الفقهاء من بحث معنى المباشرة هو ما يترتب عنها من العقاب، ذلك أنهم جميعاً متفقون على أنّ من باشر الجريمة حرّاً مختاراً يلزم معاقبته بالعقوبة المقررة لها، بخلاف المُتسبب وهو الذي لم يقم بالدور الرئيسي في الجريمة، ولم يُنسب إليه تنفيذ ركنها المادي، فهم على خلافٍ في تطبيق العقوبة عليه، كدور المُمسك⁽³⁾، والدالّ⁽⁴⁾ في جريمة القتل، كما سيأتي بيانه مفصلاً في الفصل الثاني، فإنه وإن كان دوراً لازماً لحصول النتيجة إلا أنّ الفقهاء مختلفون اختلافاً كبيراً في توقيع عقوبة المباشر عليه⁽⁵⁾.

والمباشرة كما يمكن أن تكون عمداً قد تكون خطأً، أما في حالة العمد فيتطلب الأمر معاقبة الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة العمد، أما في حالة الخطأ فتوقع عليه عقوبة جريمة الخطأ، ومعيار ذلك مدى توافر عنصر القصد لدى الفاعل أو تخلفه⁽⁶⁾، ويدخل في حكم الخطأ ويأخذ عقوبته عند الفقهاء الخطأ المهني، كخطأ الطبيب المعالج والمُعَلِّم، فمع أنّ

(1) القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، ج12، ص282.

(2) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص40. وينظر د. غيث محمود الفاخري، الاشتراك الجنائي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ط1، 1993م، ص52، 53.

(3) السرخسي، م.س، ج24، ص75. الحطاب، م.س، ج8، ص306، 307. المطيعي محمد نجيب، تكملة المجموع شرح المذهب للشيرازي، مكتبة الإرشاد جدة، المملكة العربية السعودية. (د.ط، د.ت)، ج20، ص214. البهوتي منصور بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، (د.ط)، 1403هـ، 1983م، ج5، ص519.

(4) الكاساني، م.س، ج7، ص147. الدسوقي، م.س، ج4، ص245. الشافعي، م.س، ج7، ص77. البهوتي، كشف القناع، ن.م.و.ص. سيد سابق، م.س، ج3، ص24.

(5) عبد الخالق النواوي، جرائم القتل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، (د.ط، د.ت)، بيروت، ص49.

(6) د. الكبيسي، م.س، ص54.

القصد إلى الفعل ظاهر ولا يكون إلا عن مباشرة، غير أن تخلف عنصر العدوان فيه يتطلب أن تنزل بهما عقوبة الخطأ دون العمد لحصول الفعل بطريق المباشرة.

ثالثا: المباشرة قانونا:

لم أجد في القانون تعريفا للمباشرة إلا أنه يمكن تعريفها من خلال القائم بها وهو المباشر (الفاعل)، والذي يقوم بمباشرة الفعل التنفيذي في ارتكاب الجريمة بنفسه أو مع غيره، كما أورده المادة 41 ق.ع.ج، لذلك فالمباشرة بصفة عامة هي الفعل المؤدي إلى النتيجة بذاته دون واسطة، ويصلح لاعتباره علّة لها.

مما سبق أصل إلى القول بأن المباشرة في موضوع البحث هي ارتكاب فعلٍ عمداً أو عن غير عمد من شأنه أن يؤدي مباشرة إلى إحداث النتيجة المعاقب عليها.

الفرع الثاني: تعريف السبب وبيان أقسامه

أولاً: السبب لغة واصطلاحاً

أ- لغة: السبب مأخوذ من الفعل الثلاثي سبب، والسبب الحبل وكل شيء يتوصل به إلى غيره ويكون ذريعة إليه⁽¹⁾. قَالَ تَعَالَى: ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَهْمَنُ ابْنُ لِي صِرَاحًا لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ﴾⁽²⁾، قال سعيد بن جبير وأبو صالح: "الأسباب: أبواب السماوات، وقيل طُرُق السماوات"⁽³⁾. وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ﴾⁽⁴⁾؛ أي انقطع تواصلهم بالدنيا كما حكاها مجاهد، وقال ابن عباس: هي المودّة⁽⁵⁾.

ب- اصطلاحاً:

1- السبب عند الأصوليين:

ينظر علماء أصول الفقه إلى السبب أو السببية باعتبار المآل أو النتيجة المترتبة عن وجوده، لذلك جاءت تعريفاتهم للسبب متشابهة ومتقاربة في المعنى أكتفي بذكر واحدٍ منها: عرفه الإمام الأمدي بقوله: "كلّ وصف ظاهر منضبط دلّ الدليل السمعي على كونه معرفاً للحكم الشرعي"⁽⁶⁾.

(1) ابن منظور، م.س، مادة سبب، ج1، ص1910.

(2) غافر، آية 36.

(3) ابن كثير أبو الفداء اسماعيل، تفسير القرآن العظيم، دار ابن حزم، ط1، 1423هـ، 2002م، ج4، ص25.

(4) البقرة، آية 166.

(5) ابن منظور، م.س، ج1، ص1910.

(6) الأمدي، م.س، ج1، ص170.

كجعل دلوك الشمس سبباً ظاهراً أو أمانة على وجوب الصلاة، كما في قوله تعالى: ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ ﴾⁽¹⁾، وطلوع هلال رمضان أمانة على وجوب الصيام، في قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾⁽²⁾، وقوله ﷺ عن أبي هريرة: "صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته"⁽³⁾.

قال الإمام أبو حامد الغزالي: "وهذا ظاهر فيما يتكرر من العبادات كالصلاة والصوم والزكاة، فإن ما يتكرر الوجوب بتكرره جدير بأن يُسمى سبباً"⁽⁴⁾.

وعليه فالسبب في المفهوم الأصولي هو كل ما جعله الشارع علامة على مسببه وربط وجود المسبب بوجوده أو بعدمه؛ أي جعله علامة على حكم شرعي هو مسببه، يلزم من وجوده وجود المسبب ومن عدمه عدمه⁽⁵⁾.

2- السبب في الفقه الجنائي الإسلامي:

أورد الفقهاء للسبب عدة تعريفات منها:

عرّفه الحنفية بأنه ما كان بينه وبين المسبب عامل آخر، بحيث يكون تأثير السبب في النتيجة بهذا العامل لا عن طريق المباشرة⁽⁶⁾.

وعرّف القرافي المالكي السبب بقوله: "وضابطه ما تشهد العادة أنه لا يكفي في زهوق الروح، وأنّ له مدخلا فيه"⁽⁷⁾. وعند الشافعية والحنابلة: السبب هو كل فعل يغلب على الظن وقوع الهلاك عنده ولم يكن مباشراً، وعرّفه الإمام الشربيني بأنه: "ما أثر في الهلاك ولا يحصله"⁽⁸⁾.

والتسبب في جريمة القتل: "هو الفعل الذي يؤثر في إزهاق الروح بطريقة غير مباشرة ويكون هذا الفعل في الوقت ذاته سبباً للموت"⁽⁹⁾.

(1) الإسراء، آية 78.

(2) البقرة، آية 185.

(3) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الصوم، باب قوله ﷺ: "إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا"، حديث رقم 1909، ج2، ص33.

(4) الغزالي أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة، (د.ط، د.ت)، ج1، ص313.

(5) خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه، الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1993م، ص117.

(6) الكاساني، م.س، ج7، ص239.

(7) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص282.

(8) الشربيني، م.س، ج7، ص6.

(9) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص40.

والسبب أيضا عند الفقهاء ما يقابل المباشرة، ويعني أيضا وجود ارتباط سببي ومادي بين السلوك الإجرامي الذي صدر عن المجرم وهو الفعل المادي وبين النتيجة؛ أي أنّ المتسبب لا يرتكب الجريمة بنفسه، وإنما يأتي بوسيلة تكون بمثابة الوسطة المُعِينة أو المساعدة للمباشر على ارتكابها⁽¹⁾.

وبناء عليه تتحدّد السببية عند الفقهاء في العلاقة بين السبب والمسبب أو المتسبب، فهي نسبة المسبب إلى السبب ونسبة السبب إلى الفاعل، وبذلك يكون المفهوم الفقهي مشابهها كثيرا ومتقاربا مع المعنى الأصولي وقبّلها المعنى اللغوي، وعليه فالتسبب اصطلاحا لا يخرج عن أحد مسمياته في اللغة كما يقول الإمام الأمدي⁽²⁾.

وإذا كان معنى السبب في اللغة يعني ما يقابل المباشرة، فهو أيضا عبارة عما يمكن التوصل به إلى مقصود، ومنه سمي الحبل والطريق سببا كما سبق؛ لأنه مما يُتوصّل بهما إلى المقصود⁽³⁾، وبذلك يصبح معنى السبب مغايرا للمعنى الذي أورده الأصوليون والفقهاء.

3- السبب لدى فقهاء القانون:

لم يرد في القانون الجزئري ولا في غيره من القوانين الأخرى تعريف للسبب ولا للتسبب وإنما عرّفه الفقه، وجاءت تعريفات فقهاء القانون تدور في فلك التعريفات الواردة في الفقه الجنائي الإسلامي ولا تخرج عنها، منها ما أورده عوض محمد بقوله: " السببية هي العلاقة التي تحكّم الرباط بين السلوك والنتيجة وتجعل بينهما كيانا قانونيا واحدا"⁽⁴⁾.

وعرّفها أيضا بأنها مقدمة لازمة وكافية لواقعة ثانية تنشأ عنها⁽⁵⁾.

ومعنى اللزوم أنه لولا الأمر الأول لما وقع الثاني، ومعنى الكفاية أنّ الأمر الأول يتوافر على جميع الشروط اللازمة لوقوع الأمر الثاني، بحيث يترتب عن تخلف شرط منها قصور المقدمة وعدم كفايتها⁽⁶⁾.

(1) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص38.

(2) الأمدي، الأمدي أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام في أصول الأحكام، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، (م.ع.س)، ط1، 1424 هـ، 2003 م، ج1، ص170.

(3) ن.م.و.ص.

(4) د. عوض محمد، م.س، ص65.

(5) ن.م.و.ص.

(6) ن.م.و.ص.

وهذا المعنى الذي قصدَه عبد القادر عودة لما عرّف التسبب بقوله: "التسببُ هو ما أحدث الجريمة لا بذاته، بل بواسطةٍ وكان علةً الجريمة⁽¹⁾."

وكنتيجة لما سبق يمكنني استخلاص تعريف للمتسبب فأقول: المتسبب هو الشخص الذي يقوم بفعل ويحدث الهلاك مع تدخل فعل آخر، بحيث لولا وجود فعل المتسبب لما حدث الهلاك؛ لأنه لا يسوغ عقلا مساءلة إنسان عن واقعة إجرامية أعقبت فعله إلا إذا كان هذا الفعل سببا في حدوثها.

4- المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والفقه القانوني

باستقراء التعريفات السابقة للسبب سواء في اللغة أو في الفقه الجنائي الإسلامي أو لدى فقهاء القانون، يتضح وجود توافق وتشابه كبيرين بينها، ويمكن القول بأن هذه التعريفات جاءت متفقة من حيث المعنى وإن اختلفت لفظا وتدلّ على أنّ التسبب يعني إحداث أمرٍ يؤدي إلى تلف شيء آخر بحسب العادة؛ إذ لولاه والفعل الآخر لما حصل التلف، لكن التلف لا يقع مباشرة منه، وإنما يحصل عند توافره بواسطةٍ أخرى وهي فعلٌ فاعلٍ مختار⁽²⁾.

وعليه فالجريمة بالتسبب هي التي يتوسّط فيها بين إرادة الجاني والنتيجة إرادة أخرى.

مثال ذلك: حفر البئر حيث لا يؤذن للشخص حفره قصد الإهلاك، وكالإكراه وشهادة الزور ضدّ بريء بأنه قتل غيره، فهي علة للحكم على المشهود عليه بالموت، مع أنّ الشهادة لا تحدث الموت بذاتها، وإنما يحدث الموت بواسطة الجلاد الذي ينفذ حكم القاضي، ومثله أيضا حفر بئر بقصد أن يقع فيها المجني عليه ويهلك، ومنع الطعام والشراب عنه بقصد قتله جوعا أو عطشا⁽³⁾.

ثانيا: أقسام السبب

أ- السبب الشرعي:

هو الذي يولد المباشرة توليدا شرعيا، أي أنّ أساس اعتباره سببا هو النصوص الشرعية، وبمقتضى هذه النصوص يحكم القاضي على المتسبب في وقوع الجريمة، كشهادة الزور التي تؤدي إلى قتل بريء بالقصاص، فتعتبر هذه الشهادة سببا شرعيا في

(1) عودة، م.س، ج1، ص451.

(2) عبد الله أحمد هلالي، أصول التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1995م، ص252. وينظر الحموي السيّد أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية،

(د.ط)، 1405هـ، ج1، ص466.

(3) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص282.

القَوْد من المشهود عليه؛ لأنَّ القاضي ملزم في هذه الحالة بتنفيذ عقوبة القصاص على من تثبت عليه هذه الجريمة، ويُعدّ هؤلاء الشهود السببَ في إقامة هذه العقوبة، ذلك أنّ شهادتهم بمثابة السبب الشرعي للحكم على المشهود عليه بالقتل⁽¹⁾.

ب- السبب الحسي:

وهو الذي يولّد المباشرة توليدا حسيًا مُدرَكًا، ويستوي أن يكون هذا السبب ماديا أو معنويا، والسبب الحسيّ يؤدي إلى حدوث الجريمة بطريق محسوس ظاهر لا شك فيه، والأمثلة فيه كثيرة منها: الإكراه الذي يمارسه المُكرِه على شخص المُكرِه بقصد ارتكاب جريمة معينة، كالإكراه على القتل أو الجرح، ففي هذا المثال يعتبر المُكرِه (بالكسر) هو من دفع غيره إلى ارتكاب الجريمة، وهو الذي تسبب بطريقة حسية في إيجادها، وإطلاق حيوان مفترس على المجني عليه بقصد قتله فيفترسه الحيوان، وإضرار النار في بيت المجني عليه النائم، حتى إذا استيقظ وجد النيران قد أحاطت به وقضت عليه.

فهذه الأمثلة وغيرها تعتبر بمثابة أسباب حسية مادية أو معنوية تساهم في حدوث الجريمة⁽²⁾.

والمثال الذي يذكره الفقهاء في كتبهم بخصوص هذا السبب كمن يحفر بئرا في طريق المجني عليه ويقوم بتغطيتها، حتى إذا ما مرّ بها سقط فيها ومات أو جرح، فالحفر هنا يعدّ سببا حسيًا وُلد التردية في البئر، ثم الموت أو الجرح هو سبب حسيّ مادي لا شبهة فيه⁽³⁾.

ج- السبب العرفي:

وهو الذي يولّد المباشرة توليدا معتادا أو مألُوفًا، وقد جرى عليه عرف الناس، لا شرعيا ولا حسيًا، بأن كان سببا يؤدي إلى وقوع الجريمة عادة وعُرفًا، كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف، فقد جرى العرف على أن يقدم المضيف الطعام إلى ضيفه، دون أن يخطر ببال هذا الأخير أنّ الطعام المقدم إليه مسموم؛ لأنه لو علم بالسّم في الطعام ما أقدم على تناوله، فالمضيف هنا يعتبر متسببا لما يترتب على تقديم الطعام من نتيجة لفعله من قتلٍ أو إلحاق ضررٍ بالضيف⁽⁴⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص451. وينظر د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص40، 41.

(2) الرملي، م.س، ج7، ص253.

(3) عودة، م.س، ج1، ص452.

(4) عودة، ن.م.و.ص.

ومثله أيضا: إشعال النار في منزل شخص بقصد قتل صاحبه، ففي هذه الحالة يعتبر الإشعال سببا حسيًا للموت، إذا نجم عنه موت المجني عليه حرًا، لكن إذا لم يمت وتمّ إسعافه ووضعه بالمستشفى للعلاج، إلا أنّ المستشفى انهدم بفعل زلزال أو فيضان أو سبب آخر ومات المجني عليه تحت الأنقاض، فيصبح إشعال النار كسبب للموت مشكوكا فيه أو مختلفا عليه فينقلب إلى سبب عرفي.

كذلك لو تمّ القتل بوسائل معنوية كالتخويف والترجيع، كما لو أشار شخص على آخر بسلاح ونحوه فهرب وتبعه صاحب السلاح بالصياح فمات رعبا وخوفا⁽¹⁾.

وسُمي السبب في هذه الأمثلة عرفيا؛ لأنّ حدّ السببية فيه هو الحدّ المتعارف عليه؛ أي ما أقرّه عرفُ الناس وتلقّته عقولهم بالقبول⁽²⁾.

ويُقسّم السادة المالكية السبب إلى قسمين؛ قريب وبعيد⁽³⁾:

1- السبب القريب: ويقصدون به ذلك الذي يرتبط بالفعل ويتّصل به اتصالا وثيقا، بمعنى أنّ نشاط المتسبب على صلة بالمجني عليه، وذلك بأن يقوم المتسبب بفعل مادي مؤثر في المجني عليه لكنه لا يصل إلى حدّ اعتباره مباشرة للجريمة.

ومن أمثله مسألة "الإمساك للقتل"، فإنّ المُمسك متّصل بعين المجني عليه إذ لولا الإمساك لما حصل القتل، ويرتّب المالكية على هذا النوع من الأسباب القصاص؛ لأنّ نشاط المتسبب اتصل بذات المجني عليه وشلّ حركته وأفشل مقاومته، إن لم يكن قد أعدم قدرته على الحركة أصلا، ولولا إمساكه لكان في مقدور المجني عليه الدفاع عن نفسه أو الفرار.

2- السبب البعيد: وهو على خلاف القسم الأول لا يلزم من حصوله وقوع الفعل وهي النتيجة؛ أي أنه لا يتصل بذات المجني عليه مباشرة وإنما يتصل بشيء أو بفعل آخر، وإن كان وجود ذلك السبب يمكن المباشرة بسهولة من تحقيق النتيجة المقصودة، وذلك كحفر شخص لحفرة ثم يأتي آخر فيقوم بإلقاء المجني عليه فيها، فلا يلزم من حفر الحفرة هلاك المجني عليه، ولولا تدخّل المباشرة لما أنتج السبب (الحفر) أثره، فيكون السبب بمثابة شرطٍ لحصول المسبب، وهذا النوع من السبب لا يترتب عنه قصاص من المتسبب طالما لم يكن

(1) الدردير، م.س، ج 4، ص244.

(2) عودة، م.س، ص452.

(3) د. الفاخري، م.س، ص57، 58.

عدوانا، فأما إن قصد بفعله ذلك إهلاكَ المجني عليه بعينه، يكون متعديا ويضمن التلف، ويلزم في هذه الحالة القصاص من المباشر والمسبب معا.

قال الإمام مالك: " إن حَفَرَ في موضع جَرَتِ العادةُ الحفر في مثله لم يضمن وإن تعدَّى في الحفر ضمن، وقال الليث: إن حفر في أرض يملكها لم يُضمَّن وإن حفر في ما لا يملك ضمَّن" (1).

الفرع الثالث: الشرط لغة واصطلاحاً

أولاً: الشرط لغة:

جاء في لسان العرب: "الشَرْطُ إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والشَرْطُ بالتحريك العلامة، والجمع أشراط، وأشراط الساعة أعلامها" (2).

وجاء في لسان العرب: "الشَرْطُ: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والعلامة الدالة على الشيء ليتّضح الأمر، والجمع شروط وشرائط، وفي الحديث: "لا يجوز شرطان في البيع" (3)، والشَرْطُ بالتحريك العلامة، والجمع أشراط، وأشراط الساعة أعلامها وفي التنزيل العزيز قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ (4)، والاشترط العلامة التي يجعلها الناس بينهم (5).

ثانياً: الشرط اصطلاحاً

أ- الشرط عند الأصوليين:

هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته (6).

وهو أيضاً: تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته وليس من أجزائه (7).

وبتعريف مشابه: الشرط ما يتوقف وجود الحكم على وجوده، ويلزم من عدمه عدم الحكم، والمراد وجوده الشرعي الذي يترتب عليه أثره، فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق فإذا لم

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، م.س، المجلد الثاني، ج4، ص234.

(2) ابن منظور، م.س، مادة شرط، ج1، ص2235.

(3) رواه أبو داود بلفظ: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع..." سنن أبي داود، تحكيم وضبط الألباني محمد ناصر الدين، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، (د.ت)، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم 3504، ص629.

(4) محمد، آية 18.

(5) ابن منظور، م.س، ج1، ص2235.

(6) الأمدي، م.س، ج2، ص379.

(7) عبد الوهاب خلاف، م.س، ص119.

توجد زوجية لم يوجد طلاق، لكن لا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق، ومثله أيضا الوضوء شرط لصحة إقامة الصلاة، فإذا لم يوجد وضوء لا تصح إقامة الصلاة، ولا يلزم من وجود الوضوء إقامة الصلاة⁽¹⁾... وهكذا.

ب- الشرط عند الفقهاء: عرف الفقهاء الشرط بتعريفات كثيرة منها: " ما لا يؤثر في التلف ولا يحصله، بل يحصل التلف عنده بغيره، ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه"⁽²⁾. فالشرط إذن لا يؤدي إلى إزهاق النفس (الروح)، ولا يؤثر فيه⁽³⁾.

وعرّفه عبد القادر عودة على هذا النحو بقوله: " الشرط ما لا يحدث الجريمة ولا هو علة لها، ولكن وجوده جعل فعلا آخر محدثا للجريمة وعلة لها"⁽⁴⁾.

ويمثّل له: بمن يُلقى بآخر في بئر حفره ثالث لغير غرض القتل فيموت، فالذي أحدث الموت وكان علة له هو الإلقاء في البئر لا الحفر، ولكن الإلقاء ما كان يحدث ويترتب عنه أثره لولا وجود البئر، فيكون وجود البئر شرطا لجريمة القتل التي حصلت بالإلقاء فيه.

ومن المتفق عليه عند الفقهاء أنّ الشخص الذي قام بالحفر لا مسؤولية عليه؛ لأنه ليست له علاقة بالجريمة ولم يقصدها ولم يؤثر فيها، كما لو حفر بئرا في أرض يملكها لغرض السقي أو الري مثلاً، فجاء شخص آخر وألقى بالمجني عليه فيها ومات، فالملقي هنا هو المباشر للجريمة فيتحمل وحده المسؤولية دون الحافر⁽⁵⁾.

وعليه فصاحب الشرط لا مسؤولية عليه ما دام لم يقصد بفعله التدخل في الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها؛ لأنّ فعله لم يحدث الجريمة ولم يكن علة لها.

وعند التدقيق يتضح وجود فارق دقيق بين الشرط والسبب الحسي السابق ذكره؛ إذ الغالب في الشرط ألا يكون بقصد العدوان؛ أي أنّ فاعله لا يرمي من ورائه إلى تحقيق الجريمة، أما السبب الحسي فلا يكون إلا بقصد تحقيق الجريمة كما لو حفر بئرا متعديا لغرض إهلاك مُعيّن، وبذلك يتضح الفرق⁽⁶⁾.

(1) ابن عبد السلام عز الدين عبد العزيز، (القواعد الكبرى) الموسوم ب قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ، 2000م، ج2، ص182. عبد الوهاب خلاف، م.س، ص118.

(2) الرملي، م.س، ج7، ص240.

(3) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص41.

(4) عودة، م.س، ج1، ص452.

(5) ن.م.و.ص. وينظر د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص41.

(6) د. الفاخري، م.س، ص60.

المطلب الثاني: التمييز بين المباشرة والسبب والشرط

الفرع الأول: أوجه الاختلاف بينهما

إذا كان تعريف المباشرة يتحدد بأنه إيجاد علة الهلاك، فاجتماع السبب مع العلة كاجتماع المتسبب مع المباشر، وعلى هذا فإنّ المباشرة تأتي بمعنى العلة.

ذكر ابن السبكي في الأشباه والنظائر⁽¹⁾ بأنّ الأصوليين لم يهتموا بتحقيق الفرق بين العلة والسبب، وربما وقع في كلامهم أنهما سواء، ويدلّ على ذلك قول الإمام القرافي: " بأنّ السبب ما يحصل الهلاك به من غير توسط"⁽²⁾.

ويريد بالسبب هنا المباشرة؛ لأنّ مقصدهم ينصرف إلى الوصف الذي يترتب بعده الحكم وله مدخل فيه، وليس ذلك إنكاراً منهم للفرق بل لما لم يحتاجوا إليه لم يذكروه، وهو واقع لا محالة.

ولعلّ موضع الخلاف يكمن فيما أشار إليه ابن السبكي لما ذكر بأنّ الوسائط بين الأسباب والأحكام تنقسم إلى:

- وسائط مستقلة يضاف الحكم إليها ولا يتخلف عنها وهي العُلل.
- وسائط غير مستقلة، منها ما له مدخل في التأثير ومناسبة، إن كان في قياس المناسبات هو السبب، ومنها ما لا مدخل له ولكن إذا انعدم ينعدم الحكم وهو الشرط⁽³⁾.

وبهذا يتبين ترقّي رتبة العلة على رتبة السبب، ومن ثمّ يقولون: إنّ المباشرة تُقدّم على السبب؛ لأنّ المباشرة علةٌ والعلة أقوى من السبب، والواسطة المستقلة يضاف الحكم إليها دون السبب؛ لكونها أقرب السببين كالبيع والهبة والإرث والوصية فإنها أسباب للملك، لكنّ التصرفات المقصودة من الأعيان تستفاد بالملك لا بهذه الأسباب؛ لأنّ الملك واسطة مستقلة تصلح لإضافة الحكم إليها⁽⁴⁾.

أما إذا كانت الواسطة غير مستقلة إما لعدم مناسبتها أو لخفائها، فإنّ الحكم يضاف إلى السبب الأول دون الواسطة، كمن رمى إنساناً بإصابة وقتله، فإنّ القتل يُحال إلى السبب

(1) ابن السبكي تاج الدين عبد الوهاب، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1411هـ، ج 2، ص 25، ص 26.

(2) القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، (د.ط، د.ت)، ج 4، ص 27.

(3) ابن السبكي، م.س، ج 2، ص 26.

(4) ن.م.و.ص.

الأول وهو الرمي، ولا يُحال على الوسائط الأخرى من خروج السهم وقطع الهواء؛ لأنّ هذه الوسائط لا تصلح أن تكون أسباباً فلا يضاف الحكم إليها، ويمكن التفريق بين المباشرة باعتبار أنها العلة كما قرر ذلك ابن السبكي وبين السبب والشرط بأمر منها:

أولاً: السبب هو ما يحصل الشيء عنده لا به، أمّا العلة ما يحصل الشيء بها، وبذلك تفارق السبب، وهما في إيجاب الحكم سواء، غير أنّ العلة ما اقتضت الحكم من غير واسطة، ولا شرط يتوقف الحكم على وجوده، كقول القائل: أنت طالق، يستعقب الطلاق دون توقف على شرط فسمي علة، أمّا السبب فما أفضى إلى الحكم بواسطة أو بوسائط كقوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق، سمي سبباً، لتوقف الحكم على الوسطة وهي دخول الدار، وأمّا الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولا عدمه (1).

ثانياً: المباشرة مؤثرة في الهلاك محصلة له، بخلاف السبب فإنه مؤثر في الهلاك غير محصل له (2).

فالمباشرة إذن هي إيجاد علة الهلاك، والسبب هو إيجاد علة المباشرة، والشرط إيجاد ما يتوقف عليه الإلتلاف وليس تسبباً ولا مباشرة، ومثاله الممسك مع القاتل، فالممسك لم يصدر منه شيء من أجزاء القتل وإنما هو ممكن للقاتل من القتل (3).

ثالثاً: الجناية أو التلف إذا وقعا بالمباشرة لا يحتاج الأمر فيهما إلى واسطة، كالقتل بالسيف، بخلاف ما إذا وقعا بالتسبب فلا بدّ من واسطة كالحافر للبرّ ومن وقع فيها، فواسطة التلف هي البرّ، والمتسبب لا يباشر الجناية بنفسه بخلاف المباشر (4).

رابعاً: المباشرة كافية وحدها لإيجاب الضمان، ولا حاجة بالمدعي إلى إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر المباشر المتولد عنه لوضوحه، بخلاف التسبب الذي يجب على المدعي أن يثبت كلا من الضرر ونسبته إلى السبب الذي أنشأه، وبالتالي فإنّ أساس الضمان (التعويض) في المباشرة أمران: الفعل والضرر المترتب عنه، بينما أساس الضمان في التسبب ثلاثة أمور: وهي الفعل والضرر والتعدي (5).

(1) ابن السبكي، م.س، ج2، ص28. القرافي، الفروق، م.س، ج4، ص27.

(2) القداني المكي ابن الفيض محمد ياسين، الفوائد الجنية، حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1417هـ، 1996م، ج2، ص357.

(3) عبد العزيز بن عبد السلام، م.س، ج2، ص267.

(4) د. الزحيلي وهبة، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط1، 1389هـ، 1970م، ص188، 189. وينظر د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص48.

(5) د. عماد أحمد أبو الصّدّ، م.س، ص187.

الفرع الثاني: أوجه الإتفاق بين المباشرة والسبب

أولاً: تشترك المباشرة والسبب في وجوب الضمان أو العقوبة، فكما أنهما واجبان بالمباشرة فهما واجبان بالسبب.

ثانياً: المباشرة تكون قوية أو متوسطة أو ضعيفة وكذلك السبب، والمباشرة القوية كالذبح والإحراق والإغراق وإيجاد السموم والحبس مع المنع من الطعام أو الشراب، والسبب القوي كالإكراه فهو موجب للقصاص والضمان على المكره (بالكسر)؛ لأنه ملجئ للمكره (بالفتح) على المباشرة، فطبعه يحثه على درء المكروه عنه، وقد جعل المكره شريكاً للمتسبب الذي هو المكره لتولد مباشرته عن الإكراه.

ومثله أيضاً دَسُّ السمِّ دون علم من قُدِّم إليه ليأكله، والمباشرة المتوسطة كالجراحات السارية، كما لو صدمه بسيارته، والسبب المتوسط كما لو أمسكه للقائل لغرض القتل، والمباشرة الضعيفة كما لو جرحه فسرى الجرح ومات بسبب السارية، والسبب الضعيف كحفر بئر تعدياً⁽¹⁾.

(1) عبد العزيز بن عبد السلام، م.س، ج2، ص265. وينظر د. خالد بن مفلح آل حامد، اجتماع المباشر والمتسبب في الجنايات والحدود والتعازير، دار ابن حزم، الرياض، السعودية، ط1، 1431هـ، 2010م، ص86، 87.

المطلب الثالث: حكم المباشرة والسبب والشرط وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية

بعد توضيح معاني كل من المباشرة والسبب والشرط، آتى في هذا المطلب لبيان أحكام المباشرة والسبب عند اجتماعهما في الجريمة، ثم لحكم المباشرة والسبب والشرط، والفرق في المسؤولية بين المباشرة والسبب، وأخيراً لحكم تعدد الأسباب وتوالدها أو تواليها، وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية وأخصص لكل عنصر فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول: حكم اجتماع المباشرة والسبب في الجريمة

إن تعدد الجناة في ارتكاب الجريمة الواحدة قد يتفرع عنه اختلاف أدوارهم التي شاركوا بها، فمنهم من يشترك في الجريمة مباشرة بمشاركة ركنها المادي، ومنهم من يشترك فيه بالتسبب، بحيث يكون اشتراكه تحضيرياً أو ثانوياً متمماً لفعل المباشرة للجريمة، لتظهر بالصورة التي قصدوها من اشتراكهم فيها⁽¹⁾.

وبالتالي تفترض هذه الحالة وجود مباشرة وسبب كما إذا وقعت جريمة قتل من فعلين؛ أحدهما مباشر والآخر متسبب، غير أن اجتماع الجناة في الجريمة الواحدة من مباشر لركنها المادي ومتسبب فيه، لا يعفيهم ذلك من تحمل المسؤولية الجنائية للنتيجة الإجرامية المحققة، والتي تختلف درجة تبعاتها باختلاف دور كل شريك، ليكون الأمر في ترتيب المسؤولية على الجناة لا يخرج عن واحدة من ثلاث صور في هذه الحالة⁽²⁾.

- إما أن يغلب الاشتراك بالمباشرة الاشتراك بالتسبب.
- وإما أن يغلب الاشتراك بالتسبب الاشتراك بالمباشرة.
- أو أن يتعادل الاشتراك بالمباشرة مع الاشتراك بالتسبب.

وفي مايلي أوضح هذه المراتب الثلاث وما يرتبط بها من أحكام:

المرتبة الأولى: أن يغلب الاشتراك بالمباشرة الاشتراك بالتسبب

والمراد أن تكون المسؤولية الجنائية ملقاة على عاتق المباشر دون المتسبب فيها، نظراً للأثر الغالب لمباشرة الجريمة في تحقيق نتائجها، وبناء عليه تقضي القاعدة الأصولية بتغليب المباشرة على السبب إذا استقلت فارتبطت بها التكليف والتصريف من الشارع⁽³⁾.

(1) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص282.

(2) د. محمد فاروق النهنان، م.س، ص49.

(3) الجويني أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم الديب، طبع أمير دولة قطر، ط1، 1399هـ، ج1، ص1224.

والملاحظ أنّ ما تقضي به هذه القاعدة هو عينه ما تدعوا إليه نظرية السبب الأقوى أو الفعال عند القانونيين، كما سوف يأتي في المبحث الثالث من هذا الفصل، فالفعل الإجرامي الذي يأتيه مباشرُ الجريمة يقطع أثر الفعل الإجرامي للمتسبب، ليتحدّد بذلك تحمّلُ المباشرِ للمسؤولية الجنائية وحده، ولعدم العدوان في السبب.

ومن الأمثلة: أن يقوم الشريك المتسبب بعمل يؤدي إلى موت المجني عليه، لكن قبل الموت يأتي شخص آخر فيقتله بسيفه، كمن يُلقي بشخص في ماء مغرق بقصد إغراقه، وبينما هو كذلك في الماء يصارع الموت يطلق عليه آخر عيارا ناريا فيريده قتيلا في الحال، فمطلق الرصاص هو المباشر ويكون المسؤول عن جريمة القتل؛ لأنّ مباشرته طرأت بعد مباشرة الأول وقطعت أثره، والموت حصل نتيجةً لفعله دون الأول⁽¹⁾.

جاء في مواهب الجليل: "قال ابن شاس: وإذا طرأت مباشرة على مباشرة فُدم الأقوى، فلو جرح الأول وحزّ الثاني الرقبة فالقود على الثاني، فلو أنفذ الأول المقاتل ثمّ أجهز عليه آخر فالقصاص على الأول خاصة بغير قسامة وبيالغ في عقوبة الثاني (أي تعزيرا)، وقال سحنون: لو قطع أحدهم يده والآخر رجله وضرب الآخر عنقه قُتل القاتل وقُطع القاطعان"⁽²⁾.

وقال الإمام القرافي: "كحافر البئر في داره لنفع نفسه، فردى فيها رجل رجلا، فالقود على المردي دون الحافر تغليباً للمباشرة ولعدم العدوان في السبب"⁽³⁾.

وأورد في هذه المرتبة ثلاثة مسائل؛ أخصّص الأولى لحكم تغليب المباشرة على السبب في الجناية الموجبة للقصاص، والثانية لحكم اجتماع المباشر والمتسبب في القصد وانفراد المباشر بفعل القتل وحده، أما الثالثة فأتناول فيها حكم تغليب المباشرة على السبب في جرائم الحدود.

(1) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص149.

(2) الحطاب، م.س، ج8، ص310.

(3) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص283.

أولاً: حكم تغليب المباشرة على السبب في الجناية الموجبة للقصاص

أتناول في هذا العنصر حالتين هما حالة الأمر والمأمور، وحالة الإكراه:

أ- حالة الأمر والمأمور: إذا كان كلّ منهما مكلفاً وقام المأمور بتنفيذ القتل، ففي هذه الحالة يوجد متسبب هو الأمر، ومباشر هو المأمور، ومجنّي عليه هو المقتول أو الضحية.

اتفق الفقهاء على أنّ المأمور إذا كان صبياً أو مجنوناً أو جاهلاً بتحريم ما أمر به وهو هنا القتل، أو معتقداً بأنّ القتل كان بحقّ فلا قصاص عليه⁽¹⁾.

كما اتفقوا على أنّ المأمور يُقتل قصاصاً إذا لم يكن للأمر سلطة عليه، أو كانت سلطته محدودة كالمعلم يأمر تلميذه والأب يأمر ابنه البالغ بالقتل⁽²⁾.

واختلفوا فيما إذا كان الأمر صادراً من شخص لا يمكن مخالفته، كالسلطان نحو خادمه والسيد نحو عبده وكان المأمور مكلفاً عالماً بتحريم القتل، أو بأنّ المقتول لا يستحق القتل، ثم أقدم على تنفيذ ما أمر به من القتل مختاراً، فهل يُقتل المأمور وحده؟ أو الأمر وحده؟ أو هما معاً؟ على ثلاثة أقوال:

1- القول الأول: وهو قول الشافعي وأحمد بن حنبل بأنّ المأمور هو الذي يجب عليه القتل، ويجب على الأمر التعزير فقط⁽³⁾.

• **حُجَّتُهُ:-** إنّ المأمور إذا كان عالماً بخطر القتل، وكان من أهل العقوبة فإنّ القصاص يكون عليه، لإمكان إيجابه عليه وهو مباشر له، فانقطع حكم الأمر كالدافع مع الحافر، فإنّ من حفر بئراً فألقى رجلٌ فيها بآخر ومات، فالضمان على المردّي المباشر، وقد قطع بمباشرته فعل المتسبب ويكون على هذا الأخير التعزير تأديبياً لتعديده بالتسبب إلى القتل⁽⁴⁾.

(1) ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، دار المختار، دار عالم الكتب، الرياض، (م.ع.س) طبعة خاصة، 1423هـ، 2003م، ج9، ص188. القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص284. النووي أبي زكرياء يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، الرياض، (م.ع.س)، طبعة خاصة، 1423هـ، 2003م، ج7، ص21. ابن قدامة، م.س، ج11، ص597. ابن حزم علي بن أحمد الأندلسي، المحلى بالآثار، إدارة الأعمال المنيرية، مصر، (د.ط)، 1352هـ، ج10، ص17.

(2) السرخسي، م.س، ج26، ص185، القرافي، الذخيرة، ن.م.و.ص.

(3) الشيرازي، م.س، ج5، ص27. الشرييني، م.س، ج5، ص225. ابن قدامة، م.س، ج11، ص597، 599.

(4) ابن قدامة، م.ن، ج11، ص592. البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج5، ص2904.

- الأمر وإن كان صادرا عن السلطان، فإنه لا يكون عذرا للإقدام على قتل نفس بغير حق، لقوله ﷺ: "السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"⁽¹⁾، فلزمه القصاص كما لو أمره غير السلطان⁽²⁾.

وفي حديث مشابه: "السمع والطاعة حق، ما لم يأمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"⁽³⁾.

وقوله ﷺ: "لا طاعة في المعصية إنما الطاعة في المعروف"⁽⁴⁾.

• **نقده:** انتقد على أساس أن قياس أمر السلطان على أمر غيره قياس مع الفارق؛ لأن غير السلطان لا تتعذر مخالفته، بخلاف أمر السلطان فإن مخالفة أمره متعذرة فافتراقا⁽⁵⁾.

لكن أجيب عنه، بأن مخالفة أمر السلطان متعذرة غير مسلم بها، ولو سلم فإن صدور الأمر من السلطان لا يعد كافيا حتى يُقدم المأمور على القتل مع علمه بأنه قتل بغير حق، وفي ذلك يستوي الأمر من السلطان أو من غيره⁽⁶⁾.

2- **القول الثاني:** وهو قول المالكية وابن حزم من الظاهرية ويرون بأنهما يقتلان معا⁽⁷⁾.

• **حجته:** هي نفسها أدلة القول الأول في قتل المأمور، أما في قتل الأمر فقد احتجوا بالأدلة الآتية: قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِرْعَوْنَ عَلَا فِي الْأَرْضِ وَجَعَلَ أَهْلَهَا شِيَعًا يَسْتَضِعُّ طَائِفَةً مِنْهُمْ يُدِّخِ أَبْنَاءَهُمْ وَيَسْتَحْيِي نِسَاءَهُمْ إِنَّهُ كَانَ مِنَ الْمُفْسِدِينَ﴾⁽⁸⁾.

• **وجه الاستدلال:** إن الله ﷻ قد نسب الذبح إلى فرعون، ومعلوم أنه لم يأت به مباشرة، لكنه كان مطاعا فأمر به وأمره إكراه، ثم إن المأمور بالقتل أو القطع أو الجلد مطيع للأمر

(1) البخاري، م.س، من حديث ابن عمر (ض)، كتاب الجهاد والسير، باب السمع والطاعة للإمام، حديث رقم: 2955، ج2، ص347.

(2) ابن قدامة، م.س، ج11، ص599.

(3) البخاري، م.س، من حديث ابن عمر (ض)، كتاب الجهاد والسير، باب السمع والطاعة للإمام، حديث رقم 2955، ج2، ص347.

(4) البخاري، م.ن، من حديث علي ابن أبي طالب (ض)، كتاب أخبار الأحاد، باب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق في الإذن والصلاة والصوم والفرائض والأحكام، حديث رقم 7257، ج4، ص355.

(5) **المواق** محمد بن يوسف العدوي، التاج والإكيل شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1329هـ، ج8، ص1307. ابن حزم، م.س، ج11، ص169.

(6) النووي، م.س، ج7، ص20. الشيرازي، م.س، ج5، ص27. ابن قدامة، م.س، ج11، ص597، 599.

(7) ابن رشد، بداية المجتهد، م.س، ج4، ص2163. ابن حزم، م.س، ج11، ص169.

(8) القصص، آية 4.

مُنْفَذَ لأمره ولولا أمره إياه لما فعله، والمأمور يُسمّى في اللغة والشرع قاتلا وقاطعا وجالدا، فصَحَّ أنهما قاتلان وقاطعان وجلّادان، لذلك فالأمر والمباشر فاعلان لكل ذلك⁽¹⁾.

● **نقده:** طاعة السلطان لا تكون في معصية، فإذا ما أقدم المأمور على القتل بموجب أمر السلطان أو السيّد مع علمه بأنه قتل بغير حق، فإنه يكون بذلك قد باشر القتل عمدا وعدوانا يستحق بموجبه القصاص، بخلاف الأمر فهو لا يعدو عن كونه متسببا مستحقا للتعزير.

3- **القول الثالث:** وهو قول الحنفية⁽²⁾ ويرى بأن يقتل الأمر دون المأمور، وكذا قول بعض أصحاب الإمام الشافعي⁽³⁾.

● **حجته:** احتج أصحاب هذا القول بأدلة القول الثاني في قتل الأمر، واحتجوا على عدم قتل المأمور بأدلة منها:

- إنّ الأمر من السلطان أو من السيّد لعبده يعدّ إكراها ملجئا فيكون المأمور كالألة وإذا كان كذلك فإنه لا يواخذ شرعا⁽⁴⁾.

قال النووي: "وكذلك لو أمره بإتلاف مال فأتلفه، وإن كان صغيرا أو مجنونا ضاريا أو أعجميا يرى طاعة سيّده واجبة في كلّ شيء، فهو كالألة والقصاص أو الدية على السيّد"⁽⁵⁾.
- أنّ المأمور معذور لوجوب طاعة السلطان؛ لأنّ الظاهر من السلطان أنه لا يأمر إلا بما هو حقّ.

وقال الماوردي: "إذا كان المأمور يجهل حال المقتول ولا يعلم أنه مظلوم، ويعتقد أنّ الإمام لا يقتل إلا بحقّ، فلا قود على المأمور ولا دية ولا كفارة؛ لأنّ طاعة الإمام واجبة عليه، قَالَ تَعَالَى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁽⁶⁾، وعلى الإمام القود لنفوذ أمره وجرى المأمور معه جري الآلة"⁽⁷⁾.

وقال الشافعي: "وهكذا قتل الأئمة ويستحب للمأمور أن يكفّر لما تولاه من المباشرة"⁽⁸⁾.

(1) ابن حزم، م.س، ج11، ص168، 169.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د.ت)، ج8، ص400.

(3) الماوردي علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ، 1994م، ج12، ص72، ص73.

(4) ابن عابدين، م.س، ج9، ص182. الماوردي، الحاوي الكبير، ن.م.و.ص.

(5) النووي، م.س، ج7، ص21.

(6) النساء، آية 59.

(7) الماوردي، الحاوي الكبير، م.س، ج12، ص72.

(8) ن.م.و.ص. وينظر النووي، م.س، ج7، ص20.

• **نقده:** إنَّ دليلكم يُسَلَّم به فيما إذا أقدم المأمور على القتل معتقدا بأنه قتلٌ بحق، وهذا خارج عن محل النزاع، لكننا لا نسلم فيما إذا نفذ المأمور ما أمر به من القتل مع اعتقاده أنه قتل بغير حق، فإنه حينئذ لا طاعة في ذلك، والطاعة إنما تكون في المعروف لا في المعصية كما سبق ذكره في الحديث⁽¹⁾.

4- المناقشة والترجيح:

يتضح مما سبق رجحان القول الأول وهو قول الإمامين الشافعي وأحمد للأسباب الآتية:

- قوة أدلتهم وضعف المناقشة الواردة عليها.
- لمناقشة الأدلة الأخرى وعدم سلامتها من النقد.
- ولأنَّ المأمور قد باشر القتل مع تحقق علمه بأنه قتلٌ دون وجهٍ حقّ.

ب- حالة الإكراه بغير القتل والإكراه على القتل:

أما حالة الإكراه بغير القتل فإنَّ هذه المسألة محلّ اتفاق بين الفقهاء⁽²⁾ بأن يكون المكروه هو المستحق للقصاص دون المكروه؛ لأنه المباشر للقتل، ولعدم وجود الإلجاء في ذلك، والقاعدة في هذا الخصوص تقول: إذا اجتمع المباشر والمتسبب ولم يكن السبب ملجئاً للإلتلاف فإنَّ الحكم يضاف إلى المباشر وحده⁽³⁾.

أما في حالة الإكراه على القتل كما إذا كان المكروه غير بالغ والمكروه بالغا وصدر عنه القتل، وكان المكروه ممّن يتحقق منه الإكراه.

هذه المسألة لم ترد في كتب الفقه التي وقفت عليها بشكل واضح ما عدا فقهاء الحنفية⁽⁴⁾ الذين أشاروا إليها صراحة، وإن كان باقي الفقهاء قد ذكروا لها بعض المسائل المشابهة، كما عند المالكية في مسألة تمالؤ صبيٍّ وبالغ على قتل معصومٍ فقتلاه⁽⁵⁾، كذلك الشافعية والحنابلة في مسألة اشتراك صبي وبالغ في القتل⁽⁶⁾.

(1) ابن عابدين، م.س، ج9، ص182 وما بعدها. الشيرازي، م.س، ج5، ص27. الشربيني، م.س، ج5، ص225.
(2) الكاساني، م.س، ج7، ص265. القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص284. النووي، م.س، ج7، ص10، 20. ابن قدامة، م.س، ج11، ص599.
(3) عدم الإلجاء يعتبر قيّداً أو شرطاً مهمّاً لتغليب المباشرة على التسبب في هذه القاعدة. الحموي، م.س، ج1، ص466.
(4) السرخسي، م.س، ج24، ص75.
(5) الماوردي، الحاوي الكبير، م.س، ج12، ص72.
(6) النووي، م.س، ج7، ص21.

وقد اختلفت أقوال الفقهاء بخصوص هذه المسألة وسبب اختلافهم يرجع إلى أحد أمرين:

الأمر الأول: اختلافهم في مسألة المكره والمكره البالغين.

الأمر الثاني: اختلافهم في مسألة شريك الصبي في قتل العمد.

فإذا تمّ بناء المسألة على الأمر الثاني وهو مسألة شريك الصبي في قتل العمد، فإن أصل الاختلاف في هذه المسألة هو: - هل عمد الصبي عمد أم خطأ؟

والأقوال في المسألة ستكون على النحو الآتي:

فمن يرى من الفقهاء أنّ عمدَه عمدٌ وهو قول الشافعي في أظهر قوليه، قال بالقصاص من شريكه، وعليه يجب القصاص على المكره البالغ⁽¹⁾، ومن قال بأنّ عمدَه خطأ وهم الجمهور من الأئمة الثلاث، فقد اختلفوا في وجوب القصاص من عدمه على شريك المخطئ، فالحنفية والشافعية في قولٍ والحنابلة قالوا: لا قود وتجب الدية عليهما معا⁽²⁾.

جاء في كتاب المبسوط: "وبعد سقوط القصاص يجب المال، فيتوزع بينهما نصفان وليس أحدهما بإضافة القتل إليه بأولى من الآخر... وهو أحد قولي الشافعي، وفي قوله الآخر يجب القود، قياساً على العاقل البالغ بناء على قولين في عمد الصبي على ما بيّنّا"⁽³⁾.

أما المالكية فقد أوجبوا القود على الشريك المتسبب⁽⁴⁾.

وإذا تمّ بناء المسألة على فكرة المكره والمكره البالغين فستكون الأقوال كالاتي:

1- القول الأول: هو للجمهور من المالكية والشافعي في أظهر قوليه والحنابلة⁽⁵⁾، ويرى هؤلاء وجوب القصاص عليهما معا إذا كان الإكراه من بالغ، فلأن يوجبونه على المكره هنا والإكراه من الصبي من باب الأولى، وتجب نصف الدية على الصبي نظراً لاشتراكه مع القاتل ولتعذر القصاص منه لصغره.

(1) النووي، م.س، ج7، ص17.

(2) ن.م.و.ص.

(3) السرخسي، م.س، ج26، ص93.

(4) الدردير، الشرح الكبير، م.س، ج4، ص246.

(5) ن.م.و.ص. النووي، م.س، ج7، ص21. وابن قدامة، م.س، ج11، ص455.

• **حُجَّتُهُ:** إنّ المكره قد باشر القتل عمدا وعدوانا وحُكْم من أتى ذلك هو القصاص، لقوله ﷺ: "العمد قودٌ إلا أن يعفو وليّ المقتول"⁽¹⁾، أما الصبيّ المكره فالأصل أنه يعاقب قصاصا كالفاعل لأنه شريك له، إلا أنّه ونظرا لتعذر القصاص منه بسبب صغره استوجب العقوبة البديلة وهي الدية، والدية في حقّ الشريك هي النصف⁽²⁾.

2- **القول الثاني:** وهو لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن، وذهبا إلى وجوب الدية على المكره أما المكره فلا شيء عليه، في حين يرى أبو يوسف وجوب الدية على المكره في ماله⁽³⁾.

• **حُجَّتُهُ:** إنّ المكره كالألة في يد المکره ولا فرق بين كون المكره بالغاً أو غير بالغ، وبالتالي فالبلوغ والعقل لا اعتبار لهما في حق الألة، وإنما المعتبر تحقُّق الإلجاء لخوف التلف على نفسه، لذا فإنّ المكره هو الذي يختصّ بضمان الدية لامتناع القود منه⁽⁴⁾.

• **نقده:** لا نسلم بكونه آلة في يد المکره؛ لأنّ تحقق الإكراه من الصبي للبالغ مما يصعب تصوُّره، ولو سلّم بذلك فليس بحجة للإقدام على قتل النفس دون حقّ ظلماً وعدواناً⁽⁵⁾.

3- **الترجيح:** بعد عرض القولين وحُجج كل منهما يظهر أنّ ما ذهب إليه القول الأول القاضي بوجوب القصاص من المكره (بافتح) وبنصف الدية على عاقلة الصبي هو الراجح، وهذا لقوة أدلته وسلامتها من النقد، ولضعف حُجة القول الثاني وعدم سلامتها من النقد والمناقشة.

ثانياً: حكم اجتماع المباشر والمتسبب في القصد إلى القتل وانفراد المباشر بالفعل

صورة المسألة يُمثّل لها بمن يدلُّ القاتل على من يريد قتله، ومن يحفر بئراً بقصد إهلاك معيّن فيردّيه غيره فيها، والتردية تقتل غالباً، ومن يلقي بأخر من مكان شاهق وقبل وصوله إلى الأرض يستقبله آخر بضربة سيف فيقطعه نصفين أو يحزُّ رقبته⁽⁶⁾.

من هذه الأمثلة يتضح بأنّ فعل القتل قد تمّ من المباشر وحده، أما المتسبب فكان سبباً في ذلك ولم يشارك بنفسه في فعل الجناية، وقد اتفق الفقهاء على أنّ المباشر للقتل في هذه الصور هو القاتل والمردّي والمعترض بالسيف، وأنّ عليهم القصاص لصدور فعل القتل منهم

(1) الدارقطني علي بن عمر، سنن الدارقطني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1432هـ، 2011م، من حديث ابن عباس، حديث رقم 45، ص673.

(2) السرخسي، م.س، ج24، ص73. الماوردي، الحاوي الكبير، م.س، ج12، ص74.

(3) السرخسي، م.ن، ص72، 75.

(4) م.ن، ص75.

(5) ابن قدامة، م.س، ج11، ص455.

(6) الدسوقي، م.س، ج4، ص246. الشريبي، م.س، ج5، ص220، 221.

مباشرة، لكنهم اختلفوا في وجوب القصاص من المتسبب، وهو في الأمثلة السابقة الدال على القتل والحافر والمُلقي على قولين اثنين:

1- القول الأول: لا يجب عليه سوى الإثم والتعزير، وهو قول الجمهور من الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة⁽¹⁾.

• **حُجَّتُه:** قالوا بأنّ مباشرة القتل قد وجدت من الثاني، فكان إيجاب القصاص عليه (المباشر) هو الأولى دون المتسبب، ولأنّ المباشرة تُبطل حكم السبب وتقطع أثره وما فعله الأول تبقى معه الحياة عادةً، بخلاف الثاني⁽²⁾.

قال البهوتي: "وإن رماه الأول من شاهق، فتلقاه الثاني بمحدد ففدّه، فهو القاتل؛ لأنه فوّت حياته قبل أن يصير إلى حال يئس فيها من حياته، أشبه ما لو رماه واحد بسهم قاتل، فقطع الآخر عنقه قبل وقوع السهم به، أو ألقى عليه صخرة فأطار الآخر رأسه قبل وقوعها عليه...، أو قطع الأول طرفه ثم ذبحه الثاني فهو القاتل"⁽³⁾.

ويرى بعض الشافعية⁽⁴⁾ أنّ المباشرة لا تقطع عمل المتسبب، متى كانت السلامة من فعله غير متوقعة، وبالتالي يفرّقون بين حالتين:

- **الأولى:** إذا كان ارتفاع الشاهق لا يسلم منه الرجل إذا ألقى منه، فالقصاص يجب على كليهما أي المباشر والمتسبب معاً؛ لأنّ كلاّ منهما سببٌ لإتلاف المجني عليه.

- **الثانية:** أما إذا كان الشاهق يسلم منه الرجل إذا ألقى منه، فإنّ الضمان - القصاص - يكون على المباشر للقتل وحده؛ ولأنّ الملقى متسبب في التلف إن سقط على الأرض، لكنّ المباشر قطع أثر المتسبب فُقِّد أثره على أثر الملقى أو المُردّي، فتلحقه المسؤولية دونه، ويرى الحنابلة⁽⁵⁾ أنّ القاتل هو الثاني أي المباشر، فيقتص منه دون الأول.

• **الحُجَّة:** - إنّ الرمي سببٌ والقدّ مباشرةً وباجتماع السبب والمباشرة تقدّم المباشرة كما تقول القاعدة الأصولية الكلية، ثمّ إنّ فعل القتل الذي صدر عن المباشر تمّ باختياره وقطع أثر السبب، ليتحمّل بذلك المسؤولية لفعله وحده⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، م.س، ج26، ص153. النووي، م.س، ج7، ص15. ابن قدامة، م.س، ج11، ص457.

(2) ابن قدامة، ن.م.و.ص. ابن مفلح، الفروع، م.س، ج5، ص328.

(3) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، م.س، ج6، ص19.

(4) الشيرازي، م.س، ج5، ص193.

(5) البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج5، ص516. ابن مفلح، الفروع، م.س، ج5، ص477.

(6) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، م.س، ج2، ص190.

- العدوان وإن وُجد من المباشر والمتسبب معا، فإنّ تضمين المباشر أولى؛ لأنه وإن كان مساويا للمتسبب بوجود التعدي منهما، إلا أنّ المباشر يرجحُ عليه في وجوب القصاص لمباشرته القتل صراحة.

2- القول الثاني: يرى وجوب القصاص على المتسبب كوجوبه على المباشر، وهؤلاء هم السادة المالكية⁽¹⁾.

• حُجَّتُه:

- إنّ المتسبب في هذه الصور قد وُجد منه قصدُ القتل العمد والعدوان، ولم يكن القتل ممكنا بدونَه فكان مستحقا للقصاص كالمباشر.

- ثم إنّ المباشر قد اتخذ المتسبب كالألة لتنفيذ القتل، والمباشرة متى كانت مبنية على السبب وقد وجد التعديّ منهما فالحكم يضاف إليهما معا⁽²⁾.

• نقدُه: نوقش القول من وجهين:

- إذا كان قصدُ القتل مُسلّمً به لكنه لم يقترن به فعلٌ يترتب عنه الإلتلاف، فلا يعدّ سببا كافيا لإيجاب القصاص، والإلتلاف هنا حصل من المباشر فكان هو الأولى بإيجاب القصاص عليه دون المتسبب.

- إنّ الدليل يُسلّم به لو حصل التماؤ والاتفاق منهما معا على القتل، وطالما لم يتحقق ذلك فجزاء القتل وهو القصاص يستقلّ به المباشر وحده.

3- الرأي الراجح:

يتضح مما تقدّم أنّ ما ذهب إليه الجمهور وهم الحنفية والشافعية والحنابلة، والقاضي بوجوب القصاص من المباشر للجريمة وحده، دون المتسبب الذي يكتفى بتأديبه تعزيرا هو الراجح، حتى لا يكون القصاص ذريعة يُتخذ لإهلاك النفوس دون أن يناله من العقاب ما يردعه ويزجره من العودة إلى الإجرام مستقبلا، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّ أدلة القول الأول قوية ولم تتعرض للنقد مع ضعف حجج القول الثاني ومناقشتها.

(1) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص284. الدسوقي، م.س، ج4، ص246.

(2) القرافي، ن.م.و.ص. الدسوقي، ن.م.و.ص.

ثالثا: حكم تغليب المباشرة على السبب في جرائم الحدود

أ- تغليب المباشرة على السبب في جرائم الزنا:

العنوان في هذه المسألة محل اتفاق وإجماع الفقهاء⁽¹⁾ في أنّ حدّ الزنا ومثله حدّ شرب الخمر لا يكونان واجبين إلا على المباشر، أما المُعين أو المتسببُ فيهما فعقوبته هي الزجر تعزيرا، وعليه فإنّ الممسك بامرأة ليمنع مقاومتها حتى يتمكن غيره من الزنى بها، لا يكون عليه سوى التعزير؛ لأنه لم يباشر بنفسه فعل الفاحشة.

ومثله أيضا: الذي يدلّ رجلا على مكان بغيٍّ من البغايا لا يكون كمن ذهب بنفسه إليها وفعل الفاحشه معها؛ لأنّ الأول متسبب والثاني مباشر، والقاعدة في جريمة الزنا أن يتعلّق الحدّ بالمباشر وحده دون المتسبب؛ لأنّ المباشرة في هذا النوع من الحدود تكون فيها المباشرة أقوى من السبب، فكلما طرأت عليه قطعت أثره، وبالتالي يكون الضمان على المباشر وحده⁽²⁾.

ب- تغليب المباشرة على السبب في جريمة السرقة:

1- المباشرة في السرقة: يكون السارق مباشرا لفعل السرقة متى قام بأخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه⁽³⁾.

2- التسبب في السرقة: وذلك بأن تتولى جماعة من اللصوص دخول منزل رجل ويأخذون متاعا منه، ثمّ يحملونه على ظهر أحدهم ويُخرجه، فالمباشر في هذا المثال هو الحامل للمتاع المخرج له أما غيره فمتسببٌ، وعليه فالمتسبب في بابي السرقة والحراية عند الفقهاء هو المُعين أو المساعد بالتعبير القانوني⁽⁴⁾.

3- المباشرة الحُكمية: المعنى الذي سبق بيأته للمباشرة والتسبب لا خلاف فيه، إنما وقع الخلاف في بعض الصور التي يقوم فيها السارق بالاستعانة بدابة أو بغيرها من الحيوانات المدربة أو الطيور، أو بأية وسيلة أخرى لإخراج المتاع من الحرز، وهي ما يطلق عليه تعبير "المباشرة الحُكمية"، فهل يعدّ السارق فيها مباشرا أم مجرد شريك متسببٍ؟

(1) السرخسي، م.س، ج26، ص153. الشربيني، م.س، ج5، ص485. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص3084

(2) د. الفاخري، م.س، ص71.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص65. الخرخشي، م.س، ج8، ص91. النووي، م.س، ج7، ص329. ابن قدامة، م.س، ج12، ص435.

(4) الكاساني، م.ن، ج7، ص66. الدسوقي، م.س، ج4، ص335.

اتفق الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة⁽¹⁾ على أنّ السرقة إذا وقعت من شخص واحد فإنه يقطع إذا تمّ إخراج المتاع بوحدة من هذه الوسائل:

- أن يخرج من الحرز وهو حاملٌ للمتاع، أو يرمي به إلى خارج الحرز.
- أن يشدّ فيه حبلاً ثم يخرج ويسحبه أو يجزّئه به.
- أو يقوم بتثبيته على بهيمة ثم يسوقها به حتى يخرجها.
- أو يتركه في نهر جارٍ فيخرج به.
- أو يعلّقه بعنق طائر ثم يطيره أو عنق كلب فيزجره حتى يخرج به.

ولأنه في جميع هذه الصور يكون إمّا مخرجٌ للمتاع بنفسه وإمّا بآلته، فوجب عليه القطع كما لو حمله فخرج به، لكنهم اختلفوا في ثلاثة مواضع:

الموضع الأول: مسألة السرقة بالآلة

إذا دخل السارق الحرز واستخدم وسيلة لإخراج المتاع من غير تدخل منه⁽²⁾، كمن يترك المتاع على ظهر الدابة فتخرج به بنفسها دون سوقها، أو يترك المتاع على ظهر حائط فتطيره الريح، أو يعلّقه في عنق طائر فطار به.

اختلف الفقهاء في هذه الصور وأمثالها، ويمكن إرجاعه إلى قولين:

• **القول الأول:** وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية في وجه والحنابلة في وجه آخر، ويرى هؤلاء بأنّ عليه القطع⁽³⁾.

- **حُجَّتُه:**

I- إن فعله سبّب خروجه، فأشبهه ما لو ساق البهيمة أو علّق الثوب في الهواء أو طير الطائر.

II- ولأنّ السارق قد استخدم تلك الوسائل كآلة له، فصار الإخراج منسوباً إليه ولتعدّر نسبتته إلى تلك الوسائل من الحيوانات وغيرها.

III- المقصود هو أخذ المال وإخراجه من حرزه على وجه السرقة، وقد تحقق في تلك الصور فيجب بناءً الحكم عليه وهو وجوب الحدّ من السارق⁽⁴⁾.

(1) الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ط1، 1315هـ، ج3، ص223. سحنون م.س، ج4، ص529. النووي، م.س، ج7، ص349. ابن قدامة، م.س، ج12، ص435.

(2) الكاساني، م.س، ص99. سحنون، ن.م.و.ص. النووي، م.ن، ص348، 349. ابن قدامة، ن.م.و.ص.

(3) الشيرازي، م.س، ج5، ص429. ابن قدامة، ن.م.و.ص.

(4) النووي، م.ن، ص349. ابن مفلح، الفروع، م.س، ج6، ص129، 130.

• القول الثاني: وهو للحنفية والشافعية على الأصح من مذهبهم والوجه الآخر عند الحنابلة بأن لا قطع عليه⁽¹⁾.

قال النووي: "ولو لم تكن سائرة ولا سيرها، بل كانت واقفة فوضع المتاع عليها فسارت وخرجت به، فلا قطع على الأصح؛ لأن لها اختيارا في السير، وقيل لا قطع بلا خلاف، وقيل إن سارت في الحال قطع..."⁽²⁾.

وقال أيضا: "ولو كانت الريح راكدة، فوضعه (المتاع) على طرف النقب، فهبت وأخرجته فلا قطع على الأصح"⁽³⁾.

- حُجَّتُه:

إنّ البهيمة لم تكن آلة للإخراج وإنما خرج المتاع بسبب حادثٍ خارج عن فعله، والبهيمة لها اختيار لنفسها.

- نقده:

تعرض القول الثاني للمناقشة على أساس أنّ هذه الوسائل لا اعتبار لها بذاتها، وذلك أنّ السارق هو من أحضرها بنفسه ووضع المتاع عليها لتحقيق غرضه وهو السرقة، وما دامت السرقة قد تحققت بتلك الوسائل، فالسارق فيها مستحق للحدّ المتمثل في القطع.

• المناقشة والترجيح:

يتضح مما سبق رجحان القول الأول لعدة اعتبارات منها: قوة أدلته وضعف أدلة القول الثاني وتعرضها للنقد، ثم إنّ العبرة بالمقاصد لا بالوسائل، فإذا تحقق القصد وهو حصول السرقة فلا معنى لإبطال الحدّ.

ولأنّ عدم إقامة الحدّ في مثل هذه الأحوال يكون ذريعة لفتح باب السرقة لكل سارق؛ إذ يصبح بمقدوره الاستعانة بهذه الحيل للإفلات من الجزاء، وفي ذلك تعطيل للحدود واعتداء عليها وفيه مفسدة كبيرة.

قال الله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽⁴⁾.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج5، ص101. النووي، م.س، ج7، ص349. ابن قدامة، م.س، ج12، ص435.

(2) النووي، ن.م.و.ص.

(3) ن.م.و.ص.

(4) البقرة، آية 229.

الموضع الثاني: مسألة السارق الظريف

وصورة المسألة بأن يكون هناك إخراج للمتاع من حرزه دون أن يحصل الدخول إليه، كما إذا قام السارق بتتقيب الحرز ثم أدخل يده إليه، أو أدخل عصا إلى الحرز وأخرج بها المتاع، فهل يجب عليه القطع أم لا؟ هذه المسألة لم تتفق عليها كلمة الفقهاء ويمكن إرجاع ذلك إلى قولين أيضا:

• **القول الأول:** وهو قول الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبي يوسف من الحنيفة⁽¹⁾، وهؤلاء يرون وجوب القطع عليه.

- حُجَّتُه:

I- إنه سرق نصابا من حرزٍ مثله لا شبهة له فيه وهو من أهل القطع، فوجب عليه كما لو كان البيت ضيقا.

II- ركن السرقة الموجب للقطع هو الأخذ من الحرز، أما الدخول فليس بركن فيه.

III- لو أدخل يده في الصندوق وأخرج المتاع يُقطع وإن لم يحصل الدخول⁽²⁾.

• **القول الثاني:** وهو لأبي حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن⁽³⁾، ويرى عدم القطع عليه إلا إذا كان البيت صغيرا لا يمكن الدخول إليه.

جاء في البحر الرائق: " كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فإنه لا يقطع"⁽⁴⁾. وفي بدائع الكاساني: " قوله أن الأخذ من الحرز لا يتم إلا بالإخراج منه، والأخذ من الخارج ليس أخذا من الحرز فلا يسمى سرقة"⁽⁵⁾.

- حُجَّتُه:

ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: " إذا كان اللص ظريفا لم يُقطع، قيل: وكيف يكون ظريفا؟ قال: يدخل يده إلى الدار ويمكنه دخولها، ولم يُنقل أنه أنكر عليه ذلك فيكون إجماعا، ولأنه لم يهتك الحرز بما أمكنه فأشبهه المختلس"⁽⁶⁾.

(1) الدسوقي، م.س، ج4، ص335. النووي، م.س، ج7، ص347. ابن قدامة، م.س، ج12، ص435. الكاساني، م.س، ج7، ص66.

(2) الكاساني، ن.م.و.ص.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج5، ص89.

(4) ن.م.و.ص.

(5) الكاساني، م.س، ج7، ص65.

(6) ن.م.و.ص.

- نقده:

إنّ الإخراج قد حصل بآلته كما لو دخله، والقياس على المختلس قياس مع الفارق؛ لأنّ المختلس لا يهتك الحرز.

• الترجيح:

يتضح مما سبق أنّ القول الأول هو الراجح نظراً لقوة الأدلة التي ساقها، وعدم سلامة القول الثاني من المناقشة، ثمّ إنّ آلة السرقة تُنسب لمستخدمها وهو المباشر للسرقة حكماً، كما لو قتل شخصاً بسكين ونحوه فيكون قاتلاً مباشراً له يستحق به القصاص.

الموضع الثالث: مسألة السرقة بالإغراء

ويمكن التمثيل لها بمن يأتي الشاة بالعلف وهي في حرزها، فلا يدخل إليها وإنما يشير إليها بالعلف حتى تخرج إليه، أو يستتبع سخل شاة أو فيصل ناقة وغيرهما، كأن يشتري الأمّ وصغيرها لا يزال على ذمة ملك الغير في حرزه، فيأتي بالأم إلى مكان تواجد الصغير ويؤريه أمه حتى إذا رآها أو سمعها تبعها، وكذا عندما يأتي بالصغير حتى تراه أمه فنتبعه⁽¹⁾.

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين:

• القول الأول: يرى وجوب القطع على فاعل ذلك، وهو قول المالكية وبعض الحنابلة⁽²⁾.

- حُجَّتُه: قالوا بأنه لا فرق بين أن يدخل السارق الحرز ويخرج منه المتاع، أو يحتال له من الخارج حتى يخرج منه دون الدخول إليه ما دام أنّ المتاع قد خرج بواستطه.

• القول الثاني: وهو للإمام مالك⁽³⁾ ويرى عدم قطع السارق لعدم حصول المباشرة منه.

جاء في كتاب البيان والتحصيل: "وسئل مالك عن الذي يأتي الشاة بالعلف وهي في حرزها فلا يدخل عليها، ويشير إليها بالعلف حتى تخرج إليه، قال: لا أرى عليه قطعاً، وقال أشهب وابن القاسم: عليه القطع"⁽⁴⁾.

(1) هذه الأمثلة وجدتها عند فقهاء المالكية والحنابلة ولم أقف عليها في باقي المذاهب فيما اطلعت عليه. ينظر البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج6، ص134.

(2) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص171، ابن رشد أبو الوليد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل، تحقيق: أ. أحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ، 1988م، ج16، ص227، 258.

(3) القرافي، الذخيرة، م.ن، ج12، ص171، 172. ابن رشد، البيان والتحصيل، م.ن، ج16، ص227.

(4) ابن رشد، ن.م.و.ص.

- **حُجَّتُهُ:** إنه لم يتحقق أنه المخرج لها بمجرد إشارته إليها بالعلف؛ إذ لعله لو لم يُشر إليها به لخرجت بمجرد رؤيتها للعلف من تلقاء نفسها وبمحض إرادتها⁽¹⁾.

- **نقده:** إنه قد صدر عنه ما يُعدُّ سببا للإخراج وهو الإشارة منه للدابة، فيجب أن يسند الخروج إليه؛ لأنه الغالب على الظن، وأما عزو الخروج إلى الدابة استقلالاً فهذا وهم والوهم غير متعين.

• **الراجع في المسألة:** يتضح مما سبق أنّ القول الأول هو الراجح، وهذا لقوة دليله، ولضعف القول الثاني وتعرض دليله للمناقشة.

وتكمن فائدة الاختلاف في جميع المسائل السابقة في باب السرقة، أنّ الفقهاء الذين حكموا عليه بأنه مباشر للسرقة، لم يعتبروا هذه الوسائل وأوجبوا عليه القطع، وهو الذي تمّ ترجيحُه في جميع تلك الصور؛ لأنه وإن كان متسبباً إلا أنّ تسببه في حكم المباشرة فيأخذ حكمها، ومن قال منهم بأنه متسبب فقد حكم عليه بأنه لم يباشر السرقة، بالتالي أسقط عليه الحد؛ لأنّ الحدّ يتعلق بالمباشر دون المتسبب.

المرتبة الثانية: تغليب الاشتراك بالتسبب على الاشتراك بالمباشرة

وذلك بأن يكون الدور الذي يأتيه المتسبب أكبر من دور المباشر، كأن يكون فعل المباشر ناتجاً عن فعل المتسبب دون أن يقصد من ذلك العدوان، كالشخص الذي ينفذ عقوبة الإعدام على من حُكِمَ عليه بها نتيجة شهادة الزور مثلاً، فالمباشر إنما ينفذ عقوبة مقررة فهو غير معتمدٍ، والمجرم الحقيقي هو المتسبب الذي شهد شهادة الزور التي أدت إلى قتل الجاني البريء حدّاً⁽²⁾.

وسأتناول في هذه المرتبة حكم تغليب السبب على المباشرة في جرائم القصاص ثم في جرائم الحدود وذلك في مسألتين:

أولاً: تغليب السبب على المباشرة في الجناية الموجبة للقصاص

ومن أمثلتها من يحفر بئراً متعدّياً فيتلّف فيه آدميٌّ، أو يرسل عليه أسداً أو كلباً عقوراً فيقتله، أو يديسُ السُمَّ في طعامٍ لغيرِ عالمٍ به كالضيف فيأكله ويموت.

(1) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص171، 172

(2) النووي، م.س، ج7، ص15. محمد فاروق النيهان، م.س، ص49.

فهذه الأمثلة وأشباهاها ممّا يندرج ضمن القتل بالتسبب لم تتفق عليها كلمة الفقهاء؛ فبعضهم يوجب القصاص على المتسبب، والبعض الآخر يوجب القصاص أحيانا أو الدية أحيانا، وقد لا يوجب شيئا في أحيان أخرى، لذلك سيتم تناول كل مذهب على حده، مع الإشارة إلى الأصل الذي بنى عليه كل مذهب قوله حتى يسهل فيما بعد فهم فروع كل مذهب مع إعطاء الأمثلة الموضحة لذلك في بعض المسائل المترتبة عنها.

أ- **مذهب الحنفية:** القاعدة عندهم أنّ القتل بالتسبب لا يوجب القصاص مطلقا، ويرجع قولهم إلى مذهبهم في تقسيم السبب، فالسبب عندهم لا بدّ أن يتوسط بينه وبين الحكم علة، وهذه العلة إما أن تكون مضافة إلى السبب أو لا تكون، فإذا لم تكن مضافة إليه بحيث تستقل عن السبب لا تترتب عنه ولا تُعدّ نتيجة له فهو سبب حقيقي⁽¹⁾.

كما لو دلّ إنسان آخر على ثالثٍ فقتله أو على مالٍ للغير فأثلفه، فلا يكون الدالّ في مذهب الحنفية ضامنا في ذلك كلّهُ؛ لأنّ الدلالة سببٌ محض من حيث إنه طريق للوصول إلى الهدف المقصود، لكن قد توسط ذلك علةً بين الدلالة وبين حصول الهدف، وهي الفعل الذي يأتيه المدلول، ومثله أيضا لو فتح قفص طير فطار فلا ضمان على الفاتح؛ لأنّ العلة هي قوة الطير على الطيران وهي غير مضافة إلى السبب⁽²⁾.

أما إذا كانت العلة مضافة إلى السبب فهي سببٌ في حكم العلة يوجب الضمان كشهادة الزور للحكم بالقصاص على المشهود عليه من غير مباشرة، لكنه سببٌ في حكم العلة؛ لأنّ الشهادة لم توضع للقتل في الأصل وإنما صارت قتلا بحكم القاضي واختيار الولي⁽³⁾.

ويطلق الحنفية على فاعل السبب الأول مصطلح صاحب السبب، وعلى الأخير المباشر صاحب العلة، وبناء عليه فإنّ المباشرة وهي ترتب الضرر على الفعل دون واسطة غير موجود في الواقع بمفهومه الحقيقي عندهم، ففاتح القفص في المثال السابق هو صاحب السبب، وطيران الطائر هو العلة في فقدانه أو ضياعه فينسب الضمان للعلة وهي الطيران لا إلى السبب وهو فتح القفص، ومثله أيضا أن يضع الشخص السمّ في الطعام أو الشراب

(1) البخاري علاء الدين بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدوي، باب تقسيم السبب، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج4، ص169 وما بعدها.

(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، م.س، ص190.

(3) البيزدوي، م.س، ج4، ص176.

الذي يعرف تعوّد المجني عليه على تناوله، فإذا تناوله ومات أضيف الموت إلى أكله أو شربه وهو العلة، لا إلى السبب وهو وضع السمّ في المأكل أو المشرب.

جاء في بدائع الكاساني: "ولو أطمع غيره سمّاً فمات، فإن كان تناوله بنفسه فلا ضمان على الذي أطمعه؛ لأنّه أكله باختياره، لكنه يعزّر ويضرب ويؤدّب؛ لأنه ارتكب جناية ليس لها حدّ مقدر" (1).

ومما ينفرد به أبو حنيفة هو أخذُه بمبدأ التفريق بين العلة والسبب، وبإضافة الحكم أو النتيجة إلى العلة دائماً، إلا إذا كانت العلة متولدة عن السبب، في حين يحكم الجمهور بإضافة النتيجة إلى السبب إذا كانت تترتب عنه حسب مجرى العادة، وهو اختيار الصحابين أبي يوسف ومحمد بن الحسن في بعض الأحوال (2).

والقتل العمد عند أبي حنيفة لا يكون إلا بآلة معدة للقتل تفرّق الأجزاء كالسيف، فإذا كان بغير ذلك فهو شبه عمد، وخالفه الصحابان واعتبرا أنّ كل ما يقتل غالباً يوجب القصاص كقول الجمهور (3)، وأنّ السبب عندهم لا بدّ أن يتوسط بينه وبين الحكم علة (4).

ب- مذهب المالكية:

يرى المالكية وجوب القصاص متى كان القتل تسبباً إذا توافرت شروط ثلاثة:

1- أن يقصد المتسبب بفعله إلحاق الضرر.

2- أن يكون المقصود بإلحاق الضرر به متعیناً.

4- وأن يترتب عن الفعل هلاك ذلك المتعين.

فإذا اختل أحد هذه الشروط فالواجب هو الدية، كما إذا قصد إلحاق الضرر بمتعين فهلك غيره، أو كان المقصود غير معين كائناً من كان من آدمي أو دابة (5).

وعليه فالمالكية يوجبون الضمان على من فتح القفص للطائر فضاع، وذلك بناء على أنّ فتح القفص هو السبب المألوف لخروج الطائر أو ضياعه.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص235.

(2) ابن الهمام، م.س، ج10، ص352.

(3) السرخسي، م.س، ج26، ص153. ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج8، ص335.

(4) البزدوي، م.س، ج4، ص175.

(5) الدسوقي، م.س، ج4، ص243.

ومن الأمثلة أيضا على وجوب القصاص بالتسبب عندهم:

- حفر البئر لإهلاك معينٍ فيها فكانت النتيجة كذلك.
- تقديم الطعام المسموم للضيف فيموت بأكله.
- الممسك للمجني عليه لأجل القتل مع علمه بذلك.
- شهادة الزور في القصاص.
- الدال الذي لولا دلالته ما قُتل المدلول عليه⁽¹⁾.

يتضح ممّا سبق بأنّ المالكية يخالفون الحنفية في عدم اشتراط الوسطة بين السبب والنتيجة وهي العلة، وممّا ينفردون به أنهم لا يشترطون في الآلة المستعملة أن تكون مما يؤدي إلى القتل غالبا، كما ذهب إلى ذلك السادة الحنيفة، بل يوجبون القصاص عند توافر الشروط المذكورة سابقا وإن لم تكن الآلة ممّا يقتل أصلا أو غالبا خلافا للجمهور.

ومنشأ القول في مذهبهم أنّ القتل عندهم قسمان: قتل عمد أو قتل خطأ، فلا شبهه عمدٍ عندهم⁽²⁾، لذلك يتضح الحكم عندهم من وجوب القصاص تسببا في الأمثلة السابقة وغيرها.

كما لا يشترط المالكية في السبب أن يكون ملجئا للإهلاك، ولا يشترطون أيضا مدى إمكانية المجني عليه الخلاص من الجناية، وعليه إذا كان المجني عليه في مقدوره النجاة من الجناية فلم يفعل ثم مات بسبب ذلك، فإنّ المتسبب يكون ضامنا، وإذا كان شريكا للمباشر استحقاقا مع القصاص⁽³⁾.

ج- مذهب الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾:

يرى الشافعية⁽⁵⁾ القصاص إذا كان القتل تسببا في ثلاث حالات وبشروط أربعة:

أما الحالات الثلاث فهي:

- 1- أن يولد السببُ المباشرة توليدا حسيّا كالإكراه على القتل فإنّ المكره (المتسبب) يُقتل.
- 2- أن يولد السبب المباشرة توليدا عرفيا، كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف دون علمه.
- 3- إذا كان السبب يولد المباشرة توليدا شرعيا، كشهود الزور إذا رجعوا.

(1) الدسوقي، م.س، ص246.

(2) ابن فرحون، م.س، ج12، ص282. المواق، م.س، ج8، ص303، 304.

(3) الدسوقي، م.س، ج4، ص246.

(4) النووي، م.س، ج7، ص15 وما بعدها. ابن قدامة، م.س، ج11، ص450 وما بعدها.

(5) الشيرازي، م.س، ج3، ص179.

وأما الشروط الأربعة فهي:

- 1- أن يؤدي السبب إلى النتيجة عادة فإن لم يؤد إليها فلا ضمان.
- 2- أن تكون الوسيلة المعدة للإهلاك مما يقتل غالبا، وإلا فهو شبه عمد.
- 3- أن يكون السبب ملجئا للإهلاك وإلا فلا.
- 4- أن لا يكون في مقدور المجني عليه النجاة من فعل الجاني، فإن كان قادرا على التخلص ولم يفعل فلا ضمان.

وحُجَّتْهم أنّ المباشرة تعني إيجاد علّة الهلاك ويعني التسبب إيجاد علة المباشرة، والفعل الذي له دخل في الزهوق ويحصله إما أن لا يؤثر في التلف ولا في حصول ما يؤثر في الزهوق، وهذا هو الشرط، كالإمساك مع القتل وحفر البئر مع الإلقاء، وإما أن يؤثر في الزهوق ويحصله، كالقدّ وحرّ الرقبة بالسيف، وهذه هي العلة، وإما أن يؤثر في حصول ما يؤثر في الزهوق كالإكراه المؤثر في القتل وهو السبب⁽¹⁾.

فمراتب الفعل ثلاث: شرط وعلة وسبب، والقصاص عندهم يتحقق بالعلة لا بالسبب والشرط. وتطبيقا لذلك: إذا ألقى شخص بآخر في الماء بحيث لا يُتَوَقَّع الخلاص منه، كُجَّة البحر التي لا تنفع معها السباحة وجب القصاص، ولا عبرة بعد ذلك بين ما إذا كان المُلقى يحسن السباحة من عدمها، أما إذا كان الماء قليلا غير مغرق ولا عميق، بأن كان راكدا في موضع منبسط فبقي فيه الملقى مضطجعا أو مستلقيا حتى هلك، فلا قصاص ولا دية؛ لأنه هو المهلك لنفسه.

كذلك لو ربطه على هيئة لا يمكنه الخلاص ثم ألقاه في الماء فهلك فعليه القصاص، أو كان المُلقى صبيا أو قويا لا يحسن السباحة فمات، وجب القصاص أيضا، ولو أمسك رجلاً رجلا فقتله آخر فالضمان على القاتل ولا شيء على الممسك، إلا أنه يأنم إذا أمسكه لأجل القتل⁽²⁾.

وبالمقارنة مع مذهب الحنابلة أجدهم يتفقون مع مذهب الشافعية في أصلهم الذي تم ذكره أنفاً، ويوافقونهم في نفس الشروط مع بعض الفوارق في مواضع يضيق المقام بذكرها⁽³⁾.

(1) النووي، م.س، ج7، ص15.

(2) جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، م.س، ص162، النووي، ن.م.و.ص.

(3) ابن قدامة، م.س، ج11، ص450. ابن مفلح، الفروع، م.س، ج5، ص623.

ثانياً: تغليب السبب على المباشرة في جرائم الحدود

أتناول فيما يلي حكم تغليب السبب على المباشرة في هذه المسألة من خلال جريمتي السرقة والحراية على سبيل الذكر لا الحصر:

أ- تغليب السبب على المباشرة في جريمة السرقة:

تقدم في المرتبة الأولى السابقة بيان معنى التسبب في السرقة، وذكرتُ بأنّ المتسبب في بابي السرقة والحراية هو بمعنى المعين على حصول السرقة، ثم إنَّ السرقة قد تحصل من شخص واحد وقد سبقت الإشارة إلى أحكامها ومواضعها في المرتبة السابقة أيضاً، وبقي الحديث هنا عن أحكام السرقة إذا وقعت بأكثر من شخص واحد، وهي الحالة التي تهمني كثيراً في مادة البحث هنا، والتي سوف أتناولها بالتركيز على صفة الشريك الذي لا يخلو أمره من حالتين إما أن يكون غير مكلف أو مكلفاً.

الحالة الأولى: إذا كان الشريك غير مكلف ففيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا كانت الوسيلة حيواناً مدرباً أو معلماً:

ومثاله أن يعلم شخص حيواناً قابلاً للترويض ككلب أو قرد بأن يدرّبه على الدخول إلى بيوت الناس وإخراج المتاع بنفسه، فهل يقطع صاحبه بذلك؟
اختلف في هذه المسألة على قولين:

1- القول الأول: يرى عليه القطع وهو قول ابن القيم⁽¹⁾ رحمه الله تعالى.

• **حُجَّتُهُ** - الحيوان هنا بمثابة الآلة فهو ككُلابته وخطّافته، ومثله لو رمى حبلاً فيه دَبَقٌ^(*) فعلق به المتاع وأخرجه به، فإنه يُقطع في ذلك كلّهُ، فكذلك هنا لعدم الفارق.

- ولو علّمه القتل ثم أرسله على إنسان فقتله فإنه يضمن ذلك ويُقاد منه، أو أرسل عليه حية أو سبُعاً فقتله، وجب عليه الضمان كذلك ههنا.

- ولأنَّ الأسباب التي يُخرج بها المتاع المسروق من الحرز لا يمكن الاحتراز منها غالباً، بينما أسباب القتل يمكن الاحتراز منها⁽²⁾.

• **نقدهُ**: إنه قياس مع الفارق؛ لأنَّ الحدَّ إنما وجب بالمباشرة دون السبب بخلاف القتل.

(1) ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر، بدائع الفوائد، تحقيق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، (د.ط.د.ت)، ج1، ص1357، 1358.

(*) **الدَّبَقُ**: بالكسر هو الغراء الذي يصاد به الطير، يُنظر الطاهر أحمد الزاوي، م.س، ج2، باب الدال، ص148.

(2) ابن القيم، ن.م.و.ص.

• مناقشة النقد:

- الوجه الأول: قد أنزلتم الحية والسبع بمنزلة سلاحه فيكون تنزيل الكلب أو القرد منزلة آتته وعدته التي يتناول بهما المتاع من باب الأولى، ما دام قد علمهما لتحقيق هذه الغاية.

- الوجه الثاني: جناية القرد قد حصلت بتعليم صاحبه، بينما جناية الحية والسبع لم تحصل بتعليمهما⁽¹⁾.

2- القول الثاني: يرى عدم القطع وإنما يتعين عليه ردّ المتاع المأخوذ أو تغريمه لما أتلفه سواء قلّ المتاع أو كثر، وهو قول الشافعية والحنابلة⁽²⁾.

• حُجَّتُه: - قالوا بأنّ القرد ليس آلة لصاحبه، وإنما له اختيار وتعليمه السرقة ليس بسرقة.

- إنّ تعليمه السرقة ليس بسرقة يسلم به طالما لم يستخدمه في السرقة، لكنه إن فعل يكون قد سرق بواسطته، كما لو رمى حبلًا فتعلق به المتاع المراد سرقاته، فرمي الحبل في حد ذاته ليس بسرقة، لكن لما أخرج به المتاع أصبح سرقة فكذلك هنا⁽³⁾.

جاء في كشف القناع: "أو علم قردًا ونحوه السرقة لم يقطع؛ لأنّ تعليم السرقة ليس بسرقة، وعلى معلّم القرد الضمان أي ضمان سرقة القرد قليلا كان أو كثيرا لتسببه فيه"⁽⁴⁾.

• نقده: لا نسلم بذلك كلّهُ؛ لأنّ القرد استخدمه كآلة له في تنفيذ السرقة وقد قام بما طلب منه دون تردد، أما اختياره فغير معتبر لعدم استقلاله به، كيف وقد قام بتنفيذ ما طلبه منه معلّمه⁽⁵⁾!

3- الترجيح:

مما سبق يظهر بأنّ القول الأول هو الراجح ويتضح ذلك في قوة أدلته، وضعف أدلة القول الثاني وعدم سلامتها من المناقشة، كما أنّ الأخذ بالقول الأول يؤدي إلى سدّ ذريعة إسقاط الحد بمثل تلك الحيلة.

(1) الشربيني، م.س، ج5، ص485. ابن القيم، بدائع الفوائد، م.س، ج1، ص1357.

(2) الشربيني، ن.م.و.ص. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص135.

(3) ابن القيم، بدائع الفوائد، م.س، ج1، ص1357، 1358.

(4) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص135.

(5) ابن القيم، بدائع الفوائد، م.س، ج1، ص1357.

المسألة الثانية: إذا كانت الوسيلة صبيًا

اتفق الفقهاء أولاً على أنه لا قطع على غير المكلف وإن باشر فعل السرقة بنفسه، وذلك لأنه غير مكلف⁽¹⁾، لكنهم اختلفوا في وجوب القطع على الشريك، ومحل الاختلاف في هذه الحالة له مظهران:

الأول: أن يباشر غير المكلف السرقة

إذا كان الصبي غير مكلف أو غير مميز فالمسألة فيها قولان:

1- القول الأول: ويرى عدم القطع على المكلف وهو قول السادة الحنفية⁽²⁾.

- حُجَّتُهُ: إنَّ السرقة واحدة، فإذا امتنع القطع على المباشر لم يجب على شريكه.
- المكلف لم يباشر السرقة بنفسه، والقطع مقصود به الفعل⁽³⁾.

2- القول الثاني: ويرى أصحابه وجوب القطع على المكلف وحده وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾.

- حُجَّتُهُ: إنَّ الصبي إذا كان غير مكلف فهو كالآلة، لذلك يُنسب الفعل إلى الشريك المكلف دون الصبي.

2- المناقشة والترجيح:

نوقش القول الأول بأنَّ الصبي إذا كان غير مميز، فإنَّ وجوده كعدمه، وبالتالي فلا عبرة بفعله ولا لإرادته غير المستقلة، فيُنسب فعله للمكلف⁽⁵⁾، لذلك يترجح القول الثاني القائل بوجوب القطع؛ لأنَّ الصبي غير المميز يعتبر كالآلة في يد المكلف، فلا يكون ذلك مبرراً لإفلاته من إيجاب الحدِّ عليه، وفي إيجاب الحدِّ على المكلف سدٌّ لذريعة إسقاطه بمثل هذه الأحوال والله تعالى أعلم.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص99. الدسوقي، م.س، ج4، ص335. الشربيني، م.س، ج5، ص489. ابن قدامة، م.س، ج12، ص470.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج5، ص54، 65.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص99.

(4) سحنون، م.س، ج4، ص529. النووي م.س، ج10، ص137. ابن قدامة، م.س، ج12، ص470.

(5) سحنون، م.ن، ج4، ص52. الشيرازي، م.س، ج5، ص430. ابن قدامة، ن.م.و.ص.

الثاني: أن يباشر السرقة صبي مميز

المسألة فيها خلاف بين الفقهاء على قولين كالآتي:

1- القول الأول: يرى وجوب القطع على المكلف وهو قول السادة المالكية⁽¹⁾.

• **حُجَّتُه:** - الصبي ولو كان مميزا فإنه يمكن السيطرة عليه وجعله كآلة في يد المكلف، فإذا استخدمه المكلف في السرقة وجب عليه القطع؛ أي على المكلف.
- قياسا على الصبي غير المميز.

• **نقده:** أنه قياس مع الفارق؛ لأنّ المميز له اختيار فلا يكون كآلة للمكلف وذلك بخلاف غير المميز فافتراقا⁽²⁾.

2- القول الثاني: لا يرى القطع عليه وهو قول الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽³⁾.

• **حُجَّتُه:** - شخص المكلف لا يجب عليه القطع؛ لأنه لم يباشر فعل السرقة.
- والصبي المميز له اختيار مستقل فلا يُنسب فعله لغيره⁽⁴⁾.

3- الترجيح:

بعد عرض أدلة كل فريق أرى أنّ الراجح هو ما ذهب إليه المالكية لما ذكره من الأدلة، لكن بشرط أن يكون المكلف له سلطة على غير المكلف، بحيث يكون الأمر منه بمثابة إكراه، أما إذا لم تكن له سلطة عليه فيصبح قول الجمهور هو الراجح؛ لكون ذلك شبهة تورث درء الحدّ، هذا من باب إيجاد التوافق والجمع بين القولين والأدلة ولأنّ أعمال الدليل أولى من إهماله كما يقول الأصوليون، والله تعالى أعلم.

الحالة الثانية: أن يباشر المكلف السرقة

اختلف الفقهاء في هذه المسألة ويمكن إرجاع اختلافهم إلى قولين:

1- القول الأول: يرى القطع على المكلف وهو قول جمهور المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁵⁾.

• **حُجَّتُه:** - إنّ الذي قام بفعل السرقة هو المكلف فلا عبرة بشريكه غير المكلف.
- إخراج المتاع من الحرز قام به المكلف مباشرة، فيتعين القطع منه وحده.

(1) الدسوقي، م.س، ج4، ص335.

(2) ابن قدامة، م.س، ج12، ص470.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص99. النووي، م.س، ج10، ص137. ابن قدامة، ن.م.و.ص.

(4) الشربيني، م.س، ج5، ص479. ابن قدامة، ن.م.و.ص.

(5) الدسوقي، م.س، ج4، ص335. النووي، م.س، ج10، ص137. ابن قدامة، ن.م.و.ص.

- القطع يتعلق بال مباشر حقيقة وحكما، والمكلف يعدّ مباشرة لفعل السرقة حقيقة فيكون إيجاب القطع منه من باب الأولى.

2- القول الثاني: يرى عدم القطع على شريك الصبي؛ أي المكلف وهو قول الحنفية⁽¹⁾.

- حُجَّتُه: إنّ اشتراك الصبيّ مع المكلف فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.
- نقدُه: نوقش القول بعدم التسليم بذلك؛ لأنّ مباشرة المكلف للسرقة هو أمر لا شبهة فيه وإعانة الصبي له لا علاقة لها بذلك.

3- الترجيح:

يتضح مما سبق أنّ قول الجمهور هو الراجح، وذلك للأدلة التي ذكرها ولضعف حجة القول الثاني وهم الحنفية، وسدًا للذريعة أمام المكلف لكي لا يتخذ من مشاركة غير المكلف له سبيلا للسرقة والإفلات من عقوبة الحدّ.

ب- تغليب السبب على المباشرة في جريمة الحرابة:

تطبيقات هذه القاعدة في الحرابة تنحصر فيمن يُعين المباشِرَ ويُصطَلح على تسميته بالرّدءِ، والرّدءُ هنا بمثابة المتسبب، والذي قام بالقتل أو أخذ المال هو الشريك المباشر، والخلاف في هذه الجريمة محصور في مسألة واحدة هي: - هل يأخذُ الرّدءُ حكمَ المباشر في الحرابة، سواء أكان مكلفاً أم غير مكلفٍ؟

وتغليب السبب على المباشرة كما أنه لا يُتصوّر في الزنا فلا يُتصوّر في الحرابة؛ لأنّ الصورة التي يمكن أن تكون مثالا على ذلك هي أن يباشر غير المكلف الأفعال التي توجب حدّ الحرابة، ويكون الرّدءُ مكلفاً، وحكم هذه الصورة عدم إيجاب حدّ الحرابة على الرّدءِ باتفاق الفقهاء؛ لأنّ الحدّ إذا لم يجب على المباشر لم يجب على من هو تبعٌ له من باب الأولى⁽²⁾.

وسوف يأتي بحثٌ بعض المسائل المتعلقة بهذه الجريمة في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج5، ص54، 65.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص62. سحنون، م.س، ج4، ص555. الشافعي، م.س، ج6، ص312. ابن قدامة، م.س، ج12، ص486.

المرتبة الثالثة: أن يتساوى الاشتراك بالمباشرة مع الاشتراك بالتسبب

وذلك بأن يتحمل المباشر والمتسبب المسؤولية الجنائية الناتجة عن وقوع الجريمة والمرتبة عن فعلهما، والذي تعادل أثره عند كليهما، بأن يتساوى السبب والمباشرة بحيث يكون دورهما رئيسياً أو أساسياً في حصول النتيجة، والصورة التي توضح تساوي ترتب أثر المسؤولية الجنائية على كل من المباشر والمتسبب فيها، ما أشار إليه الفقهاء رحمهم الله تعالى في مسألة إكراه شخص لآخر على ارتكاب الجريمة، كقتله أو قطعه جبراً عليه وإلا تعرّض للقتل⁽¹⁾.

فهذه الصورة وأمثالها شأنها شأن المسائل الواردة في المرتبة الثانية لم تتفق عليها أقوال الفقهاء، فكان التباين في الحكم كما سيأتي توضيحه في المسألتين الآتيتين:

أولاً: مسألة الاستواء بين السبب والمباشرة في الجناية الموجبة للقصاص

يظهر هذا الاستواء فيما يوجب القصاص في النفس إذا كان السبب قوياً، وجميع مواضع هذه المسألة محلّ خلاف، وسوف أقتصر على المثال السابق وهو مسألة الإكراه على القتل، فإنّ المتسبب فيها هو المكره، والمباشر هو شخص المكره، وكلّ منهما قد وُجد منه التعدي.

وموضع النزاع في هذه المسألة فيما إذا كان كل منهما بالغاً، وكان الإكراه ملجئاً، فقد ظهرت في ذلك أربعة أقوال متباينة وهي:

أ- القول الأول: وهو لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله، وذهبا إلى القول بوجوب القصاص على المكره (بالكسر) وحده أما المكره (بالفتح) فليس عليه قصاص⁽²⁾.

1- حُجَّتُهُ:

• عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽³⁾، والشاهد أنّ من أكره على فعل معين لا يرتبط به حكم لانعدام الإرادة والاختيار لديه، فهو بالتالي غير مكلف؛ لأنه واقع تحت طائل الإكراه الملجئ.

(1) د. محمد فاروق النهان، م.س، ص50.

(2) المرغيناني برهان الدين أبي الحسن، الهداية شرح بداية المبتدي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط1، 1417هـ، ج4، ص161، وما بعدها. وينظر السرخسي، م.س، ج24، ص74.

(3) البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ، 2003م، كتاب الاقرار- باب ما لا يجوز إقراره، حديث رقم 11454، ج6، ص139. القرافي، الذخيرة، م.س، ج1، ص282. النووي، م.س، ج9، ص135.

• المَكْرَه (بالفتح) المباشر للجريمة كان كالألة في يد مُكْرِهه، كما لو رمى به على المجني عليه فقتله⁽¹⁾، والعقاب يجب على مستعمل الآلة وهو المَكْرَه لا على الآلة نفسها.

2- نَقْدُه: القول بأن المَكْرَه مُلْجاً غير صحيح؛ لأنه متمكن من الامتناع ومع ذلك لم يمتنع، وعليه يؤثم بقتله ويحرم عليه، وإنما أقدم على قتله عند الإكراه ظناً منه أن في قتله منجاة لنفسه من شر المَكْرَه، فأشبهه القاتل في المخصصة ليأكله⁽²⁾.

ب- القول الثاني: وهو لأبي يوسف صاحب أبي حنيفة رحمه الله، ويرى عدم القصاص على أيٍّ منهما، ويوجب الدية على المَكْرَه في ماله⁽³⁾.

• حُجَّتُه:

- لا يجب القصاص على واحد منهما؛ لأنّ المَكْرَه لم يباشِر القتل بنفسه، والمَكْرَه مُلْجاً فأشبهه المرمي به على إنسان فقتله، ثمّ إنّ وجوب القصاص يعتمد المساواة، ولا مساواة بين المباشرة بالاختيار والمباشرة بالإكراه، فلا سبيل لإيجاب القود على المَكْرَه إلا بطريق المساواة، وبقاء الإثم على المَكْرَه دليل على أنّ الفعل كلّهُ لم يصِرْ منسوباً إلى المَكْرَه، والقصاص لا يجب إلا بمباشرة تامة، وقد انعدم ذلك من المَكْرَه حقيقةً وحكما، فلا يلزمه القود مع أنه هو المُؤَاخَذ بحُكْم القتل⁽⁴⁾.

نَقْدُه: إنّ المتسبب المُعِين يأخذ حُكْم المباشِر عند الإكراه بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِرْعَوْنَ عَلَا فِي الْأَرْضِ وَجَعَلَ أَهْلَهَا شِيَعًا يَسْتَضِعُّ طَائِفَةً مِّنْهُمْ يُذَبِّحُ أَبْنَاءَهُمْ وَيَسْتَحْيِي نِسَاءَهُمْ إِنَّهُ كَانَ مِنَ الْمُفْسِدِينَ﴾⁽⁵⁾.

فقد نسب الله تعالى الفعل إلى الأمر وهو لم يباشِرهُ حقيقةً إلا أنه مُطَاعٌ، فكان أمره إكراهًا.

ج- القول الثالث: وهو قول زُفَرٍ من الحنيفة، ويرى وجوب القصاص على شخص المَكْرَه (بالفتح) وحده؛ أي المباشر للجريمة دون المَكْرَه (بالكسر)⁽⁶⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص253.

(2) ابن قدامة، م.س، ج11، ص455. ابن مفلح، المبدع، م.س، ج8، ص256، 257.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج8، ص455.

(4) السرخسي، م.س، ج24، ص74.

(5) القصص، آية 4.

(6) السرخسي، ن.م.و.ص. ابن قدامة، م.س، ج11، ص455.

1- دليته:

• قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا﴾⁽¹⁾.

2- وجه الاستدلال: المقصود بالسلطان في الآية هو سلطان استقاء القود من القاتل، والقاتل هو المكره حقيقة لمباشرته فعل القتل.

• المكره المباشر للقتل قطع بمباشرته حكم المتسبب المكره له، فيُقدّم أثره على أثر المتسبب كالحافر مع الدافع أو المُلقي.

3- نقده: نوقش بأنه قياس مع الفارق، فإن المكره قد تسبب في ذلك القتل تسببا قويا؛ إذ لولا إكراهه لما أقدم المباشر على القتل فكانا كالشريكين، وهذا بخلاف المردي مع الحافر، فحفر البئر ليس سببا مُلجئا للقتل فافترقا⁽²⁾.

د- القول الرابع: وهو قول المالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ في الأظهر عندهم والحنابلة⁽⁵⁾، وذهبوا إلى القول بوجود القصاص على كل من المكره والمكره معا.

1- حُجته: قالوا بأنه واجب على المُكره لسببين:

الأول: للتسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالبا فأشبه ما لو ألقاه في زريبة لأسد فأكله.

الثاني: إن المكره قد قصد بإكراهه إهلاك المجني عليه، وبه وقعت الجريمة فيلحقه العقاب.

وأما وجوبه على المكره (بفتح الراء) لسببين أيضا:

الأول: قتله له كان عمدا وظلما لاستبقاء نفسه دون وجه حق.

الثاني: ولأن المكره مع المكره بمنزلة الشريكين في القتل، فالقصد وُجد من المكره والمباشرة وجدت من المكره، فإذا وجب القصاص على أحدهما وجب كذلك على الآخر.

هـ- الراجع من الأقوال:

مما سبق يتضح أنّ ما ذهب إليه أصحاب القول الرابع هو الراجع؛ أي قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وذلك للاعتبارات الآتية:

(1) الإسراء، آية 33.

(2) السرخسي، م.س، ج 24، ص 74.

(3) الدسوقي، م.س، ج 4، ص 243.

(4) النووي، م.س، ج 9، ص 135. الشربيني، م.س، ج 5، ص 221.

(5) ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 455. ابن مفلح، المبدع، م.س، ج 8، ص 256، 257.

- 1- لقوة أدلتهم ولأن الإكراه إذا كان ملجئاً يكون في قوة المباشرة كالممسك مع القاتل.
- 2- إنَّ المباشر قد أقدم على قتل نفس بريئة لاستبقاء نفسه بغير حق وليس له ذلك.
- 3- كذلك فالمُكْرَه قد أفصح عن قصده من إيقاع الجريمة والمُكْرَه من مباشرته لها، فكانا شريكين متساويين في الإثم فيستحقان بذلك العقاب قصاصاً.

وحتى لا يكون الاشتراك سبيلاً لإهلاك النفوس ظلماً وعدواناً والوصول إلى الغايات المحرمة دون عقاب، فإنَّ الأخذ بوجوب العقاب على المكره والمكروه هو الأولى، حتى يتحقق الزجر لمن كانت الجريمة سبيلاً له لتحقيق مآربه الخطيرة.

ثانياً: الاستواء بين المباشرة والسبب في جرائم الحدود

أ- في جريمة السرقة:

وصورة المسألة أن تُرتكب جريمة السرقة من جماعة بحيث تتم المباشرة من بعضهم والإعانة من البعض الآخر.

اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن الجماعة إذا اشتركت في إخراج المسروق من الحرز وبلغت قيمته أنصبة بعددهم استحق كل واحد منهم القطع، لكن وقع الخلاف في مسألة إلحاق المتسبب بالمباشر في وجوب القطع إذا اشتركا في نقب الحرز، بأن دخل أحدهما فقرب المتاع من النقب، وأدخل الخارج يده وتناوله دون أن يدخل إلى الحرز.

والسؤال الذي يطرح هنا: - على من يجب القطع في هذه المسألة؟

اختلف فيها على ثلاثة أقوال:

1- القول الأول: ويرى عدم القطع على أيٍّ منهما وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى⁽¹⁾.

• **حُجَّتُهُ:** أنه لا سبيل إلى إيجاب القطع على الخارج لانعدام فعل السرقة منه وهو الأخذ من الحرز، ولا سبيل لإيجابه على الداخل أيضاً لانعدام ثبوت يده عليه حال الخروج من الحرز لثبوت يد صاحبه؛ لأنَّ هُنَا الحرز على سبيل الكمال شرطٌ لاكتمال الجريمة.

وعليه فالشرط عند أبي حنيفة لاعتبار الشخص معيناً أن يدخل الحرز، فإذا بقي خارجه فلا يعتبر مُعيناً ولو ساعد فعله على إخراج المتاع من الحرز؛ لأنَّ تواجده داخل

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج5، ص101.

الحرز يعتبره إعانة معنوية على إخراج المسروقات، غير أنّ القطع لا يجب على المعين والمباشر عند أبي حنيفة إلا إذا نال كلُّ منهما نصاباً⁽¹⁾.

أما أبو يوسف فقد خالف أبا حنيفة ووافق المالكية في اعتبار مجرد إدخال اليد في الحرز كافياً لاعتبار السرقة جريمة تامة، وحُجَّتَه في ذلك: أنّ ركن السرقة هو الأخذ من الحرز وقد تحقق، أما مجرد الدخول إلى الحرز فليس بركن في السرقة عنده، فإذا تحقق الأخذ من الحرز فقد توافر الركن وتكاملت الجريمة سواء أحصل الدخول أم لا⁽²⁾.

2- القول الثاني: يجب عليهما القطع وهو قول مالك⁽³⁾ إذا كان الإخراج لا يتم إلا بمعونة من الخارج، وهو قول الحنابلة وأبي يوسف من الحنفية كما سبق⁽⁴⁾.

• **حُجَّتَه:** إنّ الداخل قد تمّ منه هناك الحرز فصار المتاع المسروق مُخرجا بفعله ومباشرته فعليه القطع، وأما الخارج فلأنه لمّا أدخل يده فقد وُجد منه الإخراج للمال من الحرز فوجب عليه القطع هو الآخر، ويشترط الإمام مالكٌ لإيجاب القطع على المُعين أن يأتي عملاً مادياً يشترك به في إخراج المسروقات سواء كان داخل الحرز أو خارجه، أما إذا وقف ليؤدي دور الحارس لزملائه فقط أو ليمنع الاستغاثة أو يرشد اللصوص إلى مكان السرقة فليس عليه قطعٌ وإنما يعزّر⁽⁵⁾.

3- القول الثالث: يجب القطع على الخارج فقط وهو قول الشافعية⁽⁶⁾.

• **حُجَّتَه:** المخرج هو السارق وتمام السرقة لا يتحقق إلا بإخراج المال من الحرز.
• **نقده:** إنّ مساعدة من بالداخل كانت ضرورية فوجب عليه القطع كالذي بالخارج بل وأولى منه في وجوب القطع؛ لأنّ من بالداخل أقوى في حصول السرقة.

4- الراجع في المسألة:

الظاهر أنّ القول الثاني القائل بإيجاب القطع عليهما معا هو الراجح؛ لقوة الحُجَّة، ولأنّ السرقة قد حصلت بفعلهما معا فهما شريكان في السرقة، وأرى أنّ ما ذهب إليه القول الأول

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص78.

(2) عودة، م.س، ج2، ص534.

(3) المواق، م.س، ج8، ص424. وينظر عودة، ن.م.و.ص.

(4) ابن قدامة، م.س، ج12، ص468، وما بعدها.

(5) الشربيني، م.س، ج5، ص485.

(6) النووي، روضة الطالبين، م.س، باب السرقة، ج7، ص347.

لا يتماشى وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، ولو أخذ به لكانت هذه الصورة من التعاون حائلاً يمنع توقيع العقوبة الحدية، وهذا من شأنه أن يشجع على السرقة ويجعل فرص النجاح في إتمام الجريمة أكمل وأضمن، ولهذا فلا بدّ من اعتبار الجريمة تامة في حق الداخل والخارج معاً، ويعاقبان حدّاً لوجود التواطؤ والتعاون بين السارقين.

ب- في جريمة الحراية:

من أبرز المسائل في باب الحراية اجتماع المباشر والمتسبب فيما يوجب حدّ الحراية، فهل يأخذ المتسبب (الرّدء) حكم المباشر أم أنه يختص به المباشر دونه؟
اختلف في هذه المسألة على قولين:

1- القول الأول: يرى بأنّ الرّدء كالمباشر في الحكم وهو قول الحنيفة⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والحنابلة، وهو الرأي الذي اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية⁽³⁾ وأهل الظاهر⁽⁴⁾.

• حُجَّتُه:

- إنّه حكم يتعلق بالمحاربة يستوى فيه الرّدء والمباشر كاستحقاق الغنيمة في القتال، فوجب استوائهم في العقوبة.

- المباشر لا يتمكن من فعله إلا بمعاونة أو مساعدة الرّدء، فهما شريكان في استحقاق العقوبة خلافاً لسائر الحدود.

- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً"
قال سحنون: ذكروا عن مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّ بعضهم كان ربيّة للذين قتلوا فقتلهم عمر معهم⁽⁵⁾.

2- القول الثاني: ويرى بأنّ الرّدء ليس عليه حدّ وإنما يعاقب تعزيراً وهو قول الشافعية⁽⁶⁾.

- جاء في مغني المحتاج: "ومن أعانهم وكثّر جمعهم عُرّر بحبسٍ وتغريبٍ وغيرهما"⁽⁷⁾.

(1) السرخسي، م.س، ج9، ص149.

(2) الدسوقي، م.س، ج4، ص349، 350.

(3) ابن قدامة، م.س، ج12، ص486. ابن تيمية أحمد، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، (م.ع.س)، (د.ط)، 1425هـ، 2004م، ج34، ص244.

(4) ابن حزم، م.س، ج11، ص308.

(5) سحنون، م.س، ج4، ص554.

(6) الشيرازي، م.س، ج5، ص451.

(7) الشربيني، م.س، ج5، ص501، 502.

- يقول الإمام الشيرازي الشافعي رحمه الله: " لا يجب ما ذكرناه من الحدّ إلا على من باشر القتل أو أخذ المال، فأما من حضر رداء لهم أو عينا فلا يلزمه الحدّ... ويعزر؛ لأنه أعان على معصية فيعزر"(1).

• حُجَّتُه:

- قوله عليه السلام: " لا يحلّ دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمفارق لدينه التارك للجماعة"(2).

- أن الحدّ عقوبة تتعلق بارتكاب المعصية فلا تتعلق بالمعين قياسا على سائر الحدود.
- الحدّ جزاء الفعل فلا يجب إلا على من باشر الفعل كحدّ الزنا(3).

• نقده:

قياس الحرابة على سائر الحدود هو قياس مع الفارق؛ لأنّ المحاربة مبنية على القوة وحصول المنعة والتعاقد والمناصرة، وقد وُجد ذلك من الردء، وذلك بخلاف سائر الحدود فهي لا تبني على ذلك.

3- الترجيح: يظهر أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول (الجمهور) الذي يرى بأنّ الردء المعين في الحرابة يُحدّ كالمباشر وذلك للاعتبارات الآتية:

- لقوة أدلتهم وضعف أدلة القول الثاني مع عدم سلامته من النقد.
- ولأنّ المباشرة لفعل الحرابة صار ممكنا بوجود البعض رداء لهم فهم كالشركاء فيها.

الفرع الثاني: تعدّد الأسباب وأثرها على المسؤولية الجنائية

القاعدة أنّ الأسباب إذا كانت متعددة وظهر استواؤها في العدوان، فالضمان ينسب إلى السبب الأقوى أو الأكثر تأثير في إحداث الجريمة، ولا فرق بعد ذلك أن يكون حدوثه سابقا أو مصاحبا أو متأخرا، وبالتالي يُستصحب حكم السبب المؤثر والأقوى ويُرجّح على باقي الأسباب التي تُصبح بالنسبة إليه كالشرط للمباشرة(4).

(1) الشيرازي، م.س، ص451، 452.

(2) البخاري، الجامع الصحيح، م.س، كتاب الديات، باب قوله تعالى: " أن النفس بالنفس..."، حديث رقم 6878، ج4، ص268.

(3) الشيرازي، م.س، ج5، ص451. الشرييني، م.س، ج5، ص501، 502.

(4) الرملي، م.س، ج7، ص341.

ومن أمثله: أن يحفر شخص بئرا بقصد العدوان، فيأتي آخرُ ويضع أمامه حجرا لنفس الغرض، فإذا مرَّ شخص تعثرَّ بالحجر ووقع في البئر، فالضمان في هذه الحالة يكون على واضع الحجر، لتقدمه في التأثير على الحافر وإن كان يساويه في قصد العدوان؛ لأنه لولا وجود الحجر لما حصل التعثر والوقوع في البئر.

ومثله أيضا لو قام شخص ثالث بوضع سكين في قاع البئر، ثم حصل التعثر والسقوط والموت بإصابة السكين، فالضمان دائما لواضع الحجر، لتقدمه في التأثير حتى مع تساوي الأفعال الثلاثة في درجة القصد؛ لأنَّ واضع الحجر قطع حكم الحافر وواضع السكين، فصار بمنزلة الدافع المُردِي.

لكن إذا كان أحد السببين عدوانا دون الآخر، تُسبب الضمانُ إلى من كان فعله كذلك، والمقصود بالعدوان هنا إحداث الفعل في غير ملك المحدث، بقصد العدوان والضرر، وذلك كحفر حفرة في طريق عام بقصد الإضرار بالمارة من عامة الناس، وعليه فلو حفر شخص في غير ملكه حفرة بقصد الإضرار بالمارة كما في طريق عام، ثم قام غيره بنصب سكين في قعرها، فإذا وقع شخص فيها ومات بإصابة السكين فالضمان يكون على الحافر لتعديه، ولقصد الإضرار لديه، أما إذا لم يكن هناك تعدُّ، بأن حفر الحفرة في أرض يملكها، وقام غيره بوضع الحجر بجانبها عدوانا، فإذا تعثر شخص بالحجر وقع في البئر؛ فواضع الحجر هو الذي يقع عليه الضمان لوجود التعدي من جانبه، وعليه فالمسؤولية يتحملها دائما صاحب السبب المؤثر والقوي الذي يقطع حكم باقي الأسباب⁽¹⁾.

الفرع الثالث: توالد العلة وأثرها على المسؤولية

رأينا في الفرع الثاني كيف أنّ العلة قد تتعدد ويختلف تأثيرها في الجريمة والحكم تبعاً لقوة السبب والقصد إلى العدوان، وأتناول في هذا الفرع توالد العلة بأن يكون بعضها ناتجا عن بعضها الآخر أو متوالدا عنها، ثم تترتب عنها الجريمة، بحيث يكون فعل الجاني هو العلة الأولى ثم تنشأ عنه جملة علةٍ متسلسلةٍ تكون الجريمة نتيجة لآخر علة فيها.

أولا: الحكم في تعدد العلة المحدثه للجريمة

يرى جمهور الفقهاء أنّ الجريمة إذا ترتبت عن فعل الجاني بأن كوّن علتها أو جزءا منها، فإنه يظل مسؤولا عن تلك الجريمة، طالما كان لفعله دور في وقوعها إذا نُظر إليه

(1) الشريبي، م.س، ج4، ص87، 88.

منفردا عن باقي الأفعال، فمن أحدث بغيره إصابة قاتلة يكون مسؤولا عن القتل العمد، كما لو ضربه بآلة تقتل غالبا كالسيف ونحوه، ثم نتجت الوفاة من جرّاء ذلك⁽¹⁾.

ومثله لو كان بالمجني عليه جرح سابق قاتل، ثم ألحق به شخص آخر ضربة قاتلة، فمات من مجموع تلك الإصابات، فإنّ الأخير يُسأل عن جريمة القتل العمد أيضا، ولو كانت الوفاة قد حصلت من مجموع الجراح⁽²⁾.

ولا فرق بعد ذلك بين ما إذا كان الجرح السابق ناتجا عن فعل المجني عليه على نفسه أو عن فعل الغير، فالجاني يبقى مسؤولا عن الإصابة القاتلة التي أحدثها بالمجني عليه ما دام أنه قصد العدوان، وما دامت إصابته هي علّة الجريمة أو تشكل جزءا من علتها.

ولا يؤثر في تلك المسؤولية تفاوت الجراح في خطورتها وفحشها، فالذي أحدث أقلّ الجراح يعدّ مسؤولا عن القتل العمد، ما دام جرمه في حدّ ذاته إذا انفرد كان مهلكا ولو أحدث غيره ما هو أفحش منه، كذلك لو كان بالمجني عليه مرضٌ ساعد في إهلاكه أو التعجيل بوفاته، فصاحب الفعل العمد يعتبر مسؤولا عن النتيجة، طالما أنّ فعله هو الآخر يؤدي إلى النتيجة، كما أنّ مسؤولية الجاني لا تتأثر بسبب إهمال المجني عليه في علاج نفسه أو تقصيره أو خطأ الطبيب في العلاج، متى كان فعله مُحدثا للجريمة بذاته⁽³⁾.

ثانيا: توالد العلل والمسببات

القاعدة أنّ الجاني مسؤول عن فعله، طالما كان علّة للجريمة، أو شارك ذلك الفعل في إحداثها، شريطة أن يكون موجبا للقصاص لو انفرد به صاحبه، وهذا عند جمهور الفقهاء ما عدا المالكية الذين لا يشترطون في الفعل المشارك أن يكون علّة للجريمة، أو جزء من علتها إذا وقع الاشتراك بطريق التمالؤ، كما سوف يأتي بيانه في الفصل الثاني إن شاء الله.

لكن قد تحدّث الجريمة ولا يكون فعل الجاني هو وحدَه علتها المباشرة، وإنما تتوالد بين فعله والجريمة عللٌ لأفعال أخرى، حتى تضعف الصلّة ويصعب معها القول بوجود علاقة السببية، بين ذلك الفعل والنتيجة التي حصلت، وقد وضع الفقهاء المسلمون من الضوابط ما يمكن به أن يُعرف ما إذا كان الفاعل مسؤولا عن الجريمة أو غير مسؤول عنها، ومن خلالها يتم التعرف على السبب المؤدّي للجريمة والمكوّن لعلتها.

(1) المرغيناني، م.س، ج 8، ص 3. الشافعي، م.س، ج 7، ص 681. ابن قدامة، م.س، ج 7، ص 239.

(2) الشرييني، م.س، ج 4، ص 21.

(3) الشرييني، ن.م.و.ص. الرملي، م.س، ج 7، ص 243.

هذا وقد أشار الدكتور غيث محمود الفاخري إلى هذه الضوابط والتي يمكن إرجاعها إلى ثلاثة أنواع رئيسية⁽¹⁾، حسب نظرة الفقهاء لهذه المسببات والعلل وهي كالآتي:

أ- العلل والأسباب الحسية:

وهي التي تنشأ عنها الجريمة بشكل حسي لا شك فيه، ويستوي بعد ذلك أن تتولد تلك الجريمة عن العلة مباشرة، أو تتولد عن علة أخرى متولدة عن العلة الأولى؛ أي أنه كلما كان فعل الجاني قد شكّل علة محسوسة للجريمة فهو مسؤول عنها، وذلك كما لو حفر شخص بئراً لإهلاك شخص معين فيها، وغطّاها حتى إذا ما مرّ المجني عليه وقع فيها ومات، فحافر البئر هو المسؤول عن القتل ولو أنه لم يباشر القتل حقيقة؛ لأنّ الحفر نتج عنه الوقوع وتولد عن الوقوع الموت، فهو سبب مُدرَك ومحسوس في هذه الجريمة. وهو ما يعني الأخذ بنظرية تعادل الأسباب أو تكافئها التي يقول بها فقهاء القانون وسوف يأتي الحديث عنها مفصّلة في المبحث الثالث من هذا الفصل.

ب- العلل والأسباب الشرعية:

معناها تلك العلل التي تولد النتائج توليداً شرعياً، فيُسأل عنها الشخص بمقتضى نصوص الشرع، ومثل ذلك شهادة الزور التي تولد في نفس القاضي داية الحكم بالعقوبة المقررة، فهذه الشهادة تعتبر سبباً شرعياً في إقامة العقوبة على المشهود عليه؛ لأنّ القاضي في هذه الحالة مكلف بتنفيذ العقوبة على من ثبتت عليه الجريمة، ويُعتبر الشهود هم الذين تسببوا في هذه العقوبة.

ويرى جمهور الفقهاء أنّ هذا النوع من العلل يُبقي مسؤولية الجاني - الشاهد زوراً - قائمة مهما بعدت صلة السببية بين الفعل والنتائج المترتبة عنه.

ج- العلل والأسباب العرفية

وهي التي تولد النتائج توليداً عرفياً، لا حسياً ولا شرعياً، ويكون السبب عرفياً متى أقرّه الناس وقبّلته عقولهم وتعارفوا عليه، فإذا كان العرف يقضي بأنّ ذلك السبب هو المسؤول عن النتيجة فصاحبه هو الفاعل أو المباشر الذي يستحق العقوبة، وإذا لم يقض العرف بذلك فلا يكون عليه شيء من المسؤولية⁽²⁾.

(1) د. الفاخري، م.س، ص 81.

(2) ن.م.و.ص.

مثال ذلك: قيام شخص بخرق قارب شخص آخر، حتى إذا ركبهُ صاحبه وكان في عرض البحر امتلاً القارب بالماء، ولما أشرف على الغرق ألقى بنفسه وأخذ يسبح أملاً في النجاة لكنه فشل ومات، فالعُرف هنا يقضي بأنَّ خارقَ القارب هو المسؤول عن الموت، ولو أنّ صلة السببية بعيدةً بين فعله وبين النتيجة؛ حيث توالت العلة التي ترتبت عنها الوفاة، إذ لولا خرقُ القارب ما توالت عنها تلك العلة ولا ترتبت النتيجة⁽¹⁾.

وقد سبقت الإشارة إلى ما يشبه هذه الضوابط عند الحديث عن أقسام السبب في هذا

الفصل.

(1) الشريبي، م.س، ج4، ص8، 9. الدردير، الشرح الكبير، م.س، ج4، ص243.

المبحث الثالث

نظريات السببية في القانون الوضعي وموقف الفقه

الجنائي الإسلامي منها

المطلب الأول: نظريات السببية عند فقهاء القانون الوضعي

المطلب الثاني: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من نظريات السببية

المطلب الثالث: موازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

تمهيد:

سبق القول بأن مسألة السببية في الواقع تتعدد أكثر عندما تعدد العوامل المساهمة في إحداث نتيجة واحدة، بأن تتأخر النتيجة أو تتداخل أسباب وعوامل أخرى إلى جانب نشاط الجاني، كما إذا كانت هذه الأسباب سابقة على فعل الجاني كضعف البنية الجسدية للمجني عليه، وكمن يصاب بعيار ناري يطلقه عليه الجاني في غير مقتل، وهو مصاب في الأصل بمرض ضاعف من خطورة الإصابة وتعقيدها أكثر، أو تكون معاصرة له كتعرض المجني عليه لاعتداء آخر صُدفة من شخص آخر في الوقت نفسه، أو لاحقة له مثل الخطأ الفادح للطبيب المعالج أو الممرّض، أو إهمال المجني عليه علاج نفسه فيموت... وغيرها⁽¹⁾.

وقد ثار جدال فقهي كبير أدى إلى ظهور عدة نظريات في الفقه القانوني، تختلف باختلاف المعايير التي تعتمد عليها كل نظرية لإثبات رابطة السببية أو انتفاءها، محاولة بذلك إيجاد معيار لتحديد المسؤولية الجنائية عن النتيجة الضارة بسبب تعدد تلك العوامل، غير أنها لم توفّق في الوصول إلى معيار واحد متفق عليه يستقر عليه الفقه والقضاء، خاصة مع غياب النص القانوني الذي يحدّد أيّاً من هذه النظريات واجبة الاتباع وهي التي يطلق عليها الفقه اسم نظريات السببية⁽²⁾.

وعليه سأسلط الضوء في المطلب الأول من هذا المبحث على أهمّ النظريات الفقهية القانونية التي قيلت في هذا الشأن وتناولت موضوع السببية، وتعدّ الكفيلة بالإجابة عن التساؤلات السابقة، وفي المطلب الثاني أتناول موقف الفقه الجنائي الإسلامي من هذه النظريات، لأصل في المطلب الثالث إلى إجراء موازنة أو مقارنة لاستجلاء نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما ثم الترجيح إن أمكن:

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص153.

(2) د. الفهوجي، م.س، ص324.

المطلب الأول: نظريات السببية عند فقهاء القانون الوضعي

أهمّ النظريات التي قيلت في السببية أربع؛ نظرية تعادل الأسباب أو تكافئها، ونظرية السبب الأقوى أو الفعال، ونظرية السبب المباشر ثم نظرية السبب الملائم، وأحاول تخصيص فرع مستقل لكلّ نظرية على حدة ببعض من التفصيل.

الفرع الأول: نظرية تعادل الأسباب أو تكافئها

أولاً: عرض النظرية

أسّس هذه النظرية الفقيه الألماني "فون بوري" في أواخر القرن التاسع عشر، وهي النظرية التي نادى بها فريق من الفقهاء الألمان، والراجحة لدى القضاء الجنائي في ألمانيا وسادت في الفقه الألماني الحديث، ومقتضى هذه النظرية أنه إذا اجتمع مع فعل الجاني أسباب وعوامل أخرى اشتركت أو تداخلت في إيجاد النتيجة، فتكون جميع هذه الأسباب متعادلةً ومسؤولة عن إيجاد النتيجة الجرمية، ومنه استمدت هذه النظرية تسميتها⁽¹⁾.

بمعنى آخر: أنّ كلّ عمل له دخل في إحداث النتيجة يعتبر سبباً لها، طالما أنها ما كانت لتقع لولا تدخل ذلك السبب، ويكفي أن يكون سلوك الجاني أحدَ هذه الأسباب فقط، حتى ولو كان نصيبه في المساهمة ضئيلاً ومحدوداً، فكل ذي سبب يُسأل مسؤولية كاملة عن النتيجة كما لو أنه هو الفاعل الوحيد لها.

من أمثلتها: ما لو ضرب شخص خصمه أو جرّحه، فينقل هذا المصاب إلى المستشفى على جناح السرعة لتلقي العلاج، ثم يقع حادث مرور في الطريق فيموت الضحية بسبب انقلاب سيارة الإسعاف، أو يخطئ الطبيب المعالج في علاجه أو يحترق المستشفى المتواجد فيه فيموت، أو بسبب إهماله علاج نفسه فيموت أيضاً، فهذه كلها أسباب لم تكن لتحدث لولا سلوك الجاني الأول.

ووفقاً لهذه النظرية فإنّ الجاني يظلّ مسؤولاً عن جريمة قتل العمدة؛ لأنه لولا الإصابة التي ألحقها بالمجني عليه لما نُقل على إثرها إلى المستشفى لتلقي العلاج، ولما كان لخطأ الطبيب أو إهماله هو نفسه ليحصل، ولولاها لما وُجد في المستشفى ولا أنت عليه النيران وأهلكته حرقاً.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص153، 154. د. الفهوجي، م.س، ص325.

ولا تميّز هذه النظرية ولا تُفاضل بين الأسباب المؤدية لإحداث النتيجة، وإنما تضعها على قدم المساواة فكلُّ منها ينشأ بينها وبين النتيجة علاقة سببية، ففعل الجاني هو العامل المتسبب فيها أولاً، ولولا ذلك الفعل الذي حدث لما وقع الفعل الذي يليه، ولا توالى الحوادث بعده بهذا الشكل وتوالدت، لذلك يُسأل الجميع عنها، لأنهم ساهموا كلُّ بفعله في إحداث النتيجة⁽¹⁾.

ففعل الجاني هو العامل الرئيسي الأول المسؤول عما توالد عنه أو تتابع من بعده من أسباب، وبالتالي يُسأل مسؤولية كاملة بغض النظر عن تواجد أسباب أخرى ساهمت بدورها في تحقق النتيجة الإجرامية، وسواء كانت سابقة أم معاصرة أم لاحقة على سلوكه، بل حتى ولو كان سلوك الجاني ضعيفاً أو بعيد الأثر، إذا قورن بالعوامل الأخرى التي تلتته وساهمت هي أيضاً في وقوع الجريمة؛ لأنّ النتيجة تُسند إلى مُحدث الإصابة⁽²⁾.

ومنه يكفي للتأكد من مدى توافر علاقة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة الإجرامية التي حدثت، التساؤل عما إذا كانت النتيجة الحاصلة لم تكن لتحدث لولا تدخل سلوك الجاني من عدمه، فإذا كانت الإجابة بالإثبات قامت رابطة السببية، أما إذا كانت بالنفي انقطعت الرابطة، وبالتالي تنتفي الرابطة إذا كان سلوك الجاني ليس له تأثير يذكر على حدوث النتيجة، بمعنى آخر أنّ الجريمة واقعة لا محالة ولو لم تتوقف على تدخل فعل الجاني بسلوكه فيها، كما إذا وقعت بأسباب أخرى من فعل الطبيعة والتي لا شأن للجاني بها.

كمن يضرب آخر ضربة قاتلة على ظهر السفينة في عرض البحر فيموت المصاب غرقاً بعد ساعات ليس متأثراً بإصابته، وإنما بسبب هبوب رياح قوية تقلب السفينة رأساً عن عقب، ففي هذه الحال لا يُسأل الجاني إلا عن الشروع في القتل فقط.

وخلاصة القول في هذه النظرية أنّ السبب الطارئ أو الشاذ لا يقطع علاقة السببية ما لم يكن مستقلاً عن السلوك الإجرامي السابق للجاني، بحيث لو لم يكن لما تدخل هذا السبب، أما إذا كان السبب الطارئ كافياً لإحداث النتيجة ومستقلاً، فإنه يقطع علاقة السببية كمن يصاب بجراحات خطيرة على متن طائرة أو سفينة، ثم تتحطم الطائرة وتغرق السفينة مما ينجم عنه هلاك المجني عليه.

(1) د. محمد فاروق النهان، م.س، ص36.

(2) د. القهوجي، م.س، ص326.

لذلك فإنّ هذه النظرية لا تعترف بانقطاع السببية إلا في حالة وحيدة، وهي لم يكن لسلوك الجاني أثر في وقوع النتيجة الجرمية، بمعنى إذا كانت الوفاة مثلا حاصلة لا محالة بغض النظر عن سلوك الجاني الأول فيها، كأن تتم بفعل عوامل أخرى مستقلة عن ذلك السلوك وكافية لوحدها لإحداث النتيجة كما في الأمثلة السابقة.

ثانيا: نقد النظرية

الحقيقة أنّ هذه النظرية وإن كانت منطقية من الناحية العملية والموضوعية، وأنها جاءت بمعيار سهل التطبيق لاستخلاص وجود علاقة السببية بين الفعل والنتيجة، باعتبار أنّ سلوك الجاني الأول هو المحرك لجميع الأسباب المتتالية بعده، فالذي يتسبب عمدا بجرح غيره ولو كان جرحا بسيطا استلزم نقله إلى المستشفى لتلقي العلاج ثم يقع حادث مرور في الطريق فيموت، أو يخطئ الطبيب المعالج في علاجه أو يحترق المستشفى المتواجد فيه، أو إهمال المجني عليه علاج نفسه ويموت من جراء ذلك، فهذه كلّها أسباب لم تكن لتحدث لولا سلوك الجاني الأول كما سبق.

ورغم ذلك كله تعرضت النظرية لنقد شديد وأخذ عليها بأن نتائجها لا تتفق مع مقدماتها، وأنها تناقض نفسها بنفسها، فبينما تقرّر التعادل في الأسباب من جهة، ترجع وتختار سببا من بينها وتلقي عليه بعبء النتيجة والمسؤولية من جهة ثانية، فتحمل الجاني النتيجة رغم انقطاع الرابطة لفعله بفعلٍ أو بسبب آخر أدى دون شك إلى حدوثها؛ أي أنّ السببية في هذه النظرية تركز على العمل الإنسانيّ الأول؛ لأنه هو الذي نجمت عنه باقي العوامل والآثار الأخرى سواء من فعل الطبيعة أو الإنسان⁽¹⁾.

كما أنها تتوسع في مسألة السببية فتسأل الفاعل عن الأسباب النادرة الحصول في حكم العادة، وتسمح بالتالي بتوالد العلل وتواليها إلى غير حدٍّ وتحميل الجاني المسؤولية رغم انقطاع فعله قبل حدوث النتيجة، أي تحميله تبعات العوامل الأخرى التي لا شأن له بها، كما أنها لا تميز بين الأسباب الأكثر فاعلية ومدى تأثيرها في النتيجة الواقعة والأقل منها وغيرها، وأمام هذه الملاحظات الكثيرة في رأي المنتقدين جعلها تضعف وتبتعد بل تنافي روح العدالة وتجافيها⁽²⁾.

(1) د. عبد المهيم بكر، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، (د.ط، د.ت)، ص 37، وما بعدها.

(2) عبد الله سليمان، م.س، ص 155.

الفرع الثاني: نظرية السبب الأقوى أو الفعّال

أولاً: عرض النظرية

لهذه النظرية عدة تسميات فهناك من يسميها نظرية الهيمنة أو نظرية السبب الفعّال أو السبب المنتج أو المؤثر وغيرها، وجميع هذه المصطلحات تعبر عن مدلول واحد، وهو أنّ القاضي يبحث في جميع الأسباب التي ساهمت في إحداث النتيجة، ثم يلحق المسؤولية بصاحب السبب الأقوى؛ لأنه السبب الأساسي الذي ترتبت عنه النتيجة، أما إذا وُجدت هناك عوامل أخرى ساعدت على تحقيق تلك النتيجة، فهي مجرد ظروف أو شروط ساعدت هذا السبب على حصول النتيجة، ولا تمثل الدور الفعّال في إحداثها مقارنة لها بالسبب الفعّال الذي يرتبط بالنتيجة ارتباطاً مباشراً⁽¹⁾.

وقال بهذه النظرية فقهاء الألمان أيضاً، ووضعها بوجه خاص الفقيه الإيطالي أنتوليزي الذي اشترط لقيام علاقة السببية توافر عاملين أساسيين؛ أولهما إيجابي وثانيهما سلبي؛ أما الإيجابي فيعني تداخل نشاط الإنسان في توالي الأحداث التي ينجم عنها تحقيق النتيجة المعاقب عليها، وأما العامل السلبي فيتمثل في عدم إمكان إسناد هذه النتيجة إلى عامل آخر سوى هذا النشاط الذي يأتي في المقام الأول، وبالذي يعدّ السبب الفعّال في وقوع الجريمة دون النظر إلى ما سواه من الأسباب والعوامل الأخرى⁽²⁾.

وبالتالي إذا كان هناك عامل آخر سابقاً على فعل الجاني أو معاصراً أو لاحقاً له، وكان له الدور الفعّال فإنه يعتبر وحده سبب النتيجة، ويصبح فعل الجاني مجرد شرط تتقطع معه علاقة السببية بينه وبين النتيجة.

ثانياً: تقييم النظرية ونقدّها

أ- **تقييم النظرية:** تعدّ هذه النظرية أفضل من سابقتها ذلك أنها قد أخذت بمبدأ النظرية السابقة، من خلال ما ينجم عن السبب الأول من عوامل وتجنبت التعميم الذي وقعت فيه، ذلك أنّ نظرية تعادل الأسباب نصّت على أنّ مسؤولية الجاني تبقى قائمة مهما كان فعله ثانوياً أو تافهاً، بجانب الأسباب التي توالى بعده وساهمت في إحداث النتيجة بشكل فعّال ومؤثر، وبمقتضى هذه النظرية فإنّ الجاني يتحمل المسؤولية عن النتيجة الضارة متى كانت

(1) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص 37.

(2) د. منصور رحمانى، م.س، ص 101، 102.

محتملة الوقوع أثناء السير العادي للأمر مادام أنّ فعله يلائم ويناسب حدوث تلك النتيجة فإنه يكون مسؤولاً بغض النظر عن العوامل الأخرى.

وأرى أنّ هذه النظرية تُغلب مصلحة المتهم على حساب مصلحة الضحية؛ ذلك أنّ المتهم لا يُسأل إلا إذا كان فعله هو الأقوى بين سائر الأفعال التي ساهمت في حدوث النتيجة، وهذا يعني أنه قد يفلت من المسؤولية عن النتيجة التي حدثت، إذا ساهمت أسباب أخرى في حدوثها مساوية أو أقوى من فعله تأثيراً.

ومثاله أن يطعن شخص آخر بخنجر في يده أو في أحد أطرافه، وأثناء تنقله للمستشفى يُتوفى إثر انقلاب سيارة الإسعاف أو بخطأ الطبيب المعالج، ففي هذه الأمثلة وحسب هذه النظرية لا يُسأل الجاني عن النتيجة، وذلك لانقطاع رابطة السببية بفعل العوامل المتداخلة هي الأخرى، والتي تعتبر الأقوى والمباشرة مقارنة لها بفعل الجاني الأول⁽¹⁾.

ب- نقد النظرية:

رغم حسنات هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من النقد والمناقشة من عدة نواحي أهمها:

1- يؤدي الأخذ بها إلى حصر علاقة السببية في عامل واحد يكون مسؤولاً عن النتيجة، مع أنّ هناك صعوبة كبيرة من الناحية العملية في تحديد السبب الأقوى أو المهيمن الذي يؤدي إلى النتيجة الإجرامية، وتمييزه عما يعتبر في منزلة الظروف أو الشروط، فهو ضابط غامض وتحكّمي، مع أنه يصعب أيضاً أن ينفرد سبباً واحداً بإحداث النتيجة خاصة إذا انضمت إليه عوامل أخرى⁽²⁾.

2- الأخذ بهذه النظرية يتعارض مع ما هو مُسلم به من إمكانية تعدد الجناة في الجريمة الواحدة، وذلك من شأنه أن يؤدي إلى إفلات المتهم من المسؤولية إذا ما تداخلت إلى جانبه عوامل أجنبية أخرى ولو كانت عادية، وزيادة على ذلك فهي لم تقدّم ضابطاً يمكن الاستعانة به لتحديد العامل الأقوى، لذلك تبقى الصعوبة قائمة في إيجاد معيار ملائم يرشدنا إلى السبب الأقوى أو الغالب بين تلك الأسباب المتداخلة، وفي أكثر الأحوال تدقّ التفرقة ويصبح أمر معرفة السبب الفعال صعباً للغاية⁽³⁾.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص 157.

(2) د. عبد المهيمن بكر، م.س، ص 36، وما بعدها.

(3) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص 37.

3- الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى المفاضلة بين العوامل المساهمة في إحداث النتيجة، من حيث قوتها أو ضعفها، مع أنّ كلا منهما ضروريٌّ في النهاية لإحداث النتيجة، بحيث لو تخأّف بعضها أو أحدها ولو كان ضعيفاً، لما تحققت النتيجة بالصورة التي حصلت بها.

الفرع الثالث: نظرية السبب المباشر

أولاً: عرض النظرية

ظهرت هذه النظرية لدى الشراح والفقهاء الفرنسيين، وطبّقها القضاء الفرنسي في جريمة القتل العمد فقط، ومؤدّي هذه النظرية أنّ العامل الذي يعدّ سبباً للنتيجة هو العامل المباشر الذي يسبق النتيجة، ويرتبط بها على نحو محقق، ويكفي لتطبيق هذه النظرية الالتفات إلى العوامل التي ساهمت في إحداث النتيجة، ثم نبحث عن العامل الأخير منها الذي يسبق وقوعها مباشرة ليكون هو السبب لها⁽¹⁾.

وأخذ أيضاً بهذه النظرية القضاء الإنجليزي وخصّ تطبيقها على جريمة القتل كذلك كما فعل نظيره الفرنسي، إلا أنه يشترط تحقّق إزهاق نفس (روح) المجني عليه خلال سنةٍ ويومٍ من تاريخ وقوع الجريمة⁽²⁾.

وكنتيجة لهذه النظرية يجب أن لا يتوسط بين الفعل والنتيجة عامل أو عوامل أخرى تساعد على إحداثها، فرابطة السببية تنقطع متى تداخلت هذه العوامل وتوسطت بين فعل الجاني والنتيجة، ولو كانت مألوفةً ممكنة الوقوع أو لم يكن أثرها مقطوعاً به⁽³⁾.

مثال ذلك: إذا طعن الجاني المجني عليه، ثم نُقل إلى المستشفى وبسبب خطأ طبيّ بسيط توفي المجني عليه، فتماشياً مع هذه النظرية فإنّ المتهم يفلت من العقوبة لتوسط سبب آخر بين فعله والنتيجة؛ لأنّ فعله لم يعدّ مباشراً لها، لذلك فإنّ السببية بهذا المنظور تتطلب نوعاً من الاتصال المادي بين الفعل والنتيجة؛ لأنها لا تعترف إلا بالارتباط المباشر المحقق بينهما، ولهذا كانت مندرجة في الركن المادي⁽⁴⁾.

(1) د. رؤوف عبيد، م.س، ص14.

(2) د. القهوجي، م.س، ص328.

(3) د. محمد زكي أبو عامر، وسليمان عبد المنعم، م.س، ص320، وما بعدها.

(4) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص248.

ثانياً: نقد النظرية

وُجّهت لهذه النظرية عدة انتقادات منها أنّ واضعيها خصّوا بها جرائم القتل العمد فقط، دون جرائم القتل الخطأ التي يقبلون فيها بالسبب غير المباشر، وفي هذه التفرقة ما يجعل نظريتهم معيبة كما قال عبد القادر عودة، فإذا كان العدل يتطلب ألا يُقبل في القتل العمد إلا السبب المباشر، فمن الظلم أن يُقبل في القتل الخطأ السبب غير المباشر، وبالمقابل إذا جاز قبول السبب غير المباشر كذلك في قتل الخطأ، فمن الظلم عدم قبوله في قتل العمد⁽¹⁾.

وأخذ على هذه النظرية أنها تفتح الباب واسعاً أمام الجناة للإفلات من العقاب؛ إذ يكفيهم مجرد توجيه الأمور على نحو لا يجعل من سلوكهم السلوك الأخير في التسلسل السببي، وهذا فضلاً عن أنه قد لا يكون السبب الأخير هو العامل الحقيقي في إحداث النتيجة رغم حدوثها بعده مباشرة⁽²⁾، كما يُعاب على هذه النظرية أيضاً أنها تؤدي إلى إخراج الكثير من الأفعال التي يعتبرها العقل والعرف قتلاً كما في الأمثلة السابقة، وبذلك تكون قد ضيّقت كثيراً من نطاق المسؤولية الجنائية لما اعتبرت الفاعل هو من يأتي بالسبب المباشر في تحقيق النتيجة فقط، فإذا أُضيف إلى سلوكه عامل آخر ولو كان مألوفاً، فإنّ رابطة السببية تنقطع ويُسأل عن النتيجة ذلك العامل⁽³⁾.

الفرع الرابع: نظرية السبب الملائم أو الكافي

أولاً: عرض النظرية

أسس هذه النظرية "يوهانس فون كريس" وظهرت نتيجة للعيوب التي أخذت على نظرية تعادل الأسباب⁽⁴⁾، ويذهب أنصارها إلى القول بأنّ الجاني يكون مسؤولاً عن النتائج المحتملة والملائمة لفعله، وذلك بأن تكون النتيجة ملائمة للفاعل ممكنة الحدوث مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المصاحبة للجريمة، بمعنى آخر أن يكون سلوك الجاني أو نشاطه سبباً في وقوع النتيجة الجرمية، متى كان صالحاً في الظروف التي وقع فيها لإحداث تلك النتيجة حسب المجرى العادي للأمر وما هو مألوف لدى الناس⁽⁵⁾.

(1) عودة، م.س، ج 1، ص 465.

(2) د. القهوجي، م.س، ص 328.

(3) د. بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، م.س، ص 55.

(4) د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، م.س، ص 155.

(5) عبد الله سليمان، م.س، ص 157، 158.

وتتطلب هذه النظرية أن يجتمع مع سلوك الجاني عوامل سببية أخرى لترتّب النتيجة، مع اعتبار سلوك الجاني هو سببُ النتيجة حسب المجرى العادي للأمر، وعليه فإنّ علاقة السببية تتقطع بين نشاط الجاني والنتيجة إذا تدخلت عوامل شاذة غير مألوفة لدى الجاني، وبالتالي إعفاء الجاني من المساءلة الجنائية عن النتيجة الجرمية، ومرجع ذلك أنّ نشاطه لم يعد ملائماً وفقاً للمجرى العادي للأمر لإحداثها، بسبب تدخل العوامل الشاذة⁽¹⁾.

مثاله: أن يقصد شخص إلى قتل غريم له فيصيبه إصابة غير قاتلة، فينقل على إثرها إلى المستشفى الذي يشبّ فيه حريق مفاجئ ويموت بسببه الغريم - المجني عليه - فإذا طُبقت نظرية تعادل الأسباب السابقة هنا فإنّ هذا الشخص يكون مسؤولاً عن موت غريمه؛ لأنّ سلوكه هو السبب في تواجد المجني عليه بالمستشفى ثم موته بسبب الحريق المفاجئ.

وحسب هذه النظرية فإنّ الشخص لا يعدّ مسؤولاً عن موت غريمه؛ لأنّ إصابته كانت خفيفة ولا تؤدي إلى الموت بحسب المألوف في عُرْف الناس، أضف إلى ذلك تدخل عامل سببيّ شاذّ وهو الحريق الذي قام بقطع رابطة السببية بين الإصابة الخفيفة والوفاة، بحيث لا يمكن معها القول بأنّ هذه الإصابة هي سبب تلك الوفاة⁽²⁾.

إنّ معيار التمييز بين العوامل المألوفة والشاذة هو معيار الرُّجُل العادي حسب المجرى المألوف والطبيعي للأشياء وما تجري عليه قوانين الحياة في المجتمع، فإذا كانت العوامل التي أدت إلى حدوث النتيجة الإجرامية مع سلوك الجاني من العوامل المألوفة، التي يتوقعها الرجل المعتاد وفي الظروف التي تمّ فيها هذا السلوك، فيمكن اعتباره سبباً للنتيجة مما يتعين معه القول بمسؤولية الجاني عن فعله، ما دام أنّ الرجل المعتاد الذي يوجد في ظروفه كان سيتوقع مثل هذه النتيجة طبقاً للمجرى العادي للأمر وما ترشد إليه الخبرة الإنسانية⁽³⁾.

ويذكر الدكتور عبد الوهاب حومد أمثلة عملية تطبيقية عن نظرية الملائمة⁽⁴⁾ منها:

أ- إذا كان المعتدى عليه ضعيف البنية بسبب مرض مُزمن أو طفولة غضة أو شيخوخة فانية، وتعرّض لصفعة قوية قضت عليه، فسلوك الجاني يعتبر سبب الوفاة؛ لأنّ المألوف حسب التجربة الإنسانية أن يموت من كان في مثل هذه الأحوال، لذلك يعاقب الفاعل كقاتل.

(1) د. رؤوف عبيد، م.س، ص15.

(2) د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، م.س، ص156.

(3) د. القهوجي، م.س، ص331، 332.

(4) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص58، 59. عبد الله سليمان، م.س، ص158، وما بعدها.

ويختلف الأمر لو وُجِّهت هذه الصفة إلى شابٍ فتوفي على إثرها، وكان الشاب مصاباً بمرض القلب مثلاً، فسلوك الجاني لا يُعتبر سبباً للوفاة؛ لأنَّ الرجل العادي الذي يتواجد في ظروف الجاني لا يتوقع إصابة الشاب بمرض في القلب حسب السير العادي للأمور، لكن إذا كان الجاني يعلم بمرض الشاب مُسبقاً ومع ذلك أقدم على الاعتداء عليه، فيكون مسؤولاً عن النتيجة التي حدثت، حتى لو ساهم السبب - العجز أو المرض - مساهمة فعالة في إحداثها (النتيجة)؛ لأنَّ مثله كان يتوقع هذه النتيجة وبالتالي تتوافر في حقه علاقة السببية التي تربط بين سلوكه والموت.

ب- إذا مات الجريح بسبب العملية الجراحية التي أُجريت له دون وقوع خطأ من الطبيب، أو وقع لكن بخطأ يسير، يكون الجاني مسؤولاً عن القتل، لكن إذا ارتكب الطبيب خطأ فاحشاً فلا يسأل الجاني إلا عن فعله وهو الجرح العادي؛ لأنَّ علاقة السببية انقطعت بتدخل خطأ الطبيب الفاحش، وهو عامل شاذ غير متوقع ولا مألوف، أي أنه عامل مفاجئ.

ثانياً: نقدُ النظرية

على الرغم من حسنات هذه النظرية وما تلقته من رحابة صدر لدى التشريعات القانونية، إلا أنها لم تسلم هي الأخرى من النقد والمناقشة ومن شأن هذه الانتقادات التشكيك في مدى صلاحيتها للتطبيق وحسم مشكلة السببية، ومن أهم ما وُجِّه إليها:

أ- عدم صلاحية اعتبار "العلم" عاملاً للتمييز بين العوامل المألوفة التي يعتدُّ بها والعوامل الشاذة؛ لأنه من الصعوبة فهم العلاقة بين العلم بالعامل ودوره السببي، وبالتالي فهو معيار شخصي لا يمكن الاعتماد عليه في تقدير مسألة مادية؛ لأنَّ ذلك يجعل السببية عنصراً من عناصر الركن المعنوي.

ب- يؤدي تطبيق السببية الملائمة إلى الاعتداد ببعض العوامل، واستبعاد بعض العوامل الأخرى من التسلسل السببي رغم إسهامها فعلاً في إحداث النتيجة، ولو كان دورها محدوداً فهو ثابت يستحيل إنكاره، لذا يكون هذا الاستبعاد تحكماً ليس له ما يبرره.

ج- أنها لم تأت بجديد أو بمقياس دقيق لضبط السببية ومع ذلك تعتبر هي أقرب النظريات إلى الواقع مقارنة لها بسابقتها⁽¹⁾.

(1) د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، م.س، ص 195، 196.

ثالثاً: الترجيح

في مقام المفاضلة والترجيح أختار نظرية الملاءمة؛ لأنها نظرية معتدلة تحصر علاقة السببية في نطاق المعقول وهي أقرب النظريات إلى الواقع، ومن مميزاتها أنها تفرق بين العوامل التي ساهمت في إحداث النتيجة وتأخذ بالعوامل المألوفة منها فحسب.

وبالتالي يمكن القول بأنها جاءت وسطاً بين النظريات السابقة مما يجعلها أقرب إلى تحقيق العدالة.

والأخذ بهذه النظرية هو الأولى بالاتباع في قانون العقوبات الجزائري، خاصة وأن أغلب نصوص التجريم جاءت عامة، بل إن الكثير من القوانين العقابية ومنها القانون الجزائري قد أغفلت ذكر النظرية واجبة التطبيق، وترك ذلك لاجتهاد القضاء الذي يختلف فيه الحكم من قاضي إلى آخر، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم توحيد الاجتهاد القضائي وعدم تحقيق محاكمة عادلة للجميع.

ومن أجل توحيد الاجتهاد القضائي في الجزائر أرى أنه ممّا ينبغي على المشرع فعله، أن يُفرد مادة قانونية خاصة يحدّد فيها نوع النظرية واجبة الاتباع عند تعدد الأسباب أو توالدها في الجريمة الواحدة، حتى لا يُترك القاضي في حيرة من أمره في اختيار أيّ منها، خاصة بعد رجحان نظرية الملاءمة باعتبارها الأقرب مع ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية. وهذه النظرية هي التي رجّحها الدكتور عبد الله سليمان ورأى أنها الأجدر بالاتباع في قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾ وهو الرأي الذي أختاره وأميل إليه.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص160.

المطلب الثاني: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من نظريات السببية

انطلاقاً من نظرية السببية في الفقه الجنائي الإسلامي، يمكن القول بأن جهود فقهاء الشريعة لم تقتصر على وضع معيار واحد كما فعل فقهاء القانون، لعدم إمكانية ضبط معيار يصلح لتمييز جميع حالات انقطاع علاقة السببية بين النشاط الإجرامي والنتيجة المترتبة عنه، عن غيرها من الحالات الأخرى التي لا تنقطع فيها تلك العلاقات، ومن المسلم به أنّ الجرائم تختلف من حيث النوع والطبيعة والظروف، فالمعيار الذي يصلح لهذه الجريمة قد لا يصلح لتلك، وانطلاقاً من هذه الحقيقة أخذ فقهاء الشريعة بأكثر من معيار وضابط منها:

أولاً: تقوم علاقة السببية بين السبب الأقوى وبين النتيجة عند عدم تكافؤ الأسباب، سواء أكان السبب الأقوى سابقاً على النتيجة أم لاحقاً لها، وإذا كانت الأسباب متعادلة فيؤخذ بالأول منهما لسبقه ويقع عبء النتيجة عليه إذا كانت الأسباب متعاقبة، أما إذا كانت متقارنة فإنّ عبء النتيجة والمسؤولية تتحملها جميع الأسباب بالتساوي مطلقاً.

جاء في كتاب الذخيرة: "فإن جرح الأول وحزّ الثاني الرقية اقتصّ من الثاني، وإن أنفذ الأول المقاتل وأجهز الثاني اقتصّ من الأول بغير قسامة، وبولغ في عقوبة الثاني"⁽¹⁾.

وفي نهاية المحتاج للرملي: "من جرح رجلاً عمداً فلم يزل ذا فراش حتى مات فعليه القصاص، ولو اندممت جراحته واستمرّ محموماً حتى هلك فيجب القود إن قال طبيبان عدلان أنه مات من الجرح.

ولو ضرب من لم يبيح له الضرب مريضاً جاهلاً مرضه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح غالباً، وجب القصاص لتقصيره؛ إذ جهله لا يبيح ضربه، ولو فرض أنّ للمرض دخلاً في القتل، ولو قتل مريضاً في النزاع الأخير وجب بقتله القصاص"⁽²⁾.

يستفاد من هذا النصوص الأخذ بنظرية السبب الأقوى أو المؤثر كما في قول الرملي، بينما يتضح من كلام القرافي الأخذ بنظرية تعادل الأسباب، وبخصوص هذا الضابط يقول الإمام الكاساني: "فأما إذا كان (القتل) على التعاقب، بأن شقّ رجل بطنه (بطن رجل) ثم حزّ آخر رقبته، فالقصاص على الحاز إن كان عمداً، وإن كان خطأ فالدية عى عاقلته؛ لأنه هو القاتل لا الشاق... ألا ترى أنه قد يعيش بعد شق البطن بأن يخاط بطنه، ولا يحتمل أن

(1) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص285.

(2) الرملي، م.س، ج7، ص264.

يعيش بعد حَزَّ رقبته عادة وعلى الشاقَّ أرش الشقِّ وهو ثلث الدية... وكذلك لو جرحه رجل جراحة مثخنة لا يعيش معها عادة ثم جرحه آخر جراحة أخرى، فالقصاص على الأول؛ لأنه القاتل لإتيانه بفعل مؤثر في فوات الحياة عادة، فإن كانت الجرحتان معا فالقصاص عليهما؛ لأنهما قاتلان⁽¹⁾.

والمتمعن جيدا من هذا النص يدرك ثلاث حالات لتعدد الأسباب ولكل حالة حكم خاص بناء على فكرة السبب الأقوى أو الفعال وهي:

الحالة الأولى: السبب الثاني هو الأقوى إذ يمكن العيش مع الأول ولو لفترة وجيزة، فتقوم لذلك علاقة السببية بينه وبين النتيجة وهي الوفاة، وعلى الأول ثلث الدية وهي عقاب الجرح.

الحالة الثانية: السبب الأول هو الأقوى فتقوم بينه وبين النتيجة علاقة السببية والثاني يعزر.

الحالة الثالثة: السببان متقاربان وليسا متعاقبين، ففي هذه الحالة يكون عبء المسؤولية عليهما بالتساوي، كما لا يؤخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة حجم الأسباب المساهمة والمؤثرة في حدوث النتيجة.

قال الكاساني: "ولو جرحه أحد جراحة واحدة والآخر عشر جراحات، فالقصاص عليهما، ولا عبرة بكثرة الجراحات؛ لأنَّ الإنسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات كثيرة"⁽²⁾، وفي المجموع: "وإن جرحه رجل جراحةً وجرحه آخر مائة جراحةً وجب القصاص عليهما؛ لأنَّ الجرح له سرايته في البدن، وقد يموت من جرح واحد ولا يموت من جراحات"⁽³⁾.

ثانيا: لا تنقطع السببية بين النشاط الإجرامي والنتيجة بتدخُّل العوامل الشخصية اللاإرادية للمجني عليه في حصول النتيجة أو بتدخُّل فعل الطبيعة، وبالمقابل تنقطع علاقة السببية بين فعل الجاني والنتيجة بتدخُّل العوامل الشخصية الإرادية للمجني عليه في حصول النتيجة⁽⁴⁾.

ومثاله: أن يضع رجل حجرا في طريق يتعثر فيه آخر ويقع في بئر حفرها ثالث، فالضمان على واضع الحجر؛ لأنَّ الوقوع كان بسبب التعثر، والتعثر سببه وضع الحجر، والوضع تعدُّ منه، فالضمان على واضعه، أما إذا لم يضع الحجر أحدٌ وإنما حمله السَّيل مثلا، فالضمان على الحافر لوجود التعدي منه ولعدم إمكانية إضافة الضمان إلى الحجر.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص238.

(2) م.ن، ص239.

(3) المطيعي، م.س، ج20، ص289.

(4) د. بهنسي أحمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط4، 1404هـ، 1988م،

ص49.

ثالثاً: إذا اختلف عمل الجناة بأن كان بعضهم مباشراً، والبعض الآخر متسبباً فتطبق القاعدة الفقهية: " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر إذا غلبت المباشرة، وإلى المتسبب إذا تغلب التسبب، وإذا تساوى يكون المباشر والمتسبب مسؤولين معاً"⁽¹⁾.

وفي المذهب: " وإن طلب رجلٌ بصيراً بالسيف، فوقع المطلوب في بئرٍ أو ألقى نفسه من شاهق فمات، لم يضمن؛ لأنَّ الطلب سببٌ والإلقاء مباشرة فإذا اجتمعا سقط حكم السبب بالمباشرة، ولأنَّ الطالب لم يُلجئه إلى الوقوع فصار كما لو جرحه رجل فذبح المجرع نفسه"⁽²⁾.

وإذا دُقق النظر في هذه القاعدة لُوجد أنها تطبيقٌ لنظرية السبب الأقوى أو المؤثر عند فقهاء القانون، وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله، كمن يلقي بصبي في ماء بقصد إغراقه، فيخنقه آخر كان يسبح في الماء، ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدواناً، كقتل من حُكم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور مثلاً، وفي حال اعتدالهما بأن يتساوى أثرهما في الفعل، فيكون المباشر والمتسبب مسؤولين معاً على قدم المساواة، كما في مسألة المكره والمكره على القتل عند من يرى وجوب القصاص عليهما وهم فقهاء المالكية، وكالقاتل والممسك له، فيقتصص منهما جميعاً⁽³⁾.

رابعاً: إذا تدخلت عوامل الطبيعة الخارجية فتكون الكلمة الأخيرة للعرف السائد، فهو الذي يقرر ما إذا كان هذا التدخل قاطعاً لعلاقة السببية بين فعل الجاني وبين النتيجة أم لا⁽⁴⁾.

ففي الظروف والملابسات الطبيعية الخارجية لا يخلو الأمر من حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت هذه الظروف تخرج في توقعها حكم الشخص المعتاد، أو على الأقل بأن كان في مقدوره توقعها، فالعرف يقضي بأن تكون داخلة في نطاق ما صدر عن الجاني من فعل عمدي أو غير عمدي، لذا لا تُقطع السببية ويُسأل عن النتيجة.

الحالة الثانية: أما إذا كانت بحيث تخرج عن دائرة تقدير الإنسان العادي، والتي لا تتفق في كيفية تتابعها مع التسلسل الطبيعي والمألوف لمجرّد الحوادث، فإنّ العرف يرفض الحكم ببقاء الرابطة المطلوبة بين السلوك الأول من الجاني وبين النتيجة النهائية الحاصلة.

(1) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، م.س، ص40، 188. وينظر عودة، م.س، ج1، ص457، 458.

(2) الشيرازي، م.س، ج3، ص205.

(3) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص283، 284. وينظر مصطفى الزلمي، م.س، ص60.

(4) د. بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، م.س، ص49.

المطلب الثالث: موازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

بعد عرض علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي وما يقابلها من نظريات لدى فقهاء القانون الوضعي، من خلال عرض أهم النظريات الفقهية الوضعية التي قيلت في السببية، وكذا المناقشات التي تعرضت لها، آتى إلى عقد موازنة أقارن فيها بين نظرة كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي تجاه هذه العلاقة، ومن خلالها يمكن استنتاج أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

الفرع الأول: أوجه الاتفاق

أولاً: علاقة السببية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالركن المادي للجريمة دون الشرعي والمعنوي في كليهما؛ أي ترتبط بالجرائم المادية ذات النتيجة فحسب، وأنّ الجاني لا يُسأل عن نتيجة فعله إلا إذا كان بينه وبين النتيجة علاقة سببية، تربط بين السلوك الذي صدر عنه مع النتيجة التي يتحمل المسؤولية عنها، والتي تربط السبب بالمسبب والعلّة وبالمعلول، بحيث إذا فُقدت هذه الرابطة فلا يكون الجاني مسؤولاً عن النتيجة وإنما يُسأل عن فعله فقط.

لذلك يعدّ طبيعياً أن تشترط الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي ضرورة وجود ارتباط سببي ومادي، يجمع بين سلوك الجاني ونتيجته الإجرامية.

ثانياً: لا يُشترط في فعل الجاني أن يكون وحده المحدث للنتيجة في كليهما، وإنما ينبغي أن يكون لفعله دور فعال ومؤثر ساهم في إحداثها، ولو تداخلت إلى جانبه عوامل أخرى من شأنها إحداث ذات النتيجة، ويستوي بعد ذلك أن ترجع هذه العوامل إلى فعل المجني عليه نفسه، كمرضه الشديد أو ضعفه أو تركه علاج نفسه إهمالاً منه، أو ترجع إلى فعل الغير كخطأ الطبيب المعالج أو لفعل الطبيعة⁽¹⁾.

وتبقى مسؤولية الجاني قائمة سواء كان فعله علّة مباشرة للنتيجة أم لا، أو كانت النتيجة علّة لعلل أخرى توالدت عنها، حسب ماهو متعارف عليه وفقاً للمجرى العادي للأمر.

وهنا أجد أنّ الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين في إقرار نظرية السببية الملائمة منذ قرون، والتي تبين أنّها أفضل النظريات التي قيلت في السببية عند فقهاء القانون حديثاً، خاصة فقهاء الألمان وإن كانت جذورها الأولى تعود إلى الفقيه الإيطالي أنتوليزي⁽²⁾.

(1) د. بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، م.س، ص49.

(2) د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، م.س، ص226.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

إلى جانب أوجه الاتفاق السابقة توجد جوانب اختلاف بينهما وفي بعض المسائل:

فبخصوص مسألة **توالد العلل** وتواليها أو تداخلها بين الفعل والنتيجة بحيث تضعف معها علاقة السببية، وتجعل فعل الجاني يبتعد كثيرا عن النتيجة التي حصلت، ويصبح سلوكه سببا غير مباشر للجريمة، كما إذا جرح شخص آخر بقصد قتله فترتب عنه نقل الضحية إلى المستشفى لتلقي العلاج على جناح السرعة، إلا أن هذا الأخير توفي بسبب انقلاب سيارة الإسعاف، أو أن حريقا شب في المستشفى الذي يتواجد فيه المجني عليه فمات حرقا أو لأي سبب آخر.

أولا: بخصوص مسألة توالد العلل يتضح أن فقهاء الشريعة لا يفسحون المجال لتوالد العلل بشكل مطلق، بل يقيّدون ذلك التوالد بما هو متعارف عليه، فما اعتبره العرف علة وسببا للنتيجة فهو سبب لها، وبالتالي تبقى مسؤولية الجاني قائمة ولو كان تحقيق الجريمة قد تم نتيجة لعلل أخرى توالد بعضها عن بعض، ما دام العرف يعتبر فعل الجاني هو علة الجريمة، وما لم يعتبره كذلك فليس بسبب ولو كان سببا قريبا.

وبذلك فهم يخالفون ما ذهب إليه نظرية تعادل الأسباب التي تجعل جميع الأسباب في كفة واحدة، دون تمييز بين ما هو مهمّ وتأفه، فكل ذي سبب يُسأل عن النتيجة مسؤولة كاملة، ولا تُميّز أيضا بين السبب المألوف والشاذ ولا بين أفعال الإنسان وفعل الطبيعة.

وقد أشرت إلى النقد الشديد الذي وُجّه لهذه النظرية من كونها قد بلغت كثيرا في التوسيع من دائرة السببية والإلقاء بها على عاتق الجاني، ليتحمّل المسؤولية وحده عن جميعها سواء ما ترتب عن فعله مباشرة أو عن غيره من الأفعال والعوامل الأخرى.

ثانيا: خالفت الشريعة نظرية السبب المباشر التي نادى بها فقهاء وشرح القانون الفرنسي وطبقها القضاء الفرنسي في السائد من أحكامه، والتي تكتفي في تحديد علاقة السببية بالسبب المباشر فقط الذي تترتب عنه النتيجة مباشرة، وتسعى دائما لتغليب مصلحة المتهم (الجاني) على حساب الضحية في كل الأحوال، تطبيقا لقاعدة "الشك يفسر لصالح المتهم" بالمعنى الضيق للنص القانوني، والجاني حسب هذه النظرية لا يتحمّل المسؤولية إلا إذا اتصلت النتيجة بفعله اتصالا مباشرا.

أما إذا تداخلت عوامل أخرى بين فعله والنتيجة فإنّ رابطة السببية تنقطع ولو كانت مألوفة تصلح لاعتبارها علّة للجريمة في نظر العرف والعقل، وتأثيرها غير مقطوع به في تحقيقها، ويترتب على الأخذ بهذه النظرية جعل الجاني يفلت من المساءلة في الأحوال التي يتوسّط فيها بين فعله والنتيجة عوامل وعلل أخرى، وبالتالي فلا يُسأل إلا عن القدر المُتيقن في حقّه وهو السلوك فقط دون النتيجة، وفي ذلك تضيقٌ لدائرة السببية وخروجٌ لكثيرٍ من الأفعال من حيز التجريم.

ثالثاً: جاءت نظرية السببية في الفقه الجنائي الإسلامي مرنة تتسع لكل ما يتّسع له عرف الناس ومنطقهم، عادلة لأنها تعتمد على ماهو متعارف ومألوف لدى الناس بحسب ما يروونه محققاً للعدالة في عقولهم، ويقبلونه كميّار يقاس به كفاية السبب لتحقيق النتيجة، وهذا هو السرّ الذي ضمن لنظرية السببية في الشريعة الإسلامية التفوق والبقاء، وصلاحية التطبيق في كل زمان مهما تبدّلت أحوال الناس وظروفهم، بل جعلها تتفق مع أحدث النظريات التي قيلت في السببية، وهي نظرية السبب الملائم التي نادى بها فقهاء القانون في ألمانيا وإنجلترا وسويسرا وإيطاليا فيما بعد، والتي ظهرت نتيجة مخاضٍ عسير بسبب الانتقادات الشديدة التي تعرّضت لها النظريات التي سبقتها⁽¹⁾.

أصلٌ في الأخير إلى نتيجة هامة مفادها أنّ الأسس التي تقوم عليها نظرية السبب الملائم في القانون، هي التي قامت عليها في الفقه الجنائي الإسلامي، وبالتالي فالنتائج التي تؤدّي إليها هي واحدة في كليهما، ويبقى الفرق المحقق بينهما هو الفارق الزمني، فالنظرية الإسلامية قد سبقت النظرية الوضعية بقرون من الزمن، وأنّ ظهور هذه الأخيرة جاء كنتيجة منطقية للانتقادات التي تعرّضت لها نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب الفعال أو المباشر، محاولة بذلك الاستفادة منها لتظهر في ثوب جديد يتفق مع نظرة الفقه الإسلامي.

وإذ أسجل هذا التفوق والأسبقية للفقه الجنائي الإسلامي في تطبيق نظرية السبب الملائم على القوانين الوضعية، فإنني أريد الإشارة إلى حقيقة هامة أخرى وهي أنّي قد لا أتفق مع بعض كُتّاب الفقه الجنائي الإسلامي، فيما تناولوه من إرجاع فكرة السببية في الفقه الإسلامي إلى هذه النظرية أو غيرها من النظريات الواردة بهذا الشأن في القانون، ذلك أنّ فقهاء الشريعة لم يتطرّقوا يوماً لما يُعرف اليوم أو يُسمّى بنظرية السببية.

(1) عودة، م.س، ج1، ص464، 465.

والعلة في ذلك هو عدم إمكان وضع نظرية واحدة متكاملة تشتمل على معيار دقيق جامع يميّز بين حالات قيام علاقة السببية وبين حالات انقطاعها.

والدليل على هذه الحقيقة فشل جميع النظريات القانونية التي حاولت جاهدة إيجاد معيار أو ضابط دقيق وموحد لإثبات قيام السببية من عدمه، بدليل الانتقادات والمناقشات الكثيرة التي تعرّضت لها.

لذلك فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لجأوا إلى وضع عدة قواعد ومعايير عامة عند تعدّد الأسباب المؤدية إلى النتيجة الإجرامية، في ضوء اختلاف طبائع الأسباب والنشاطات الإجرامية ونتائجها كما سبق ذكره آنفاً، ومنها أيضاً معيار السبب الأقوى أو الفعال بالتعبير القانوني اليوم إذا كانت الجريمة الواقعة من مسائل القصاص؛ فقد تُعَلَّبُ المباشرة أو يُغَلَّبُ السبب أو يستويان في العقوبة بحسب هذا المعيار، وإذا كانت الجريمة من مسائل الحدود فتقضي القاعدة بأن يعاقب الشريك المباشر وحده دون المتسبب؛ لأنّ جرائم الحدود في الأصل تقع بالمباشرة كما في الزنا والقذف وشرب الخمر، إلا في بعض الحدود التي تقبل الوقوع بالمباشرة والتسبب كالحراقة والسرقة فيسوى بين المباشر والمتسبب في العقوبة الحدية.

وسوف يأتي تفصيل أحكام هذه المسائل في الفصل الثاني والثالث من هذه الدراسة.

الفصل الثاني

الاشتراك المباشر في الجريمة في الفقه

الجنائي الإسلامي والقانون الجزائي

المبحث الأول: مفهوم الاشتراك المباشر في الجريمة.

المبحث الثاني: صور الاشتراك المباشر في الجريمة.

المبحث الثالث: عقوبة الاشتراك المباشر وأثر الظروف على

عقوبة الشركاء

المطلب الأول

مفهوم الأشتراك المباشر في الجريمة

المطلب الأول: تعريف المباشرة لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: تعريف الأشتراك المباشر في الفقه الجنائي الإسلامي

والقانون الجزائي

المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائي

تمهيد:

لا شك أنّ الأفعال الإجرامية تختلف من جريمة لأخرى بحسب طبيعة كل منها ومدى تأثيرها واتصالها بالركن المادي للجريمة، وما إذا كانت علة للجريمة أم لا؛ فما كان منها متصلا بالجريمة اتصالا مباشرا عدّ مباشرة، وما سوى ذلك كان تسببا، وقد جاءت تعريفات الفقهاء للمباشرة متضمنة لهذا المعنى، لذلك فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية يعبرون عن الحالة التي ينفذ فيها الجناة ركن الجريمة المادي أو جزءا منه بحالة الاشتراك المباشر، وهي التي يطلق عليها رجال القانون الجنائي الوضعي لفظ المساهمة الأصلية في الجريمة. وقبل البدء في عرض أحكام الاشتراك المباشر، يُستحسن أن أمهّد له ببيان معناه، ولما كان هذا اللفظ مركبا من كلمتين هما الاشتراك والمباشرة فإنّ العمل المنهجيّ يتطلب التطرق أولاً لتعريف الاشتراك وقد سبق تناوله في الفصل التمهيدي، وبالتالي أتناول في هذا الفصل تعريف المباشرة، حتى يتسنى لي بعد ذلك الوقوف على المعنى الجامع الذي يربط بين جزئي المعرفة.

وعليه فقد قسّمتُ هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ تناولت في المطلب الأول تعريف المباشرة لغة واصطلاحاً وجعلته في فرعين، وخصّصت المطلب الثاني لتعريف الاشتراك المباشر كلفظ مركّب في كل من الفقه الجنائي الإسلامي ثم في القانون الجزائري، وقسمته إلى فرعين اثنين، وأما المطلب الثالث فقد جعلته للموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري من خلال إبراز أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بينهما وكان في فرعين.

المطلب الأول: تعريف المباشرة لغة واصطلاحاً

سبق أن تناولت في الفصل التمهيدي تعريف الاشتراك، وتوصلت إلى أنه يعني الحالة التي يتعدد فيها الجناة ويتحد فيها المشروع الإجرامي، وعليه فالاشتراك في موضوع بحثي هذا يتطلب لتحقيقه أن يتعاون شخصان أو أكثر على ارتكاب جريمة واحدة، ولا يهم بعد ذلك أن يباشروا جميعاً الفعل المادي لها، أو يباشره بعضهم ويكتفي البعض الآخر بالتسبب فيه، وعليه سأكتفي هنا بتعريف المباشرة فقط تجنباً للتكرار، في اللغة ثم في الاصطلاح الشرعي ليتسنى بعد ذلك إمكانية إيجاد التعريف الذي يجمع بينهما.

الفرع الأول: تعريف المباشرة لغة

جاء في القاموس المحيط: "أصل المباشرة مأخوذة من الفعل بَشَرَ والمصدر البُشور، والبِشْر بالكسر: طلاقة الوجه، والبِشْرَةُ ظاهر الجلد، والبِشْرُ: إحياء الشارب حتى تظهر البِشْرَةُ، وأبشَرَ: فرِح، وأبشرت الأرض: أخرجت بِشْرَتِها، أي ما ظهر من نباتها، وبأشَرَ المرأة: جامعها أو صاراً في ثوب واحد، والبِشْرَةُ المطلقة لا تكون إلا بخير وإنما تكون بشرّاً إذا كانت مقيدة، ومنه قوله تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾⁽¹⁾، والبِشْرُ: محرّكة الإنسان ذكراً أو أنثى، وبأشَرَ الأمر: وليه بنفسه"⁽²⁾. والمعنى الأخير هو الأقرب للمعنى الاصطلاحي في مادة هذا البحث.

وبأشَرَ الزوج زوجته تمنع ببشرتها، وفي الحديث عن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان النبي ﷺ يُقبَلُ ويُبَاشِرُ وهو صائم، وكان أملاككم لإزبه"⁽³⁾.

والمراد بالمباشرة هنا الملامسة، وأصله من لمسِ بشرة الرجل بشرة المرأة أو أن يكون المراد بالمباشرة اللمس باليد وهو من التقاء البشريتين ولا يريد به الجماع هنا⁽⁴⁾.

ويأتي بمعنى الوطء في الفرج وخارجاً منه⁽⁵⁾، وفي الآية الكريمة: ﴿وَلَا تُبَشِّرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسْجِدِ﴾⁽⁶⁾. والمراد بالمباشرة هنا الجماع، فقد كان الرجل يخرج من

(1) الإنشاق، آية 24.

(2) الفيروز أبادي، م.س، حرف الباء، ص350، 351.

(3) البخاري، م.س، كتاب الصوم، باب المباشرة للسانم، حديث رقم 1927، ج2، ص37.

(4) ن.م.و.ص، الأرب: بالفتح للهمزة والراء: هي الحاجة كما قال الخليل. ابن فارس، م.س، ج1، ص89.

(5) ابن منظور، م.س، باب الباء، مادة بشر، ج1، ص287.

(6) البقرة، آية 186.

المسجد وهو معتكف، فيجامع ثم يعود إلى المسجد⁽¹⁾، وفي الحديث: " هل باشرتها؟" قال: نعم⁽²⁾.

والحجر⁽³⁾ المباشِر: التي تهْمُ بالفعل⁽⁴⁾، وباشَرَ الأمر: تولاه ببشَرته وهي يده⁽⁵⁾. ومباشرةُ الأمور أن تتولاها بنفسك، وباشر الأمر تولاه ببشَرته وقام به بدون إنابة ولا وكالة أحدٍ عنه⁽⁶⁾.

وباستقراء التعريفات السابقة من حيث دلالتها اللغوية، يظهر أن أقربها إلى المعنى الإصطلاحي كما سيأتي هو التعريف الأخير، وهو ما يتولاها المرء بنفسه؛ لأنَّ المعنى الاصطلاحي للمباشرة يتمحور حول كونِ المباشر من يحصل منه التلف من غير واسطة.

الفرع الثاني: المباشرة اصطلاحاً

جاءت تعريفات الفقهاء للمباشرة متضمنة للمعنى اللغوي ولا تخرج عنه منها:

عرّفها صاحب مغني المحتاج بقوله: "المباشرة: هي قصدُ الفاعل المؤدّي إلى إهلاك معيّن بلا واسطة"، وهو تعريفٌ للمباشرة في جريمة القتل خاصة.

وعرّفها أيضاً بأنها: "ما يؤثر في الهلاك ويحصله كالجرح السابق، ففيها القصاص"⁽⁷⁾.

قال القرافي المالكي: "وتحديده - أي ضابط هذا الأمر - ما يعده أهل العادة علةً الزهوق من غير واسطة"⁽⁸⁾.

وعرّفها التهاوني بأنها: "الفعل الصادر من الفاعل بلا وسط"⁽⁹⁾، والمباشر: "هو مُوجد علة التلف كالأكل والإحراق والقتل"⁽¹⁰⁾.

(1) ابن منظور، م.س، ج1، ص287.

(2) أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تعليق: ناصر الدين الألباني، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، (د.ط)، 1424هـ، حديث رقم: 4419، ص793.

(3) الحجر: بكسر الحاء الأنتى من الخيل. والحجر أيضاً: منازل ثمود ناحية الشام عند وادي القرى، الجوهري إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط4، 1990م، ص624.

(4) الجوهري، م.س، ج2، ص59.

(5) الفيومي، م.س، ص19.

(6) الفاداني المكي محمد ياسين، الفوائد الجنية، حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1417هـ، 1996م، ج2، ص36.

(7) الشريبي، م.س، ج5، ص216.

(8) القرافي، الذخيرة، ج12، ص282.

(9) التهاوني المولدي محمد علي، كشاف اصطلاحات الفنون، دار صادر، (د.ط، د.ت)، ج1، ص120.

(10) البخاري القنوجي محمد بن حسن، الروضة الندية شرح الدرر البهية، مكتبة الكوثر، (د.ط)، 1416هـ، ج2، ص232.

وجاء في كتاب غمز عيون البصائر: " وحدُّ المباشِر: أن يحصلُ التَّلَفُ بفعله من غير أن يتوسط بين فعله والتلف فعلٌ مختار"⁽¹⁾.

وعرّفها الدكتور وهبة الزحيلي: " المباشرة ما أثر في التلف وحصله دون واسطة وكان علة للموت"، وبضيف: " القتل بالمباشرة أن يقصد الجاني عين المجني عليه بالفعل المؤدي إلى الهلاك بلا واسطة كالجرح، أو الذبح بالسكين والخنق، فإنه يؤدي بذاته إلى موت المجني عليه"⁽²⁾.

يتضح من تعريف المباشرة لغة وفقها مدى التقارب والتوافق بينهما من حيث الدلالة على ذات المعنى، فاللغة تخدم الاصطلاح وتكمّله، ثم إنّ الفقهاء في استعمالاتهم المختلفة لكلمة "المباشرة" في هذا الباب يقصدون بها معنى واحداً وهو: ما حصل التلف مباشرة دون واسطة وكان علة لها، أو ما يُفصي عادة إلى الإلتلاف دون أن يتخلل بينه ما يمكن إحالة الحكم عليه، كالقتل بالرصاص والذبح بالسكين فإنه يحدث الموت بنفسه مباشرة وهو علة الجريمة⁽³⁾.

وهذا المعنى هو المقصود لهذه الكلمة في مادة هذا البحث.

(1) الحموي السيد أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، (د.ط)، 1405 هـ، ج1، ص466.

(2) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج6، ص235.

(3) العز بن عبد السلام، م.س، ج2، ص265.

المطلب الثاني: تعريف الاشتراك المباشر في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفرع الأول: تعريف الاشتراك المباشر في الفقه الجنائي الإسلامي

بعد تعريف كل من الاشتراك والمباشرة باعتبارهما جزئي المركب اللفظي، يمكن التوصل إلى تعريف جامع للاشتراك المباشر في الفقه الجنائي الإسلامي.

عرّفه عبد القادر عودة بأنه: هو الذي ينفذ فيه كل شريك ركن الجريمة المادي أو جزءاً منه؛ وبعبارة أخرى: هو الذي يشكل فيه عمل كل شريك مرحلة من مراحل تنفيذ الجريمة بطريقة مباشرة، ويقال للمشاركين في هذه الحالة فاعلون، أو فاعلون مع غيرهم⁽¹⁾.

ويجب التنبيه إلى أنه لا جريمة بدون فعل ولا جريمة بدون فاعل⁽²⁾، فالفاعل هو من يرتكب الجريمة فتتحقق لديه عناصرها المادية والمعنوية على حدّ سواء، كأن يُقدم أحد الأشخاص على قتل آخر أو سرقة ماله، وإذا ارتكب الجريمة شخصٌ واحد فلا تُطرح مسألة الاشتراك الجنائي أصلاً، كما لا تثور أية مشكلة أو صعوبة في نسبة هذه الجريمة إلى مرتكبها وهو فاعلها؛ لأنّ قيام الجاني وحده بتنفيذ الجريمة يعني انفراده بارتكاب الركن المادي المكون لها، حيث تُفرض عليه العقوبة المقررة في النص المُجرّم للفعل الذي اقترفه ويتحمل بذلك المسؤولية الكاملة وحده.

ويعدّ الجاني شريكاً مباشراً للجريمة متى كان فعله تنفيذاً لركنها المادي، وكان الضرر الناتج حاصلًا بسبب فعله لا بتدخل إرادة أخرى في التنفيذ⁽³⁾.

وتبدأ مسألة الاشتراك الجنائي مع تعدد الجناة الذين يرتكبون جريمة واحدة، والتي يمكن لها أن تأخذ عدة صور وأشكال كأن يكون للجريمة فاعلاً واحد مع شريك واحد أو عدّة شركاء، أو تتألف من عدة فاعلين مع شريك واحد أو عدة شركاء، أو أن يقتصر الأمر على عدد من الفاعلين الأصليين فقط دون شركاء، ويتضح من ذلك كله أنّ وجود الفاعل أمر ضروري في جميع صور المشاركة الإجرامية، فلا يُمكن للمساهمة أن تتحقق بدون فاعل وهذا بخلاف الشريك الذي لا يعتبر وجوده أمراً لازماً لانعقادها أو ثبوتها⁽⁴⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص357.

(2) جاء في حكم لدائرة التمييز التونسية ما نصّه: " لا شريك في الجريمة إن لم يكن هناك فاعل أصلي، فإذا ترك سبيل الثاني وجب ترك سبيل الأول". ينظر محمود محود مصطفى، م.س، ص61.

(3) أبو زهرة، م.س، ج1، ص290.

(4) عبد الله سليمان، م.س، ص197.

الفرع الثاني: تعريف المساهمة الأصلية في القانون الجزائري

استعمل المشرع الجزائري تعبير "الفاعل" للدلالة على المساهم الأصلي الذي يقابله لفظ "الشريك المباشر" في الفقه الجنائي الإسلامي، وذلك في المادة 41 معدلة⁽¹⁾ ق.ع.ج بقولها: "يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة، أو حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي"، ونصّت المادة 45 منه: "من يحمل شخصا لا يخضع للعقوبة بسبب وضعه أو صفته الشخصية على ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبات المقررة لها".

يتضح من هاتين المادتين أنّ المشرع الجزائري لم يتناول تعريف المساهمة الأصلية مباشرة وإنما يمكن تعريفها من خلال القائم بها وهو الفاعل، وهذا الأخير بدوره قد عرفه بطريقة تعدد صورته أو أشكاله التي يمكن أن يظهر بها وبصورة حصرية، كما فعل نظيره المصري⁽²⁾ والكويتي⁽³⁾، وهي طريقة تتميز بالوضوح مع الملاحظة أنّ أكثر التشريعات العربية كالقانون التونسي والمغربي وعلى غرارها التشريع الجزائري رفضت أن تعطي تعريفا للفاعل اقتداءً بالقانون الفرنسي، تاركة هذه المهمة للفقه والقضاء، واكتفت بتعريف الاشتراك التبعية اعتقاداً منها بأن نشاط الفاعل لا يشكل عادةً صعوباتٍ، في حين أنّ أفعال الاشتراك التبعية هي التي تثير أعقد الإشكاليات⁽⁴⁾.

فيعتبر فاعلا في القانون الجزائري طبقاً للمادتين 41 (معدلة) و45 السابق ذكرهما الأشخاص الآتي ذكرهم:

- 1- من يساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة وهو الفاعل المادي لها.
- 2- المحرّض على الجريمة.
- 3- الفاعل المعنوي.

فالنوع الأول يمثل مساهمة مادية مباشرة بينما يمثل النوع الثاني والثالث مساهمة حكمية، وبالمقابل يوجد من القوانين العربية من نصّ صراحة على تعريف فاعل الجريمة منها قانون العقوبات اللبناني في المادة 212 بقولها: "فاعل الجريمة هو من أبرز إلى حيز

(1) عدّلت بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982.

(2) المادة 39 من قانون العقوبات المصري.

(3) المادة 47 من قانون الجزاء الكويتي. وينظر د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص181.

(4) د. محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1970م، ص68.

الوجود العناصر التي تؤلف الجريمة، أو ساهم مباشرة في تنفيذها"، والقانون السوري المادة 211، والقانون الأردني المادة 75، ومن القوانين الأجنبية أذكر القانون البلجيكي والإسباني والهولندي⁽¹⁾، وقد عرّف الفاعلَ أيضاً مؤتمرُ أثينا الدولي بشكل دقيق بقوله: "الفاعل هو الذي يحقق بسلوكه العناصر المادية والمعنوية للجريمة كما حددها القانون"⁽²⁾.

(1) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص181.
(2) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص79.

المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

مما تقدّم يتبيّن وجود اتفاق بينهما بخصوص التعريف؛ ذلك أنّ تعبير الاشتراك المباشر في الفقه الجنائي الإسلامي يقابله تعبير المساهمة الأصلية في القانون الجزائري، ويعني عندهما تعدّد الفاعلين في الجريمة الواحدة، أو هو الحالة التي يتعدّد فيها الشركاء في مرحلة التنفيذ المادي للجريمة، بحيث ينفذ فيها كل شريك ركن الجريمة المادي أو يأتي بجزء منه أو يقوم بدور رئيسي فيها، بحيث يشكّل عمله مرحلة من مراحل تنفيذها ومن كان دوره رئيسيا يسمى شريكا مباشرا أو فاعلا ويكون اشتراكه أصليا⁽¹⁾.

فالضابط المادي لمعرفة الشريك المباشر في كليهما له مظهران:

الأول: أن يأتي كلُّ جانٍ بنشاط يكفي وحده لتنفيذ الركن المادي للجريمة، كأن يُطلق الجميع الرصاص على المجني عليه، أو يطعنوه بالسكين فيصيبونه في مقتل ويموت.

الثاني: أو يقوم بعضهم بالركن المادي للجريمة ويأتي البعض الآخر بأفعال يقتضيها التنفيذ ويتوقف عليها تحقيق النتيجة، كمن يمسك بالمجني عليه لتمكين زميله الجاني من قتله وهو يعلم ذلك، ومثله أيضا الدالّ على المجني عليه⁽²⁾.

والى جانب الضابط المادي يوجد الضابط المعنوي الذي ينفرد به القانون الجزائري ويتمثّل في المحرّض على الجريمة والفاعل المعنوي، وهو ما نصت عليه المادتان 41 و45 من قانون العقوبات الجزائري، في حين يدرجهما الفقه الجنائي الإسلامي وغالبية القوانين الوضعية الأخرى في دائرة الشريك المتسبب، أو المساهم التبعي بالتعبير القانوني كما سيأتي بيانه في الفصل الثالث.

(1) د. محمد زكي ابو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، (د.ط.)، 1996م، ص266.

(2) د. محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، (د.ط.)، 2000م، ص345.

المبحث الثاني

صور الاشتراك المباشر في الجريمة

المطلب الأول: الاشتراك المادي في الجريمة

المطلب الثاني: الاشتراك الحكمي في الجريمة

تمهيد:

تتخصر صور الاشتراك المباشر في الجريمة في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري في صورتين هما: **الاشتراك المادي المباشر** وفيها ثلاث حالات؛ أما الأولى فهي حالة الفاعل وحده ومعه شركاء بالتسبب يقومون بأفعال ثانوية مساعدة لها دور في وقوع الجريمة، وتكون بطبيعتها خارجة عن ماهية الركن المادي لها، أما الحالة الثانية فهي حالة تعدد الفاعلين الأصليين الذين يقومون بمباشرة الأفعال المكونة للركن المادي للجريمة، وهناك حالة ثالثة تتمثل في القيام بأعمال تنفيذية مباشرة في الجريمة.

أما الصورة الثانية فهي التي يتم فيها الاشتراك بالواسطة وتسمى **"الاشتراك الحكمي"** ويشمل نوعين؛ النوع الأول وهو التحريض على الجريمة كما في قانون العقوبات الجزائري حسب المادة 41، ويُدرجه الفقه الجنائي الإسلامي ضمن صور الاشتراك غير المباشر وسيأتي الحديث عنه في الفصل الثالث، وأما النوع الثاني فهو الفاعل المعنوي.

وأحاول من خلال هذا المبحث التطرق لهاتين الصورتين في مطلبين اثنين أخصّص الأول منهما للاشتراك المادي في الجريمة، في حين أخصّص المطلب الثاني للاشتراك الحكمي في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري، والاستعانة أحيانا ببعض القوانين والتشريعات الأخرى لمعرفة موقع القانون الجزائري بينها، ثم إجراء موازنة بينهما لمعرفة أوجه الاتفاق والاختلاف وبيان الراجح منهما إن أمكن.

المطلب الأول: الاشتراك المادي في الجريمة

قسّمت هذا المطلب إلى أربعة فروع خصصت الفرع الأول للاشتراك المادي في الجرائم الواقعة على النفس وهي القتل، وتناولت في الفرع الثاني الاشتراك المادي في الجرائم الواقعة على ما دون النفس (الضرب والجرح)، أمّا الفرع الثالث فكان في الاشتراك المادي في جرائم السرقة، وجعلت الفرع الرابع للاشتراك المادي في جرائم الحراية أو ما يصطلح عليه قانونا تعبير "الجرائم الإرهابية" في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري.

الفرع الأول: الاشتراك المادي في الجرائم الواقعة على النفس

أتناول في هذا الفرع الحالات الثلاث للاشتراك المادي في جريمة القتل وهي حالة الفاعل الواحد، وحالة تعدّد الفاعلين، وحالة القيام بأعمال تنفيذية مباشرة في الجريمة.

أولاً: حالة الفاعل الواحد

أ- في الفقه الجنائي الإسلامي:

حالة الفاعل الوحيد تعني الحالة التي يقوم فيها شخصُ الفاعلِ بالدور الرئيس في جريمة القتل، حيث ينفرد بإرتكابه لجميع الأركان المكونة لها، ويُعتبر شريكاً مباشراً كلما أتى فعلاً يعدُّ معصية قاصداً به تنفيذ الجريمة، بمعنى آخر؛ يعتبر مباشراً متى أمكن اعتباره شارعاً في تنفيذها بالمفهوم القانوني الحديث، ولا عبرة بعد ذلك بوقوع الجريمة تامةً؛ لأنّ تمام الجريمة من عدمه ليس له دخلٌ في اعتباره شريكاً مباشراً، وإنما أثره ينصرف إلى العقوبة فحسب، فإذا تمت الجريمة وكانت من جرائم القصاص عوقب بعقوبتها، وإن كانت من جرائم الحدود وجبت عليه عقوبة الحدّ وإن لم تكتمل فالعقوبة هي التعزير، وإن كانت الجريمة من جرائم التعازير وجبت عقوبة التعزير أيضاً سواء تمت الجريمة أو لم تتم⁽¹⁾.

وإذا ارتكبها وحده دون وساطة كان الفاعل المباشراً الذي يستحقّ عقوبتها، وهو في مركز يخرج عن مجال البحث في موضوع الاشتراك المباشر في الجريمة؛ لأنّ الاشتراك يعني إسهام أكثر من شخص في ارتكاب جريمة واحدة، أما إذا ارتكبها ومعه غيره فإننا نكون بصدد الصورة المطلوبة لموضوع البحث؛ أي صورة تعدّد الشركاء المباشرين شريطة أن يكون لكل شريك إسهامٌ بفعلٍ مباشرٍ وأصلي في تنفيذها⁽²⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص361، 362.

(2) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص170.

ب- في القانون الجزائري:

يعدّ فاعلا ماديا مباشرا وفقا لنص المادة 41 فقرة 1 ق.ع.ج كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة؛ أي أنه من قام شخصيا بارتكاب الأعمال المادية التي تدخل في تكوين الجريمة⁽¹⁾، بأن قام بإبراز عناصرها إلى حيّز الوجود واتجهت إرادته إلى الحصول على النتيجة الجرمية التي هي غايته من النشاط الذي أتاه⁽²⁾.

فهو على سبيل المثال: من يصوّب سلاحه أو مسدّسه نحو شخص آخر بنية قتله ويطلق عليه النار فيصيبه في مقتل، فهو الفاعل الأصلي للجريمة؛ لأنه ارتكب بمفرده جميع عناصرها، وهو أيضا من يطعن المجني عليه بسكين فيرديه قتيلا، أو يضع السمّ في الطعام بغرض تقديمه للضيف، فتنشأ بذلك الجريمة ولو لم تترتب عنها الوفاة فعلا⁽³⁾.

والسمّ كما عرفته المادة 260 ق.ع.ج هو عبارة عن مواد تفتك بخلايا الجسم وتؤثر على حياة الإنسان، وتؤدي إلى الموت السريع العاجل أو البطيء حسب قوتها وكميتها، ولا تهمّ كيفية استعمال هذه المواد ولا النتائج التي تترتب عنها، فقد تُدسّ في الطعام أو الشراب أو تتمّ بالحقن أو بالاشتقاق مرة واحدة أو على جرعات⁽⁴⁾.

فالفاعل في جريمة القتل هو من بقصد جرمي يقوم بإطلاق النار على المجني عليه أو طعنه أو بتقديم السمّ له، وهو في جريمة السرقة من يأخذ مال المجني عليه دون رضاه، وفي جريمة تعدد الزوجات من يُقدّم عالما بزواجه الأول على الاحتفال بزواجه ثانية، وذلك طبعا في الشرائع التي تعتبر التعدد جريمة كالشريعة العامة في إنجلترا⁽⁵⁾، وفي بعض الدول العربية كدولة تونس التي لا تُجيز أصلا الزواج بأكثر من واحدة، ومن تزوّج يكون مرتكبا لجريمة يتعرّض بمقتضاها لعقوبة السجن لمدة سنة، وهذا طبقا للفصل 18 من مدونة الأحوال الشخصية التونسية⁽⁶⁾، ومنها التي تشترط فيه شروطا معقدة لإنشائه ومنها قانون الأسرة الجزائري⁽⁷⁾.

(1) د. أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2002م، ص142.

(2) د. كامل السعيد، م.س، ص304.

(3) المادة 261 ق.ع.ج. وينظر أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص77.

(4) د. محمد صبحي نجم، م.س، ص46.

(5) د. كامل السعيد، م.س، ص304.

(6) د. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ، 2008م، ص127.

(7) تنظر المواد: 08 (المعدلة)، 08 مكرّر، 08 مكرر 1، 19 (المعدلة)، عدلت بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005. المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، طبعة دار الجزيرة، 2010م، 2011م.

والفاعل المادي في الجرائم السلبية أي- جرائم الامتناع- هو من يقع على عاتقه عبء الالتزام بعملٍ فيمتنع عنه، كالطبيب والممرّض اللذان يُهملان تقديم المساعدة اللازمة للمريض وهو في حالة خطر وتركه بقصدٍ حتى يهلك، وهو الذي نصّت عليه المواد من 314 إلى 317⁽¹⁾، ولا يهتمّ بعد ذلك أن يكون الركن المادي مكوّنًا من فعل واحد أو من عدّة أفعال، محقّقًا بذلك النتيجة الإجرامية كأثرٍ له، أو يرتكب الجريمة بمفرده أو مع غيره⁽²⁾.

ولا يعدّ ضروريا أيضا ليكون الشخصُ فاعلا ماديا أن ينفذ الركن المادي للجريمة إلى نهايته، بل يصدّق الوصف على من حاول ارتكاب جريمة خائبة أو مستحيلة طبقا لمعيار الشرع⁽³⁾، فمن يُطلق الرصاص على شخص فيخطئ التصويب أو يصيبه في غير مقتل، يعاقب تماما بعقوبة القاتل التي نصّت عليها المادة 254 ق.ع.ج وما بعدها، ومن شرع في السرقة يعاقب كمن سرق وتمت سرقتُه طبقا لنص المادة 350 (المعدلة)⁽⁴⁾ ف 3 منه.

فالعقوبة واحدة طبقا لنص المادة 30 ق.ع.ج بقولها: "كل المحاولات لارتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي جهله مرتكبها".

أما إذا كانت الجريمة لا تقوم إلا إذا توافر في مرتكبها صفةٌ خاصة، كصفة الموظف في جريمة الرشوة، وصفة الزوج في جريمة الزنا، فلا يعدّ فاعلا ماديا إلا الشخص الذي تتوافر فيه هذه الصفة⁽⁵⁾، وإن كان هذا النوع من الجرائم لا يدخل في مجال بحثي هذا؛ لأنّ المساهمة فيها ضرورية لا يتصور وقوع الجريمة بدونها بل هي ركنٌ أساسيٌّ فيها⁽⁶⁾.

ج- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

1- أوجه الاتفاق: أستنتج مما سبق أنه لا خلاف بين فقهاء الشريعة والقانون الجزائري في تقرير هذه الحالة وأنّ الحكم فيهما واحد، فالفاعل المادي المباشر لجريمة القتل هو الذي يُقتصّ منه شرعا أو يعاقب بالعقوبة المقررة قانونا للجريمة التي باشرها، ويستوي بعد ذلك أن

(1) أ. بن الشيخ لحسين، م.س، ص 67، 68.

(2) د. منصور رحمان، م.س، ص 94.

(3) ينظر تفصيل بحث الشرع في الجريمة في الفصل التمهيدي الصفحة 37 ما بعدها.

(4) عدلت بالقانون رقم 36 06- المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

(5) محمد عيد الغريب، م.س، ج 1، ص 763.

(6) عبد الله سليمان، م.س، ص 185.

يكون الفاعل واحداً أو يشترك معه فاعلون آخرون، فإذا تعدد الفاعلون استحق كلُّ منهم عقوبة الجريمة كما لو ارتكبها الجاني وحده.

2- أوجه الاختلاف: يظهر الفرق بينهما في كون التعدد لا يشكل ظرفاً مشدداً للعقوبة في الفقه الجنائي الإسلامي مطلقاً، في حين أجد أنّ القانون الجزائري وإن كان هو الآخر لا يجعل من تعدد الفاعلين ظرفاً مشدداً للعقوبة كقاعدة عامة، إلا أنه استثنى بعض الجرائم التي أشارت إليها مواد القانون الخاص، ورأى أنّ التعدد فيها يشكل ظرفاً مشدداً لما ينطوي عليه من خطورة إجرامية، كما في السرقات التي يباشرها أكثر من شخص، طبقاً لنص المادة 353 فقرة 3 ق.ع.ج بقولها: "إذا ارتكبت السرقة بواسطة شخصين فأكثر"، وبمفهوم المخالفة يعني أنه إذا لم تُشر مواد القانون الخاص إلى هذا الظرف فلا مجال لإعماله⁽¹⁾.

ثانياً: حالة تعدد الفاعلين المباشرين للجريمة

النية الإجرامية للجناة في المشروع الإجرامي الواحد ليست واحدة بل قد تأتي على عدة أشكال، فقد تتحد هذه النية أو القصد بأن يتفق الجناة جميعهم على تحقيق غاية واحدة وهي ذات النتيجة، فتقع الجريمة بناءً على هذا الاتفاق، وقد لا تتحد النية ومع ذلك تقع الجريمة باشتراكهم فيها بمحض الصدفة وتوارد الخواطر دون اتفاق مسبق.

وقد عبّر الفقهاء عن الحالة الأولى التي تتحد فيها النية بلفظ التمالؤ أو الاتفاق، بينما عبّروا عن الحالة الثانية بلفظ التوافق؛ ذلك أنه من المسلم به بدهاءً أن تأخذ جريمة القتل حال الاشتراك أحدَ هذين الاتجاهين، ليعبّروا بذلك عن مدى قوة الارتباط والتلبس بالجريمة بين الشركاء، خاصة عند من يفرّق من الفقهاء بين الحالتين.

أ- تعدد الفاعلين بطريق التوافق في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري:

الاتفاق بالمعنى المذكور آنفاً يختلف عن التوافق، فإذا كان الاتفاق يستلزم اتحاد إرادتين أو أكثر لانعقاده؛ أي وجود تفاهم سابق بينهما، فإنّ التوافق بخلاف ذلك فهو يتألف من مجموع إراداتٍ مختلفة أو منفصلة، لكنها تتلاقى فيما بينها دون اتفاق مسبق على تحقيق هدف واحد بمحض الصدفة، بحيث يعمل كلُّ منهم تحت تأثير الدافع الشخصي والفكرة الطارئة لديه⁽²⁾.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص226.

(2) عودة، م.س، ج1، ص360.

مثال ذلك: أن تنشأ فكرة قتل المجني عليه عند شخصين أو أكثر، فيذهب كلّ منهما إلى المكان الذي يعمل فيه الضحية ويترصده، فإذا خرج أطلقا عليه النار في نفس الوقت، دون أن يكون بينهما أي اتفاق على ارتكاب هذه الجريمة، فإذا نوى هذان الشخصان في أن واحد قتل خصمٍ مشترك دون أن يُفصح أحدهما للآخر عما عزم عليه، وقاما بالتنفيذ معا فلا يكون أحدهما شريكا للآخر بالاتفاق؛ لعدم وجود التفاهم المسبق، وكلّ ما هنالك أنه تمّ بالتوافقٍ أو توارد الخواطر (1).

وعليه لا يمكن أن تترتب أي مسؤولية تضامنية عن الجريمة بسبب التوافق، وإنما تترتب المسؤولية التضاممية، والتي تقضي بمسائلة كل منهما عن فعله وما أدّاه إليه بصورة مستقلة عن الآخر، فإذا تعددت الجرائم انقثت معها حالة الاشتراك وبالتالي نكون أمام حالة أخرى وهي تعدد الجرائم بتعدد مرتكبيها ويُسأل فيها كلّ شخص عن الفعل الذي أتاه (2).

فيشترط لقيام الاشتراك بطريق التوافق أمران: وحدة الجريمة، وتعدد الجناة مع انتفاء عنصر التضامن بينهم، وهذا ما يميزها عن حالة الاشتراك بالتماثل أو الاتفاق كما سوف يأتي، وفي مايلي أتولى تعريف التوافق لغة واصطلاحاً ثم أبيّن حكم القتل بطريق التوافق في الفقه الجنائي الإسلامي ثم في القانون الجزائري.

1- تعريف التوافق لغة وفقها:

- **التوافق لغة:** كلمة مأخوذة من الفعل وفق، يوافقه موافقة، أي صادفه، نقول: وافقت فلانا في موضع كذا؛ أي: صادفته، ووافقت أمرَك؛ أي: صافته مُوافقاً (3).
- **التوافق في الفقه الجنائي الإسلامي:** عرّفه الخرشني: "قصد كل واحد القتل بانفراده ولم يتفق مع غيره عليه" (4). وعرّفه الدردير بتعريف مشابه: "اتجاه إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق" (5). فالاشتراك بالتوافق كما يقول عبد القادر عودة هو: "الحالة التي تتجه فيها إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم تفاهم سابق، بل يعمل كلٌّ منهم تحت تأثير دافعه الشخصي وفكرته الطارئة" (6).

(1) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص 201.

(2) عماد محمود عبيد، م.س، ص 128.

(3) ابن منظور، م.س، ج 15، ص 357.

(4) الخرشني، م.س، ج 4، ص 13.

(5) الدسوقي، م.س، ج 4، ص 245.

(6) عودة، م.س، ج 1، ص 360.

ومن أمثلته: أن يترصد شخصان لآخر ثم يطلقان النار عليه في نفس الوقت ويموت، دون أن يقع بينهما اتفاق سابق على ذلك، بل كلُّ يعمل حسب إرادته وما تمليه عليه رغبته الذاتية، كما هو الحال في الخصومات والمشاجرات التي تقع فجأة فيجتمع لها أهل المتخاصمين دون تفاهم سابق، ففي هذه الأحوال وأمثالها يُقال إنَّ بين الشركاء توافق⁽¹⁾، كما في قول الشاعر جاهلي:

قوم إذا ما الشرَّ أبدى ناجزيه لهم طاروا إليه زرافات ووحدانا
لا يسألون أخاهم حين يندبهم في النَّائبات على ما قال برهانا

من التعريفات السابقة لهذا النوع من الاشتراك يتضح أنه يُشترط لحصوله تحقق عنصرين اثنين هما:

- عدم وجود اتفاق مسبق بين الشركاء وإنما يجمع بينهم القدر ومحض الصدفة والموافقة.
- اتجاه الإرادة لدى كل واحد من الجناة إلى قتل المجني عليه، وهو ما يُعبر عنه بوحدة الجريمة وتعدد الجناة وانتفاء رابطة التضامن بينهم، وانتفاء هذه الرابطة وعدم الاتفاق المسبق بين الجناة يعتبر هو المعيار المميز لهذه الحالة عن حالة الاشتراك بطريق التمالؤ.

2- حكم القتل بطريق التوافق في الفقه الجنائي الإسلامي:

• **مذهب الحنفية:** لا يميز السادة الحنفية بين الاشتراك بالتوافق والاشتراك بالتمالؤ، فعند أبي حنيفة لا فرق بين التمالؤ والتوافق وحكمهما واحدٌ عنده، ولا يُسأل الجاني في الحالتين إلا عن فعله فقط، والمهمّ عندهم وقوع القتل من الكلّ مباشرةً، بدليل قولهم في القتل العمد: "وتشترط المباشرة من الكل بأن جرح كلُّ واحدٍ جرحاً سارياً"⁽²⁾، وبألة معدة بطبيعتها للقتل كالسيف والسكين ونحوهما مما يحمل دلالة على قصد القتل؛ أي العمدُ شريطة أن يكون فعل كلِّ واحد من الجماعة مباشراً له دورٌ في حصول الزهوق.

قال الكاساني: "وأما الذي هو عمد محض فهو أن يقصد القتل بحديد له حدّ أو طعن كالسيف والسكين والرمح وما أشبه ذلك أو يعمل عمل هذه الأشياء"، ويضيف: "وأحق ما يجعل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد؛ لأنَّ القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل التعاون والاجتماع، فلو لم يجعل فيه القصاص لانسدَّ باب القصاص"⁽³⁾.

(1) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص175.

(2) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج6، ص236، 237.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص233، 238.

فيُفهم من كلامه أنّ الآلة يستدل بها على العمد في الفعل، وعدم تحديد كيفية القتل من الجماعة يدل على عدم التفرقة بين كونه تمّ بطريق الاتفاق أو بطريق التوافق عندهم.

• **مذهب الجمهور:** يميّز جمهور الفقهاء بين مسؤولية الشريك المباشر في حالة التوافق وبين مسؤوليته في حالة التمالؤ، ففي الحالة الأولى لا يُسأل الشريك إلا عن نتيجة فعله ولا يتأثر بما يأتيه غيره من أفعال ولا يُسأل عن نتيجة هذا الغير، فإذا اشترك شخصان في الاعتداء على ثالث، فقام الأول ببتير يده في حين أجهز عليه الثاني بالسيف وقطع رقبته، فالأول مسؤول عن القطع أما الثاني فيُسأل عن القتل، أما في حال التمالؤ فيتحمّلان معا مسؤولية واحدة عن جريمة قتل العمد بالتساوي كما لو أتى كل منهما الفعل منفردا⁽¹⁾.

وقد يتضح مقدار الفعل الذي يرتكبه كل من الفاعلين المباشرين لهذا النوع من الاشتراك وقد لا يتضح، ويختلف الحكم في كلا الحالتين عند الفقهاء وهذا ما سأتناوله بشيء من التفصيل:

- إذا كان دور كل من الفاعلين واضحا:

إذا اشترك جماعة في ارتكاب جريمة واحدة، وكانت أدوارهم واضحة وأمكن تمييزها، فقد اتفق الفقهاء على عدم قيام الاشتراك متى أمكن معرفة صاحب الضربة القاتلة؛ لأنه الفاعل وحده الذي يقتص منه، في حين يتحمّل الباقيون المسؤولية كلّ حسب درجة تدخله واعتدائه في الجريمة ويعاقبون تعزيرا، ولا يسألون عن جريمة القتل لعدم التمالؤ، فيقتص ممّن ترتّب عن فعله الزهوق أو القتل في الحال، سواء أكان هو الأول أم الثاني بينما يعاقب الباقيون كلّ بقدر جنائياته⁽²⁾.

فإذا اشترك ثلاثة في الاعتداء على آخر فقام الأول بقطع يده والثاني بقطع رجله، وقام الثالث بذبحه بالسكين، فلا يُقتل قاصدا إلا الثالث بينما يُقتص من الأول والثاني كلّ حسب درجة فعله طبقا لمعيار البدء في التنفيذ أو (الشروع) بالمفهوم القانوني⁽³⁾.

جاء في حاشية الدسوقي: " (قوله غير المتماثلين)؛ أي غير المتفقين على قتله بل كل واحد منهم قصد قتله في نفسه من غير اتفاق منهم على قتله، ثمّ إنهم قتلوه مجتمعين، فلو

(1) المرغيناني، م.س، ج8، ص245. الشريبي، م.س، ج4، ص22. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، م.س، ج6، ص18. وينظر عودة، م.س، ج1، ص361.

(2) ابن عابدين، م.س، ج10، ص184، الدسوقي، م.س، ج6، ص159. الشريبي، م.ن، ج5، ص226. ابن قدامة، م.س، ج11، ص501. ابن حزم، م.س، ج11، ص160.

(3) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص285. الشريبي، م.ن، ج5، ص226. الرملي، م.س، ج7، ص262.

قصد كل واحد ضربه بدون تمالؤ ولم يقصد أحد منهم قتله، ثم إنهم ضربوه مجتمعين ومات من ضربهم، فإنهم لا يقتلون؛ لأنّ قصد الضرب ليس مثل قصد القتل بالنسبة للجماعة بخلاف الواحد⁽¹⁾، وقوله أيضا: "وإن تميزت الضربات وعلم موته من إحداها فإنه يقتصّ ممن علم أنه مات من ضربته واقتصّ من الباقي مثل فعله"⁽²⁾.

ويمكن القول هنا أنّ كلام الدسوقي يُستدلّ به على أنه يتفق مع نظرية السبب الأقوى أو الفعال والمؤثر في حصول النتيجة التي يقول بها فقهاء القانون الوضعي اليوم، كما سبق تناوله في الفصل الأول عند الحديث عن نظرية السببية، ولو أنّ أحد الشركاء أجهز على المجني عليه إلى حركة مذبوح، كأن قطع عنقه أو أخرج معدته ثم مزقها فأصبح في حكم الميت، ثم جاء آخر فأطلق الرصاص عليه فالقاتل الحقيقي هو الأول؛ لأنه لا يبقى مع جنايته حياة، ولذلك يقتص منه أما الثاني يعزر؛ لأنّ فعله لاقى عدما؛ وقد صار في حكم الميت معنّى فيعزّر لهتكه حرمة ميت.

يقول الشريبي: "وحالة المذبوح تسمى حالة اليأس وهي التي لا يصح فيها إسلام ولا ردّة ولا شيء من التصرفات، وينتقل فيها ماله لورثته الحاصلين حينئذ"⁽³⁾.

وهذه الحالة؛ أي حالة اليأس المرجع في تحديدها اليوم إلى تقارير أهل الاختصاص والخبرة من الأطباء الشرعيين الأمناء متى وقع اللبس فيها، وعليه فمدار الأمر هنا هو حياة المجني عليه، فمتى كان حيّا كان في حكم الحياة وإلا كان ميتا ميؤوسا منه⁽⁴⁾.

- إذا لم يتضح دور كل واحد من الفاعلين في الجريمة:

إذا أدى الاشتراك إلى وقوع القتل ولم يُعرف صاحب الضربة القاتلة على وجه التحقيق، وتعدّر التمييز بين الضربات، بأن تداخلت الإصابات مع بعضها وكانت الموت نتيجة لمجموع أفعالهم، فلا يمكن اعتبار أحدٍ منهم قاتلا لعدم التيقن من ذلك، وبالتالي يعتبر الجميع جارحين؛ لأنّ هذا هو القدر المتيقن منه⁽⁵⁾.

أصل إلى القول بأنّ المباشَرَ الحقيقي إذا كان غير متعيّن فلا يمكن إيقاع القصاص مع الجهل به على الجميع، لذلك يُصار إلى الدية.

(1) الدسوقي، م.س، ج4، ص242.

(2) م.ن، ص245.

(3) ابن عابدين، م.س، ج10، ص184. ابن قدامة، م.س، ج11، ص506.

(4) الشريبي، م.س، ج6، ص226.

(5) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص46.

جاء في حاشية الدسوقي: "وأنه إذا أنفذ إحداها مقاتله ولم يدر من أيّ الضربات مات فإنه يسقط القصاص إذا لم يتعاقدوا على قتله والدية في أموالهم"⁽¹⁾.

• المناقشة والترجيح:

إنّ الرأي الذي يشترط في القصاص من الجماعة أن تكون متماثلة يعدّ رأياً وجيهاً؛ ذلك أنّ اتفاق الشركاء وتعاقدهم على القتل دليل على قرينة تجذّر الشرّ في نفوسهم، وهذا يقتضي إنزال أشدّ العقوبات في حقّهم وهي هنا القصاص، منعا من استفحال ظاهرة الفساد في المجتمع، وحماية للنفوس من أن تُزهق دون وجه حق، ثمّ إنّ عمر بن الخطاب لما علّق حكمه بالقصاص من الجماعة إنما كان في حال التمالؤ فقط، بدليل قوله: "لو تماهلاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً"⁽²⁾، والتمالؤ الاجتماع على الأمر بالمساعدة والمشايعة⁽³⁾.

أما بالنسبة لحال التوافق فينبغي أن يكون العقاب متناسبا مع أفعال الجناة المشتركين كلّ بحسب فعله إذا ما تميزت هذه الأفعال، تقريرا لمبدأ المساواة وتحقيقا للعدالة التي أرادها الشارع الحكيم كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا نُزِرُ وَأَزِرُّ وَزَرَ أُخْرَى﴾⁽⁴⁾.

وهذا الذي يتفق مع مبدأ تفريد العقاب الذي تتشده التشريعات العقابية الحديثة، فإذا لم يُعرّف صاحب الفعل المزهق فلا قصاص على أحد، ويُصار إلى الدية؛ ذلك أنّ شرط القصاص من الجاني هو ثبوت أنّ فعله هو المزهق ولم يتحقق ذلك ولم يثبت؛ إذ لم يُعرّف الجاني الذي ترتبت عن فعله الوفاة، وليس أحد الشركاء المتوافقين أولى بالقصاص من غيره، وقد عُدّ التمالؤ على القتل، أضف إلى ذلك أنّ قصد القتل غير مُتيقّن وعليه فلا يُلجأ إلى القصاص إلا عند اليقين.

والسند في ذلك أنّ الإمام عليا كرم الله وجهه قبل أن يأمر بقتل بعض الخوارج من حروراء^(*) الذين قتلوا عبد الله بن خباب رضي الله عنه، كان قد امتنع عن قتالهم حتى يحدثوا حدثاً، أو يرتكبوا جرماً غير مُجرّد الفعل، فلما ذبحوا عبد الله بن خباب ناداهم أن أخرجوا إلينا قاتل

(1) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

(2) مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط3، 1418هـ، 1998م، باب قتل الغيلة، حديث رقم 2319، ج2، ص248.

(3) السرخسي، م.س، ج26، ص127. البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج5، ص514.

(4) الأنعام، آية 164.

(*) حروراء: موضع بظاهر الكوفة وتُنسب إليه الحرورية من الخوارج؛ لأنه كان أول اجتماعهم بها وتحكيمهم حين خالفوا علياً رضي الله عنه. ينظر ابن منظور، م.س، ج2، ص831.

عبد الله بن خباب، فقالوا: كُنَّا قَتَلْنَاهُ، فقال عليٌّ لأصحابه: دُونَكُمْ الْقَوْمَ فَقَتَلُوهُمْ جَمِيعًا بِقَتْلِهِمْ
عبد الله بن خباب⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنّ الإمام علياً قد امتنع في البداية عن قتال هؤلاء الخوارج؛ لأنه لم
يعرف بضربة من منهم قتل عبد الله بن خباب، لكن لما أخبروه بأنهم قد اشتركوا في قتله
جميعاً؛ أي كانوا متمالئين، أمر بقتلهم⁽²⁾.

وقد وقعت حادثة مشابهة في مصر، حيث أقدمت امرأة وعشيقتها وابنتها على قتل ابنها
الذي هدّد بإخبار والده الغائب عند عودته بعلاقة العشيقي مع أمّه وأخته، فنُفذّ الإعدام فيهم
جميعاً وكان ذلك في 05 نوفمبر سنة 1987م⁽³⁾.

3- حكم القتل بطريق التوافق في القانون الجزائري:

سبق القول بأنّ المساهمة الجنائية المباشرة تتطلب وحدة الركن المادي ووحدة الركن
المعنوي، وهذا الأخير يتحقق بقيام رابطة ذهنية تجمع المساهمين في الجريمة تحت لواء
مشروع إجرامي واحد؛ أي عندما يكون هنالك تفاهم واتفاق مسبق بين المساهمين، فإذا لم
يكن هناك اتفاق ولم تكن هناك وحدة ذهنية فلا وجود للاشتراك، لكن لا يشترط في هذا
الاتفاق أو التفاهم أن يكون سابقاً على ارتكاب الجريمة، كما لا يشترط لتوافره مضي وقت
معين، وإنما يكفي تقابل إرادة كل المساهمين فيه، لذا يجوز قيام الاشتراك في حالة اتجاه
قصد الجاني وإرادته إلى المشاركة في مشروع غيره دون أيّ اتفاق مسبق بينهم⁽⁴⁾.

وعليه يشترط في المساهمة المباشرة قيام رابطة ذهنية بين المساهمين؛ بمعنى علم كلّ
واحد منهم واتجاه إرادته إلى ارتكاب الفعل وتحقيق النتيجة المترتبة عنه، فإذا فقد القصد
الجنائي بعنصره لدى الجاني فلا تنشأ عنه مساهمة جنائية، وإنما تنشأ جرائم متعددة بتعدد
مرتكبيها، ويستقلّ كل فاعل فيها بالمسؤولية عن أفعاله المسندة إليه شخصياً دون أفعال غيره
من الفاعلين الآخرين⁽⁵⁾.

ثم إنّ القتل بطريق التوافق لا يترتب عنه مساهمة جنائية في القانون الجزائري لانتفاء
عناصر الركن المعنوي، كما لا يترتب عنه أية مسؤولية تضامنية بينهم طالما لم يوجد هناك

(1) الدارقطني، م.س، كتاب الحدود والديات وغيرها، حديث رقم 157، ص 704.

(2) أ. د. محمد شلال حبيب العاني، م.س، ص 279.

(3) ينظر مجلة اليقظة الكويتية، عدد رقم 1050، الصادرة في 03 ديسمبر 1987.

(4) عبد الله سليمان، م.س، ص 187. رضا فرج، م.س، ص 305.

(5) د. رضا فرج، م.س، ص 305.

اتفاق مسبق على هذه الجريمة، ومثال ذلك: أن تقوم فكرة قتل شخص معين عند ثلاثة أشخاص، ويذهب الجميع إلى مكان تواجده ثم يطلقون عليه ثلاثة أعيرة نارية في ذات الوقت دون تفاهم مسبق بينهم، فإذا قتلته أحد الرصاصات بينما أصابته الطلقتان الأخريان إصابات طفيفة، يكون صاحب الرصاصة القاتلة هو المسؤول عن القتل العمد وحده، وتكون مسؤولية الثاني والثالث عن مجرد شروع في القتل متى أمكن تبيين القاتل الحقيقي⁽¹⁾.

أما إذا تعذر معرفة صاحب الرصاصة القاتلة، بأن كان السلاح المستخدم من نفس النوع أو أنّ الإصابات الثلاثة أصابت القلب في وقت واحد، ففي هذه الحال يُسأل الجميع عن جريمة قتل العمد على السواء كما لو قام بها جانٍ واحد.

ويختلف الأمر لو كان بين الثلاثة اتفاق مسبق على القتل ووقعت وفاة المجني عليه من طلق واحد، فيعتبر الجميع فاعلين أصليين لجريمة قتل عمد، ولا مجال بعد ذلك ولا فائدة من البحث عن صاحب الضربة القاتلة؛ لتوافر عناصر الركن المعنوي للمساهمة الأصلية لدى الجناة وكذلك الركن المادي⁽²⁾.

4- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري:

• **أوجه الاتفاق:** مما تقدّم أستنتج أنّ القانون الجزائري يوافق مذهب جمهور الفقهاء عدا الحنفية بخصوص مسألة القتل في حال التوافق، وهو أن لا ينشأ عنه اشتراك في الجريمة ولا يعاقب الشركاء بالتوافق بعقوبتها متى تميزت الضربات وعُرف صاحب الفعل المزهق؛ لأنه يكون هو الفاعل الذي يقتص منه أو المعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة، وأما الباقي فيتحمل كلّ جانٍ المسؤولية المترتبة عن فعله فقط ويستقلّ بظروفه الشخصية لوحده، ولا يتحملون جميعا المسؤولية عن جريمة القتل.

• **أوجه الاختلاف:** يختلف القانون الجزائري عن مذهب الفقه الجنائي الإسلامي في الحالة التي يتعذر معها معرفة القاتل الحقيقي بأن لم تتميز الضربات أو أنّ السلاح المستعمل من نوع واحد، فهو يجعل من الجميع فاعلين أصليين مسؤولين عن جريمة القتل، في حين يذهب الفقهاء المسلمون إلى إسقاط عقوبة القصاص عنهم ما داموا غير متمالئين على القتل، وكان الأخرى بالقانون الجزائري أن يسلك طريق الفقه الجنائي الإسلامي في هذه الحالة للاحتياط في توقيع العقوبة بسبب الغموض والشك.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص 187. 202.

(2) د. رضا فرج، م.س، 305. وينظر د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص 201.

وهو ما سار عليه قضاء محكمة النقض المصرية بأنه إذا أطلق كلا المتهمين عيارا ناريا على المجني عليه بقصد قتله، فأصابه أحد العيارين في رأسه ترتبت عنه الوفاة، بينما أصابه العيار الآخر في كتفه وتعذر معرفة صاحب العيار القاتل، فيجب اعتبارهما شريكين؛ لأنّ الاشتراك هو القدر المتيقن في حق كل منهما⁽¹⁾.

ب- تعدد الفاعلين بطريق الاتفاق في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

من المسائل التي تبدوا للأذهان من ظاهرها أنها مخالفة لمبدأ المساواة والمكافأة في العقوبة بين القاتل والمقتول مسألة: " قتل الجماعة بالواحد"، أو كما يصطلح عليه " التمالؤ على القتل" بتعبير الفقهاء المسلمين، وتظهر صورة هذه المسألة في الجماعة إذا تمالأت أو انفقت على قتل شخص واحد، بأن اشتركوا جميعا في دمه، وتعذر معرفة القاتل الحقيقي بينهم، أو من هو صاحب الضربة القاتلة.

وسأتناول في هذه المسألة حكم تعدد الفاعلين في جريمة القتل عند وجود تمالؤ بينهم، وأعرض فيها بالتفصيل أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية ثم أذكر بعدها موقف القانون الجزائري، وآتي في الأخير إلى عقد موازنة لمعرفة نقاط الاتفاق أو الاختلاف بينهما، لكن قبل ذلك أحاول أولاً توضيح معنى التمالؤ لغة واصطلاحاً.

1- تعريف التمالؤ لغة: التمالؤ لغةً كلمةٌ مشتقة من "مالأه على الأمر"؛ بمعنى ساعده وشايعه، أي أعانه وقواه ومالأه عليه مُمالأة، وتمالؤا عليه أي اجتمعوا.

ومن ذلك قول الشاعر:

وتحدثوا ملأً لتصبح أمنا
عذراء لا كهلاً ولا مولوداً

والمعنى؛ أي تشاوروا وتحدثوا متمالئين على ذلك ليقتلونا أجمعين فتصبح أمنا كالعذراء التي لا ولد لها، قال أبو عبيد للقوم إذا تتابعوا برأيهم على أمر: قد تمالؤوا عليه، وقال ابن الأعرابي: مالأه إذا عاونه⁽²⁾، وفي حديث علي بن أبي طالب: " والله ما قتلت عثمان ولا مالأت عليه وعلى قتله"؛ أي ما ساعدت ولا عاونت. وفي حديث آخر لعمر بن الخطاب: " لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدتهم به" أي لو تظافروا عليه وتعاونوا وتساعدوا⁽³⁾.

(1) جلسة 5 أبريل 1931م، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم 234، ص286.

(2) ابن سيده علي بن اسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000م، ج10، ص415.

(3) الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الستار أحمد فراج، (د.ب.ط)، 1385هـ، 1965م، مطبعة حكومة الكويت، ج1، ص119. الفيومي، م.س، ج2، ص580.

فالتماؤ لغة يدور حول معنى المساعدة والمعونة والاجتماع، ومنه المأ: الجماعة والقوم ذو الشارة والتجمع⁽¹⁾.

2- التماؤ اصطلاحاً:

• التماؤ في الفقه الجنائي الإسلامي:

عرّفه عبد القادر عودة بقوله: "هو الحالة التي يتفق فيها الشركاء على ارتكاب الجريمة، ويتعاونون أثناء تحقيقها بقصد الوصول إلى النتيجة المتفق عليها"⁽²⁾، ومثل له: بأن يتجه شخصان إلى قتل آخر، ويضرباه بآلة واحدة بقصد قتله أو بآلات متعددة لنفس الغرض.

التماؤ هو التواطؤ المسبق بين الشركاء على ارتكاب الجريمة بحيث تتوجه إرادتهم إلى ارتكاب الجريمة المتفق عليها⁽³⁾.

لذلك فإنّ التماؤ في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية يعني الاتفاق المسبق بين الجناة على ارتكاب الجريمة ولو وقع هذا الاتفاق بوقت يسير قبيل وقوع الجريمة، والتماؤ يتطلب التعاقد والاتفاق المسبق بين أطرافه⁽⁴⁾، وكما هو متصوّر في جوانب الخير يمكن تصور وقوعه في جوانب الشر، ويُرَاد به هنا الاجتماع والتعاون على القيام بفعل يُلحق الضرر بالغير سواء في نفسه أو جسده أو عرضه، وهذا المعنى هو المراد في مادة البحث.

ويعدّ التماؤ في الفقه الجنائي الإسلامي وكذا غالبية القوانين الوضعية أحد صور الاشتراك غير المباشر في الجريمة (الاشتراك بالتسبب) إضافةً إلى التحريض والمساعدة، وسوف يأتي تفصيل هذه الصور في الفصل الثالث من هذه الدراسة.

(1) ابن سيده، م.س، ج10، ص415.

(2) عودة، م.س، ج1، ص361.

(3) عماد محمود عبيد، م.س، ص118.

(4) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

• مدلول التماثل في الفقه القانوني والقانون الجزائري:

يقابل معنى التماثل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح الاتفاق أو سبق الإصرار بين المساهمين عند فقهاء القانون، وعرفه عبد الله حجازي بأنه: "تلاقي إرادتين أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة أو مخالفة"⁽¹⁾.

وعرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "إنه يتكوّن من اتحاد نية أطرافه على ارتكاب الفعل المتفق عليه"⁽²⁾.

وبتعريف مشابه يقصد بالاتفاق: انعقاد إرادتين أو أكثر على ارتكاب الجريمة، وهو يفترض اقتراحا أو إجابا من أحد الأشخاص يصادفه قبول أو استحسان من شخص آخر، ولا بُدّ أن يُجسّد هذا الاتفاق في صورة مادية بواسطة القول أو الكتابة أو حتى بالإيماء⁽³⁾.

وبعدّ الاتفاق على ارتكاب الجريمة في القانون الجزائري صورة للاشتراك المباشر متى وُجد الشريك مع الفاعل الأصلي على مسرح الجريمة وقت ارتكابها.

3- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي:

يتضح ممّا تقدّم أنّ الفقه الجنائي الإسلامي وغالبية القوانين الوضعية يُعتبرون الاتفاق وسيلة للاشتراك بالتسبب أو المساهمة التبعية، في حين ذهب القانون الجزائري إلى إخراج الاتفاق من دائرة المساهمة التبعية ويلحقه بالمساهمة الأصلية متى ظهر المتفق مع الفاعل على مسرح الجريمة لحظة ارتكابها، حيث يعتبره فاعلا أصليا، وهو بذلك يتفق مع مذهب الإمام مالك بخصوص هذا الشرط، أي ظهور الشريك على مسرح الجريمة وقت التنفيذ، متى ثبت أنه كان على استعداد لمباشرة الجريمة إذا لم يتولّاها الفاعل الأصلي تولّاها هو⁽⁴⁾.

جاء في شرح الخرشي: "أن الجماعة المتمالئة على قتل شخص يقتلون بل ولو لم يل القتل إلا واحداً بشرط أن يكونوا بحيث لو استُعِين بهم أعانوا"⁽⁵⁾، والشاهد في قوله: "بشرط أن يكونوا بحيث لو استُعِين بهم أعانوا"؛ لأنّ هذا الشرط يقتضي بالضرورة تواجد الشريك على مسرح الجريمة لحظة ارتكابها⁽⁶⁾.

(1) د. عبد الفتاح حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، (د.ط.)، 2007م، ص 89.
(2) نقض 4 مارس سنة 1968 مجموعة أحكام النقض سنة 19 رقم 58، ص 311. د. الفاخري، م.س، ص 302.
(3) د. الفاخري، م.س، ص 119.
(4) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص 234.
(5) الخرشي، م.س، باب الدماء والحدود، ج 8، ص 10.
(6) الدسوقي، م.س، ج 4، ص 245.

وهو الاتجاه الذي سلكه المشرع الاتحادي لقانون العقوبات الإماراتي في المادة 46 بقولها: "يعدّ في حكم الشريك المباشر كل شريك بالتسبب وجد في مكان الجريمة بقصد ارتكابها إذا لم يرتكبها غيره"⁽¹⁾.

وبالمقابل ترى بعض التشريعات أنّ تواجد الشريك في مسرح الجريمة لحظة ارتكابها يعدّ نوعاً من التدخل أو المساهمة التبعية لا غير، كما في قانون العقوبات الأردني في نص المادة 80 فقرة 2، بقولها: "يعدّ متدخلاً في جنابة أو جنحة: ج- من كان موجوداً في المكان الذي ارتكب فيه الجرم بقصد إرهاب المقاومين أو تقوية تصميم الفاعل الأصلي، أو ضمان ارتكاب الجرم المقصود"⁽²⁾.

وقضت محكمة التمييز الأردنية كذلك: "بأنّ وجود المتهم الثاني في مسرح الجريمة بناء على اتفاق مسبق مع الفاعل لتقوية عزمته يشكّل جريمة التدخل في القتل"⁽³⁾.

والمقصود من تواجد المتدخل في مسرح الجريمة بتعبير المادة 80 قانون الأردني، أي (المساهم التبعية)، هو ضمان ارتكاب الجريمة، من خلال معالجة أي أثر خارجي يمكن أن يعطل ارتكاب الجريمة أو يقلل من فرص نجاحها، وهو ذات المقصود الذي أشار إليه فقهاء المالكية من قبل⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من كون أغلب التشريعات تعتبر الاتفاق وسيلة من وسائل الاشتراك غير المباشر، إلا أنّ التشريعات الجنائية الحديثة تميل إلى استبعاد الاتفاق من بين وسائل الاشتراك أو المساهمة الجنائية التبعية، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الجزائري في المادة 42، وقانون العقوبات الفرنسي المادة 60، وقانون العقوبات الألماني المادتان 48، 49⁽⁵⁾.

وهو ما تبناه أيضاً المؤتمر الدولي السابع بأثينا حيث جاء في أحد توصياته: "وأما من يقتصر دوره على مجرد الاتفاق فلا يعدّ شريكاً، ويبررره أنّ التفاهم إذا لم يقتصر بتحريض أو مساعدة في الجريمة لا يكون سبباً مؤثراً في وقوعها؛ ذلك أنّه لا يزيد عن كونه مجرد التقاء

(1) قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 3 سنة 1987، وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم 2006/52.

(2) قانون العقوبات الأردني رقم 1960/16 وجميع تعديلاته، والمعدل بأخر قانون رقم 2011/8، الجريدة الرسمية رقم 5090 تاريخ 2011/5/2.

(3) تمييز جزاء رقم 93/314، مجلة نقابيين المحامين الأردنيين، سنة 1995، ص 3960.

(4) د. حسين بني عيسى وآخرون، م.س، ص 50.

(5) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص 203.

إرادتين في مستوى واحد لا تغطي إحداها على الأخرى، فتكون الجريمة عندئذ مجهودا خالصا لمرتكبها وهو الفاعل⁽¹⁾.

وعليه يتضح بأن الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري بخصوص مسألة "الاتفاق" جاء تجسيدا لتوصيات مؤتمر أثينا الدولي، وهذا دليل على أنّ التشريع الجنائي الجزائري يتماشى ومتطلبات الشرعية الدولية في عدم العقاب على مجرد الاتفاق دون أن يصاحبه عمل.

4- حكم القتل بطريق التمالؤ في الفقه الجنائي الإسلامي:

السؤال الذي يطرح: هل يُطبَّق مبدأ المساواة ولا تُقتل الجماعة بالواحد لعدم وجود التكافؤ الحقيقي بين الجاني والمجني عليه من حيث عامل العدد، أم يُخالف هذا المبدأ ويُقتلون جميعا ما داموا قد عزموا النية واشتركوا في قتله؟

اختلفت آراء الفقهاء في حكم هذه المسألة وانقسموا إلى فريقين؛ فريق يرى قتل الجماعة إذا اشتركوا في قتل شخص واحد، بينما لا يرى الفريق الآخر قتلهم به، وفي ما يلي أتناول بالتفصيل عرض هذه الآراء مشفوعة بأدلتهم والانتقادات التي تعرضت لها ثم الرأي الراجح.

• **القول الأول:** ويرى أصحابه بأن الجماعة المتمالئة على قتل شخص واحد تقتل به، شريطة أن يكون فعل كل واحد من الشركاء صالحا للقتل به لو انفرد، وهو قول الجمهور واشترط الحنفية أن يتمّ بالسلاح كالسيف والسكين ونحوهما، وروي ذلك عن عدد من الصحابة منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، والمغيرة بن شعبة، وابن عباس رضي الله عنهم، وقال به سعيد بن المسيّب وعطاء وأبو سلمة من التابعين، والأوزاعي والثوري وإسحاق وأبو ثور من الفقهاء⁽²⁾.

قال الزيلعي: "وأما اشتراط السلاح أو ما يجري مجرى السلاح، فلأنّ العمد هو القصد وهو فعل القلب لا يُوقَّف عليه، إذ هو أمر مُبْتَنٌّ فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا، كما أُقيم السفر مقام المشقة والبلوغ مقام اعتدال العقل"⁽³⁾.

- **حجته:** الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمصلحة:

(1) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص83.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص239. النووي، م.س، ج7، ص24، 25. ابن قدامة، م.س، ج11، ص490.

(3) الزيلعي، م.س، ج6، ص98.

I- الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (1).

ووجه الاستدلال أنّ القصاص شرع لاستبقاء الحياة؛ لأنّ الإنسان متى علم أنّه إذا قتل غيره قُتل به، فإنه لن يُقدم على القتل حفاظاً على حياة نفسه، وإذا قيل بأنّ الجماعة لن تُقتل بالواحد، يكون الاشتراك عذراً لإسقاط القصاص وتعطيل المعنى الذي شرع لأجله (2). وقوله: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ (3).

ووجه الاستدلال أنّ المقصود من كلمة "سلطاناً" في الآية هو القصاص، ولم يفرّق الشارع بين أن يقتله واحداً أو جماعةً، فمن قُتل له قتلٌ شرع له سلطان القصاص من الجاني سواء كان فرداً أم جماعة (4).

II- السُّنة: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من قُتل له قتل فهو بخير النظرين إما أن يودى (*)، وإما أن يُقاد" (5).

وما رواه أبو شريح الكعبي أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ثمّ إنكم معشر خزاعة قتلتم هذا الرجل من هُدَيْلٍ وإني عاقله، فمن قُتل له قتلٌ بعد اليوم، فأهلُه بين خيرتين إمّا يَقتلوا أو يأخذوا العَقْل" (6).

ووجه الاستدلال أنّ لفظ "يقاد" في الحديث الأول ولفظ "من" في الحديث الثاني يستغرقان الجماعة والواحد (7).

وفي الأثر ما رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب أنّ عمر بن الخطاب قتل نفراً خمسةً أو سبعةً برجل واحدٍ قتلوه قتل غيلة (*)، وقال: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً" (8).

(1) البقرة، آية 179.

(2) السرخسي، م.س، ج25، ص127. المطيعي، م.س، ج20، ص204. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص514.

(3) الإسراء، آية 33.

(4) المطيعي، م.س، ج20، ص291.

(*) يودى: بسكون الواو أن يعطي القاتل أو أولياؤه لأولياء المقتول الدية، ويُقاد بمعنى يُقتل به. ينظر البخاري، م.س، ج4، هامش الصفحة 269.

(5) البخاري، م.س، كتاب الديات، باب من قُتل له قتل فهو بخير النظرين، حديث رقم 6880. ج4، ص269.

(6) الترمذي، م.س، أبواب الديات، باب ما جاء في حكم القتل في القصاص والعفو، حديث رقم 1406، ج3، ص76.

(7) المطيعي، م.س، ج20، ص204. ابن قدامة، م.س، ج11، ص592.

(*) غيلة: أي خديعة وسراً. ويقال له في القانون الجنائي الاغتياي وهو القتل العمد مع سبق الإصرار أو الترصد.

(8) مالك بن أنس، م.س، باب قتل الغيلة، حديث رقم 2319، ج2، ص248.

والتماثل هو الاجتماع على الأمر بالمساعدة والمُشايعة⁽¹⁾.

ما رُوي عن علي بن أبي طالب: " أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا"، وعن ابن عباس رضي الله عنه: " أنه قتل جماعة بواحد"⁽²⁾، وما روي أنّ شاهدين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاء بآخر وقال: " هذا الذي سرق وأخطأنا في الأول"، فردّ شهادتهما على الثاني وغرّمهما دية الأول وقال: " لو علمتُ أنكما تعمّدتما لقطعتهما "⁽³⁾.

III- الإجماع: فقد اقتصر أبو بكر وابن الزبير وعلي وأقاد عمر من ضربة بالدرّة وأقاد عليّ من ثلاثة أسواط واقتصر شريح من سوط، وحصل كل هذا والصحابة موجودون، ولم ينكره أحد منهم فكان إجماعاً⁽⁴⁾.

IV- القياس: أما القياس فمن وجهين:

الوجه الأول: أنّ القصاص حدّ وجب لواحد على واحد فيجب للواحد على الجماعة، مثل حدّ القذف فهو يجب للواحد على الواحد، كما يجب للواحد على الجماعة، فلو قذف عشرة أشخاص رجلا واحدا حُدّوا جميعا حدّ القذف، فكذلك في القصاص⁽⁵⁾.

الوجه الثاني: أنّ زهوق النفس يتحقق بالمشاركة؛ لأنه غير متجزئ، واشتراك الجماعة فيما لا يتجزأ يوجب التكامل في حق الجميع، كأنه ليس معه غيره، كولاية النكاح، فإذا تولى العقد واحد منهم كان العقد صحيحا ليس لأحد الباقيين حق الاعتراض عليه؛ لأنّ الولاية حق واحد لا يتجزأ⁽⁶⁾.

V- المصلحة: تقضي المصلحة بأن تُقتل الجماعة بالواحد؛ لأنّ القتل كثيرا ما يقع بطريق التناصر والتغالب (الاشترار) لأسباب متعددة: كالخوف من تغلب المجني عليه على الجاني خاصة إذا كان منفردا، واحتياطا لمنع وصول المساعدة التي قد تعرقل تنفيذ الجريمة، ثم إذا قيل بأنّ الجماعة لا تُقتل بالواحد يكون ذلك ذريعة للوصول إلى القتل بطريق المشاركة والاجتماع للإفلات من القصاص، كما أنّ شفاء غليل أهل المجني عليه لا يحصل إلا بقتل

(1) السرخسي، م.س، ج26، ص127. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص514.
(2) الطوري الحنفي محمد بن حسين، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، ط1، (د.ت)، ج8، ص345. السرخسي، م.س، ج26، ص127.
(3) البخاري، م.س، كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم؟ ج4، ص272.
(4) البخاري، م.س، ج4، ص272.
(5) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص319. ابن قدامة، م.س، ج11، ص491. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص514.
(6) ابن عابدين، م.س، ج10، ص204.

الكل، فلو لم يحصل ذلك لاستمرت العداوات والخصومات التي لا ينجم عنها سوى مزيداً من القتل والانتقام والدم⁽¹⁾.

جاء في المبسوط: "وإن اجتمع رهط على قتل رجل بالسلاح فعليهم القصاص، بلغنا أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بذلك وهو استحسان، والقياس أن لا يلزمهم القصاص...؛ لأنّ المعترف في القصاص المساواة، لما في الزيادة من الظلم على المعتدي ولما في النقصان من البخس بحق المعتدي عليه، ولا مساواة بين العشرة والواحد وهذا شيء يعلم ببداهة العقول، فالواحد يكون مثلاً للواحد فكيف تكون العشرة مثلاً للواحد؟⁽²⁾

وأيد هذا القياس قوله تعالى: ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾⁽³⁾، وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس واحدة، ولكنّا تركنا هذا القياس، لما روي أنّ سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً ف قضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم، وقال: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به"، ولأنّ شرع القصاص لحكمة الحياة وذلك بطريق الزجر، ومعلوم أنّ القتل بغير حق في العادة لا يكون إلا بالتغالب والاجتماع؛ لأنّ الواحد يقاوم بالواحد فلو لم تُوجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد لأدى ذلك إلى سدّ باب القصاص، وإبطال الحكمة التي وقعت الإشارة إليها بالنص"⁽⁴⁾.

- نقده: تعرض القول الأول لعدة انتقادات منها: - أنّ معنى السلطان في الآية الأولى هو الخيرة بين القتل أو العفو وأخذ الدية، وليس المراد به القصاص خاصة، وهو ما ذهب إليه جماعة من المفسرين منهم: القرطبي في قوله: "سلطاناً أي تسليطاً وإن شاء قتل، وإن شاء عفا، وإن شاء أخذ الدية"⁽⁵⁾.

والإمام الطبري في تفسيره: "السلطان عليه في القصاص والعفو وأخذ الدية، أي ذلك شاء"⁽⁶⁾، وابن كثير بقوله: "﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِهِ سُلْطَانًا﴾⁽⁷⁾؛ أي سلطة على القاتل فإنه

(1) السرخسي، م.س، ج26، ص127. القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص320. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص514.

(2) السرخسي، ن.م.و.ص.

(3) المائدة، آية 45.

(4) السرخسي، م.ن، ج26، ص127.

(5) القرطبي محمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1427 هـ، 2006 م، ج13، ص73.

(6) الطبري محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل أي القرآن، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، ج2، ص113.

(7) الإسراء، آية 33.

بالخيار فيه، إن شاء قتله قودا، وإن شاء عفا عنه على الدية وإن شاء عفا عنه مجانا⁽¹⁾، والجصاص: " فالجماعة إذا اجتمعت على قتل رجل فكل واحد في حكم القاتل للنفس ولذا قُتلوا به جميعا"⁽²⁾.

وبعدما أورد الآية: ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾⁽³⁾، أضاف: " لا خلاف أن هذا الوعيد لاحق بمن شارك غيره في القتل وإن عشرة قتلوا رجلا عمدا لكان كل واحد منهم داخلا في الوعيد، قاتلا للنفس المؤمنة"⁽⁴⁾.

أما الاستدلال بالآية الثانية فإن إسقاط القصاص كان يلزم لو لم يقم بتنفيذ القتل من الجماعة أحد، وإنما مات من مجموع فعلهم، فإذا قُتل منهم واحد وهو الذي يُظن من فعله حصول التلف في الغالب، فلا يلزم منه بطلان الحد ليكون سببا للتسليط على الرقاب وإذهاب النفوس⁽⁵⁾.

وأما الاحتجاج بالمأثور عن عمر يلزم منه ترك العمل بمدلول الآية: ﴿ وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ أَلْنَفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾⁽⁶⁾، وذلك لا يجوز إذا كان عمر منفردا في قضاءه وقوله، ثم إن قول الصحابي وفعله لا يصلحان لمعارضة الكتاب العزيز فضلا عن الرجحان عليه، حتى ولو انضم إليه إجماع الصحابة، إذ تقرر في الأصول أن الإجماع لا يكون ناسخا للكتاب والسنة؛ ولا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس، بل فيه مجرد مقابلة النفس بجنسها، والمراد منه الاحتراز عن قتل النفس فلا ينبغي النظر إلى ظاهر الإطلاق في الآية؛ إذ ظاهرها قد لا يدل عليه، بل يستفاد بالنظر إلى دليل آخر للحكم على أخذ الجماعة بالواحد، وهو ما روي عن عمر والذي دلّ على عدم اعتبار المماثلة من هذه الناحية⁽⁷⁾.

كما اعترض على القياس بأنه قياس على غير مجمع عليه، وإذا كان كذلك فهو غير معتبر في الشرع، وعلى فرض أنه قياس مجمع عليه فهو معارض بقياس مثله، وهو أن

(1) ابن كثير، م.س، ج3، ص1715. الشافعي محمد بن إدريس، أحكام القرآن، جمعه: الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، دار إحياء العلوم، بيروت، ط1، 1410هـ، 1990م، ص294.

(2) الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1412هـ، 1992م، ج1، ص180.

(3) النساء، آية 93.

(4) الجصاص، م.س، ج1، ص180.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، م.س، مجلد 2، ج4، ص212.

(6) المائدة، آية 45.

(7) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص233.

الشرع جعل للأوصاف تأثيرا على عدم جريان القصاص كالحرية والإسلام، فإذا كانت مانعة من القصاص فالعدد يكون مانعا من باب أولى⁽¹⁾، وهو ما يؤيده قوله تعالى: ﴿وَكُنِينَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾⁽²⁾.

• **القول الثاني:** يرى قتل الجماعة بالواحد دون اشتراط أن يكون فعل كل واحد صالحا للقتل به لو انفرد، بل يجب القصاص منهم جميعا إذا باشر الفعل البعض فقط وهو قول المالكية⁽³⁾.

وَحُجَّتْهُ الْأَدْلَةُ نَفْسَهَا الَّتِي اسْتَدَلَّ بِهَا أَصْحَابُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، خَاصَّةً الْآثَارَ الْمَرْوِيَّةَ عَنْ عَمْرِو وَعَلِيِّ وَابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَّاحِدِ⁽⁴⁾.

جاء في مواهب الجليل: "ويقتل الجميع بواحد ولو كان المباشر للقتل واحد منهم أو كان عينا لهم"⁽⁵⁾، ولعلَّ الغرض يكمن في كونهم نظروا إلى المصلحة العامة من وراء إقامة القصاص وهي حماية المجتمع من كل ما يهدده في أمنه واستقراره.

قال ابن رشد: "وعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر إلى المصلحة، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لأجل نفي القتل، كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾⁽⁶⁾، فإذا كان ذلك كذلك فلو لم تُقتل الجماعة بالواحد لتدرج الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة"⁽⁷⁾.

وفي المنتقى: "فأما قتل الجماعة بالواحد يجتمعون في قتله، فإنهم يُقتلون به وعليه جماعة العلماء، وبه قال عمر وعلي وابن عباس وغيرهم، وعليه فقهاء الأمصار"⁽⁸⁾.

وبخصوص الركن المعنوي فالجمهور قرروا أن عقوبة القصاص لا تثبت إلا إذا توافر القصد الجنائي، بأن قصدوا الفعل طلبا للنتيجة فإذا تخلف القصد فيهما فلا قصاص ويُصار إلى التعزير، أما أكثر المالكية فيرون أنه يكفي لتوافره أن يكون الفعل عمدا وعدوانا إذا

(1) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص319. ابن قدامة، م.س، ج11، ص490.

(2) المائدة، آية 45.

(3) الحطاب، م.س، ج8، ص306. الباجي، م.س، ج9، ص99.

(4) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص319.

(5) الحطاب، م.س، ج8، ص306.

(6) البقرة، آية 179.

(7) ابن رشد، بداية المجتهد، م.س، مجلد 2، ج4، ص212.

(8) الباجي، م.س، ج9، ص99.

وقعت الجريمة وكانت نتيجة تمالؤ بين الشركاء، فهم لا يرون القصد إلى النتيجة مطلوباً ما دام الفعل من شأنه أن يدلّ عليه، فالعبرة إذن بقصد الاعتداء وبالنتيجة لا بقصد النتيجة نفسها، فهي لازمة للفعل يفترض قصدها لا محالة⁽¹⁾.

ولا يهّم عند المالكية أيضاً نوع الآلة المستعملة في التنفيذ، سواء كانت قاتلة أم غير قاتلة؛ لأنّ القصد لا يتوقف استظهاره على أداة الجريمة، وإنما يُستدلّ عليه بتعمد إتيان الفعل كأن يكون نتيجة عداوة بين الجاني والمجني عليه⁽²⁾.

جاء في حاشية الدسوقي: "ويُقتل المتماثلون على القتل أو الضرب، بأن قصد الجميع الضرب، وإن حصل الضرب بسوط أو بيدٍ أو قضيب حتى مات"⁽³⁾.

أما الركن المادي عند المالكية فيشمل كل عمل يؤدي إلى تحقيق النتيجة، فلا يتوقف عند مجرد ارتكاب الأفعال المادية للجريمة، فقصد الاشتراك لتحقيق النتيجة المتفق عليها كافٍ لمعاقبة الجميع بعقوبة العمد المنصوص عليها، ولو توقف دور الشريك عند مجرد الحضور والتواجد في مسرح الجريمة لحظة ارتكابها، لشدّ أزرّ الفاعلين أو التدخل في التنفيذ إذا دعت الحاجة، حتى وإن لم يقيم بعمل يعتبر شروعاً فيها⁽⁴⁾.

• **القول الثالث:** يرى عدم قتل الجماعة بالواحد، وإنما يكون لولي المقتول قتل واحد منهم فقط يختاره، ويؤخذ من الباقيين حصصهم من الدية، وهو مروى عن معاذ بن جبل وعبد الله بن الزبير والزهري وابن سيرين⁽⁵⁾، وهذا الواحد الذي ينفذ فيه القتل إما أن يختاره الورثة كما في رواية عن الإمام مالك، أو يقرع بينهم فمن خرج سهمه كان هو الذي يقتص منه وهي الرواية الثانية عن مالك والقول الآخر للشافعي⁽⁶⁾.

- **حجته:** الكتاب والمعقول:

I- **الكتاب:** قَالَ تَعَالَى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ تَنْفَسَ بِالنَّفْسِ﴾⁽⁷⁾، وقوله عزّ وجلّ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُنِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ط الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾⁽⁸⁾.

(1) الباجي، م.س، ج9، ص104. أبو زهرة، م.س، ص288، 289.

(2) الباجي، م.ن، ص103، 104. سحنون، م.س، ج6، ص308.

(3) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

(4) الخرخشي، م.س، ج8، ص20.

(5) المطيعي، م.س، ج20، ص291، القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص319. النووي، م.س، ج7، هامش ص37.

(6) النووي، م.س، ج7، ص37.

(7) المائدة، آية 45.

(8) البقرة، آية 178.

ووجه الاستدلال أنه لا مساواة بين النفوس والنفس الواحدة، فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد، كما لا تجب ديات لمقتول واحد، ثم إنّ التفاوت في الأوصاف يمنع القصاص، بدليل أنّ الحرّ لا يؤخذ بالعبد، فالتفاوت في العدد أولى لمنع القصاص من الجماعة⁽¹⁾.

II- المعقول: قالوا إنما يلزم تعطيل القصاص لو لم يُقتل من الجماعة أحد، أمّا إذا قُتل منهم واحد وهو الذي يغلب على الظن أنّ فعله هو المزهق فلا يلزم حينئذ تعطيل الحدّ، ثم إنّ القصاص من الجماعة قد يُتخذ ذريعة للتسلّط على رقاب الناس وإذهاب للنفوس⁽²⁾.

- **نقده:** أنتقد دليل الكتاب بأنّ النفس اسم جنس وُضع لاستغراق جميع الماهيات، والماهية كُلية تقابل ماهية أخرى، وكما تتحقق بفرد تتحقق بأفراد، فليس المقصود مقابلة فرد بآخر ولكن مقابلة ماهية النفس القاتلة (فردا أو جماعة) بماهية النفس المقتولة⁽³⁾.

ثم إنّ الآيات الواردة في الأخذ بالقصاص كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّوْنُكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقَلُونَ﴾⁽⁴⁾.

وقوله ﴿وَعَلَىٰ﴾: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾⁽⁵⁾، جاءت عامة تستغرق الفرد الواحد والجماعة لغة وشرعا⁽⁶⁾.

واعترض على دليل السنة بأنّ النفس يراد بها عموم الفرد والجماعة، ولا دليل لإخراجها من هذا العموم⁽⁷⁾، وكذلك دليل المعقول بأنّ تخصيص البعض بالقتل فيه ظلم لا دليل على تعينه، والله تعالى لم يكلفنا بمعرفة مقدار جناية كل واحد من القاتلين لأنه تكليف بمحال، فهو شيء لا يعلمه إلا الله.

• **القول الرابع:** ويرى بأنّ الجماعة لا تقتل بالواحد وإنما تؤخذ منهم الدية فقط، وهو قول ربيعة وأهل الظاهر والحنفية⁽⁸⁾ بطريق القياس، وأحمد في رواية عنه⁽⁹⁾.

(1) السرخسي، م.س، ج25، ص37. الباجي، م.س، ج9، ص99. النووي، م.س، ج7، ص29. ابن قدامة، م.س، ج11، ص490.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، م.س، المجلد2، ج4، ص212.

(3) الجصاص، م.س، ج1، ص180. الطوري، م.س، ج8، ص355.

(4) الأنعام، آية 151.

(5) الإسراء، آية 33.

(6) المطيعي، م.س، ج20، ص204.

(7) ن.م.و.ص.

(8) ابن حزم، م.س، ج11، ص171. ابن عابدين، م.س، ج10، ص204.

(9) ابن قدامة، م.س، ج11، ص490، 495.

- حجته: الكتاب والقياس والمعقول:

I- الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْكُمْ فِيهَا أَنْ أَنْفُسَ بِالنَّفْسِ﴾ (1).

وقوله: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾ (2).

ووجه الاستدلال أن الآية دللت بمنطوق لفظها على مقابلة النفس الواحدة بالنفس الواحدة في القصاص ولم يقل أنفسا بنفس ولم يقل أحرارا بحرّ، وبمفهوم المخالفة فإنها تدلّ على عدم أخذ أكثر من نفس بنفس واحدة، كما أنّ قتل الجماعة بالواحد ينافي معنى القصاص؛ إذ موجهه هو الجناية التي تُزهق النفس فإن زُهقت بمجموع فعلهم فليس كل فرد قاتلا وبالتالي كيف يُقتل من ليس بقاتل؟ (3).

II- القياس: فقالوا: إنّ الواحد لا يكافئ الجماعة، ولأنه لو اشترك جماعة في سرقة نصاب فسرقوا كلهم نصابا لم يُقطعوا فكذلك هاهنا (4).

III- المعقول: من وجهين؛

الوجه الأول: معنى القصاص هو المماثلة والمساواة ولا مساواة بين الجماعة والواحد، لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس في حق المعتدى عليه، ولا مساواة بين العشرة والواحد، وهذا شيء مما يُعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلاً للواحد، فكيف تكون العشرة مثلاً للواحد؟! (5).

والوجه الثاني: الاشتراك في القتل يمنع من معرفة القاتل الحقيقي الذي يجب القود منه، والقود يجب على من عُرف تحقق القتل العمد والعدوان منه، وعند انعدامه يسقط القصاص (6).

- نقده: اعترض على دليل الكتاب بأنه لا دلالة في الآية على اعتبار الوحدة في النفس بل مجرد مقابلة جنس النفس بجنسها، وعليه لا ينظر إلى مجرد إطلاقها، وهي بذلك لا تتعارض مع ما أثير عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (7).

(1) المائدة، آية 45.

(2) البقرة، آية 178.

(3) السرخسي، م.س، ج 25، ص 126. القرافي، الذخيرة، م.س، ج 12، ص 319. ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 490.

(4) النووي، م.س، ج 7، بهامش الصفحة 37.

(5) السرخسي، م.س، ج 25، ص 126.

(6) الطوري، م.س، ج 8، ص 357.

(7) م.ن، ص 355.

واعترض على الوجه الأول من دليل المعقول بأنّ عدم القصاص من الجناة يؤدي إلى فتح باب الفساد، حيث يتسارع الناس إلى القتل به، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب زجره، فيجب القصاص تحقيقاً لحكمة الردع والزجر؛ لأنه لو لم يجب لما عجز المُفسد من أن يجتمع مع غيره ويقتل لعلمه أن لا قصاص عليه، وذلك يكون ذريعة إلى سدّ باب القصاص، زيادة على أنّ الجماعة في إزهاق النفس غير المتجزئة كالشخص الواحد⁽¹⁾.

كما اعترض على الوجه الثاني منه بأنّ القتل ممّا لا يتجزأ، فإذا اشترك جماعة فيما لا يتجزأ كان كل واحد منهم قاتلاً له على سبيل الكمال، فلا حاجة إلى معرفة القاتل الحقيقي الذي نتج عن فعله الزهوق، بدليل مساواة القتل الذي هو جزاء بالقتل الذي هو عدوان، فإنّ الأولياء إذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلاً بكماله؛ إذ المقصود بالقتل التشفّي والانتقام وهو حاصل لكلا النوعين: الجزاء والعدوان، فيتكامل لكل واحد من الأولياء كما يتكامل لكل واحد من المعتدين⁽²⁾.

• المناقشة والترجيح:

سبب الاختلاف بين الفقهاء يرجع إلى ما يعتبر عمداً، ومتى يمكن وصف الفاعل بأنه قصد النتيجة أو لم يقصدها؟، ذلك أنهم مختلفون في معنى العمد، وبمعنى آخر في الأداة المستعملة في تنفيذ الجريمة، فمنهم من يشترط نوعاً محدداً من الأدوات ذات أوصاف خاصة ليتحقق القتل العمد الموجب للقصاص، وهم السادة الحنفية حيث يشترطون للقصاص من الجماعة أن تكون أفعالهم مباشرة وأن يستعملوا في ذلك آلات قاتلة بطبيعتها كالسلاح من سيف وسكين أو مُحدّد كالحجر والخشب؛ لأنّ القصد أمر خفي لا يُكشَف عنه إلا من خلال أداة الجريمة، واستعمال السلاح فيه دلالة على القصد والتصميم وبدونه لا يقطع بالنية المبيتة⁽³⁾.

ويفهم من ذلك أنّ الأحناف يضيّقون كثيراً من دائرة المباشرة للجريمة، فإذا اشترك اثنان في قتل ثالث، وضربه أحدهما بحديد والآخر بعصاً، فلا يجب القصاص على واحد منهما؛ لأنّ القتل بالعصا غير موجب للقصاص عندهم⁽⁴⁾، في حين لا يشترط الجمهور وخاصة المالكية وصفاً خاصاً في الأداة المستعملة حتى يعتبر صاحبها مباشراً، فالقصد إلى النتيجة

(1) ابن قدامة، م.س، ج11، ص491.

(2) السرخسي، م.س، ج25، ص128.

(3) الزيلعي، م.س، ج6، ص114.

(4) السرخسي، م.س، ج25، ص93.

يتحقق بكل أداة؛ إذ يكفي عندهم مجرد الضرب باليد إن قصد الجميع الضرب واشتركوا فيه فعلا، فنجم عن ذلك الموت، أو أي آلة لا تؤدي في حكم العادة إلى إزهاق النفس كالسوط والقضيب ونحو ذلك⁽¹⁾.

ويُفرق المالكية في القصد بين جريمة الفاعل والجريمة الجماعية، ففي الحالة الأولى يشترطون في الفعل أن يكون عمدا وعدوانا وهو ما يُعبّر عنه بالقصد العام؛ أي قصد العدوان، ويعتبر الجاني قاتلا متعمدا إذا لطم شخصا أو رماه بحجر صغير أو بعضا خفيفة فنجم عن ذلك الموت، ما دام قد فعل ذلك بقصد العدوان وإن لم يقصد النتيجة⁽²⁾.

أما الحالة الثانية وهي حالة الاشتراك فالمالكية يشترطون فيها قصدا خاصا، وهو قصد الاشتراك (التماثل) إلى ارتكاب الفعل لتحقيق النتيجة، ووقوعها فعلا سواء كانت قتلا أم جرحا حتى يعاقب كل شريك بعقوبة العمد المنصوص عليها⁽³⁾.

والخلاصة في مذهب الإمام مالك أنه تترتب مسؤولية الجاني كاملة عن فعله المقصود سواء قصد هذه النتائج بالذات أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها، فهو مسؤول عما يمكن أن يترتب عن هذا القصد من نتائج احتمالية؛ أي الأخذ بالقصد الاحتمالي بالتعبير القانوني⁽⁴⁾، أما إذا كان الفعل قد وقع خطأ دون تعمد كاللعب أو التأديب فلا تكون الجريمة عمدية، وبالتالي لا يعاقب صاحبها بعقوبة العمد⁽⁵⁾.

وفي هذا يقول الإمام الشريبي: "ويقتل الجمع بواحد وإن تفاضلت جراحتهم في العدد والفحش والأرزش^(*) سواء أقتلوه بمحدد أم ألقوه من شاهق أو في بحر"⁽⁶⁾.

أما بخصوص التواجد على مسرح الجريمة فإن للإمام مالك رأيا حيث اعتبر من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر أثناء ارتكابها كان شريكا مباشرا لا شريكا متسببا، حتى لو لم يساعد المباشر على ارتكابها، وهذه نظرية انفرد بها مالك في مسألة الشريك المتسبب،

(1) الباجي، م.س، ج 9، ص 103، 104. الشريبي، م.س، ج 5، ص 245. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج 5، ص 514.

(2) عودة، م.س، ج 1، ص 420.

(3) الدسوقي، م.س، ج 4، ص 245. الخطاب، م.س، ج 8، ص 310.

(4) عودة، م.س، ج 1، ص 420.

(5) الدردير أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، ج.م.ع، (د.ط، د.بت)، ج 4، ص 338.

(*) الأرزش: دية الجراح والجمع أروش كفلس وفلوس. الفيومي، م.س، كتاب الألف، ص 5.

(6) الشريبي، م.س، ج 5، ص 245.

سواء أكانت وسيلة الاشتراك هي الاتفاق أم التحريض أم الإعانة؛ لأنه يجسد مساعدة معنوية تتضمن تعصيذا المباشرين واستعدادا للتدخل ولو لمجرد تكثير العدد وقت الحاجة⁽¹⁾.

ومسرح الجريمة عند المالكية يعدُّ من الأعمال المكونة للركن المادي لها أما باقي الفقهاء فيرون المُعين شريكا بالتسبب في كل الأحوال ما دام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة⁽²⁾.

قال الخرشي: "الجماعة المتمألون على قتل شخص يقتلون... ولو لم يلِّ القتل إلا واحدٌ بشرط أن يكونوا بحيث لو استُعِين بهم أعانوا"⁽³⁾.

فهذا الشرط يتطلب بالضرورة الظهور على مسرح الجريمة لحظة اقترافها⁽⁴⁾، بمفهوم المخالفة فإنَّ الشريك المتماثل مع غيره إذا كان غائبا عن مسرح الجريمة لحظة ارتكابها يصبح شريكا متسببا عندهم لا يعاقب بعقوبة المباشر، وإنما تترتب عليه عقوبة تعزيرية؛ لأنَّ ما قام به يعدُّ معصية شرعا، بشرط أن يريدَ وقوعَ الجريمة محلَّ الاشتراك ويعلم بها⁽⁵⁾.

أما الشافعية والحنابلة فإنهم يشترطون لمعاقبة الشركاء بالتماثل أن يكون لكل منهم صفة الفاعل للجريمة، فلا بدَّ أن يشترك الجميع في ضرب المجني عليه بالسياط أو بالحجر مثلا، ما دامت أفعالهم في مجموعها تؤدي إلى زهوق النفس، حتى لا يُتخذَ التماثل سبيلا لدرء القصاص عن الشركاء⁽⁶⁾.

ومنه يظهر الفرق جليا بين مذهب المالكية ومذهب الشافعية والحنابلة ومن وافقهم بخصوص هذه المسألة، فالمالكية يذهبون إلى توسيع دائرة المباشر ليشمل كل من تواجد على مسرح الجريمة وقت ارتكابها وإن لم يقدِّم بعمل يعدُّ شروعا فيها ما دام الاتفاق بين الجناة ثابتا، أما الشافعية والحنابلة لا يعتبرون الشريك مابشرًا إلا إذا صدر عنه فعل مادي يصح وصفه بأنه شروع فيها، وإن لم يؤدِّ إلى النتيجة بالضرورة طالما أنه إذا انضم إلى أفعال باقي الشركاء أدى إلى وقوع النتيجة المتفق عليها.

(1) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

(2) الخرشي، م.س، ج8، ص10. الدسوقي، ن.م.و.ص. وينظر د. الفاخري، م.س، ص143.

(3) الخرشي، م.ن، ج8، ص10.

(4) العدوي، م.س، ج6، ص240.

(5) الحطاب، م.س، ج6، ص252.

(6) الشربيني، م.س، ج5، ص245. البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج5، ص514.

وعليه فالشافعية والحنابلة توسطوا الرأيين، فلم يمنعوا العقوبة مطلقاً فیتعطل القصاص، ولم يطبقوها على الكل ليتخذ الاشتراك سبيلاً لإتلاف النفوس وإذهابها، بل قصرُوا مفهومَ المباشرة على من غلب على الظنّ حصول الزهوق من فعله.

لكن ينبغي ألا يفهم أنّ الأحناف ينفون صفة العمد في استعمال ما دون السلاح في القتل بل يرونه عمداً، لكن لا يلزم فيه القصاص وهو ما يسمونه بشبه العمد، فالعمد متحقق بقصد الفاعل إلى الضرب، ومعنى الخطأ متحقق أيضاً لعدم قصده النتيجة وهي القتل، فلما لم يكن القتل عمداً محضاً لم يلزم فيه قصاص، لذلك قالوا أنّ استعمال كل أداة ليست سلاحاً كالعصا والحجر لا يكون به القتل عمداً محضاً؛ لأنّ استعمال ذلك دليل على عدم القصد إلى النتيجة؛ أي جعلوا آلة القتل مقام القصد كدليل عليه.

قال أبو حنيفة: "كل ما عدا الحديد من القُصْبِ أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد...، وقال أبو يوسف ومحمد: شبه العمد ما لا يقتل مثله"⁽¹⁾.

وقد انتقد بعض الباحثين المحدثين⁽²⁾ رأي الحنفية ووصفوه بأنه رأي غير سديد؛ ذلك أنّ ربط القصد بالآلة القاتلة تقييداً لا مبرّر له، وفيه من التحكم ما يُخرج الكثير من الحالات من دائرة القتل العمد رغم وقوعها فعلاً وكثرتها؛ إذ كيف لا يعتبر من يرضخ رأس المجني عليه بالحجر حتى الموت قاتلاً؟! أو من يضرب غيره بعصا كبيرة أو عمود خشبي، كيف لا يكون أمثال هؤلاء قاتلين عمداً يلزم القصاص منهم؟! خاصة وأنّ الأحاديث وردت بالقصاص في مثل ذلك.

من ذلك قصة الجارية التي رضخ يهودي رأسها بالحجارة حتى ماتت، فقد ثبت أنّ رسول الله ﷺ قد اقتص منه بمثل فعله، ونصوص القصاص جاءت مطلقة دون تقييد بسلاح معيّن، ومنه فالقتل الموجب للقصاص بأداة قاتلة يعدّ تحكماً لا مسوّغاً له⁽³⁾.

- **الترجيح:** مما سبق يمكن ترجيح القول الثاني وهو رأي المالكية؛ لأنه قول سائغ وله ما يبرره منطقاً وحجة، ولا بدّ أن يكون للاشتراك اعتبار خاص في نظر الشرع، حتى لا يتخذ ذريعة للإفلات من العقاب، كما أنّ اشتراط القصد إلى النتيجة يتناسب في الشدّة مع العقوبة؛ لأنّ العقاب لا ينبغي أن يكون رهن المصادفات بل لا بدّ من توقيعه على كل من يتبنى

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، م.س، مجلد 2، ج 4، ص 209.

(2) د. الفاخري، م.س، ص 144.

(3) الباجي، م.س، ج 9، ص 104. الشرييني، م.س، ج 4، ص 3، وينظر د. الفاخري، ن.م.و.ص.

الجريمة ويصرّ على ارتكابها، بأن تتوجه إرادته وقصدّه إليها وهذا يتحقق أكثر ممّن يتفق مع غيره على إتيانها.

لذا صحّ اعتبار التمالؤ وحده علّةً وسببا وجيها لإقامة القصاص على الجميع، وهو ما يتمشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية ومبادئها والتي منها تقديم المصلحة العامة على الخاصة، وأنّ دفع الضرر أولى من جلب المنفعة، وحتى لا يتخذ الاشتراك ذريعة للإفلات من العقاب، هذا فضلا عن أنّ النصوص الشرعية جاءت مؤيدة لذلك.

5- تعدد الفاعلين في جناية القتل العمدي في القانون الجزائري:

نصت المادة 41 فقرة 1 ق.ع.ج: "يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة...".، يفهم منها أنّ الجريمة يقوم بها عدد من الجناة يطلق عليهم الفاعلون الأصليون، أو الفاعلون مع الغير، يساهمون معا في تنفيذها مباشرة، وفي هذه الحالة يوجد أكثر من فاعل واحد يشتركون في ارتكاب نفس الفعل ويتعاونون على تنفيذه، فهذه الحالة تشبه حالة الفاعل الوحيد ويضاف إليها أنّ الجاني - الفاعل الأصلي - لم يرتكب الفعل المادي بمفرده وإنما قام به بمعية شخص أو أكثر، بحيث يكون الجميع فاعلين ماديين للجريمة، ولا تكون أعمالهم تحضيرية ولا من قبيل الأعمال الاشتراك المساعدة أو التبعية⁽¹⁾.

• صور تعدد الفاعلين في القانون الجزائري

يتضح من نص المادة أعلاه أنّ تعدّد الفاعلين له صورتان:

- الصورة الأولى: عندما يحقق الفاعل مع غيره الركن المادي للجريمة بأكمله ويطلق عليه الفاعل الأصلي المساعد أو الفاعل مع غيره، بحيث إذا نُظر إلى نشاطه مستقلا عن نشاط من معه كان كافيا لاعتباره وحده مرتكبا للجريمة، كأن يتربص اثنان لغريم لهما بناء على اتفاق مسبق، حتى إذا ظفرا به انهالا عليه مباشرة كل يطعنه بسكين حتى الموت، فيكون فعل كل جانٍ بمفرده صالحا لأنّ تقع به الجريمة تامة، لكنّ انصراف قصد الجميع إلى التعاون والمساهمة في التنفيذ جعل أفعالهم رغم تعددها جريمة واحدة⁽²⁾.

- حكمها: يرى المشرّع الجزائري أنّ الجماعة إذا اتفقت على قتل إنسان حيّ وساهموا بأفعال مادية مباشرة في إحداث النتيجة، فإنّ الجميع مسؤول عنها مهما كانت مساهمته، ولا عبرة

(1) أ. بلعيات إبراهيم، م.س، ص77.

(2) م.ن، ص 78. وينظر د. حسين بني عيسى، د. خلدون قندح، أ. علي طوالية، شرح قانون العقوبات- القسم العام- الاشتراك الجرمي والنظرية العامة للجزاء، دار وائل للنشر، ط1، 2002م، ص27.

بعد ذلك ولا فرق بين من كانت ضريته قاتلة ومن لم تكن كذلك؛ والعلة أنّ كل واحد قد أتى بالركن المادي للجريمة بحيث لو انفرد كان كافيا ليُسأل عنها كما لو ارتكب الجريمة وحده، بل ولو تعدّر معرفة صاحب الضربة القاتلة، فالجميع يعتبر فاعلا أصليا لها طالما وُجد القصد المشترك والتفاهم واتجهت الإرادات إلى تحقيق النتيجة⁽¹⁾.

ولأنّ العبرة في المساهمة الجنائية تكون بالقصد إلى الفعل والتدخل فيه وليست بالمساهمة في الفعل، كما هو الراجح في الفقه⁽²⁾، وهذا الذي ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية في عدد من قراراتها منها: "لذلك فُضي بأنّ المتهمين الذين صمّموا العزم على قتل المجني عليها وحضروا لذلك بكلّ الوسائل لارتكاب الجريمة ثم قاموا بتنفيذها بأنفسهم يعتبرون فاعلين أصليين بجناية القتل العمد مع سبق الإصرار لا مجرد شركاء"⁽³⁾.

وبناءً على هذه الصورة جاء تعريف المؤتمر الدولي المنعقد بأثينا للفاعلين المباشرين بقوله: "يعدّ فاعلين من يقومون معا بقصدٍ مشتركٍ بالأعمال المنفّذة للجريمة"⁽⁴⁾.

- **الصورة الثانية:** أن يقتصر دور الجاني على إتيان جزءٍ من الأعمال المادية في تكوين الجريمة، إذا كانت الجريمة بطبيعتها أو طبقا لخطة تنفيذها تتألف من جملة أفعال، مع العلم أن نشاط الواحد منفردا لا يكفي وحده لوقوع الجريمة تامةً، بل تحقيق ذلك يتوقف على تضافر الجهود والأفعال واجتماعها، وهذا ما يميّز هذه الحالة عن سابقتها⁽⁵⁾.

وتجد هذه الصورة مجالات تطبيقها في الجرائم المركبة، حيث يكون الركن المادي للجريمة حسب النموذج القانوني له يتألف من عدة أفعال، كجريمة تزوير المستندات التي يقوم فيها أحد الجناة بتدوين صلب المستند ويقوم الثاني بتقليد الختم أو الإمضاء، أو يقوم عدد من الأشخاص بناءً على اتفاق بينهم بضرب المجني عليه ضربا مبرحا حتى الموت، وتترتب الوفاة نتيجة للضرب المشترك بينهم، بحيث يكون ضرب الواحد لو انفرد غير كاف لإحداث الموت، لكن ومع اجتماعه مع باقي الأفعال الأخرى أدى إلى الموت.

(1) د. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1990م، ص40.

(2) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص80.

(3) قرار صادر بتاريخ 29 أبريل 1990 عن الغرفة الجنائية الأولى. ينظر أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص78.

(4) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص80.

(5) حمودة منتصر سعيد، المساهمة الجنائية دراسة مقارنة بالتشريع الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2012م، ص131. وينظر: د. خلدون قندح، أ. علي طوالبه، م.س، ص28.

- حكمها: كل من تدخّل في هذا التنفيذ يعدّ فاعلا مع غيره ولو أنّ الجريمة لم تتمّ بفعله وحده، متى وُجدت لدى الجاني نيةُ التدخّل في إيقاع تلك النتيجة مع غيره وشارك فعلا بدور في حصولها، جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الجزائرية: " تستلزم المساهمة المباشرة من الجناة أن يقوم كل واحد منهم بتنفيذ الجريمة بأكملها أو جزء منها على الأقل"⁽¹⁾، ومثلها جريمة السرقة إذا قام اللصّ الأول بكسر الباب ليدخل الثاني ويسرق المنزل، فيعدّ كل واحد منهما فاعلا مباشرا لجريمة السرقة، فكسر باب المنزل بقصد السرقة لا يعدّ عملا تحضيريا وإنما هو عمل يدخل في الأعمال التنفيذية للجريمة، وهذا حسب الأخذ بمعيار البدء في تنفيذ الجريمة أو على الأقل الشروع فيها⁽²⁾.

وهذه الصورة وإن كانت تستفاد ضمنا من المادة 41 إلا أنّ بعض التشريعات العربية قد نصت عليها صراحة كما في المادة 39 من قانون العقوبات المصري بقولها: " يعدّ فاعلا للجريمة من يدخل في ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أفعال فيأتي عمدا عملا من الأعمال المكونة لها"، والمادة 212 من القانون اللبناني، والمادة 211 من القانون السوري، والمادة 75 من القانون الأردني⁽³⁾، وكان الأخرى بالمشروع الجزائري أن يتّبع النهج نفسه حتى يزول اللبس والغموض.

• تقدير الفقه والقضاء الجزائري لمسرح الجريمة

يعتبر الفقه والقضاء الجزائري الشريك فاعلا أصليا متى كان حاضرا في مسرح الجريمة لحظة ارتكابها، وهي الصورة التي يطلق عليها القانون الإنجليزي الفاعل من الدرجة الثانية⁽⁴⁾، ما دام القصد من وراء التواجد هو تقديم المساعدة اللازمة للفاعل بهدف تنفيذ الجريمة أو لتقوية عزمته، ولو لم يصدر عنه أي عمل من الأعمال المساعدة⁽⁵⁾.

والحضور في مسرح الجريمة كما سبق القول في الفصل التمهيدي هو معيار آخر يضاف لمعيار الشروع للتمييز بين الفاعل الأصلي والشريك، ويرى بعض شراح قانون العقوبات الجزائري أنه يندرج ضمن المساهمة المباشرة الواردة في المادة 41 منه، منهم

(1) قرار بتاريخ 02-01-1985 الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 36659، د. جيلالي بغدادي، م.س، ج2، ص220.

(2) عمر خوري، محاضرات في شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزائر، (د.ط)، 2007م-2008م، ص199.

(3) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص79.

(4) م.ن، ص82.

(5) أ. بلعيات إبراهيم، م.س، ص77. عبد الله سليمان، م.س، ص200. د. رضا فرج، م.س، ص325.

الدكتور رضا فرج الذي يرى بأنّ المساهمة المباشرة تتطلب بالإضافة إلى عنصر الشروع، توافر شرط إضافي وهو أن يكون فعل الاشتراك وثيق الصلة بالجريمة، وهذا يقتضي بالضرورة تواجد الشريك أو ظهوره في مسرح الجريمة⁽¹⁾.

وتعبير "مسرح الجريمة" ذو مدلول نسبي فليس المقصود به المكان الذي تقع فيه الجريمة فقط، بل يُستعمل أيضا للدلالة على المعاصرة الزمانية، وبالتالي فهذا المدلول يختلف من جريمة لأخرى، فهو يمتدّ ليشمل كل مكان يستطيع الجاني من خلاله أداء دوره في الجريمة وفقا للخطة المرسومة⁽²⁾، ولو اقتصر أحد الجناة على شغل الضحية بمكالمة هاتفية ليُبطئ عودته بينما باشر زملاؤه تنفيذ السرقة المتفق عليها، يكون فاعلا أصليا؛ لأنّ مسرح الجريمة يتسع ليشمل المكان الذي تمّ منه الاتصال الهاتفي بالمجني عليه⁽³⁾.

وعليه يمكن القول بأنّ الاجتهاد القضائي الجزائري يميل إلى التوسع في معنى الفاعل الأصلي، على غرار رأي الإمام مالك في هذه المسألة كما سبق.

والملاحظ أنّ معيار مسرح الجريمة رغم أهميته لم يرد النص عليه في القانون الجزائري بل هو متروك لاجتهاد القضاء، وبالمقابل يوجد العديد من الشريعات العربية والأجنبية التي أشارت إليه صراحة، من ذلك قانون الجزاء الكويتي في المادة 47 فقرة 2 بقولها: "يعدّ فاعلا للجريمة من تصدر عنه أفعال مساعدة أثناء ارتكاب الجريمة، أو يكون حاضرا في المكان الذي ترتكب فيه الجريمة أو بقربه، بقصد التغلب على أية مقاومة أو بقصد تقوية عزم الجاني"، والقانون العراقي في المادة 49⁽⁴⁾.

والأمر نفسه الذي أصبح عليه قضاء محكمة النقض المصرية التي وسّعت بدورها من نطاق المساهمة الأصلية، فاعتبرت من يقدم مساعدة وقت ارتكاب الجريمة وفي مكانها فاعلا أصليا ولو كان ما قام به لا يصل إلى درجة البدء في التنفيذ المكون للشروع⁽⁵⁾، وذلك وذلك تأسيا بقضاء محكمة النقض الفرنسية، وهو قضاء لا يستند للنص القانوني ولا لإرادة المشرّع، بل جاء خلافا لما تقضي به المادة 60 فقرة 3 من قانون العقوبات الفرنسي⁽⁶⁾.

(1) د. رضا فرج، م.ن، ص303.

(2) د. رضا فرج، م.س، ص304.

(3) أحمد سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار المهضة العربية، (د.ب.ط)، 1981م، ج1، ص612.

(4) د. محمد عوض، م.س، ص351. د. علاء زكي، الاشتراك بالتحريض والاتفاق والمساعدة في قانون العقوبات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط1، 2015م، ص535.

(5) د. محمد عوض، ن.م.و.ص.

(6) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص82.

وكان الأحرى بالمشرع الجزائري أسوةً بهذه القوانين، بل وقبلها جميعاً أسوةً بمذهب الإمام مالك رحمه الله الذي سبقهم في سنّه، أن يختصّ هو الآخر نصاً قانونياً يعالج هذه المسألة، هذا من جهة ومن أجل توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى الممارسة القضائية لتحقيق العدل من جهة ثانية.

• موقف القانون الجزائري من الوسيلة المستعملة في القتل:

هنا يثور تساؤل مفاده هل يشترط قانون العقوبات الجزائري في جنائية القتل العمدي استعمال وسائل محددة على سبيل الحصر؟

بالرجوع إلى المادة 254 والتي تعرّف جنائية القتل العمد بقولها: "القتل هو إزهاق روح الإنسان عمداً"، يمكن القول بأنّ المشرّع يرى أنّ الركن المادي في هذه الجنائية يتمثل في إزهاق روح الإنسان دون وجه حق فقط، وسكت عن نوع الوسيلة المستعملة، فيُفهم من ذلك أنّ كل الوسائل التي تؤدي إلى القتل تعتبر أداة للجريمة لا فرق بين وسيلة وأخرى، كذلك المادة 304 المتعلقة بجنحة الإجهاض لم تشترط هي الأخرى نوعاً محدداً من المواد المستعملة في تنفيذ هذه الجنحة وإنما ذكرت بعضاً منها على سبيل التمثيل لا الحصر⁽¹⁾.

يؤيد ذلك قرار المحكمة العليا السابق ذكره حيث جاء فيه: "لذلك فُضي بأنّ المتهمين الذين صمّموا العزم على قتل المجني عليها وحضروا لذلك بكلّ الوسائل لارتكاب الجريمة ثم قاموا بتنفيذها بأنفسهم يعتبرون فاعلين أصليين بجنائية القتل العمد مع سبق الإصرار لا مجرد شركاء"⁽²⁾.

وفي قرار آخر صادر عن الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا: الفرق بين الأركان والظروف الأخرى: "إنّ الوسيلة المستعملة في القتل لا تعدّ ظرفاً مشدداً فيما عدا التسميم الذي له حكم خاص به"⁽³⁾.

6- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري:

مما سبق يمكن القول بأنّ تعدد الفاعلين المباشرين في الجريمة مع سبق الإصرار في القانون الجزائري بصورتيه يوافق في الفقه الجنائي الإسلامي حالة القتل بالتماثل وأنّ الحكم

(1) تنص المادة 304: " كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى... أو شرع في ذلك ".

(2) قرار صادر بتاريخ 29 أفريل 1990، الغرفة الجنائية الأولى، المحكمة العليا.

(3) قرار رقم 218-23 صادر يوم 9 ديسمبر 1980، الغرفة الجنائية الأولى، المحكمة العليا. وينظر د. جيلالي بغدادي، م.س، ص258.

فيهما واحد، وهو أنّ الجميع فاعلون في الجريمة ويتحمّلون نتائجها كما لو ارتكبها شخص بمفرده، فالعقوبة واحدة وهي القصاص في الشريعة الإسلامية، والعقوبة المقررة لجناية القتل العمد في القانون الجزائري طبقا للمواد 254 عقوبات وما بعدها.

ويتفق القانون الجزائري مع رأي فقهاء المالكية خاصة، في عدم اشتراط أن تكون أفعال كل مساهم متساوية في إحداث الموت لو انفردت خلافا لرأي الجمهور، فلا عبرة عندهما بمن كانت ضربته هي القاتلة، فالاشتراك المباشر بطريق التماثل يقع، بغض النظر عن ارتكاب مفردات الركن المادي للجريمة، طالما وُجد القصد الجنائي واتجه فعلا إلى المشاركة بفعل يعدّ بدءا في التنفيذ طبقا لمعيار الشروع، وهذا يكفي للقول بوجود المساهمة المباشرة.

ويتفقان أيضا بخصوص اشتراط ظهور الشريك على مسرح الجريمة لحظة ارتكابها لاعتباره فاعلا أصليا لها، متى كان تواجهه لأجل شدّ أزر الفاعل والتدخل في التنفيذ إذا دعت الحاجة والضرورة لذلك، ولما يمثله هذا التواجد من مكاثرة للعدد وما له من تأثير على إرادة المجني عليه، ويوافق القانون الجزائري رأي الجمهور خلافا للحنفية في عدم الاعتراف بنوع الآلة المستعملة في القتل العمد ذلك أنّ القصد لا يتوقف استظهاره على وسيلة الجريمة وإنما بتعمّد الفعل وإتيان الجريمة.

ج- حالة القيام بأعمال مادية مساعدة أثناء ارتكاب الجريمة

لا صعوبة في اعتبار الشخص فاعلا للجريمة أو فاعلا مع غيره حين يكون السلوك الإجرامي الذي اقترفه مطابقا للنموذج الذي حدده نص التجريم، لكن الأمر يدقّ أكثر حين يكون النشاط الذي يأتيه الشخص لا يدخل ضمن ماديات الفعل المكون للجريمة ولا يرقى إلى درجة الشروع، ومع ذلك يلعب دورا فعلا وبالغ الأهمية في تنفيذ الجريمة بحيث لولاه لما وقعت أصلا، أو لامتنع وقوعها في الزمان أو في المكان أو بالكيفية التي وقعت بها؛ بمعنى أنها "أفعال المساعدة الضرورية" التي تقع أثناء ارتكاب الجريمة.

والأصل في هذه الأعمال أنها تتدرج ضمن صور المساعدة التبعية، ونظرا للدور الهام الذي تؤديه في تنفيذ الجريمة فقد أدرجها البعض ضمن حالات الاشتراك المباشر، في حين ذهب البعض إلى الإبقاء عليها في زمرة أفعال الاشتراك بالتسبب، كحالة المُمسك مع القاتل، والمراقب الطريق، ويُطلق على هذا النوع من الشركاء مصطلح "الريئة"⁽¹⁾.

(1) د. محمد زكي أبو عامر، د. سليمان عبد المنعم، م.س، ص 456، 457.

والسؤال الذي يُطرح: - هل يعتبر الممسك والدالّ والمراقب للطريق في هذه الأمثلة فاعلا أصليا أم شريكا في الجريمة؟ هذا ما سأنتظر إليه من خلال استبيان موقف الفقه الجنائي الإسلامي وكذا القانون الجزائري ثم المقارنة بينهما، مع الملاحظة أنني سأقتصر على الحالة الأولى (حالة الممسك مع القاتل) فقط⁽¹⁾؛ لأنّ القول فيها ينطبق على باقي الأمثلة المشابهة.

1- في الفقه الجنائي الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حالة الممسك إذا أمسك المجني عليه ليقته القاتل، وكان هذا الأخير لا يقدر على قتله بغير إمساك كأن يثقل حركته حتى يذبحه، أو يفتح فم المجني عليه عنوة ليسقيه الآخر سُمًّا، وكان الممسك عالما بفعل المباشرة وقصده من إرادة القتل ومع ذلك تعدد تقديم هذه المساعدة له، ويمكن إرجاع اختلافهم إلى قولين:

• **القول الأول:** يرى أنّ القصاص يكون من المباشرة فقط أمّا الممسك فيأثم ويعاقب بالحبس تعزيرا، وهو قول الحنفية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ وعند الحنابلة أنّ الممسك لا يقاد وإنما يُحبس حتى الموت في الرواية الراجحة عن الإمام أحمد⁽⁴⁾.

- **دليله:** الحديث الذي رواه الدارقطني عن اسماعيل بن أمية قال: "قضى رسول الله ﷺ في رجل أمسك رجلا وقتله آخر أن يُقتل القاتل ويُحبس الممسك"⁽⁵⁾. وما روي عن علي بن أبي طالب: أنه قضى في رجل قتل رجلا متعمدا وأمسكه آخر فقال: "يُقتل القاتل ويُحبس الآخر في السجن حتى يموت"⁽⁶⁾.

- **وجه الاستدلال:** أنّ الممسك متسبب إلى القتل؛ لأنّ فعله أثر في تحصيل القتل لكنه لم يحصله بذاته، بل بواسطة فعل غيره وهو المباشرة، ذلك أنّ المباشرة هو المؤثر في القتل والمحصل له، ومن كان فعله مؤثرا في القتل ومحصلا له يكون أقوى أثرا ممّن أثر فيه ولم

(1) تناولت هنا المسألة باختصار؛ لأنّ تفصيلها سيأتي في الفصل الثالث عند الحديث عن صور الإعانة في الفقه الجنائي الإسلامي.

(2) السرخسي، م.س، ج24، ص76، ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج8، ص393.

(3) الشيرازي، م.س، ج5، ص23، 24. النووي، م.س، ج7، ص14.

(4) ابن قدامة، م.س، ج11، ص596.

(5) ابن أبي شيبة العبسي، المصنف، تحقيق: أبي محمد بن أسامة بن إبراهيم، الفاروق الحديثة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1429هـ، 2008م، كتاب الديات، الرجل يقتل الرجل ويمسكه الآخر، حديث رقم 28354، ج9، ص177.

(6) رواه الشافعي وأثر عليّ من طريق سفيان عن جابر عن عامر عنه، ينظر الشوكاني، نيل الأوطار، م.س، باب من أمسك رجلا وقتله آخر، حديث رقم 3013، ج13، ص60، 61.

يحصّله، وتقضي القاعدة في الضمان عند اجتماع المباشرة والتسبب وكانت المباشرة هي الأقوى بأن تكون المسؤولية الجنائية على صاحب المباشرة دون المتسبب فيها⁽¹⁾.

وقال النووي: "ولو أمسك رجلا فقتله آخر فالضمان على القاتل ولا شيء على الممسك، إلا أنه يَأْتَمُّ إذا أمسكه للقتل"⁽²⁾.

• **القول الثاني:** ويرى وجوب القصاص على الممسك والمباشر معا وهو قول المالكية⁽³⁾ والحنابلة في الرواية الأخرى.

- **حجته:** ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا"⁽⁴⁾. وهو دليل يُستند إليه في قتل الجماعة بالواحد إذا كان الفعل تمالأً، فإن يُقتل به للإمساك للقتل يكون من باب الأولى⁽⁵⁾.

إن الجماعة يقتلون بالواحد قصاصا وإن لم يل الفعل إلا بعضهم حتى يتحقق معنى الزجر، فيكون قتل المشارك للقتل بالإمساك من باب أولى أيضا.

جاء في المنتقى: "قال مالك في الرجل يمسك الرجل للرجل، فيضربه، فيموت مكانه، أنه إن أمسكه وهو يرى أنه يريد قتله، قتلا به جميعا..."⁽⁶⁾. ثم إن الممسك قد أمسكه ظلما لما يعلم أنه قاتله، فأشبهه مالهو أمسكه لسبب حتى أكله أو ألقاه في نار حتى أحرقتة⁽⁷⁾. واشترط المالكية⁽⁸⁾ للقصاص من الممسك شروطا ثلاثة هي:

الشرط الأول: أن يمسكه لأجل القتل.

الشرط الثاني: أن يعلم أن الطالب إنما يريد قتله وهو نتيجة منطقية للشرط الأول.

الشرط الثالث: وأن يعلم أنه لولا إمساكه ما تمكّن من قتله.

والحكم بالنسبة للدال على المجني عليه كحكم الممسك عند المالكية لاتفاقهما معنى.

(1) الشيرازي، م.س، ج5، ص23، 24. النووي، م.س، ج7، ص14.

(2) النووي، م.س، ج7، ص14.

(3) الدسوقي، م.س، ج4، ص245. ابن قدامة، م.س، ج11، ص596.

(4) الحديث سبق تخريجه

(5) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص321. وينظر د. ابن مفلح آل حامد، م.س، ص230.

(6) الباجي، م.س، ج9، ص109.

(7) م.ن، ص109، 110.

(8) الخرشبي، م.س، ج8، ص9. الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

جاء في شرح الخرشي: "والظاهر أنّ الدال الذي لولا دلالته ما قتل المدلول عليه كالممسك للقتل لتوافقهما معنى"⁽¹⁾.

• الترجيح:

الرأي الراجح في نظري هو ذهب إليه أصحاب القول الثاني؛ أي الذي يرى قتلَ المسك والقاتل معاً، لكن بالشروط التي سبق ذكرها، ولأنّ المسك في هذه الحالة يأخذ حكم الشريك، ثمّ إنّ الأقوال الأخرى يمكن حملها على تخلف واحد من الشروط السابقة. وهذا الترجيح مبني على أنّ تسبّب المسك استوى مع مباشرة القاتل؛ لأنّ السبب هنا قويّ والسبب والمباشرة متى استويا واعتدلا في القوة عوقب الشريكان معا بعقوبة الجريمة؛ لأنهما قصدا القتل، وتوقف فعل كلّ منهما على فعل الآخر وقد تمازجاً على الجريمة، والتمازج علةٌ توجب اشتراك أطرافه في عقوبتها.

2- في القانون والقضاء الجزائريين:

• في القانون الجزائري: تقضي المادة 41 معدلة فقرة أولى عقوبات جزائي لاعتبار الجاني فاعلا ماديا مباشرا، أن يساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة طبقا للنموذج القانوني الذي دلّ عليه النص التجريمي، ذلك أنّ النص القانوني يقتضي احترام مبدأ الشرعية- لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون- وهو مبدأ دستوري يفترض مقتضيات قضائية أهمّها الالتزام بتفسير النصوص التفسير الضيق، فيفهم منها أنّ أفعال الاشتراك التي ليست من مكونات الركن المادي للجريمة لا تعدّ مساهمة مباشرة في التنفيذ، حسب المعنى الضيق لنص المادة السابقة.

لكن عند التعمق والتدقيق أكثر في منطوق المادة: "يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة..."، يُلاحظ أنّ المشرع يقصد التوسيع من مدلول الفاعل؛ لأنّ كلمة "كلّ" تستغرق جميع من يقوم بدور مباشر يساهم في تنفيذ الجريمة مهما كان شكل دوره، وبالتالي يمكن القول بأنّ القانون الجزائري لم يحدّد هذه الأعمال ولا طبيعتها.

ويجب أن يفهم أنها أفعال المساعدة الضرورية المعاصرة التي تقع أثناء ارتكاب الجريمة لا قبلها؛ لأنّ هذه الأخيرة تدخل ضمن أعمال المساهمة التبعية أو الثانوية

(1) الخرشي، م.س، ج8، ص10. الدسوقي، م. س، ج4، ص245.

كالأعمال التحضيرية والأعمال المسهلة أو المنفذة التي لا تتضمن تنفيذًا للجريمة⁽¹⁾ طبقاً لنص المادة 42 ق.ع.ج، وليست أعمال المساعدة اللاحقة على الجريمة كما سوف يأتي بيانها لاحقاً في الفصل الثالث.

وهذا الأمر يؤدي إلى توسيع نطاق الفاعل الأصلي بل ويؤدي إلى إلغاء فكرة الاشتراك بطريق المساعدة بأعمال مسهلة أو مُنفّذة، تقع أثناء ارتكاب الجريمة واعتبارها مساهمة أصلية؛ لأنّ ذلك يستلزم ظهور الشريك على مسرح الجريمة بالضرورة، وتطبيقاً لذلك يعتبر فاعلاً أصلياً في الجريمة من يمسك بالمجني عليه ليُمكن خصمه من قتله، والذي يكسر باب بيتٍ بقصد السرقة ولا يدخل مع مَنْ دخل وسرق، والذي يجلس يراقب الطريق ليُمكن زملاءه من السرقة والهروب مع أنه لم يباشر الجريمة بنفسه⁽²⁾.

وكشخصٍ تخاصم مع آخر ثم طرحه أرضاً وارتمى فوقه ليمنعه من الحركة، فيدفع له شخص ثالث السكين الواقعة على الأرض بجانبه ولا تصل إليها يده، فتناولها وقتله بها، فالذي دفع بالسكين يعتبر فاعلاً أصلياً كالذي باشر القتل؛ لأنّ مساعدته كانت ضرورية وحصلت أثناء ارتكاب الجريمة رغم أنه لم يباشر بنفسه جريمة القتل⁽³⁾.

ففي هذه الأمثلة لا تعدّ أعمال هؤلاء من الأفعال التي تكوّن الركن المادي للجريمة، لكنها ذات أهمية في التنفيذ وهي تساهم مساهمة كبيرة ومباشرة في وقوعها، وعليه تكون فكرة المساهمة المباشرة أوسع من أن تُحدّد في الركن المادي للجريمة⁽⁴⁾.

• في القضاء الجزائري:

القضاء الجزائري بدوره قد توسع في تحديد مدلول الفاعل المباشر على حساب مفهوم النص القانوني الضيق، شأنه في ذلك شأن القضاء المصري والفرنسي، ليشمل أعمال اشتراك في حقيقتها تتحول إلى أعمال مكونة لماديات الجريمة، بحيث يجعلون بذلك الشريك في الجريمة فاعلاً أصلياً أو مباشراً، ويكون ذلك غالباً بدافع القمع؛ أي لاجتتاب المانع القانوني الذي يحول دون معاقبة الشريك، بل إنّ هذه التوسعة قد تكون أحياناً بفعل المشرّع نفسه بحيث يضيف على شخصٍ صفة الفاعل مع أنه في الأصل شريك⁽⁵⁾.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص 216.

(2) د. رضا فرج، م.س، ص 303.

(3) د. إبراهيم الشباسي، م.س، ص 148.

(4) عبد الله سليمان، م.س، ص 200.

(5) الربيع سعدي، م.س، ص 36.

وهو ما يلاحظ في اجتهادات المحكمة العليا في الجزائر (الغرفة الجنائية): " ...، قد يُرتكب الفعل من طرف شخص واحد وقد يتعدد الفاعلون في ارتكابه ماديا، كأن ينهال أشخاص على الضحية بالضرب حتى وفاتها، وقد تقسم الأدوار فيما بينهم، فيقوم أحدهم بالحراسة والثاني بإمسك الضحية والثالث بضربها، وكل واحد منهم يعتبر فاعلا أصليا مادامت نيتهم متحدة في ارتكاب الفعل، وكانوا متواجدين على مسرح الجريمة"⁽¹⁾.

وهذا المعنى الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض والإبرام المصرية أيضا اليوم⁽²⁾، حيث عدلت من رأيها السابق الذي كانت تعتمد فيه على معيار الشروع وأصبحت تقضي بأنه: " يعتبر فاعلا للجريمة من يقوم بتنفيذها بدور رئيسي"⁽³⁾، وكما قضت ذات المحكمة في قرار آخر لها بأنه: إذا كان المتهم قد وقف ليراقب الطريق، بينما كان زملاؤه يجمعون القطن لسرقته، فإنه مثل زملائه يكون فاعلا أصليا في السرقة؛ لأن هذا الفعل الذي فعله هو من الأعمال المكونة له"⁽⁴⁾.

كذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار شهير لها: أنه إذا ساهم رجلان وامرأة في قتل شخص (والواقعة كانت مقتل محام جزائري أثناء ثورة الجزائر) فذهبوا جميعا إلى بيته وطرقوا الباب فلما فتحه دخلوا البيت عنوة، فضربه أحد الرجلين وكنم الآخر فمه حتى لا يُسمع صراخه، بينما أغلقت المرأة الباب بالمزلاج لكي لا يتمكن أحد من تلبية نداء الاستغاثة في حال سماعها، ومات الرجل تحت وطأة الضرب، فإنهم اعتُبروا فاعلين أصليين وأن إغلاق الباب من قبل المرأة هو عمل يندرج ضمن المساعدة الضرورية لإتمام الجريمة وقد تمّ أثناء ارتكابها⁽⁵⁾.

يتضح من هذه الواقعة أنّ المرأة وهي محل الشاهد في هذه القضية أنها لم تنفذ عملا ماديا من الأعمال المكونة للجريمة، لكن دورها انحصر في قيامها بأفعال تعدّ ضرورية لوقوعها؛ لأنها تعدّ جزءا هاما في تنفيذها، وفعلها كان معاصرا لارتكاب الجريمة، وهي شبيهة بقصة عمر بن الخطاب وعليّ بشأن قتل الجماعة المتماثلة بالواحد واقعا وحكما.

(1) قرار رقم: 251929 صادر بتاريخ 25-07-2000، الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في الجزائر في المجال الجزائي، (الغرفة الجنائية)، الجزء الأول.

(2) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص129.

(3) م.ن، ص126.

(4) نقض 8 يناير 1940م، مجموعة القواعد القانونية، مراجعة وإقرار: الأستاذ مصطفى بك وكيل المحكمة، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، (د.ط)، 1942م، ج5، رقم 45، ص67.

(5) نقض فرنسية المؤرخ في 26-01-1962، نشرة محكمة النقض، ر. ق 68.

يقول الأستاذ دو فابر de vabres: "يعتبر فاعلا للجريمة من ارتكب الفعل الذي يدخل في تعريف الجريمة القانوني أو من يقوم على الأقل بارتكاب أفعال ضرورية لتنفيذها"، ومن أرائه الجريئة التي نادى بها بهذه المناسبة: أن الذي يقف في الطريق ليراقب الشرطة أو الناس، وزميله في داخل البيت يسرقان أو يقتلان، يعتبر فاعلا أصليا معهم وليس شريكا؛ لأنه يقدم مساعدة ضرورية في تنفيذ الجريمة⁽¹⁾.

3- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري:

مما سبق يمكن القول بأن هناك مجالات عدة يتفق فيها الفقه الجنائي الإسلامي مع ما هو مقرر في القانون الجزائري وبخاصة الفقه المالكي، منها معاقبة الشريك بذات العقوبة المقررة للفاعل الأصلي، وأن تعدد الفاعلين لا تأثير له على نوع العقوبة المقررة ولا يشكل ظرفا مشددا، فهي واحدة حال الانفراد أو الاشتراك في كليهما، وفي الحالة الثانية يتحمل الجميع المسؤولية كاملة كفاعلين أصليين دون حاجة لمعرفة صاحب الضربة القاتلة، بل ولو تعذر معرفة ذلك طالما وجد الاتفاق أو التماثل بينهم وتعاونوا على إحداث القتل.

كذلك الحال في التوافق، فيكون كل جانٍ مستقلٌ بفعله في تحمّل المسؤولية والعقاب ولا نكون بصدد حالة اشتراك في الجريمة، كما يتفقان أيضا في اعتبار الشخص الذي يقدم أعمال المساعدة الضرورية المباشرة التي يتوقف عليها ارتكاب الجريمة فاعلا أصليا لها، كالممسك مع القاتل، والدال على المجني عليه، والمراقب الطريق، ويتفق القانون الجزائري مع رأي فقهاء المالكية خاصة في اعتبار الشريك المتواجد على مسرح الجريمة فاعلا أصليا متى كان تواجده لتقديم المساعدة وقت الضرورة كالردء والاطيع والمعين.

وما يلاحظ بهذا الخصوص أنّ المشرع الجزائري وإن كان يتفق في كثير من الفروع لهذه المسألة مع الفقه الجنائي الإسلامي إلا أنه للأسف قد أخذ أحكامها من التشريع الفرنسي، وكان الأجدر به ترك الوساطة وأخذها من مصادرها الأصلية من الفقه الجنائي الإسلامي، خاصة إذا عُرِف أنّ الفقه الغربي كحقيقة واقعة جلُّ أحكامه مأخوذة من الفقه المالكي الذي كان منتشرا ببلاد الأندلس وهذا بشهادة علماء العرب والغرب أنفسهم⁽²⁾.

(1) عبد الوهاب حومد، م.س، ص185، 186.

(2) د. بهنسي أحمد فتحي، الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق، ط6، 1409هـ، 1988م، ص14.

الفرع الثاني: الاشتراك المادي في الجرائم الواقعة على ما دون النفس

أحاول في هذا الفرع التطرق لمعنى الاشتراك في الجناية على ما دون النفس (الضرب والجرح العمديين)، وأنقل بعدها لبيان أحكام الاشتراك فيها في الفقه الجنائي الإسلامي ثم لموقف القانون الجزائري وصولاً إلى المقارنة بينهما.

أولاً: معنى الاشتراك في الجناية على ما دون النفس

أ- الجناية على ما دون النفس في الفقه الجنائي الإسلامي: يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية تعبير الجناية على ما دون النفس على كل اعتداء على جسم الإنسان، من قطع عضو من أعضائه أو جرح أو ضرب بحيث يبقى معها الإنسان على قيد الحياة⁽¹⁾، وهي تشمل على الأمور الآتية:

- 1- قطع الأطراف أو ما يجري مجراها كقطع اليد أو الرجل أو فقه العين.
- 2- إذهاب معاني الأطراف مع بقاء عينها، مثل الذهاب بحاسة السمع أو الذوق أو الرؤية وغيرها من الحواس الأخرى، ويقابلهما في القانون الجزائري تعبير (العاهة المستديمة).
- 3- الجراح: وهي تشمل سائر الجراح التي يمكن أن تلحق بالبدن دون الرأس والوجه.
- 4- الشجاج: وهي الجراح التي تقع على الرأس والوجه بصورة خاصة⁽²⁾.

جاء في حاشية الخرشي: "لما أنهى الكلام على الجناية على النفس شرع في الكلام فيما دونها، وهو إبانة طرف وكسر وجرح ومنفعة وعبر عنه المؤلف هنا بالجرح⁽³⁾."

وفي المذهب: "والقصاص فيما دون النفس في شئيين في الجروح وفي الأطراف⁽⁴⁾."

والاشتراك في الجناية على ما دون النفس كالاشتراك في الجناية على النفس فهي إما عمد أو خطأ، والعمد وإن كان يختلف عن الخطأ في ماهية الفعل وعقوبته إلا أنهما يتفقان في كثير من الأحكام، وقد جرى الفقهاء على الجمع بينهما عند بيان أحكامهما فينكلمون عنهما دفعة واحدة⁽⁵⁾.

(1) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج2، ص331. عودة، م.س، ج2، ص204.
(2) د. وهبة الزحيلي، م.ن، ص332. ينظر في تقسيمات الجناية على ما دون النفس في الفقه الجنائي الإسلامي، عودة، م.س، ج2، ص205.
(3) الخرشي، م.س، ج8، ص14.
(4) الشيرازي، م.س، ج5، ص30.
(5) عودة، م.س، ج2، ص204.

ب- الضرب والجرح في القانون الجزائري:

يقابل الجناية على ما دون النفس في الفقه الجنائي الإسلامي أعمال الضرب والجرح في القانون الجزائري، وقد تناول قانون العقوبات الجزائري أعمال العنف العمدية (الضرب والجرح والتعدي) في المواد من 264 (المعدلة)⁽¹⁾ إلى 271، ولم يعرّف القانون الجزائري الضرب إلا أنّ الفقه عرفه، إذ أطلقه على كل أثر أو علامة تصيب جسم الإنسان بتدخّل فعل الغير عن عمد أو خطأ، حتى وإن لم يترتب عنه جرح؛ إذ تكفي الضربة الواحدة لتكوين الجنحة، فقد يقع الضرب بألة راضة كعصا أو حجر، وقد يقع بقبضة اليد أو الركل بالرجل أو اللطم بالكف، كما يدخل في ذلك أيضا الضغط على الأعضاء والصدم والجذب العنيف... إلخ، ويعاقب عليه مهما كان بسيطا⁽²⁾.

أما الجرح فلم يعرّفه أيضا وترك ذلك للفقه والقضاء الدّين اعتبارا جروحا إصابات الجسم الإنساني الناتجة عن الاحتكاك أو الاصطدام بشيء مادي ومنها: قطع الجلد، استئصال جزء من الجسم، إحداث فتحة في الجسم، التسلخات، الخدوش، الحروق، الكسور، خروج الدم، تمزق أنسجة الجسم، العض... إلخ⁽³⁾.

وأما العنف والتعدي ويقصد بها الأعمال التي تمس بسلامة جسم الانسان ولا تدخل ضمن الضرب أو الجروح كدفع شخص على جسم صلب، ولا يُعتدّ إلا بالعنف والتعدي الجسيم، بينما يعد العنف والتعدي البسيط مخالفة معاقب عليها بالمادة 442(المعدلة)⁽⁴⁾ فقرة 1 قانون العقوبات الجزائري.

ومنه يمكن تعريف الاشتراك المباشر في الجناية على ما دون النفس بأنه تعدّد الجناة الذين يقومون بفعل مادي يؤدّي إلى جرح المجني عليه أو قطع عضو من أعضائه، أو إذهاب منفعته عمدا ومباشرة دون توسّط إرادة أخرى⁽⁵⁾.

ج- المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والفقه الوضعي:

يتضح من تعريف الجناية على ما دون النفس في الفقه الجنائي الإسلامي وما يقابلها لدى فقهاء القانون الوضعي من أعمال الضرب والجرح والتعدي الأخرى، أنّ الفرق بينهما

(1) عدّلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

(2) أ. بن شيخ لحسين، م.س، ص62، 63. د. محمد صبحي نجم، م.س، ص50.

(3) د. محمد صبحي نجم، م.ن، ص49.

(4) عدّلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

(5) عودة، م.س، ج1، ص359.

واضح من حيث الصياغة ؛ ذلك أنّ تعبير الفقهاء المسلمين جاء أدق وأشمل لكلّ صور الإيذاء التي يمكن توقع حصولها من ضرب وجرح ودفع وجذب وعصر وخنق وقص للشعر بالعنف وغيرها، وأنّ بينه وبين التعريف القانوني عموم وخصوص.

ثانياً: أحكام الاشتراك المادي في الجناية على ما دون النفس في الفقه الجنائي الإسلامي

إذا اشترك اثنان أو أكثر في ضرب آخر أو قطع يده أو رجله أو فقه عينه أو جذع أذنه أو سنّه ونحوه مما هو دون النفس، فإنّ الفقهاء اختلفوا في وجوب القصاص من الشركاء، على غرار اختلافهم في وجوب القصاص في الجرائم الواقعة على النفس كما سبق، وعليه سأتناول هنا أقوال كل فريق مع أدلته والنقد الموجه إليه في هذه المسألة ثم اختيار الراجح منها:

أ- رأي الحنفية: ذهب الأحناف⁽¹⁾ إلى سقوط القصاص عن الجميع، متى كان موضوع الاشتراك جرحاً أو قطعاً وهو قول الإمام أحمد في إحدى الروايات عنه⁽²⁾.

• **حجته:** - إنّ الآثار لم ترد إلا فيما يتعلق بالنفس فيجب الوقوف عندها ولا يتجاوز بها إلى غيرها.

- إنّ قتل الجماعة بالواحد ثبت بإجماع جمهور الصحابة على خلاف القياس؛ لأنّ موجب القياس ألا يقبل بالواحد إلا الواحد، لكن قيل بقتل الجماعة لهذا الإجماع ولأنه معقول المعنى، والمتمثل في الزجر ومنع الفساد واحيطةا للدماء، إذ الغالب أن يستعين القاتل بغيره في القتل، وهذا المعنى غير متحقق في الأطراف⁽³⁾.

- انعدام المماثلة والمساواة بين الأطراف؛ لأنّ كل واحد منهم قاطعٌ للبعض، ولا يجوز أن يُقطع الكلّ ببعض ولا الاثنان بالواحدة، كما لا يجوز أن تُقطع الصحيحة بالشلاء ولا اليمنى باليسرى ولا كاملة الأصابع بالناقصة، وهذا بخلاف النفس إذ تُقتل السالمة من العيوب بالمعيبة وكذلك الاثنان بالواحد، ولا يصح القياس عليها كما سبق⁽⁴⁾.

• **نقده:** اعترض عليه بأنّه رأيّ ليس له ما يؤيده أو يبرره؛ لأنّ القصاص في الأطراف هو أحد نوعي القصاص فتؤخذ فيه الجماعة بالواحد كما تؤخذ في النفس، ولا خروج عن

(1) ابن عابدين، م.س، ج10، ص206.

(2) ابن قدامة، م.س، ج11، ص493، 494.

(3) م.ن، ص494.

(4) ابن عابدين، م.س، ج10، ص207، 208.

المساواة في ذلك، ثم إنَّ علة العقاب على الاشتراك هي منع وقوع الجريمة بهذه الصورة وتثبيت حكمة القصاص، وهي الردع والزجر، والأخذ بهذا الرأي يفتح الباب واسعاً لارتكاب الجرائم فيها بطريق الاشتراك، حتى يكون الجناة في مأمن من أن ينالهم جزاء⁽¹⁾.

ب- رأي الجمهور:

يرى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى⁽²⁾ أنَّ الاشتراك في الجريمة سواء كان قتلًا أو جرحاً، موجب للقصاص من الجماعة إذا وقعت نتيجة تمالؤهم، وإن كانوا يختلفون عند التطبيق وفي ما يلي تفصيل أقوالهم:

1- رأي المالكية: يفرّق المالكية في الحكم بين حالتي التمالؤ والتوافق، فإذا كانت الجناية نتيجة تمالؤ بين أطرافها فالقصاص عليهم جميعاً، ولو لم يل الجرح أو القطع سوى واحد منهم، بل ولو تعددت الجرائم التي اقترفوها بأن قطعوا يد المجني عليه وأنفّه وفقؤا عينه، فإن كل شريك يُسأل عن الجرائم جميعاً كما لو كان هو من باشرها وحده؛ لأنّ فعلهم كفعل الواحد ما داموا متمالئين قياساً على حالة التمالؤ في الجناية على النفس تماماً⁽³⁾.

جاء في حاشية الخرخشي: "والجرح كالنفس في الفعل والفاعل والمفعول...، ومرادُه بالفعل: الجرح والفاعل: الجرح والمفعول: المجرّح"⁽⁴⁾، ويقول القرافي: "إنّ قطع الجماعة يداً قُطعت أيديهم كلهم..."⁽⁵⁾.

• **حجته:** احتج المالكية بنفس الأدلة التي ساقوها في مسألة قتل الجماعة بالواحد في حال التمالؤ، كما استدلوها أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾⁽⁶⁾.

أما إذا وقع الاشتراك المباشر على ما دون النفس بطريق التوافق وكانت نتيجة واحدة، فهنا إذا تميزت الأفعال وعُرف صاحب الفعل المؤثر في تحقيق النتيجة، كان هو المسؤول عن الجريمة وعليه القصاص وحده، أما الباقيون فيُسأل كلُّ حسب فعله⁽⁷⁾.

(1) ابن قدامة، م.س، ج11، ص494.

(2) الدردير، م.س، ج4، ص250. النووي، م.س، ج7، ص53. ابن قدامة، م.ن، ج11، ص494، 495.

(3) الدردير، م.ن، ج4، ص250. القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص321.

(4) الخرخشي، م.س، ج8، ص14. وينظر الأزهرى صالح عبد السميع الأبي، جواهر الإكليل على مختصر خليل، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، 1366هـ، ج2، ص259.

(5) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص321، وما بعدها. الباجي، م.س، ج9، ص122.

(6) المائدة، آية 45.

(7) العدوي، م.س، ج4، ص14.

قال الدسوقي في حاشيته: " وإن تميزت جنايات كل واحد واختلفت قُدَم الأقرى إن عُلْم"⁽¹⁾، أما إذا لم يُعرَف صاحب الفعل المؤثّر فالمالكية في هذه الحالة لهم قولان:

- القول الأول: وهو الأظهر عندهم ويرى سقوط القصاص عن جميع الشركاء والزامهم بديّة الجرح أو العضو فقط، والعلة في ذلك أنّ التمالؤ وحده هو الموجب للقصاص وقد عُدِم هنا، والتوافق لا يترتب عنه القصاص من الشركاء وإنما يُؤخذ فيه كل جانٍ بنتيجة فعله⁽²⁾.

- القول الثاني: يرى القصاص من الجميع سداً لذريعة الفساد.

جاء في حاشية العدوي: " فإن لم يحصل تمالؤ في ذلك فهل يقتص من كلٍّ أو له عليهم الدية ؟ والظاهر الأول"⁽³⁾.

وبالمقابل يوجد من المالكية من لا يفرّق بين التمالؤ والتوافق على طريقة أبي حنيفة، ويرى أنّ كل جانٍ مسؤول فقط عن نتيجة فعله ويقتص منه بقدر جنايته، ولا يُسأل عن فعل غيره ولو كان متمالئاً معه، فلو اتفق اثنان على فقه عین ثالث فإنه يُقتص من كلٍّ واحدٍ منهما بفقء عينه المماثلة للعين التي جنى عليها"⁽⁴⁾.

● **نقده:** تعرّض القول الثاني للمالكية إلى النقد على أنه قد جانبه الصواب وخرج عن قاعدتهم في التمالؤ، والتي تستلزم مساءلة كلِّ جانٍ عن جميع الأفعال التي أصابت المجني عليه، ليقتص منه فيها ولو لم يباشرها بنفسه طالما أنه متمالئ مع من باشرها، أما في حال التوافق فممن عُرِفَت جنايته، أما إذا تعذّر معرفة ذلك فالأولى أن يُلزم كلُّ شريك بنصيبه من دية تلك الأعضاء وهذا الذي يتفق مع اتجاه المالكية في التمييز بين الاتفاق والتوافق كما سبق ذكره عندهم في الجناية على النفس⁽⁵⁾.

2- رأي الشافعية والحنابلة: يوافق الشافعية والحنابلة في المشهور عندهم رأي المالكية في حكم الاشتراك في الجراح وإبانة الأطراف، بأن يكون موجبا للقصاص من الشركاء، إلا أنهم خالفوه في عدم التفرقة بين الاتفاق والتوافق خلافا لما ذكره في الجناية على النفس⁽⁶⁾.

● **حجته:** الأثر والمعقول.

(1) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

(2) ن.م.و.ص.

(3) العدوي، م.س، ج4، ص14.

(4) الأزهرى، جواهر الإكليل، م.س، ج2، ص259.

(5) د. الفاخري، م.س، ص163.

(6) النووي، م.س، ج7، ص53. ابن قدامة، م.س، ج11، ص494، 495. وينظر أبو زهرة، م.س، ص300، 301.

- الأثر: ما روي عن علي بن أبي طالب قوله للرجلين الذين شهدا عنده على آخر بالسرقة بعد قطعه بشهادتهما: "لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما"، ففيه دلالة على وجوب القصاص بقطع أيديهما إن تعمدتا الشهادة زورا لقطع يد واحدة⁽¹⁾.

- المعقول: قالوا بأن اليد تابعة للنفس والأنفس تقتل بالنفس الواحدة، فكذلك الأيدي تقطع بيد واحدة ومثلها الأرجل؛ لأنَّ حُكْمَ التبع كحُكْمِ الأصل⁽²⁾.

جاء في روضة الطالبين: "وتُقطع الجماعة بالواحد إذا اشتركوا بأن وضعوا السكين على اليد، وتحاملوا عليها دفعة واحدة حتى أبانوها، أو ضربوه ضربة اجتمعوا عليها"⁽³⁾.

ج- المناقشة والترجيح:

مما سبق يتضح بأن رأي الجمهور عدا الحنفية هو الراجح؛ لأنهم جعلوا ما دون النفس في حكمها، فألحقوا الأحكام المتعلقة بالنفس بما هو دونها، فجعلوا علّة العقاب هي التماثل فقط، سواء وقع على النفس أو على ما دونها؛ لأنه الذي يتفق ومقاصد الشريعة من إيجاب القصاص، وحفظا لكلية النفس وما يلحقها مما هو دونها، وقطع السبل أمام معتادي الإجرام لا سيما إذا كانوا متمالئين، هذا فضلا عن أنّ هذا الرأي يضيّق الخناق على الجناة من التحايل والتلاعب بأحكام الدين للإفلات من العقوبة وفي ذلك تعطيلٌ لحكمة القصاص، بل ويمكن اعتباره يجسد مبدأ عقابيا ساميا دعت إليه السياسة الجنائية الحديثة آل وهو مبدأ تفريد العقاب، بحيث ينال كلّ شريك حصته من العقاب تتناسب ودرجة مشاركته في الجريمة طالما لم يكن هناك تماثلٌ وتميزت أفعالهم كما في حال التوافق عند المالكية.

أما الحنفية الذين تمسكوا بظاهر النص جعلوا غاية القصاص هي المماثلة والتي لا يمكن قياسها على الأطراف، بحجة أنّ الآثار لم تأت إلا متعلقة بالنفس فيجب حسبهم الوقوف عندها دون تجاوزها، وهذا الرأي كما سبق يفتح الباب واسعا لارتكاب هذا النوع من الجرائم دون أن يطال العقابُ أحدًا من الجناة المتعاونين.

وسبب اختلافهم في هذه المسألة مردّه عدم وجود قاعدة ثابتة ومنضبطة في الجروح، لذلك أرى أن يكون المرجع فيها خاصة في الوقت الحاضر إلى تقارير أهل الاختصاص في الطب الشرعي، ويكون قولهم في كل ضربٍ أو جرحٍ القول الفصل في إمكان القصاص من

(1) أبو زهرة، م.س، ص 300.

(2) الشيرازي، م.س، ج 5، ص 30. البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج 5، ص 560.

(3) النووي، م.س، ج 7، ص 53.

الجانبي من عدمه؛ لأنّ الغاية من العقوبة هي تحقيق العدالة، فإذا كانت غير ممكنة إلا بضرر أكبر يلحق الجاني بسبب إقامة الحدّ فالأولى إسقاط الحق فيه واستبداله بالدية.

ثالثا: أحكام الضرب والجرح العمديين في القانون الجزائري:

سبق القول بأنّ قانون العقوبات الجزائري تناول أعمال العنف العمدية (الضرب والجرح والتعدي الأخرى) في المواد من 264 (المعدلة)⁽¹⁾ إلى 271 ق.ع.ج، حيث تضمنت هذه المواد أحكام الضرب والجرح التي تترتب عنهما عاهة مستديمة أو عجز كلي عن العمل، والضرب أو الجرح العمدي المُفضي إلى الموت.

والمتمعن للأوصاف المختلفة المسندة من قبل القانون لا سيما المواد 264 وما يليها ق.ع.ج لأعمال الضرب والجرح والاعتداءات الأخرى المعاقب عليها يتبيّن أنّ المشرع الجزائري قسم أعمال العنف إلى أربعة أقسام أو تصنيفات وهي كلها صور للركن المادي لهذا النوع من الجرائم، وهذا يدل على أنّ الحماية القانونية قد امتدت تدريجيا إلى السلامة الجسمية للشخص بما في ذلك القوى العقلية وجروح الأنسجة والخدوش البسيطة.

وفيما يلي أتناول هذه الصور بشيء من التفصيل:

أ- **الضرب والجرح وأعمال العنف والتعدي:** التي لا يترتب عنها مرض أو عجز عن العمل أو يترتب عنها مرض أو عجز عن العمل لا يتجاوز خمسة عشر يوما، ويتمثل عنصرها المادي في الضرب أو الجروح أو العنف أو التعدي الجسيم، وقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 266⁽²⁾ ق.ع.ج توافر أحد الظروف المشددة للعقوبة، وهي سبق الإصرار أو التردد⁽³⁾ أو حمل السلاح للمعاقبة على الجريمة بوصفها جنحة⁽⁴⁾، باستثناء العنف أو التعدي البسيط الذي يدخل في المخالفات المعاقب عليها بمقتضى المادة 442 منه.

ب- **عجز عن العمل يتجاوز خمسة عشر يوما:** ويشترط المشرع في المادة 264 فقرة 1 ق.ع.ج، للعقاب عليه بوصفه جنحة أن يحدث الضرب أو الجروح أو الاعتداء إما مرضا أو عجزا شخصيا عن العمل يتجاوز خمسة عشر يوما.

(1) عدلت بالقانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

(2) تنص المادة 266: "إذا وقع الجرح أو الضرب أو غير ذلك من أعمال العنف أو الاعتداءات الأخرى مع سبق الإصرار أو التردد أو مع حمل أسلحة، ولم يؤد إلى مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز خمس عشر يوما يعاقب الجاني من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج".

(3) يُنظر في تعريف سبق الإصرار أو التردد المادتان 256، 257 من قانون العقوبات الجزائري.

(4) أ. بن شيخ لحسين، م.س، ص75.

1- المرض: يقصد به اعتلال الصحة الذي يُضعف من مقاومة الإنسان، أو من مقدرة الأعضاء على القيام بوظائفها⁽¹⁾، وبالتالي يكون على قضاة الموضوع تبين ذلك استنادا إلى تقارير أهل الخبرة للطب الشرعي فيما إذا كانت الضحية قد أصيبت بمرض نتج عنه عجز عن العمل بسبب ذلك الضرب أو العنف، فلا يكفي مجرد الألم لتكون بصدد مرض.

2- عجز شخصي عن العمل: لا يفهم من العجز عجز الضحية عن ممارسة انشغالاتها المهنية أو العادية، بل عجز جسمي وتعطيل وظائف الأعضاء عن العمل الذي يمكن أن يمارسه إنسان عادي، ولا يشترط أن يكون العجز مطلقا، إذ يكفي أن يوجد عجز حتى ولو كانت الضحية تستطيع القيام بعمل غير متعب وغير خطير، ما دامت عاجزة عن القيام بعمل جسدي. وإذا اقترن الضرب أو الجرح العمدي بظرف سبق الإصرار أو التردد فذلك يجعل الجريمة تتحول من جنحة إلى جناية⁽²⁾، وهذا الظرف يستوجب على محكمة الجنايات طرح سؤال مستقل ومتميز عنه، لاستضاح وجوده طبقا للمادة 305 (المعدلة)⁽³⁾ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁽⁴⁾.

ويؤيد ذلك ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الجزائرية: "إنّ عدم طرح سؤال مستقل عن سبق الإصرار المدون في بيانات القرار دون المنطوق للتأكد من وجود ظرف التشديد ينجرّ عنه النقص"⁽⁵⁾.

ج- العاهة الدائمة: قد ينتج عن الضرب أو الجرح عاهة مستديمة، ولم يعرف المشرع هذه العاهة وإنما اكتفى بتعداد صورها، كفقْد أو بتر أحد الأعضاء أو المنع من استعمال عضو أو فقد البصر أو أية عاهة أخرى دائمة، ونكون هنا بصدد جناية طبقا لنص المادة 264 فقرة 3 ق.ع.ج، وتشدّد العقوبة مع ظرف سبق الإصرار أو التردد، المادة 265 ق.ع.ج.

ويلاحظ أنّ هذا التعداد غير محدد، ويتعين على قضاة الموضوع أن يثيروا في أحكامهم للطابع الدائم للعاهة، استنادا إلى جميع وسائل الإثبات وخاصة إلى الخبرة الطبية

(1) د. محمد صبحي نجم، م.س، ص 51.

(2) ينظر نص المادة 265 من ق.ع.ج.

(3) عدّلت بالقانون رقم 82-03 المؤرخ في 13 فبراير 1982.

(4) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

(5) قرار المحكمة العليا رقم 313380 بتاريخ 2003/12/23 المجلة القضائية، العدد الأول 2003، ص 425-427.

الشرعية، أو شهادات الأطباء المختصين، كما يجب التأكد والتثبت بأنّ العاهة هي نتيجة للعنف المرتكب، ولا يهّم أن يكون الفاعل قد قصد أو لم يقصد إحداثها، فهو مسؤول عن نتائج أفعاله الإرادية العمدية والمحتملة، وبعبارة أخرى فالمهم أن يكون مريدا لارتكاب الفعل المتمثل في العنف ولا عبرة بالنتيجة المترتبة عنه⁽¹⁾.

د- **الضرب والجروح العمدية المؤدية إلى الوفاة دون قصد إحداثها:** نصت على هذه الحالة المادة 264 في فقرتها الأخيرة، وهي تفترض الحالة التي يسبب فيها الضرب أو الجرح العمدي الوفاة للضحية، وهذا بخلاف جناية القتل العمدي؛ إذ يكمن الفرق بينهما أنّ الفاعل في جناية القتل العمدي كان يقصد إحداث الوفاة، بينما في الضرب والجرح العمدي كان يقصد الضرب أو الجرح، دون أن يضع في حسابه النتيجة الجسيمة لفعله.

وتتمثل عناصر هذه الجناية في أربعة، اثنان عامان في كل جرائم الضرب والجرح العمدي هما: الفعل المادي والعنصر المعنوي، واثنان خاصان وهما: وفاة الضحية وصلّة السببية المباشرة بين الوفاة والاعتداء.

1- وفاة الضحية: لم يحدد القانون الزمن الواجب أن يحدث فيه الموت، فيكفي أن يثبت بأنّ سبب الوفاة هو العنف المرتكب بغض النظر عن المدة التي حصل فيها الموت.

2- صلة سببية مؤثرة: أي إثبات وجود علاقة سببية بين الضرب والوفاة بحيث يكون الموت نتيجة للضرب أو نتيجة محتملة له، فالجاني يظل هو المسؤول عن نتائج فعله ولو تداخلت إلى جانبه أسباب أخرى ساعدت في حدوث الوفاة لم يكن يتوقعها، كمرض الضحية أو تقدمه في السن، طالما كان فعله السبب الرئيس في حدوثها ولأنه يجب عليه توقعها⁽²⁾.

وإذا حدثت الوفاة بسبب غير مباشر كالإهمال الجسيم للضحية أثناء حدوث المرض المترتب عن العنف المرتكب ضدها، أو لجهل الطبيب المعالج، أو للتدخل الصادر من الغير، فلا يمكن القول في مثل هذه الأحوال بأنّ فعل الفاعل هو سبب النتيجة؛ لأنّ العوامل الأخرى ساهمت بدور فعال في حدوثها حسب نظرية السبب الأقوى كما سبق.

والخلاصة مما سبق أنّ قانون العقوبات الجزائري لمّا تناول أحكام الضرب والجرح العمديين في المواد السابقة 264 - 271، لم يتناول حكم حالة الاشتراك فيهما بالرغم من

(1) د. محمد صبحي نجم، م.س، ص52، 53.

(2) م.ن، ص53.

التفصيلات التي ذكرها لكل صورة على حدة، ولم يشر إليها إلا في المادة 268 ق.ع، لكنه ربط الاشتراك بالحالة التي يُرتكب فيها الضرب أو الجرح العمديين أثناء المشاجرة أو العصيان أو الاجتماع بغرض الفتنة.

ويشكل هذا في الحقيقة خروجاً عن القواعد العامة للاشتراك؛ ذلك أنّ المشرع الجزائري يعاقب المشتركين في المشاجرات أو العصيان أو الاجتماع بغرض الفتنة، بصفتهم فاعلين أصليين ولو لم يكونوا هم المرتكبون للضرب أو الجرح، كما يعاقب الرؤساء والقائمين على الاجتماع أو الداعين إليه أو المحرضين بذات الصفة، كما لو ارتكبوا شخصياً تلك الاعتداءات بشكل فردي، وعليه فمن ثبت عليه ارتكاب ضرب أو جرح عوقب بعقوبة الجريمة سواء كان منفرداً أو معه آخرون بذات العقوبة المقررة.

رابعاً: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

تناول الفقه الجنائي الإسلامي الاشتراك في جرائم الضرب والجرح العمديين تحت عنوان الجرائم الواقعة على ما دون النفس، وبالنسبة للأحكام والأدلة المتعلقة بها تكاد تكون نفسها المتعلقة بجرائم القتل السابق ذكرها لا سيما عند الجمهور، ما عدا للحنفية الذين جعلوا لها أحكاماً مغايرة؛ إذ لم يوجبوا القصاص في حال تعدد الفاعلين، خلافاً لما ذكروه في جريمة الاشتراك في قتل العمد كما سبق.

وبالمقابل فإنّ قانون العقوبات الجزائري لم يتطرق لأحكام الاشتراك عند حديثه عن أعمال العنف العمدية في المواد من 264 إلى 271، كما لم يشر إليها في المواد الخاصة بالمساهمة الجنائية في المواد من 41 معدلة إلى 46، وهذا يعني أنّ مسألة الاشتراك في جرائم الضرب والجرح العمدي أمر غير متصور في القانون الجزائري، فكل من شارك غيره في ضرب آخر أو جرحه يعاقب بالعقوبة المقررة لفعله كضاربٍ أو جرحٍ، متى تميزت الضربات وأمكن إثباتها، ولا فرق بين فاعل وشريك.

وهذه مسألة يحددها ويختص بها قاضي الموضوع، كما أنّ العقوبة فيها تتحدد بحسب جسامة الإصابات والوسائل المستعملة، وبمقدار العجز عن العمل الذي يرد في تقرير الطب الشرعي.

الفرع الثالث: الاشتراك المادي في جرائم السرقة

سأركز في هذا الفرع على نوعين من الجرائم فقط هما جرائم السرقة والحراية؛ لأنهما يقعان في الغالب بطريق الاجتماع والمشاركة، فجريمة السرقة كما يتصور وقوعها من فاعل واحد يمكن أن يشترك فيها عدة فاعلين، أما جريمة الحراية فهي بطبيعتها عمل جماعي، ذلك أن ما يتصور حصوله بآلة الغير يمكن الاشتراك فيه، أما باقي الجرائم مما لا يتصور تحصيله بآلة الغير فلا يمكن الاشتراك فيه، كالزنا وشرب الخمر، والقذف فهي أشياء لا يتصور وقوعها إلا من جهة المباشر فقط، وسأتناول في هذا الفرع الاشتراك في جريمة السرقة بينما أخصص الفرع الرابع لجريمة الحراية.

والقاعدة في الفقه الجنائي الإسلامي فيما يتعلق بالحدود عامة وفي الزنا وشرب الخمر والقذف خاصة، هو تغليب المباشرة فيها على السبب، فحدّ الزنا وحدّ شرب الخمر والقذف لا تجب إلا على المباشر لها فقط وهو الزاني والشارب والقاذف، أما المتسبب أو المعين على ذلك فعقوبته هي التعزير، فإذا أمسك رجلٌ امرأةً ليزني بها غيره فلا شيء على الممسك سوى التعزير، والعلة أنه لم يباشر الفاحشة بنفسه بخلاف المباشر الذي يجب عليه الحدّ وحده، ومن دلّ رجلاً على مكان بغيّ لا يكون كمن ذهب إليها بنفسه وقصدها لفعل الفاحشة معها؛ لأنه متسبب والفاعل مباشر وحدّ الزنا يتعلق بالمباشر دونه⁽¹⁾، بخلاف الأمر في جرائم القصاص كما في القتل في حالة التمالؤ التي سبق ذكرها.

أولاً: تعريف السرقة لغة واصطلاحاً

يتطلب الأمر قبل الخوض في عرض أحكام الاشتراك في جريمة السرقة البدء بتعريفها أولاً في اللغة ثم في الاصطلاح الشرعي والقانوني ثم المقارنة بينهما:

أ- السرقة لغة: "سرق الشيء يسرقه سرّاقاً ومنه المسارقة والاستراق؛ أي اختلاس النظر والسمع، والسارق عند العرب جاء إلى حرز فأخذ منه ما ليس له"⁽²⁾.

وعرّفها صاحب ترتيب القاموس المحيط بقوله: "السرقة أخذ المال من حرزه خفية، يقال: سرق منه الشيء يسرقه سرّاقاً، استرقه: جاء مستتراً إلى حرز فأخذ ما لا لغيره"⁽³⁾.

(1) د. خالد ابن مفلح، م.س، ص126.

(2) ابن منظور، م.س، باب السين، ج21، ص1998.

(3) الزاوي الطاهر أحمد، ترتيب القاموس المحيط، دار الفكر، ط3، (دبت)، ج2، ص555.

ب- السرقة اصطلاحا:

1- في الفقه الجنائي الإسلامي:

بعد الرجوع إلى كتب الفقهاء وجدت أنهم قد ذكروا عدة تعريفات للسرقة وإن كانت تختلف صياغة إلا أنها تتشابه وتتفق معنى ومضمونا، وكلها تفيد بأن السرقة يراد بها: أخذ مال الغير من حرزه على وجه الاستخفاء، وبعض الفقهاء يذكر في التعريف شروطا للسرقة كالتكليف مثلا، أو يذكر مقدار المال الذي يجب فيه القطع، وأذكر بعضا منها كالآتي:

- عرفها الحنفية بأنها: "أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء"⁽¹⁾.
- وعرفها المالكية: "أخذ مكلف نصابا فأكثر من مال محترم مملوك للغير بلا شبهة خفية، بإخراجه من حرز غير مأذون فيه"⁽²⁾.

وهي أيضا: "أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه"⁽³⁾.

وأخرج بذلك خيانة الأمانة فلا قطع فيها؛ لأنها ليست بسرقة.

- وعند الشافعية: "أخذ المال خفية ظلما من حرز مثله"⁽⁴⁾.

- أما الحنابلة، فقد عرفها ابن قدامة بقوله: "ومعنى السرقة: أخذ المال على وجه الخفية والاستتار، ومنه استراق السمع، ومسارقة النظر إذا كان يُستخفى بذلك"⁽⁵⁾.

وقد لخص الجرجاني التعاريف السابقة في تعريف جامع بقوله: "وفي الشريعة في حق القطع أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة مُحْرزة بمكان أو حافظ بلا شبهة، حتى إذا كانت قيمة المسروق أقل من عشرة مضروبة لا يكون سرقة في حق القطع"⁽⁶⁾.

ولاستحقاق القطع في السرقة يشترط أن تتم بأخذ مال مملوك للغير خفية دون علم صاحبه أو رضاه، مع توافر قصد إثيان الفعل المحرم، كما يُشترط أيضا في المال المسروق أن يكون مملوكا للمسروق منه محفوظا في حرز، وكما يلاحظ أيضا أنّ التعريف اللغوي يوافق في معناه التعريف الشرعي للسرقة.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص65.

(2) الدردير، الشرح الصغير، م.س، ج2، ص428.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، م.س، المجلد الثاني، ج4، ص270.

(4) الشريبي، م.س، ج4، ص158.

(5) ابن قدامة، م.س، ج12، ص416.

(6) الجرجاني، م.س، باب السين، ص102.

وعليه فالسرقة بالمباشرة تعني أخذ السارق خفية مالا مملوكا للغير بعد إخراجها من حرزه وإدخاله في حيازته بلا وجه حق وبلا شبهة، وهذا ما أشار إليه الكاساني بقوله: "فأما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه"⁽¹⁾.

2- السرقة في القانون الجزائري:

عرفت المادة 350 (معدلة)⁽²⁾ ق.ع.ج السرقة بقولها: "كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعدّ سارقا..."، وعرف شراح القانون الوضعي الاختلاس بأنه: نقل الشيء من حيازة المجني عليه (الحائز الشرعي) إلى حيازة الجاني بغير علم المجني عليه أو رضاه⁽³⁾.

يتّضح من هذا النص أنّ للسرقة ثلاثة أركان هي: الركن المادي ويتمثل في فعل الاختلاس، ومحل الاختلاس بأن يكون مالا منقولاً مملوكاً للغير، والركن القصدي.

والمتمعنّ جيدا في نص المادة يدرك أنّ المشرع لم يبيّن معنى الاختلاس ولا كفيته ولا مقدار المال المختلس لاستحقاق العقوبة، فيفهم منه أنّ جميع الصور يصدق عليها وصف السرقة، طالما أدت إلى نقل الشيء أو المال إلى حيازة المختلس، مهما كانت الطريقة المستعملة من سلب وخطف وغصب وغيرها فالكل سواء⁽⁴⁾.

كما يُفهم أيضا عدم اشتراط صفة الخفية في السرقة، وهذا ما جعل بعض المحدثين يكتفون بشرط عدم رضا المجني عليه فقط، دون اشتراط عنصر العلم؛ لإمكان وقوعها بمرأى منه لكنه يعجز عن ردّ السارق أو مقاومته⁽⁵⁾.

ج- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري:

يبدو أنّ المشرع الجزائري في المادة السابقة قد عبّر بالاختلاس وأراد به السرقة في الفقه الجنائي الإسلامي بدليل قوله: "... يعدّ سارقا"، مع أنّ الاختلاس في مدلول المفهوم الإسلامي يعتبر من ضروب أخذ المال بالمجاهرة التي لا قطع فيها؛ لأنه ليس بسرقة حقيقية، ويسمى الأخذ بالمجاهرة مغالبة، أو نهب، أو خلسة، أو غصبا، أو انتهابا واختلاسا

(1) الجرجاني، م.ن، باب السين، ص102.

(2) عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

(3) د. بهنسي، الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص16.

(4) د. محمد صبحي نجم، م.س، ص117.

(5) د. بهنسي، الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص16.

لا سرقة، فعن جابر عن النبي ﷺ قال: "ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع". وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح⁽¹⁾.

وفي الموطأ: "أن مروان بن الحكم أتى بإنسان قد اختلس متاعا، فأراد قطع يده، فأرسل إلى زيد بن ثابت يسأله عن ذلك؟ فقال زيد: ليس في الخلسة قطع، فأرسله مروان"⁽²⁾.

والخائن هو من يأخذ المال المؤتمن عليه، والمنتهب الذي يأخذ المال جهرة معتمدا على القوة والشدة فهو غاصب، والمختلس من يأخذ المال جهرة ويخطفه بسرعة ويهرب⁽³⁾.

وتكمن العلة في عدم قطع واحد من هؤلاء أن الآخذ مجاهرة يعلم به الضحية كما يعلم به العامة، ويمكن متابعتهم وتسليمهم للسلطة المعنية، خلافا للسرقة التي تقع سرا وبعبدا عن الأنظار، في حين يعتبر الخطف والغصب والنهب وغيرها من صور السرقة أو الاختلاس المعاقب عليها قانونا.

ومنه يظهر الفرق واضحا بين معنى الاختلاس في السرقة قانونا ومعنى الخفية في الفقه الجنائي الإسلامي، فالمعنى الأول واسع يشمل كل أخذ للمال بطريقة غير مشروعة، أما الثاني فهو ضيق إلى أبعد حد، ولما كانت السرقة حدا فقد أحاطتها الشريعة بعدد من الشروط لقطع السارق، لذلك استبعدت الصور السابقة التي تقع بالمجاهرة واقتصر على الأخذ خفية.

ثانيا: حكم الاشتراك المباشر في السرقة في الفقه الجنائي الإسلامي القانون الجزائري

أ- في الفقه الجنائي الإسلامي:

السرقة كما يتصور حصولها من شخص واحد يتصور وقوعها بطريق الاشتراك، فإذا تمت بواسطة شخص واحد فقد جرى الاتفاق بين الفقهاء⁽⁴⁾ على أن من أخرج المتاع من الحرز فإنه يقطع متى بلغ نصابا وقد تم بإحدى الطرق الآتية: إما بإخراج المتاع بحمله أو برميته إلى خارج الحرز، أو بشدّ حبل فيه وسحبه من الخارج، أو وضعه على بهيمة ثم سوقها حتى يخرج بها، أو بتركه على نهر جارٍ فيخرج به، أو بتعليقه بعنق طائر فيطيّره، أو

(1) الترمذي، م.س، باب ما جاء في الخائن والمختلس والمنتهب، حديث رقم 1448، ج3، ص118.

(2) مالك بن أنس، م.س، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه، حديث رقم 1797، ج2، ص34.

(3) د. بهنسي، الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص18.

(4) السرخسي، م.س، ج9، ص148، 149. سحنون، م.س، ج4، ص529. الشريبي، م.س، ج5، ص486. ابن

قدامة، م.س، ج12 ص435.

بكلب ثم يزره حتى يخرج به؛ لأنه في جميع هذه الأحوال يعتبر هو المخرج له سواء بنفسه أو بآلته، لذلك يجب عليه القطع كما لو حمله بنفسه وخرج به لا فرق في ذلك⁽¹⁾.

وإذا تمت السرقة من شخصين فأكثر بطريق المباشرة، فبعد الرجوع إلى كتب فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة وجدت أن بحثهم فيها لا يخرج عن حالتين:

الحالة الأولى: وصورتها أن يستقل كل واحد من الجناة المباشرين بإخراج المتاع المسروق من حرزه، كدخول جماعة من اللصوص إلى مخزن ثم يخرجون وقد استنقل كل واحد منهم بحمل شيء وانفرد به، فهذه الحالة لها مظهران:

المظهر الأول: أن تشترك الجماعة في إخراج المال المسروق من الحرز بحيث تبلغ قيمة المسروق أنصبة بعدد رؤوسهم، بأن ينال كل واحد منهم نصابا مستقلا، فإنهم يقطعون جميعا وهذا باتفاق الفقهاء⁽²⁾.

ولأن من شروط القطع أن يبلغ ما أخرجه السارق نصابا وقد تحقق ذلك في فعل كل واحد منهم بعد أن ارتكب الفعل المادي للسرقة⁽³⁾.

المظهر الثاني: أن تشترك الجماعة في هتك الحرز وإخراج المتاع وبلغت قيمة المسروق نصابا واحدا أو أكثر، لكن لم تبلغ حصة كل واحد من الشركاء المباشرين نصابا مستقلا، هنا وقع الاختلاف بين الفقهاء ويمكن إرجاعه إلى قولين اثنين:

1- القول الأول: ويرى وجوب القطع على من أخرج نصابا واحدا ولو كان جماعة وهو قول المالكية والحنابلة.

ويشترط المالكية لوجوب إقامة الحدّ على الجميع أن يشتركوا في حمله فعلا، بحيث لا يكون في مقدور الواحد الخروج به منفردا، كأن يكون المتاع ثقيلًا أو كثيرا، وكما إذا حملوه على ظهر أحدهم من داخل الحرز ثم خرج به إذا لم يقدر على رفعه وإخراجه إلا بمعونتهم، فيصيرون كأنهم حملوه على ظهر دابة⁽⁴⁾.

(1) د. ابن مفلح آل حامد، م.س، ص127، 128.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص78. سحنون، م.س، ج4، ص529. النووي، م.س، ج7، ص347. ابن قدامة، م.س، ج12، ص435.

(3) الكاساني، م.ن، ج7، ص78. ابن قدامة، م.ن، ج12، ص468. الشيرازي، م.س، ج2، ص277.

(4) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

وإذا كان بإمكانه حمله وحده والخروج به، فالحدّ عليه دون الباقيين مهما بلغت قيمة المسروق؛ لأنّ القاعدة في الحدود أنها تجب على المباشر وهو هنا الحامل دون المتسبب، وإذا أخرج كل واحد جزءا منه فلا حدّ إلا على من بلغ ما أخرجه نصاباً⁽¹⁾.

أما الحنابلة فإنهم يوافقون المالكية من حيث اشتراط النصاب لقطع الجماعة، ولو لم تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا مستقلا، بل ولو قام أحدهم بحمل المتاع دون الباقيين⁽²⁾. كذلك فهم لا يشترطون لإقامة الحدّ الاشتراك في الحمل، ولا يفرقون بين كون المسروق خفيفا أو ثقيلًا كما ذهب إلى ذلك المالكية.

• **حجته:** احتجوا بالقياس وقالوا بأنّ النصاب أحدُ شرطي القطع فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد قياسا على هتك الحرز، وأنّ سرقة النصاب فعل يوجب الحدّ فاستوى فيه الجماعة والواحد مثل القصاص⁽³⁾.

قال البهوتي: "وإن اشترك جماعة في سرقة نصاب قطعوا كلهم، لوجود سبب القطع منهم كالقتل، حتى من لم يخرج منهم نصابا كاملا نصابا، لاشتراكهم في هتك الحرز وإخراج النصاب كما لو كان ثقيلًا فحملوه جميعا..."⁽⁴⁾.

2- **القول الثاني:** وهو قول السادة الحنفية والشافعية والظاهرية⁽⁵⁾، ويشترط هؤلاء لإقامة الحدّ على الجماعة أن يكون عدد الأنصبة بعدد السارقين، فإذا اشترك ثلاثة في سرقة نصابين فلا قطع على أحد ولو اشتركوا في هتك الحرز والدخول، وعليه فأصحاب هذا القول يخالفون المالكية والحنابلة ويرون عدم قطع الجماعة ولو بلغ مجموع ما أخرجه نصابا، طالما لم تبلغ حصة كل شريك نصابا كاملا.

• **حجته:** أنّ السرقة لم تكتمل في حقهم جميعا فلا موجب للحدّ عندهم، كما لو انفرد السارق بأخذ ما دون النصاب⁽⁶⁾.

ثم إنّ ابن قدامة وهو من الحنابلة قد اختار ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني خلافا لمذهبه وقال: "إنّ قول الأحناف والشافعية بعدم القطع في هذه الحالة أحبّ إليّ؛ لأنّ القطع

(1) الخرشبي، م.س، ج5، ص337.

(2) ابن قدامة، م.س، ج12، ص468. المرادوي، الحاوي الكبير، م.س، ج10، ص267. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، م.س، ج6، ص239.

(3) ابن قدامة، م.ن، ج12، ص468. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص133.

(4) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، م.س، ج6، ص239.

(5) الكاساني، م.س، ج7، ص78. النووي، م.س، ج7، ص347. ابن حزم، م.س، ج12، ص247.

(6) الكاساني، م.ن، ج7، ص66. ابن الهمام، م.س، ج4، ص225. الشيرازي، م.س، ج2، ص277.

ههنا لا نصّ فيه، ولا هو في معنى المنصوص أو المجمع عليه، والاحتياط بإسقاط الحدّ أولى من الاحتياط بإيجابه لأنه مما يُدرأ بالشبهات⁽¹⁾.

الحالة الثانية: وصورتها أن تشترك الجماعة في دخول الحرز وإخراج المتاع منه بشكل جماعي، كأن يحملوه جميعاً ثم يخرجون به، وهذه الصورة أيضاً لها مظهران:

المظهر الأول: إن أخرجوا أقلّ من النصاب، فلا قطع على أحد منهم وهذا باتفاق الفقهاء؛ لأنّ من شروط القطع أن يبلغ المال المسروق نصاباً، وهذا ما لم يتحقق في فعل كل واحد منهم، سواء على الانفراد أو على الاجتماع⁽²⁾.

المظهر الثاني: إذا اشتركوا في دخول الحرز وانفرد بعضهم بإخراج المتاع الذي بلغ نصاباً، فعلى من يكون القطع؟ وصورتها أن يشترك جماعة في سرقة ثم يقومون بحمل المتاع على ظهر أحدهم أو بعضهم، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

1- قول الجمهور: يرى الجمهور الحنفية والمالكية والشافعية⁽³⁾ أن القطع يجب على المخرج فقط متى بلغ المسروق نصاباً.

• **حجته:** أنّ السرقة تتكون من دخول الحرز وإخراج النصاب منه، وقد تكاملت صورتها في حق المخرج دون المشارك، فإنه وإن أعان على هتك الحرز إلا أنه لم يخرج النصاب، وعليه فالقطع على المخرج؛ لأنه السارق وحده وتام السرقة تتحقق بالإخراج من الحرز، أما المشارك فيعاقب تعزيراً؛ لأنه ارتكب معصية⁽⁴⁾.

• **نقده:** نوقش من وجهين؛ أحدهما: إنّ السرقة قد تمت بالتعاون بينهم والإعانة كانت ضرورية، والثاني: إنّ الاشتراك قد وقع منهم في هتك الحرز واستخدام بعضهم في إخراج المال لا ينفي مسؤوليتهم في إيجاب الحدّ عليهم⁽⁵⁾.

2- قول الحنابلة: يرى الحنابلة أنّ هذه الحالة من قبيل الاشتراك المباشر الذي يعاقب فيه الشركاء جميعاً بعقوبة الحدّ إذا بلغ المسروق نصاباً.

(1) ابن قدامة، م.س، ج12، ص468.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص78.

(3) ن.م.و.ص. العدوي، م.س، ج6، ص310. النووي، م.س، ج7، ص347.

(4) الكاساني، م.ن، ج7، ص66. العدوي، ن.م.و.ص. النووي، ن.م.و.ص.

(5) ابن قدامة، م.س، ج12، ص469.

• **حجته:** أنّ الجناة قد اشتركوا جميعا في الدخول إلى الحرز وكان إخراج المخرج للمتابع بقوة صاحبه ومعونته، وهذا شرط يوافق فيه الحنابلة رأي المالكية ويشترطون لقطع الجماعة أن يكون اشترائهم في الحمل ضروريا، ويرون أنّ المسروق إذا كان خفيفا بمقدور الواحد حمله منفردا، فلا قطع على الجميع إلا أن تكون حصة كل واحد منهم بلغت نصابا فعندئذ يجب قطع الجميع، ويضيف الحنابلة بأنه لو لم يقطعوا لكان ذلك ذريعة إلى إسقاط الحد؛ لأنّ عادة السرّاق أن يتعاونوا في تنفيذ جرائمهم⁽¹⁾.

3- المناقشة والترجيح:

يصعب الترجيح بين الرأيين في هذه المسألة؛ لأنّ كلّ رأي له ما يؤيده، وإن كنت أميل قليلا إلى رأي الجمهور، فالحنابلة يرون بأنّ السرقة قد اشترك فيها الجميع اشتراكا ماديا وقد كان ضروريا لإتمام السرقة، ثمّ إنّ الغالب في جرائم السرقة أن تقع بطريق التعاون والمشاركة، أمّا الجمهور فيقولون بأنّ هذه الحالة لا يمكن أن تتخذ وسيلة لإسقاط الحدود كما يقول الحنابلة؛ لأنّ سقوط الحدّ يكون صحيحا لو لم يعاقب أحد من الجناة، أما إذا عُوقب من اكتملت في حقّه عناصر السرقة بعقوبة الحدّ وهو المخرج هنا، ويعاقب الشريك الآخر تعزيرا لعدم اكتمال عناصر السرقة في حقه، فالحدّ لا يتعطل بعد أن يُقام على الذي باشر السرقة واعتُبر فاعلا لها.

ب- في القانون الجزائري:

بعد أن قام المشرع بتعريف السرقة (الاختلاس) في المادة 350 ق.ع.ج، بيّن في المواد من 350 مكرر 2 (جديدة)⁽²⁾ إلى 354 (المعدلة)⁽³⁾ الظروف المشددة والتي مفردة كانت أو مجتمعة تعطي للسرقة وصف الجنائية، وتحدّد لها عقوبة مشددة خاصة.

وهذه السرقة المرتكبة مع الظروف المشددة تشكل ما يسمى في لغة القانون "السرقة الموصوفة" وتكون من اختصاص محكمة الجنايات، خلافا للسرقة البسيطة التي تختص بالنظر فيها محكمة الجنح⁽⁴⁾.

(1) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، م.س، ج6، ص239.

(2) أضيفت بالقانون رقم 09 - 01 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 (ج.ر. 15 ص 8).

(3) عدّلت بالقانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

(4) أ. بن شيخ لحسين، م.س، ص158.

ومن الظروف المشدّدة ذي الصلة بالموضوع أذكر ظرف التعدد الذي نصت عليه المادة 353 (معدلة) فقرة 3 بقولها: "إذا ارتكبت السرقة بواسطة شخصين أو أكثر"، ويشترط هنا تعدد الجناة وأن يشتركوا جميعا في الأعمال التنفيذية للسرقة بصفتهم فاعلين أصليين أو مجرد شركاء، وسواء كانت مشاركتهم إيجابية أم أنها تتوقف عند مجرد الحراسة أو التواجد في مكان الجريمة، فالمهم هو التعدد دون حاجة لمعرفة الدور الذي قام به الشريك.

وحسب المادة 354 (المعدلة)⁽¹⁾ يكفي توافر هذا الظرف بمفرده حتى نكون بصدد سرقة موصوفة أي جنائية دون حاجة لتوافر ظروف الأخرى.

وتكمن العلة في التشديد أنّ عامل التعدد يسهل تنفيذ السرقة ويهرب المجني عليه ويجعله لا يفكر حتى في المقاومة، كما أنّ تعدد السارقين فيه دلالة على خطورة الجريمة ومرتكبيها الذين يتفوقون على السرقة ويتوافر لديهم سبق إصرار على تنفيذها، أضف إلى ذلك أنّ التعدد قد يؤدي إلى ارتكاب أفعال أشدّ خطورة من السرقة⁽²⁾.

والسؤال الذي يطرح: هل يشترط أن يكون مرتكبوا السرقة فاعلين أم يكفي أن يكون أحدهم فاعلا أصليا والآخرين شركاء؟

أرى أنّ المشرّع يقصد بالتعدد الوصف الذي يصدق على الفاعلين فقط دون الشركاء ممّن اقتصر عملهم على مجرد الاتفاق وتقديم المساعدة بعيدا عن مكان الجريمة، أما إذا تخطى دور الشريك هذه الأعمال وقام بعمل اقتضى ظهوره على مسرح الجريمة، اعتُبر فاعلا في السرقة وتحقق الظرف المشدد في حقه ولو كان المباشر للسرقة شخصا واحدا وهذا طبقا للمادة 351 المعدلة⁽³⁾ من قانون العقوبات.

وعليه فالذي يكسر باب منزل لتمكين الآخرين من السرقة بناء على اتفاق بينهم يعدّ شارعا فيها طبقا لنظرية الشروع، لكن لا يكفي هذا الفعل لاعتباره فاعلا أصليا إلا إذا حصلت السرقة مباشرة بعد كسر الباب؛ لأنّ ذلك يعني بالضرورة ظهور الجاني وتواجده على مسرح الجريمة، وفعله معاصر لوقت التنفيذ، أما إذا كان كسر الباب قد حصل في يوم سابق، وتمّت السرقة في اليوم الموالي فإنّ فاعل الكسر لا يعدّ فاعلا أصليا؛ لأنّ المدة

(1) عدّلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

(2) إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة لأحكام محكمة النقض، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط2، (د.ت)، ج2، ص454، 455.

(3) عدّلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

الزمنية الفاصلة بين الفعلين تجعل فعل الكسر من الأعمال التحضيرية، وبذلك يكون شريكا بالمساعدة بسبب غيابه عن مسرح الجريمة⁽¹⁾.

ج- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

بعد عرض موقف الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري في هذه المسألة أحاول المقارنة بينهما بذكر وجوه الاتفاق والاختلاف كما يلي:

1- أوجه الاتفاق: يتفقان في اشتراط تحقق ركن السرقة المادي بأن يتم بهتك الحرز هتكا متكاملا، وذلك بإخراج الشيء أو المال ونقله من حيازة مالكه أو حائزه إلى حيازة الجاني، دون علم صاحبه وبدون رضاه، كما يتفقان في الركن المعنوي.

2- أوجه الاختلاف: يختلفان في عدة نقاط أهمها:

• اشتراط النصاب لوجوب القطع في الفقه الجنائي الإسلامي لصفة الحدّ البالغ الشدة ومراعاة لحرمة اليد⁽²⁾، فإذا لم يتحقق فلا قطع ويصار إلى التعزير، بينما لا يوجد هذا الشرط في القانون الجزائري فتتحقق السرقة بمطلق الأخذ سواء كان المال المسروق قليلا أم كثيرا، وهو رأي الحسن البصري وداود الظاهري⁽³⁾.

• التعدد في السرقة لا يشكل ظرفا مشددا للعقوبة عند الفقهاء، فهي واحدة سواء أكان الفاعل واحدا أم جماعة، أما القانون الجزائري فيجعل من التعدد وحده ظرفا مشددا يغيّر وصف الجريمة من جنحة إلى جناية والعقوبة أيضا ولو لم تقترن به ظروف مشددة أخرى.

والسبب في عدم اعتبار التعدد ظرفا مشددا للعقوبة في الفقه الجنائي الإسلامي يرجع إلى طبيعة العقوبات الشرعية المتميزة بالشدة والقسوة، فهي موانع قبل الفعل زواجر بعده، والتي لا تظاهيها العقوبات القانونية في ذلك.

• يُشترط لقطع الجماعة في الشريعة أن تشترك في الدخول والإخراج للمال المسروق، فإذا بقي الجاني خارج الحرز أو لم يشترك في الهتك والدخول فالمسألة محلّ خلاف بين الفقهاء، في حين يعاقب القانون الجميع بعقوبة الجريمة مهما كان دور الجاني ولو اقتصر على مجرد المراقبة أو البقاء في مسرح الجريمة.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص200.

(2) الكبيسي، م.س، ص77.

(3) ابن حزم، م.س، ج11، ص351، 352، د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص334.

• عقوبة السرقة في الشريعة من جنس الفعل وهي القطع؛ لأنَّ المقصود من الحدِّ هو المنع والزرع للجاني ولغيره، فالجاني إذا عرف مسبقاً أنه إذا سرق قطعت يده فلا شك أنه سوف يفكر كثيراً قبل أن يقدم على فعلته، وغالباً ما يتراجع خوفاً وندماً، بخلاف العقوبة المقررة في القانون فهي السجن والغرامة؛ المواد 350 إلى 354 ق.ع.ج، ومهما بلغت درجة السجن والغرامة فلن تحقق الغرض المقصود وتمنع الجريمة بدليل المعاودة بعد التنفيذ.

الفرع الرابع: الاشتراك المادي في جريمة الحراية

مفهوم المباشرة في هذه الجريمة يتوقف على تحديد الأعمال التي يتألف منها الركن المادي، والركن المادي يتضمنه التعريفُ لذلك أمهدّ أولاً بتعريف الحراية ودليلها، ثم أتناول بعدها أحكام الاشتراك بالمباشرة فيها في الفقه الجنائي الإسلامي، وما يقابله في القانون الوضعي مما يطلق عليه اليوم بالجرائم الإرهابية.

أولاً: تعريف الحراية لغة وفقها ودليلها

أ- الحراية لغة: الحراية في اللغة مأخوذة من الحرب والمقاتلة والمنازلة، ولفظها مؤنث، يقال: قامت الحرب على ساقٍ إذا اشتدَّ الأمرُ وصعبَ الخلاصُ⁽¹⁾.

ب- الحراية فقها: اختلف الفقهاء فيما يُعدّ حِراية من عدمه ومرجع ذلك هو اختلافهم في ضبط الركن المادي لهذه الجريمة، فهل تقوم على أساس قطع الطريق وإخافة السبيل، أو على أخذ المال فقط من المارة مكابرة وعنوة، أو لا بدّ أن يُنظّم إلى قطع الطريق وإخافة السبيل القصد إلى أخذ المال؟

لذلك فتحديد الركن المادي للجريمة يتوقف على فهم كل فريق لحقيقة الحراية، فما يعدّ حراية عند البعض قد لا يعتبر كذلك عند غيره، لذا يعدّ مفيداً استعراض تعريف الحراية في المدارس الفقهية لمعرفة مدى اهتمام كل مدرسة بمحاربة هذه الجريمة.

1- تعريف الحنفية: "هي الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة، على وجه يمنع المارة ويقطع الطريق، سواء أكان القطع من جماعة أم من واحد بعد أن يكون له قوة القطع، وسواء أكان القطع بسلاح أم بغيره من العصا والحجر والخشب ونحوه؛ لأنَّ انقطاع

(1) الفيومي، م.س، مادة حرب، ص49. الرازي، م.س، ج1، ص610.

الطريق يحصل بكل ذلك جميعاً⁽¹⁾، وألحق الحنفية حدّ الحرابة بحدّ السرقة؛ لأنّ قطع الطريق عندهم يسمى سرقة كبرى⁽²⁾، وقال محمد أبو زهرة: " وإنما يطلق عليه اسم السرقة مجازاً بسبب الخفاء عن الإمام أو عن حراسه لحفظ الطريق"⁽³⁾.

ويضيف الدكتور محمود الزيني: " واعلم أنّ قطع الطريق يسمى سرقة كبرى، أما تسميتها سرقة فلأنّ قاطع الطريق يأخذ المال سرّاً ممن إليه حفظ الطريق وهو الإمام الأعظم...، وأما تسميتها كبرى فلأنّ ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق، هذا وضرر السرقة الصغرى يخص المالك بأخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلّظ الحدّ في قطع الطريق، وأخره العلماء الأجلاء عن السرقة الصغرى لأنّها أكثر وجوداً منه"⁽⁴⁾.

يتّضح من التعريف السابق للحرابة عند الحنفية أنها تعني كلّ خروج على المارة قصد أخذ أموالهم استناداً إلى القوة والغلبة من شأنه إعاقتهم عن استعمال الطريق، ويستوي عندهم أن يكون القطع من جماعة أو من شخص واحد، شريطة أن يتوافر في المحارب الغلبة وقوة القطع.

كما يستوي أن تكون بسلاح أو بغيره من العصيّ أو الخشب ونحوهما، فيحصل بذلك كلّ انقطاع الطريق، فلا عبرة بالوسيلة المستعملة في الحرابة وذلك بخلاف الحال في جريمة قتل العمد عندهم كما سبق، ويستوي أيضاً أن يباشر الجميع القطع أو يباشره بعضهم ويتسبب فيه البعض الآخر بالإعانة والأخذ.

2- تعريف المالكية:

عرّفها ابن عرفة بأنها: " الخروج لإخافة السبيل بأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو ذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا لإمرة ولا لنائرة^(*) ولا عداوة"⁽⁵⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص154. السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405 هـ، 1984م، ج3، ص155، 156.

(2) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج6، ص128.

(3) ن.م.و.ص.

(4) د. الزيني محمود محمد عبد العزيز، نظرية الاشتراك في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، (د.ط)، 1993م، ص78. وينظر د. بهنسي، الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص80.

(*) النائرة: نارت نائرة: هاجت هانجة، و بينهم نائرة أي عداوة وشحناء، الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، (د.ط)، 1986م، ص285.

(5) الحطاب، م.س، ج8، ص427.

وعرّفوها أيضا من خلال القائم بها وهو المحارب بقولهم: "المُحارب قاطع الطريق لمنع سلوك أو أخذ مال مسلم أو غيره على وجه يتعذر معه الغوث"⁽¹⁾.

قال القرطبي: "واختلف العلماء فيمن يستحق اسم المحاربة، فقال مالك: المحارب عندنا من حمل على الناس في مِصرٍ - مكان - أو في بريّة، وكابريهم عن أنفسهم وأموالهم دون نائرة ولا نحل^(*) ولا عداوة"⁽²⁾.

فالحاربة عند المالكية تتم بمطلق الخروج، سواء أكان الغرض هو أخذ المال بالقوة والغلبة والإخافة والقتل، أم لمُجرّد إرهاب الآمنين وترويعهم، ولو لم يكن القصد أخذ المال متى تجرّد الغرض من طلب الإمارة، وهو معنى قولهم: "ولا لإمرة؛ أي لا لأن يجعلوه أميرا عليهم، وإلا كان باغيا حقيقة لا محاربا.

3- تعريف الشافعية: "الحاربة هي البروز لأخذ المال أو لقتل أو إرعاب مكابرة، اعتمادا على الشوكة مع البعد عن الغوث"⁽³⁾، فالحاربة عندهم هي الخروج على المارة لأخذ المال أو لقتل نفس أو لإرهاب الآمنين اعتمادا على القوة، ويشترط لتحقيقها أن تقع مع البعد عن طلب الغوث أو النجدة أو السلطان، أو لحوق الضعف بأهل العمران أو بالسلطان.

4- تعريف الحنابلة: لم أقف لهم على تعريف فيما اطلعت عليه، لكن يمكن التوصل إليه من خلال ما أشاروا إليه بخصوص تعريف المحارب وذكر شروطه:

جاء في كشف القناع: "المحاربون هم قُطّاع الطريق، المكفون الملتزمون، الذين يعترضون الناس بسلاح في صحراء في أصل قول الخرقى وتوقف فيه الإمام أحمد، أو بُنيان أو بحر عند بعضهم الآخر، فيغصّبونهم مالا محترما قهرا ومجاهرة"⁽⁴⁾.

وفي المغني: "المحاربون هم الذين يعرضون للناس بالسلاح في الصحراء فيغصّبونهم المال مجاهرة"⁽⁵⁾.

(1) الخطاب، م.س، ج8، ص427. البقاعي، م.س، ج2، ص562.

(*) النحل: الحقد والعداوة. يقال: طلب بذخه أي بثأره والجمع (نحول)، الرازي، م.س، ص92.

(2) القرطبي، م.س، ج7، ص435.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، م.س، ج13، ص353. الشريبي، م.س، ج4، ص180.

(4) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص149. ابن مفلح شمس الدين محمد المقدسي، كتاب الفروع، تحقيق: د. عبد

الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، دار المؤيّد، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م، ج6، ص140.

(5) ابن قدامة، م.س، ج12، ص474، 475.

ويتضح من التعريف الأخير أنه جاء ضيقاً؛ إذ حصر المحارب في الذي يخرج للناس في الصحراء فقط لغرض انتزاع أموالهم، فلا يكون محارباً إذا خرج عليهم في المصر أو العمران، وذلك لإمكان لحوق الغوث والنجدة من الناس أو السلطان، ثم إنَّ قصدَ المحارب متعينٌ فقط بأخذ المال مجاهرة اعتماداً على القوة والغلبة، وبالتالي فلا يعدُّ محارباً عندهم الذي يخرج على المارة لقصد القتل، أو لمجرد التخويف والإرهاب مثلاً.

وعند البهوتي: "قطاع الطرق هم المكلفون والملتزمون - ولو أنثى - الذين يعرضون للناس بسلاح ولو بعصا وحجارة في صحراء أو بنيان أو بحر فيغصبونهم مالا محترماً قهراً ومجاهرة"⁽¹⁾.

وهذا التعريف يوافق سابقه في القصد من الخروج وهو أخذ المال مكابرة، ويخالفه في عدم تخصيص المكان بالصحراء ذلك أنَّ ضررها بالحضر أعظم خطراً فكانت بالحدِّ أولى، وأراد بقوله: "مالا محترماً" أن يكون معتبراً ذا قيمة لا خمراً أو صليباً أو مزماراً مثلاً وهو التعريف الأفضل من سابقه.

5- تعريف الظاهرية: عرفوها بأنها المكابرة لإخافة أهل الطريق والإفساد في الأرض بسلاح أو بدونه، ليلاً أو نهاراً في مصر أو فلاة ولو في قصر الخليفة أو الجامع، كثروا أو قتلوا ولو كان واحداً، فالمحارب عندهم هو من حارب المارة وأخاف السبيل، بقتل نفس أو أخذ مال أو لجراحة أو لانتهاك فرج⁽²⁾.

6- الموازنة والترجيح:

من التعريفات السابقة للجرابة يتضح أنَّ كلمة الفقهاء ليست واحدة بشأنها، فالبعض يضيق من دائرة المحاربة ويرى أنَّ ركن الجرابة المادي يتحقق إذا كان الخروج بقصد أخذ المال فقط وعلى سبيل المغالبة، فإن لم يكن كذلك فلا يعدُّ جرابةً مَهْمَا تَرْتَبَ عن الخروج من جرائمٍ وهو رأي الحنفية والحنابلة، ويُعدُّ محارباً مباشراً كل من خرج لهذا الغرض ونجم عنه ارتكاب عمل من أعمالها، كالقتل والجرح وأخذ المال وإخافة للسبيل، ومَنْ لم يكن هذا قصده فلا يعتبر خروجه جرابةً، بل معصيةً يُعزَّرُ عليها بحسب الفعل الذي ارتكبه.

(1) البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج6، ص149.

(2) ابن حزم، م.س، ج11، ص308.

بينما يوسع البعض الآخر فيرى أنّ مجرد الخروج لقطع الطريق على الناس كافٍ لتحقيق ركنها المادي، ولو لم يكن الخروج لأجل أخذ المال، وهؤلاء هم المالكية والشافعية والظاهرية، وعليه فكلّ من خرج لقطع الطريق وترتب عنه تنفيذ عمل من أعمال الحرابة، عدّ مباشراً لها ولو لمجرد إخافة السبيل دون أخذ للمال، بل ويشمل ما اصطُح على تسميته بالردء وهو المُعين أو المساعد للمباشر، أي المتسبب كما في بحثي هذا.

ويبدو مما سبق أنّ تعريف الظاهرية وإن كان يشابه تعريف المالكية إلا أنه جاء أكثر دقة وشمولاً وتفصيلاً في توضيح معنى الحرابة والمحارب وهو الذي اختاره وأرجّحه.

والعلة في ذلك أنّ هذه الجريمة تتحقق بالمنعة والمناصرة في أصلها، بحيث لا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الردء فكان الكل محاربين بعموم الآية: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾⁽¹⁾، وبعموم حديث: "لا يحلُّ دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة"⁽²⁾.

ج- دليل الحرابة: الكتاب والسنة

1- الكتاب: قول الله **عَلَّ**: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ... وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾⁽³⁾، ذكر القرطبي اختلاف الناس في سبب نزول الآية، فروى عن ابن عباس والضحاك أنها نزلت بسبب قوم من أهل الكتاب كان بينهم وبين رسول الله **ﷺ** عهد فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض⁽⁴⁾.

وفي مصنف أبي داود عن ابن عباس قال: نزلت هذه الآية في المشركين، فمن أخذ منهم قبل أن يُقدر عليه لم يمنعه ذلك أن يقام عليه الحدّ الذي أصابه⁽⁵⁾.

(1) المائدة، آية 33.

(2) سبق تخريجه، وهذه الرواية خرّجها الإمام مسلم، م.س، باب ما يباح به دم المسلم، ج 5، ص 106.

(3) المائدة، آية 33.

(4) القرطبي، م.س، ج 7، ص 432، 433.

(5) أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1418 هـ، 1997 م،

باب ما جاء في المحاربة، حديث رقم 4372، ج 4، ص 349.

والذي عليه الجمهور أنها نزلت في العُرَيْنين، رُوي عن أنس بن مالك: "أن قوما من عُكْل أو قال من عُرينة قَدِموا على رسول الله ﷺ فاجتثوا المدينة فأمر لهم رسول الله بلفاح، وأمرهم أن يشربوا من أبوالها، وألبانها، فانطلقوا فلما صحوا قتلوا راعي النبي ﷺ واستاقوا النعم، فبلغ النبي ﷺ خبرهم من أول النهار فأرسل في آثارهم، فما ارتفع النهار حتى جيء بهم، فأمر بهم ففُطعت أيديهم وأرجلهم وسَمَر أعينهم وألقوا في الحرّة يستسقون فلا يُسقون" (1).

قال أبو قلابة: فهؤلاء قوم سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم وحاربوا الله ورسوله (2). أما الأئمة مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي فقالوا: نزلت الآية فيمن خرج من المسلمين يقطع السبيل ويسعى في الأرض بالفساد (3).

واحتج أبو ثور لهذا القول بأن في الآية دليلا على أنها نزلت في غير أهل الشرك، وهو قوله جل ثناؤه: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (4). وأجمع أهل العلم أن المشركين إذا وقعوا في أيدينا فأسلموا أن دماءهم تُحرم، فدل ذلك على أن الآية نزلت في أهل الإسلام (5).

ووجه الاستدلال طبقا للرأي الراجح لدى جمهور الفقهاء فإن من خرج من المسلمين يقطع الطريق ويسعى بالفساد في الأرض يكون محاربا، وفي الآية: "إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله... استعارة ومجاز؛ إذ أن الله سبحانه لا يُحارب ولا يُغالب لما هو عليه من صفات الكمال، وإنما وجب له من التنزه عن الأضداد والأنداد، المعنى: يحاربون أولياء الله فعبر بنفسه العزيزة عن أوليائه إكبارا لإذابتهم (6).

أو سمي قاطع الطريق محاربا لله؛ لأن المسافر معتمداً على الله سبحانه وتعالى، فيكون الذي يزيل أمنه محاربا لمن اعتمد عليه في تحصيل الأمن، وأما محاربتُه لرسوله لاعتبار

(1) أبو داود، م.س، باب ما جاء في المحاربة، حديث رقم: 4364، ج4، ص346. وينظر بهنسي، الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص71، 72.

(2) أبو داود، ن.م.و.ص.

(3) القرطبي، م.س، ج7، ص432، 433.

(4) المائدة، آية34.

(5) القرطبي، م.ن، ص433 وما بعدها.

(6) م.ن، ج7، ص433 - 435. وينظر الكبيسي، م.س، ص102.

عصيان أمره أو لأئته الحافظ لطريق المسلمين، والخلفاء والملوك من بعده، أو على حذف مضاف؛ أي يحاربون عباد الله⁽¹⁾.

2- السنة: ما روي عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: " لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس والثيب الزاني والمفارق لدينه التارك للجماعة"⁽²⁾.

وجه الاستدلال هو عدم جواز التعرض للمسلم إلا بواحد مما ذكر في الحديث، فوجب الكفّ عن كل ما يؤدي إلى المساس بمال المسلم وحرمة عرضه وجسده مما سوى ذلك.

ثانياً: أحكام الاشتراك بالمباشرة في جرائم الحراية في الفقه الجنائي الإسلامي

تتوقف المباشرة في جريمة الحراية على تحديد الأعمال المكونة لركنها المادي، وقد سبق القول بأن الفقهاء قد اختلفوا بخصوص تلك الأعمال ويمكن إرجاعه إلى قولين:

أ- القول الأول:

وهو للحنفية والحنابلة؛ ويرى أصحابه أنّ الركن المادي للحراية يتحقق متى باشر المحارب القتل أو أخذ المال أو إخافة السبيل، شريطة أن يكون مقصده من الخروج هو أخذ المال مكابرة، وعلى وجه المغالبة حتى يستحق العقوبة، وسواء كان المباشر واحداً أو كان معه مباشرون آخرون⁽³⁾.

بمفهوم المخالفة إذا لم تكن غاية الخروج هي أخذ المال مغالبة، فلا يشكل الخروج عندهم حراية مهما ترتب عنه من جرائم، وإن كان يعزر عليها باعتباره ارتكب معصية. ولا يشترط عندهم استعمال أداة معينة في الحراية، فهي تتحقق بأي وسيلة كانت كالعصا، والحجارة، والخشب، ما دامت تؤدي إلى الغرض المقصود من تهديد السبيل وإخافتهم، بخلاف الحال في القتل العمد حالة التماثل كما سبق عند السادة الحنفية خاصة.

(1) أبو الوفا احمد أبو الوفاء، التأسيس الشرعي والقانوني لمكافحة الجماعات الإرهابية، فكريا وترويجا وتنظيما، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، (د.ط)، 2007م، ص45.

(2) الحديث سبق تخريجه.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص90. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص376. ابن مفلح، م.س، ج6، ص140.

ب- القول الثاني:

وهو للمالكية والشافعية وأهل الظاهر؛ والحراية عندهم تتحقق بالخروج لقطع الطريق ومنع الانتفاع به مطلقا، دون اشتراط القصد إلى أخذ المال، فالقصد من الخروج عند هؤلاء قد يكون لأجل أخذ المال أو القتل أو لإخافة المارة أو لغرض آخر (1).

فمن أتى عملا منها أعتبر محاربا وشريكا مباشرا، فالشريك المباشر إذن هو من ترتب عن خروجه تنفيذ واحدة من هذه الأشياء، طالما أن فعله أحدث النتيجة دون واسطة.

ثالثا: حكم اجتماع المحاربين المباشر والمتسبب:

إذا وُجد مع المحاربين متسببون (الردء والمعين) في فعل ما، فبإشراك بعضهم القتل والأخذ، وانحصر دور البعض الآخر في الإعانة أو المساعدة فقط، فقد اختلف الفقهاء في الحكم ويمكن إرجاعه إلى قولين:

أ- قول الجمهور: وهم الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية (2) ويرى للمعين أو الردء حكم المباشر في جميع الأحوال، اكتفاءً بمجرد توافر الحراية، ولا يهتم بعد ذلك أن يباشر بعضهم القتل أو أخذ المال أو لا يباشره، فالحدد يقام على الجماعة كلها للحجج الآتية:

1- الحدّ جزاء المحاربة وهي تتحقق بأن يكون بعضهم معاونا للبعض الآخر، حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم، وهذا الذي اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله (3).

2- الفعل الواقع من بعضهم كأنه واقع منهم جميعا على أساس أن مباشرة البعض مباشرة للكل؛ لأنّ مسؤوليتهم تضامنية كما لو كانوا متمالئين، وإذا لم يلحق المتسبب بالمباشر في سبب وجوب الحدّ، فإنه يؤدي إلى فتح الباب واسعا لقطع الطريق وتعطيل تطبيق الحدّ والحكمة من تشريعه، لهذا ألحقوا المتسبب بالمباشر كما في السرقة (4).

3- ثم إنّ الشرط هو حصول الأخذ أو القتل من بعضهم أو أحدهم وقد وقع، ولا يهتم بعد ذلك البحث في نوع الآلة المستخدمة في القتل كالعصا أو الحجر أو السيف، فالكلّ سواء في حصول النتيجة ما دامت تُحقّق القصد وهو قطع الطريق، وهذا باتفاق الفقهاء.

(1) الحطاب، م.س، ج8، ص427. الشريبي، م.س، ج4، ص180. ابن حزم، م.س، ج11، ص308.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص90، 91. سحنون، م.س، ج6، ص301. ابن قدامة، م.س، ج8، ص297. ابن حزم، م.ن، ج11، ص308.

(3) ابن تيمية، م.س، ج34، ص244.

(4) الكاساني، م.س، ج7، ص91. ابن قدامة، م.س، ج8، ص299.

وذهب الجمهور إلى أبعد من ذلك فألحقوا بالشريك المباشر الطليع، وهو الذي يستطلع ليكشف عن حال المجني عليهم والردء^(*) ونحوهما ممن يلجأ إليه المحارب إذا هرب أو هُزم، وكل من أعان ولم يحضر واقعة الجريمة فهؤلاء جميعا يلحقونهم بالمباشر حكما، فيستوي فيه معه غير المباشر كاستحقاق الغنيمة التي يشترك فيها جميع المحاربين، من باشر منهم القتل ومن لم يباشر بجامع أن اسم المحارب يصدق عليهما جميعا⁽¹⁾.

والأكثر من ذلك فإن المالكية لا يقفون عند هذا الحد بل يلحقون بالمباشر أيضا من يستعصم ويتقوى المحاربون بجاهه، حيث يعدونه متسببا ولو لم يباشر القتل ما دام جاهه قد ساهم في تقديم العون على وقوع الجريمة حكما⁽²⁾.

وروي أنه حدث في زمن الوليد بن عقبة وهو والي على الكوفة، أن شبابا من الكوفة نقبوا على رجل داره وقتلوه، وكان له جار قد أشرف على الحادث وراه، فاستصرخ الشرطة فجاؤا وقبضوا عليهم فحوكموا وثبتت عليهم جريمة القتل وقتلوا جميعا⁽³⁾.

ب- قول الشافعية: وعلى النقيض من هذا الرأي يذهب الشافعية إلى القول بأنه لا يجب على الردء الذي كثر جماعتهم فقط، ولم يزد على ذلك سوى التعزيز بالحبس والتغريب ونحوهما؛ لأن المدار في المحاربة على المباشر لا على من كان ردها له⁽⁴⁾.

قال الشافعي: "ومن حضر وكثر وهيب، أو كان ردها يدفع عنهم عزر وحبس"⁽⁵⁾. ونتيجة لذلك فإنهم يفرقون بين المباشر والمتسبب في جريمة الحرابة تفريقا له أثره في تفاوت الحكم بين من باشر أعمال الحرابة ومن لم يباشرها، فالمباشر عندهم هو من نتج عن فعله أخذ المال أو قتل أو إخافة للسبيل، أما المتسبب فهو الذي لم يقم بشيء من هذه الأشياء، مثل الطليع والردء فلا يثبت له حكم المحاربة، وإنما يغدره الإمام بحبس أو تغريب وغيرها، وقد ورد في الخبر عن ابن مسعود مرفوعا: "من كثر سواد قوم فهو منهم"⁽⁶⁾.

(*) الردء لغة: من ردا الشيء بالشيء: جعله له رداء، وأرداه أعانه، قال الله تعالى: " فأرسله معي رداءً يصدقني " والردء: المعين، والعون: الناصر. ابن منظور، م.س، ج3، ص1619. واصطلاحا: هو المعين لضبط المال، ويلجأ إليه المحارب إذا هُزم أو هرب، أو هو كل من أعان على الجريمة بالحضور ولو لم يباشر الفعل بنفسه. ينظر د. الفاخري، م.س، ص216.

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، م.س، ج2، ص299. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص151.

(2) الدسوقي، م.س، ج4، ص350.

(3) الزيني، م.س، ص81.

(4) الشيرازي، م.س، ج5، ص451. الشربيني، م.س، ج5، ص501، 502.

(5) الشافعي، م.س، ج7، ص386.

(6) ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الفتن، باب من كره أن يكثر سواد الفتن والظلم، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1421هـ، 2001م، ج13، ص41.

فالمعنى والله أعلم أنّ من اجتمع مع قوم على طاعة فهو منهم، وقد يعمّه الخير بسبب اجتماعه معهم على الطاعة ولو لم يكن مثلهم في النية والمقصد، ومن اجتمع مع أهل الشر والمعاصي مختاراً فهو مثلهم، ويكون للإمام أن يعزّره بواحد ممّا ذكر، وقيل يتعين تعزيره بالنفي إلى مكان يراه الإمام مناسباً؛ لأنّ عقوبته في الآية هي النفي⁽¹⁾.

وأخبر الشافعي عن ابن عباس رضي الله عنهما قوله: "وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا، نفوا من الأرض"⁽²⁾.

ويذهب الشافعية إلى تطبيق مبدأ عقابي حديث تتشقق به القوانين الوضعية اليوم، وتزعم أنّ لها الأسبقية في تقريره والأخذ به، وهو مبدأ تفريد العقاب على المحاربين كلّ على حسب جريته، ولو أنهم اشتركوا حقيقة في أعمال الحرابية، فلو قتل بعضهم وقام البعض الآخر بأخذ المال، وجب الحدّ على الذي قتل والقطع من خلاف على من أخذ المال؛ لأنّ كلا منهما قد انفرد بسبب حدّ فاخُصّ به، ولأنّ دم المسلم لا يراق إلا بما يوجبه وقد قال ﷺ: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والتارك لدينه"⁽³⁾.

ج- المناقشة والترجيح:

مما سبق عرضه يتضح أنّ المذهب الشافعي يُعتبر أيسر المذاهب وأخفّها، حيث إنه يميز بين الشريك المباشر والشريك المتسبب ويجعل عقوبة المتسبب دائماً أقلّ من عقوبة المباشر، وقد ذكر في ذلك عدداً من الأدلة، وبالمقابل فإنّ رأي الجمهور قد اختار التسوية في الحكم والعقوبة عليهم جميعاً دون تفرقة وإن وُجدت فهي جوازية، بل إنّ من الفقهاء من يمنح للقاضي سلطة رفع عقوبة المتسبب لتتجاوز عقوبة المباشر في بعض الأحيان.

لكنّي أرجح رأي الجمهور الذي يقضي بتعميم حكم الحرابية على سائر المشتركين فيها، من مباشرين ومتسببين كالطليع والرّدء؛ لأنّ ذلك يتفق ونص الآية الكريمة: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾⁽⁴⁾.

(1) الزيني، م.س، ص82.

(2) الشافعي، م.س، ج7، ص385.

(3) الترمذي، م.س، أبواب الحدود، ما جاء في شرب الخمر فاجلده ومن عاد في الرابعة فاقتلوه، ج3، ص114، 115.

(4) المائدة، آية33.

ثم إن الآفة لم تشترط لمعاقبة المحارب أن يرتكب جريمةً محددةً أو يأتي فعلاً معيناً، بل جعلت عقوبة هذه الجريمة بعددٍ من الجزاءات وتركت سلطة تقدير العقوبة الأنسب لحرية القاضي وقناعته فيما يراه مناسباً لهؤلاء المحاربين، دون تمييز بين مباشر وشريك؛ لأنّ مباشرة فعل الحرابفة صار ممكناً بوجود البعض رداءً لهم فهم كالشركاء.

رابعاً: جرائم الإرهاب في ضوء أحكام الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري أ- في الفقه الجنائي الإسلامي:

لما كان تعريف الإرهاب يمكن التوصل إليه من خلال تعريف الحرابفة، وسبق عرض طائفة منها عند الفقهاء، وأضح منها أنّ حدود الحرابفة هي: الخروج على الجماعة والتجمع في صورة عصابات، أو أفراد تسيطر بالرعب وترهب أهل دار الإسلام، وتعتدي على أرواحهم وأعراضهم وتقوم بسلب أموالهم⁽¹⁾.

وبعيداً عن اختلاف الفقهاء بخصوص تعريف الحرابفة وتحديد عناصرها، فإنهم قد انفقوا على أنّ جوهر الحرابفة هو الإرهاب مع تعذر الغوث والنجدة، أو أنه التعرض على سبيل المغالبة أو المكابرة مع عدم إمكان الغوث، وسواء أكان الإرهاب مقصوداً لذاته أم صاحبه اعتداءً على النفس أو المال، وسواء أكان المحارب فرداً أم جماعة، تمّ في الحضر أم السفر والصحراء، وهنا يثور التساؤل الآتي: - هل يمكن تصنيف الجرائم الإرهابية اليوم ضمن أحكام جريمة الحرابفة؟

إنّ أساس الإرهاب في الفقه الجنائي الإسلامي هو العنف باستعمال وسائل من شأنها إلحاق الأذى بالنفس أو ما دونها أو بمال الغير أو بالعرض عند بعض الفقهاء بهدف الإخلال بأمن المجتمع واستقراره والسعي في الأرض بالفساد ونشر الذعر والفوضى في قلوب المارة، فتتعطل المتاجر ويتوقف الذهاب والإياب⁽²⁾.

وإذا كانت وسيلة الجماعات الإرهابية هي العنف، فهو يتحقق عن طريق استخدام وسائل مادية أو معنوية تؤثر في المجني عليه مباشرة وتلحق به الأذى، وهو يتحقق بالقول أو بالتهديد أو بالمنع متى كان من شأنه الإضرار بالمجني عليه⁽³⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص154. الحطاب، م.س، ج8، ص427. الشربيني، م.س، ج4، ص180. ابن قدامة،

م.س، ج12، ص474.

(2) الكبيسي، م.ن، ص103.

(3) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا، م.س، ص47.

وبالتالي يوجد تقارب شديد بين مفهوم الإرهاب قانونا ومفهوم الحراية في الفقه الجنائي الإسلامي، فالكل يراد منه قطع الطريق وإخافة السبيل وتعويقه سواء بقتل أو بأخذ المال وغير ذلك، ويمكن القول بأن النموذج الشرعي لجريمة الحراية ينطبق على إنشاء الجماعات الإرهابية أو الاشتراك فيها والترويج لأفكارها اليوم.

ب- في القانون الجزائري:

1- لمحة تاريخية: أصبحت ظاهرة الإرهاب اليوم تكسني طابعا عالميا متميزا بعد ما كانت قبل سنوات منحصرة في دول قليلة، ولمواجهة هذه الظاهرة لجأ المجتمع الدولي ومختلف الدول التي تعاني منها إلى سنّ تشريعات خاصة لمواجهةها، كما حدث في فرنسا في قانون مكافحة الإرهاب المؤرخ في: 9 سبتمبر 1986، الذي اعتبرت فيه الأعمال الإرهابية بأسرها جرائم متميزة يجب أن تعاقب بشدة، وأخضعتها لنظام خاص من الإجراءات يتميز بمركزية الملاحقات بشكل خاص، وبالتحقيق والإدانة في إطار محكمة واحدة مشكلة من قضاة مختصين يشمل كافة الأراضي الفرنسية، وأدخلت تدابير أخرى تسمح بتسهيل مكافحة الإرهاب، تمثلت بقوانين 15 نوفمبر 2001، و 9 سبتمبر 2002، و 18 مارس 2003، و 9 مارس 2004 التي عززت القوانين الأساسية وقواعد الإجراءات⁽¹⁾.

ودخل حيز التنفيذ قانون فرنسي جديد لمكافحة الإرهاب، ويجيز هذا القانون ملاحقة الفرنسيين الذين يقومون بأعمال إرهابية في الخارج أو يتدربون في معسكرات خارجية للقيام بأعمال "جهادية". ونشر القانون في الجريدة الرسمية بعد أن صادق عليه الرئيس الفرنسي السابق فرانسوا هولاند⁽²⁾، كما ينص القانون على إمكان ملاحقة أي فرنسي يسافر للتدرب في معسكر حتى لو لم يرتكب أي عمل مسيء في فرنسا وحتى لو لم يمض شبابه على الأراضي الفرنسية، وذلك بتهمة تشكيل "عصابة إجرامية" بهدف ارتكاب عمل إرهابي وهي جريمة تعاقب بالسجن عشر سنوات وغرامة تبلغ 225 ألف يورو⁽³⁾.

كذلك دولة إسبانيا وفي ذات السياق، قال وزير الداخلية الإسباني "فرنانديث دياث": إن نظيره الفرنسي "برناد كازنوف" قدّم له اقتراحا من أجل توحيد الجهود القانونية لمواجهة

(1) موقع : <http://www.islamtoday.net/albasheer/artshow-12-5112>
(2) موقع : <http://www.france24.com/ar/2012123>. تاريخ التحديث: 2012-12-23.
(3) موقع رقم 2 نفسه.

الإرهاب، وأضاف أنه سيتم نقاشه في الاجتماع المزمع بين الوزيرين صباح السبت في باريس، دون مزيد من التوضيحات حول الاقتراح.

وأوردت صحيفة "لاراثون" الإسبانية مسودة الوثيقة تضمنت 12 نقطة والتي يسعى الحزب الشعبي الحاكم لتميرها عبر البرلمان، ومنها "رفع العقوبات حسب خطورة الأعمال الإجرامية، تجريم تمويل الإرهاب، توسيع مفهوم الانتماء إلى منظمة إرهابية، رفع العقوبات على تمجيد الإرهاب وتجريم القيام بهذه المهمة عبر شبكات التواصل الاجتماعي، وتشديد العقوبة على من يعاودون ارتكاب أعمال إرهابية"، وقد حُصيت جميعها بإقرار البرلمان الإسباني حسب الصحيفة⁽¹⁾.

أما في الجزائر وإلى غاية سنة 1990م كانت ظاهرة الإرهاب بعيدة عنها، لكن تحديداً وبعد حلول سنة 1992م ظهر الإرهاب بقوة وفي أبشع صورته، مما أدى بالسلطات الجزائرية هي الأخرى إلى دق ناقوس الخطر والمصارعة بسنّ المرسوم التشريعي رقم: 92-03 المتعلق بمكافحة أعمال التخريب والإرهاب⁽²⁾، والمعدل بموجب الأمر رقم: 05/93 المؤرخ في 19 أبريل 1993م، ثم توالى التعديلات التي أخذت بنفس الفكرة سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، إلى أن تمّ إلغاء المرسوم بموجب الأمر: 95-11 المؤرخ في 25-02-1995م، بعدما أدمجت معظم أحكامه في قانون العقوبات في القسم الرابع مكرّر تحت عنوان: الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، المادة 87 و 87 مكرر من الفقرة 01 إلى الفقرة 10 ق.ع.ج⁽³⁾.

2- تعريف الجريمة الإرهابية في القانون الجزائري:

عرّف المشرّع العمل الإرهابي أو التخريبي في المادة 87 مكرر (معدلة): "يعتبر فعلاً إرهابياً أو تخريبياً، في مفهوم هذا الأمر كل فعل يستهدف أمن الدولة والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقرار المؤسسات وسيرها العادي عن طريق أيّ عمل غرضه ما يأتي:

- بثّ الرعب في أوساط السكان وخلق جو انعدام الأمن من خلال الاعتداء المعنوي أو الجسدي على الأشخاص وتعريض حياتهم أو حرياتهم للخطر أو المساس بممتلكاتهم.

(1) <http://lhvnews.com/ar/news/13021>. تاريخ النشر: 10 جانفي 2015.

(2) المرسوم التشريعي رقم 03/92 المؤرخ في 30/09/1992 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب، الجريدة الرسمية عدد 70 بتاريخ 05/10/1992.

(3) الأمر رقم: 95-11 المؤرخ في 25- فبراير- 1995م (الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 11، ص 10.9.8) المتعلق بالجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية. وينظر د. أحمد بوسقيعة، م.س، ص 40، وما بعدها.

- عرقلة حركة المرور أو حرية التنقل في الطرق والتجمهر أو الاعتصام في الساحات العمومية.

- الاعتداء على رموز الدولة والجمهورية ونش أو تدنيس القبور.

- الاعتداء على وسائل المواصلات والنقل والملكيات العمومية والخاصة والاستحواذ عليها أو احتلالها دون مسوغ قانوني.

- عرقلة عمل السلطات العمومية أو حرية ممارسة العبادة والحريات العامة وسير المؤسسات المساعدة للمرفق العام...".

ويأخذ أيضا وصف الجريمة الإرهابية أو التخريبية، إنشاء أو تأسيس أو تنظيم جمعية أو جماعة منظمة يكون غرضها القيام بعمل إرهابي أو تخريبي، وكذا كل انخراط أو مشاركة مهما يكن شكلها في الجمعيات أو التنظيمات أو الجماعات أو المنظمات المذكورة آنفا مع معرفة غرضها وأنشطتها⁽¹⁾.

وكما يأخذ وصف الجريمة الإرهابية أو التخريبية الإشادة بالأعمال الإرهابية أو التخريبية أو تشجيعها (التحريض عليها) أو تمويلها بأية وسيلة كانت المادة 87 مكرر فقرة 4 ق.ع.ج، وكذا إعادة طبع أو نشر الوثائق أو المطبوعات أو التسجيلات التي تشيد بالأفعال الإرهابية أو التخريبية⁽²⁾.

كذلك يأخذ وصف الجريمة الإرهابية حيازة أسلحة ممنوعة أو ذخائر والاستيلاء عليها أو حملها أو الاتجار فيها أو استيرادها أو تصديرها أو صنعها أو تصليحها أو استعمالها دون رخصة من السلطات المختصة. وكذا بيع عن علم أسلحة بيضاء أو شراؤها أو توزيعها أو استيرادها أو صنعها لأغراض مخالفة للقانون⁽³⁾.

3- نقد التعريف: أجد في التعريف الذي أشارت إليه المادة 87 مكرر وما تضمنه من أحكام قانونية كثيرة تتعلق بأحوال الجماعات الإرهابية الملاحظات الآتية:

- الخلط بين التعريف للشيء وذكر خصائصه وأشكاله.

(1) المادة 87 مكرر فقرة 3 (جديدة) من ق.ع.ج.

(2) المادة 87 مكرر فقرة 5 (جديدة) من ق.ع.ج.

(3) المادة 87 مكرر فقرة 7 (جديدة) من ق.ع.ج.

- وإذا سلّم بأنّ ماسبق ذكره يمثل تعريفا للجريمة الإرهابية، فقد جاء تعريفا مطولا تشكّل من عدّة فقرات مع ركافة الصياغة والإطناب، إضافة للطابع الفضايف للعبارات مع غياب الدقة القانونية في استعمال المصطلحات المناسبة، وهذا لا يتفق مع خصائص التعريف الذي يتميز بالاختصار والدقة في الدلالة على المقصود، بحيث يكون جامعا لأجزاء المعرّف مانعا من دخول ما ليس فيه فيه، وكان يمكن الاقتصار على العبارة الأولى والثانية والاكتفاء بهما؛ لأنهما تتضمنان باقي الصور والأحوال وذلك بدلالة كلمة "كل" التي تدلّ في اللغة العربية على الاستغراق والشمول لأجزاء الشيء المعرّف.

- يلاحظ أيضا في الفقرة الأولى خلط بين العمل الذي يعدّ عملا إرهابيا وبين الباعث، في قوله: "كل فعل يستهدف أمن الدولة... عن طريق أي عمل غرضه..." فهل يكمن الباعث فيما يستهدف إليه أو في غرضه؟ ثمّ ما هو الفرق بين قوله: يستهدف وقوله: "بغرض"؟! ويّفهم منه أنّ الجريمة الإرهابية هي التي يكون فيها مساس بالحياة، كسلب الناس حقّهم في الحياة والمساس بسلامتهم الجسدية، أو بالخطف والاحتجاز وتحويل وسائل النقل، وكذا بالسرقة والتخريب والنهب... وغيرها، وفي ذلك إخلال خطير بالنظام العام وبتّ للفرع في النفوس، وهو ما يتفق روحا ومعنى مع جريمة الحرابة في الفقه الجنائي الإسلامي.

خامسا: التمييز بين السرقة والحرابة

الحرابة وإن كانت تُسمّى بالسرقة الكبرى إلا أنها تختلف في بعض الجوانب عن السرقة العادية أو السرقة الصغرى، في المواضع التي يكون حدّها القطع؛ فالسرقة العادية تتمثل في أخذ مال الغير وإخراجه من حرزه وحيازة مالكة خفية وهو ركنها الأساسي، أما الحرابة فهي الخروج لأخذ المال من المارة عنوة على وجه المغالبة والقوة، حسب رأي بعض الفقهاء كالحنفية⁽¹⁾ أنه ركنها الأساسي أيضا، سواء حصل أخذ للمال أم لم يحصل.

ثمّ إنّ الأثر المترتب عن السرقة يمسّ في الأصل المالك الحقيقي، ويتجسد ذلك بهتك حرزه وأخذ ماله، أما في الحرابة فالضرر فيها وإن كان يمسّ أصحاب الأموال في بعض الأحيان، إلا أنه يطال النظام الأمني العام للبلاد لما فيه من الترويع والتخويف للسبيل بانقطاع الطريق⁽²⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص154. علاء الدين السمرقندي، م.س، ج3، ص155، 156.
(2) ابن الهمام، م.س، ج4، ص268. وينظر د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج6، ص128.

المطلب الثاني: الاشتراك الحكمي في الجريمة

قسّمت الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين اثنين؛ تناولت في الفرع الأول المحرّض على الجريمة، كفاعل أصلي في القانون الجزائري حسب التعديل الجديد، بينما اعتبره الفقه الجنائي الإسلامي شريكا بالتسبب، لذا أرجأت الحديث عنه إلى الفصل الثالث لتعذر الموازنة بينهما، في حين خصّصت الفرع الثاني للفاعل المعنوي.

الفرع الأول: المحرّض على الجريمة مساهم أصلي في القانون الجزائري

كان المحرّض على ارتكاب الجريمة قبل تعديل قانون العقوبات سنة 1982 يُعتبر شريكا في الجريمة أو مساهما تبعا، وهذا بنص المادة 42 المعدلة⁽¹⁾، لكن المشرّع الجزائري عدّل من مركزه القانوني واعتبره فاعلا أصليا وذلك بموجب القانون رقم 82-04⁽²⁾، في نص المادة 41 والتي أصبح نصها بعد التعديل: " يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة، أو حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التندليس الإجرامي".

ومن خلال هذا التعديل يمكن القول بأنه قد قام شكلاً بنقل الفقرة الأولى من نص المادة 42 وألحقها بالمادة 41 معدلة، وعليه فالتعديل كان تعديلا بالإضافة مع الحذف.

ونظرا لأهمية موضوع التحريض وخطورته في نفس الوقت، جعل المشرّع الجزائري يتدخّل ليغيّر من مركزه القانوني ويصنّفه في زمرة الفاعلين الأصليين، بعد أن كان وسيلة اشتراك لا عقاب عليه وهذا قبل التعديل.

والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد نحا نحوًا جديداً ومستقلاً، شدّ فيه عن القاعدة التقليدية وغير نظرتة بشأن المحرّض، وبذلك يكون قد خالف اتجاه الفقه الجنائي الإسلامي والاتجاه السائد لدى غالبية التشريعات العقابية، والتي تعتبر المحرّض مجرد شريك لا

(1) حُرّرت في ظل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ، الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم. وكان نصها: " يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا فيها ولكنه قام بالأفعال الآتية: - حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التندليس الإجرامي أو أعطى تعليمات لارتكابه. - ساعد بكافة الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين...، مع علمه بذلك".

(2) القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، (الجريدة الرسمية الجزائرية عدد7، ص318).

فاعلاً⁽¹⁾، وخالف أيضا توصيات المؤتمر الدولي السابع لسنة 1957م المنعقد بأثينا، الذي أوصى باعتبار التحريض نوعا مستقلا ومتميزا عن أنواع المساهمة الجنائية، بحيث لا يكون صاحبه فاعلا أصليا ولا شريكا في الفعل الأصلي، حتى لا يرتبط نشاط المحرض بتحقيق النتيجة المتمثلة في ارتكاب الجريمة كشرط لعقابه⁽²⁾.

فالتحريض في نظر المؤتمر لا يمكن اعتباره مساهمة أصلية؛ لأنّ هذه الأخيرة تقتصر على التنفيذ، كما لا يجوز اعتبار نشاط المحرض مساهمة تبعية؛ لأنه في الحقيقة هو من يخلق التصميم على الجريمة لدى الفاعل ويدفعه إلى ارتكابها، وعليه سأنركز دراستي في هذا الفرع على تعريف التحريض وذكر شروطه وتحديد أركانه ووسائله، مع الإشارة إلى أوجه الاختلاف بينه وبين بعض الصور المشابهة.

أولا: تعريف التحريض في القانون الجزائري

نصّ المشرع الجزائري هلى التحريض في نص المادة 41 ق.ع.ج بقولها: "يعتبر فاعلا كل من ساهم...، أو حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو تهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي".

بيّن هذا النص صراحة أنّ التحريض في القانون الجزائري يعدّ إحدى وسائل المساهمة الأصلية في الجريمة بعد أن كان من وسائل المساهمة التبعية بعد تعديل المادة 41 أعلاه⁽³⁾، وقد اكتفى المشرع بتعداد أدواته أو وسائله التي يقع بها ولم يعط تعريفا خاصا بالتحريض، وبالتالي فلا مناص من اللجوء إلى التعريف الذي أورده الفقه القانوني، وقد وقفت على العديد منها تكاد تتفق في اللفظ والمضمون أكتفي بذكر بعضها:

أ- التحريض: "دفع الجاني إلى ارتكاب فعل مكوّن للجريمة تقع بناء على ذلك"⁽⁴⁾.

ويؤخذ على التعريف أنه جاء مختصرا كما أنه لم يوضح كيفية هذا الدفع ولا صفته.

ب- عرّفه منتصر سعيد حمودة: "خلق فكرة الجريمة والتصميم على ارتكابها في نفس الجاني بأية وسيلة كانت"⁽⁵⁾.

(1) التحريض في القانون الفرنسي والمصري صورة من صور الاشتراك وليس جريمة قائمة بذاتها، وإن كان المشرع المصري في حالات خاصة قدّر فيها خطورة التحريض أين تدخل بنص خاص اعتبر فيه التحريض جريمة مستقلة وقرّر لها عقوبة خاصة ولو لم يترتب عنه أثر غير مشروع. ينظر: د. علاء زكي، م.س، ص49.

(2) عبد الله سليمان، م.س، ص203. وينظر د. رضا فرج، م.س، ص314.

(3) عدلت بموجب القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982 (ج.ر. 7، ص318).

(4) محمد عيد الغريب، م.س، ص711.

(5) د. منتصر سعيد حمودة، م.س، ص151.

والملاحظ على التعريف عدم تحديد وسائل للتحريض، ما يعني أنّ جميعها سواءً في نظره.

ج- كما عرّفه عدلي خليل تعريفاً دقيقاً بقوله: "هو خلق فكرة الجريمة لدى شخص، ثم دعمها كي تتحوّل إلى التصميم على ارتكابها"⁽¹⁾.

د- وعرّفه الدكتور رضا فرج بأنه: "هو دفع الجاني إلى ارتكاب جريمته وذلك بالتأثير على إرادته وتوجيهها الوجهة التي يريدها المحرّض بوسائل مادية"⁽²⁾.

ويتضح من هذا التعريف أنّ نشاط المحرّض ذو طبيعة معنوية يتم بوسائل مادية.

ومن القوانين التي أشارت إلى تعريف المحرّض قانون العقوبات الأردني في المادة 80، فقرة 1 بقولها: "حمل أو حاول أن يحمل شخصاً آخر على ارتكاب جريمة، بإعطائه نقوداً أو بتقديم هدية أو بالتأثير عليه بالتهديد أو بالحيلة..."⁽³⁾.

وعوداً على بدء فالتحريض يعني دفع الغير إلى ارتكاب الجريمة عن طريق بثّ فكرتها في نفسه، وتدعيمها إن كانت غير راسخة حتى ينعقد العزم والتصميم عليها، وتذليل شأن العقبات التي تعترض طريقه بالإقلال من أهمية الاعتبارات التي تنفره منها، ومثله في ذلك قوله تعالى: ﴿كَمَثَلِ الشَّيْطَانِ إِذْ قَالَ لِلْإِنْسَانِ اكْفُرْ فَلَمَّا كَفَرَ قَالَ إِنِّي بَرِيءٌ مِّنْكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ﴾⁽⁴⁾؛ لأنّ التحريض يستلزم عملاً إيجابياً فلا يقع بعمل سلبي، ذلك أنّ جوهر التحريض هو إقناع الفاعل ودفعه إلى الجريمة وتدعيمها لديه، وكل ذلك يتطلب بطبيعة الحال عملاً إيجابياً، وأن يتم بوسائل حدّدها القانون على سبيل الحصر سيأتي ذكرها مفصّلة.

ثانياً: شروط التحريض

يشترط في التحريض المعاقب عليه في القانون الجزائري بوصفه اشتراكاً مباشراً توافر الشروط الآتية:

- (1) د. عدلي خليل، جرائم القتل العمد علماً وعملاً، المكتبة القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 1986م، ص29.
- (2) د. رضا فرج، م.س، ص313.
- (3) د. كامل السعيد، م.س، ص399. د. حسين بني عيسى قندح وآخرون، م.س، ص61.
- (4) الحشر، آية 12.

أ- أن يكون التحريض مباشراً؛ بأن ينصب على ارتكاب فعل أو أفعال محددة تشكل جريمة في نظر القانون كالقتل والسرقة. فإذا كان غير مباشر فلا يعاقب عليه القانون كما لا يتحقق به الاشتراك، كإثارة الحقد أو العداوة بين شخصين ولو أدى ذلك إلى وقوع الجريمة.

ب- أن يتجه إلى شخص أو عدة أشخاص معينين بأفرادهم يختارهم المحرض، أما إذا كان التحريض عاماً، أي موجّهاً إلى جمهور الناس بغير تحديد فلا يعدّ اشتراكاً في الأصل، ولو استجاب له أحد الأفراد بارتكاب الجريمة⁽¹⁾، فإذا قام أحد الأئمة في خطبة الجمعة بتوجيه نقدٍ شديد لأحد المسؤولين مما أثار حفيظة حقد وكرهية بعض الحاضرين، فقام وتوجه إلى هذا المسؤول فقتله، فلا يُعتبر الإمام محرّضاً على هذه الجريمة ولا يشكّل اشتراكاً في نظر القانون؛ لأنه لم يبيّن فكرة القتل في نفس القاتل، ولم يوجّه خطابه إلى شخص معيّن⁽²⁾.

وهذا النوع من التحريض لا يخضع لأحكام المادة 41 معدلة ق.ع.ج، وإنما بمقتضى نصوص متفرقة تجرّم أفعال التحريض العلني لارتكاب جرائم معينة بذاتها، كما في المواد 62، 64، 74، والمادة 77 (معدّلة)⁽³⁾، 100 ق.ع.ج، ويشترط للعقاب عليه أن يكون علنياً، وبهذا يتميز عن التحريض الفردي الذي يمكن أن يكون علنياً كما يمكن أن يقع سرّياً، ويكون في الجح أو الجنایات التي نصّ عليها المشرع بالذات، مثل: جرائم التجمهر والتجسس وجرائم خيانة الدولة، الفسق والدعارة وفساد الأخلاق... إلخ، أمّا التحريض الفردي أو الخاص فيكون في جميع الجرائم دون تحديد.

كما لا يشترط فيه أن يتمّ بوسائل معينة كما هو الحال في التحريض الفردي، بل يجوز أن يقع بأي وسيلة كانت كالخطابة والكتابة والرسوم والصور والرموز، أو بأي طريقة أخرى وهو الذي يطلق عليه بالتحريض العلني⁽⁴⁾.

ج- يجب أن ينتج التحريض أثره في نفسية من وُجّه إليه، بأن يهيّجه مثلاً ويدفعه إلى ارتكاب الجريمة، ولا يؤثر بعد ذلك أن يأتي الشخص المُحرّضُ بالفعل غير المشروع محل التحريض أو يمتنع ويعدل عنه بفعل الندم أو الخوف من السلطات مثلاً، وهذا ما صرحت به المادة 46 ق.ع.ج، بقولها: " إذا لم ترتكب الجريمة المزمع ارتكابها لمجرّد امتناع من

(1) د. محمد عوض، م.س، ص369.

(2) عبد الله سليمان، م.س، ص206.

(3) عدّلت بالقانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .

(4) عبد الله سليمان، م.س، ص206، 207. د. رضا فرج، م.س، ص316. وينظر د. علاء زكي، م.س، ص48، 49.

كان ينوي ارتكابها بإرادته وحدها، فإنّ المحرّض عليها يعاقب رغم ذلك بالعقوبات المقررة لهذه الجريمة". ويعني ذلك أنّ جريمة التحريض في القانون الجزائري تتم مباشرة دون انتظار تحقق نتائجها المتمثلة في وقوع الفعل الإجرامي محلّ التحريض.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تجنّب النقد الكبير الذي وجهه للتشريعات التي لا تعاقب المحرّض إلا إذا ارتكب الفاعل الجريمة، كما في القانون الكويتي⁽¹⁾؛ لأنه فصل مسؤولية المحرّض وجعلها مستقلة عن مسؤولية الفاعل، ونصّ على معاقبته بعقوبة الجريمة التي أراد أن ترتكب، ولو رفض الفاعل ارتكابها؛ لأنّ رفضه أمرٌ خارج عن إرادة المحرّض⁽²⁾، وهذا رأيٌ سديد وصارم وقد أخذ به قانون العقوبات السوري⁽³⁾ واللبناني⁽⁴⁾.

ويرى بعض الفقهاء بأنه إذا تدخل المحرّض بنشاطه التحريضي قبل أن يصل من وُجّه إليه التحريض إلى مرحلة التصميم أو العزم كان تحريضه إيعازا⁽⁵⁾.

د- أن يتم التحريض بأحد الوسائل التي نص عليها القانون على سبيل الحصر وسأتطرق إليها بالتفصيل من خلال أركان التحريض المتضمنة في الركن المادي للجريمة كما يلي:

ثالثا: أركان المساهمة بالتحريض

يتبيّن من تدقيق النظر في المادة 41 ف 1 من ق.ع.ج أنّ جريمة التحريض - كأيّ جريمة - تقوم على أركان ثلاثة، وهي الركن الشرعي أو القانوني، والركن المادي والركن المعنوي، والتي سأبحثها تباعا كالآتي:

أ- **الركن الشرعي:** يتمثل قوام هذا الركن في خضوع نشاط المحرّض لنص التجريم، وقد جرّم نشاط المحرّض بموجب المادة 41 المعدّلة من ق.ع.ج، وهذا الركن لا يثير أي إشكالات أو صعوبات تذكر.

ب- **الركن المادي:** يتضح من نص المادة 41 أعلاه أنّ المشرع الجزائري قد حدّد للركن المادي للتحريض عدة وسائل على سبيل الحصر يقوم عليها، على غرار القانون الفرنسي لعام 1810 المادة 60، وقبله قانون عام 1791 الذي يعتبر أول قانون اتجه إلى تحديد

(1) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص195.

(2) أحسن بوسقيّة، م.س، ص146.

(3) المواد من 215 إلى 217 قانون العقوبات السوري.

(4) المواد من 216 إلى 218 قانون العقوبات اللبناني. وينظر د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص65.

(5) د. عبد الفتاح الصيفي، الاشتراك بالتحريض، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1965م، ص131 وما بعدها.

وسائل التحريض، والقانون الأردني المادة 80 ق.ع.أ، والقانون السوري المادة 216، والقانون اللبناني المادة 217، والقانون المصري القديم لسنة 1883 المادة 68⁽¹⁾، لكن وبعد التعديل أصبح فعل التحريض مجرماً مطلقاً دون تقييد، يمكن للقاضي استخلاصه من أي وسيلة يفرغ فيها المحرّض نشاطه ويؤثر بها في نفسية الفاعل⁽²⁾.

وتأكيداً لهذا الأمر قضت محكمة النقض المصرية بأنه "... بل يكفي أن يصدر من المحرّض من الأفعال أو الأقوال ما يهيّج شعور الفاعل ويدفعه إلى الإجرام"⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك يصح في القانون المصري التحريض حتى بالنصيحة إذا دفعت إلى ارتكاب الجريمة وخلفت التصميم لدى الفاعل، وقد قُضي بأنّ: "مجرد النصح بارتكاب جريمة ولو لم يقترن بوعد أو أي نوع من أنواع الإغراء يعتبر تحريضاً متى كان حاصلًا ممّن له سلطة على المحرّض كأبٍ أو سيّد"⁽⁴⁾، وبدوره لم يحدد القانون الليبي التحريض في وسائل محدّدة، فكل الوسائل متساوية عنده، متروك أمر تقديرها لقاضي الموضوع⁽⁵⁾.

والملاحظ أنّ غالبية التشريعات الجنائية الحديثة لا تشترط للعقاب على التحريض وقوعه بوسائل محدّدة منها: قانون العقوبات الإيطالي مادة 111، واليوناني مادة 46، والسويسري مادة 24، والدانماركي مادة 23، واليوغسلافي مادة 20 فقرة 2، والسوفيياتي مادة 17، وقد أخذت بهذا الاتجاه منذ زمن بعيد قوانين العقوبات في إنجلترا وبعض الولايات الأمريكية وقبلها جميعاً فقهاء الشريعة الإسلامية⁽⁶⁾.

ج- الركن المعنوي:

لا يكفي لاعتبار المحرّض هو فاعلاً أصلياً أن يقع بإحدى الوسائل المشار إليها آنفاً في المادة 41 معدلة ق.ع.ج، والمشكّلة للركن المادي للجريمة، بل يجب أن تتوافر لدى المحرّض النية الإجرامية والمتمثلة في الركن المعنوي أي القصد الجنائي، وذلك باتجاه إرادته وقصده إلى تحقيق النتيجة الإجرامية من وراء التحريض بوساطة الغير.

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص 147.
(2) حدّد قانون العقوبات المصري القديم لسنة 1983 وسائل التحريض أسوة بالمشروع الفرنسي في: الهدية أو الوعد أو المخادعة أو الدسيسة أو استعمال السلطة أو صولة على مرتكب الجريمة، وقد عدّل المشروع عن هذا التحديد منذ تعديل قانون العقوبات سنة 1904، وأصبح لا يقيد التحريض بوسيلة محدّدة.
(3) محكمة النقض رقم 263، بتاريخ 16.05.1929، مجموعة القواعد القانونية، ج 1، ص 308.
(4) نقض 22 مايو 1898. وينظر حسن محمد ربيع، م.س، ص 403. د. علاء زكي، م.س، ص 47.
(5) د. محمد الازقي، م.س، ص 205.
(6) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص 193.

ولما كانت جريمة التحريض من الجرائم العمدية فإنّ مظهر الركن المعنوي يتجسد في وجود النية الإجرامية لدى المحرّض والتي تتألف من عنصري العلم والإرادة، فإذا كانت إرادة المحرّض سليمة وخالية من عيوب الإرادة؛ أي مُدركة ومميّزة وكان عالما بجميع عناصر الجريمة، فإنه يعدّ مرتكبا لجريمة التحريض بشكل ثابت، لكن إذا كانت إرادة المحرّض متجهة إلى نتيجة محددة يتوقع حصولها، وحدث أن ارتكب من وُجّه إليه التحريض لجريمة أخرى غير التي توقعها ولا أراد حدوثها، فإنه لا يعدّ مسؤولاً عن هذه النتيجة، لانعدام عنصر الإرادة لديه وبانعدامه تصبح جريمة التحريض ناقصة لركن، والقانون لا يعاقب على الجريمة إلا إذا اكتملت أركانها⁽¹⁾.

فلو أنّ المحرّض أراد ارتكاب جريمة السرقة غير أنّ المنفّذ قام بالقتل، تبقى مسؤولية المحرّض قائمة ومحصورة فقط في التحريض على السرقة دون جريمة القتل، التي يُسأل عنها المنفّذ أو الفاعل الماديّ لوحده.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من وسائل التحريض وتقييمه

أ- وسائل التحريض في القانون الجزائري:

وسائل التحريض حدّدها المشرّع الجزائري في المادة 41 المعدلة من ق.ع، والتي أخذها عن نظيره الفرنسي⁽²⁾، وتتمثّل في: الهبة والوعد والتهديد وإساءة استغلال السلطة أو الولاية والتحايل والتدليس الإجرامي، وهي كلّها أعمال مادية يمكن إدراك ماهيتها ودورها في تنفيذ الجريمة، وسأتناول كلّ وسيلة منها على حده بشيء من التفصيل:

1- الهبة: ومعناها أن يسعى المحرّض إلى شخص آخر قصد إقناعه بارتكاب الجريمة وذلك بإعطائه شيئاً كهدية أو هبة، هذه الهبة التي تنتوع صورها فقد تكون مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر يمكن تقييمه بمال كسلعة أو عقار، وخاصة إذا استغلّ المحرّض الوضع المادي للجاني بأن كان فقيراً وفي حاجة ماسة إلى المال أو مديناً يستغرق الدين كل ماله.

ويشترط في الهبة لتكون من وسائل التحريض أن تقدّم قبل ارتكاب الجريمة، أما إذا قُدّمت بعد اقتراف الجريمة فلا يعتدّ بها كوسيلة للتحريض.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص 207.

(2) د. علاء زكي، م.س، ص 145.

2- الوعد: وهو أن يبذل المُحرِّض جهده لإقناع الغير بارتكاب الجريمة مقابل وعدٍ يقطعه على نفسه، بمنحه هبة أو تقديم خدمة له أو مصلحة كمكافأة إذا نفذ الجريمة، ويشترط أيضا في الوعد ليكون من وسائل التحريض والإغراء أن يُقدّم قبل ارتكاب الجريمة، فإذا دفع شخص مكافأة لأحد الجناة بعد ارتكاب جريمته دون أن يكون قد حصل على وعد مسبق منه، فلا تعتبر هذه المكافأة تحريضا، لذلك يلزم أن يكون الوعد سابقا على ارتكاب الجريمة حتى تتعد به جريمة التحريض⁽¹⁾.

والوعد له دلالةٌ أوسع من الهبة بل يشتملها ويشمل غيرها كتقديم جائزة أو القيام بعمل.

3- التهديد: لم يعرف القانون الجزائري فعل التهديد وترك ذلك للفقهاء وشراح القانون الجزائري، فالتهديد هو الوعيد بشرًّا أو أدّى أو بالضغط والتأثير على إرادة الغير ودفعه إلى ارتكاب الجريمة، ويشترط فيه أن يكون على درجة من الخطورة والجسامة بحيث يخضع المهذّب به إلى رغبات الجاني، ويقدم على القيام بما هذّب به مهما كانت الوسيلة المستعملة؛ لأنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد وسائل معينة للتهديد خلافا للتحريض، ويستوي أن يكون هذا التهديد ماديا كأن يهدده بالقتل أو بالاعتداء على العرض أو المال⁽²⁾.

وقد يكون التهديد معنويا كأن يتوعّده بصور يفضحه بها أو بإفشاء سرّ يسيء إلى سمعته، أو بتبليغ السلطات أو بأيّ أذى آخر إذا لم يرتكب الجريمة، والتهديد في حدّ ذاته يشكّل جريمة معاقب عليها وذلك في المواد من 284 إلى 287 ق.ع.ج، بغض النظر عن كونه وسيلة للاشتراك ويشترط فيه أن يكون قبل وقوع الجريمة للاعتداد به⁽³⁾.

4- إساءة استعمال السلطة أو الولاية: ويقصد بالسلطة أو الولاية السلطة القانونية أو ولاية الشرعية، كسلطة الرئيس في العمل على مرؤوسيه أو المخدم على الخادم، وولاية الأب على أبنائه القصر، وهنا أجد أن المحرّض يستعمل ما يملكه من نفوذ مادي أو أدبي لدفع إرادة الفاعل إلى ارتكاب الجريمة، ويستغل سلطته على الغير لإقناعه على إتيانها كأن يعمد الأب إلى إقناع ابنه على فعل الجريمة⁽⁴⁾.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص 205.

(2) د. محمد صبحي نجم، م.س، ص 338، 339.

(3) عبد الله سليمان، م.س، ص 205.

(4) ن.م.و.ص.

5- التحايل: ويقصد به أن يُدخل المحرّض (بالكسر) في روع شخص المحرّض (بالفتح) أمراً مخالفاً للحقيقة باستعمال وسائل احتيالية لحمله على ارتكاب الجريمة وتشجيعه على اتخاذ موقف حاسم للقيام بعمل معين، ومثله أن يوهم المحرّض إلى الفاعل بأن شخصاً آخر يريد قتله أو سرقة ماله فيبادر إلى قتل ذلك الشخص، أو يقول له بأن الشخص المراد الاعتداء عليه بالتحايل هو الذي قتل والده أو تسبب في فصله من العمل.

6- التدليس الإجرامي: ويراد به كل ما يهيج شعور الفاعل ويدفعه إلى اقتراف الجريمة، والذي يقوم به المحرّض كذبا وافتراء لتعزيز هذا الشعور وتقويته أكثر عند الفاعل حتى ينقاد لرغبته، ومن الأمثلة على ذلك الادّعاء كذبا أمام الابن بأن والده تعرّض للضرب المبرح من قبل فلان ويضيف إليه بأن الذي لا يثأر لوالده فلا يكون جديراً بالاحترام⁽¹⁾.

وهناك قوانين تضيف وسائل أخرى إضافة للوسائل السابقة منها: النصيحة والتفويض والمدح⁽²⁾ وإعطاء الإرشادات⁽³⁾ والاتفاق⁽⁴⁾.

ب- موقف المشرع الجزائري من تحديد وسائل التحريض:

مما سبق يتضح أنّ المشرّع قد اتجه إلى حصر هذه الوسائل في مجموعة محددة، بحيث إذا وقع التحريض بوسيلة أخرى فلا يعدّ تحريضا قانونا، ولو كان القاضي في تقديره يرى أنها تصلح وسيلة للتحريض، وعليه فالقانون الجزائري لا يقرّ مبدأ المساواة بين هذه الوسائل، ولا يمنح للقاضي مجالا لإعمال سلطته التقديرية وليس له اجتهاد في إثبات وجود التحريض من عدمه بالنسبة للوسائل الأخرى، غير تلك الواردة في المادة 41 ق.ع.ج.

وفي اعتقادي أنّ السبب في لجوء المشرع الجزائري إلى حصر نطاق التحريض في هذه الوسائل دون غيرها، يكمن في أنها التي يغلب الالتجاء إليها من قبل الجناة، وهي بالإضافة إلى ذلك تعتبر أظهر حالات التحريض، والقاضي لا يتردّد في القول بتوافرها في حين أنه قد يساوره الشك بالنسبة لغيرها، كما إذا تمّ التحريض بالنصيحة أو الإرشاد أو بإثارة الحقد والكرهية في نفس الفاعل ضد شخص مثلا يكرهه معاً.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص 205، 206. وينظر د. أحمد بوسقيعة، م.س العام، ص 145.

(2) قانون العقوبات النمساوي، المادة (05).

(3) قانون العقوبات الهولندي، المادة (47).

(4) قانون العقوبات البرتغالي، المادة (20 فقرة: 3، 4).

ج- الرأي الراجح:

في مقام المفاضلة فإنّي أختار وأرجّح الرأي الذي لا يعتدّ بوسائل محددة للتحريض وهو الذي أخذت به غالبية التشريعات العقابية الحديثة وقبلها جميعا الفقه الجنائي الإسلامي كما سوف يأتي في الفصل الثالث ويرجع ذلك للأسباب الآتية:

1- إنّ النصّ على وسائل بعينها يوقع القاضي في حرج كبير خاصة إذا ما اقتنع بوسيلة ما وصلاحيته لتحقيق معنى التحريض دون أن يجد لها سندا قانونيا في التشريع.

2- عدم التحديد يعطي للقاضي مرونة في تكييف وسيلة التحريض حسب قناعته وتقديره.

3- حصرُ التحريض في وسائلٍ محددةٍ تجعل الجناة يفكرون في إيجاد وسائلٍ بديلةٍ قصد تحقيق أغراضهم ودون أن ينالهم شيءٌ من العقاب، كصورة التحريض بالإيعاز وهي من أخطر صور التحريض غير المنصوص عليها في القانون الجزائري مما يؤدي إلى إفلات الموعز من العقوبة؛ لأنّ الإيعاز ليس من الوسائل المحددة بالمادة سالفة الذكر.

4- وكنتيجة لهذه الأسباب ومن أجل نقادي الأثر الخطير لتحديد وسائل التحريض كان من الأنسب بالمشرّع الجزائري اقتفاء أثر الفقه الجنائي الإسلامي ذلك، وألا يحدّد هذه الوسائل بطريقة حصرية تاركاً أمر تقديرها لسلطة القاضي حينما يواجه الوقائع، لأنّ كل دعوى لها خصوصيتها وتختلف من شخص لآخر، ثمّ إنّ القول بأنّ ما عداها من الوسائل غير كافٍ لإحداث مثل هذا التأثير كلام يحتاج إلى إعادة التدقيق والنظر.

الفرع الثاني: الفاعل المعنوي للجريمة

لا يقتصر فاعل الجريمة على الفاعل المادي الذي قام بنفسه بتنفيذ الفعل المكون الجريمة، وإنما ينسحب أيضا على من سخر غيره في القيام بذلك، بحيث يكون هذا الغير بمثابة أداة أو آلة في يده يستعمله أو يستعين به في إبراز عناصر الجريمة إلى حيز الوجود، وهو الذي يطلق عليه تعبير "الفاعل بالواسطة" في القانون المقارن أو "الفاعل غير المباشر" أو تعبير "الفاعل المعنوي" حسب المتداول عند فقهاء القانون في الدول العربية⁽¹⁾،

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص154.

وأتناول في هذا الفرع تعريف الفاعل المعنوي وبيان أركانه وشروطه، ثم تمييزه عن بعض الصور المشابهة، وآتي بعدها لذكر موقف كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري من فكرة الفاعل المعنوي لأصل في الأخير إلى المقارنة بينهما.

أولاً: تعريف الفاعل المعنوي:

اختلفت المذاهب الفقهية الوضعية حول إيجاد تعريف موحد للفاعل المعنوي، فمنهم الموسّع ومنهم المُضيق، وكل مذهب يحاول وضع تعريفه على أسس مختلفة، ونتيجة لذلك ظهر مذهبان هما؛ المذهب التقليدي والمذهب الحديث يضيق المقام لذكرهما⁽¹⁾.

واختلافهم هذا لا يعني عدم الاتفاق على المبادئ الأساسية التي تقوم عليها فكرة الفاعل المعنوي، واختصاراً سأكتفي بذكر البعض منها مما هو متداول في كتب الفقه:

1- عرّفه الفقيه لوجوز paul logoz: بأنه: " من يستخدم شخصاً آخر يكون تدخله في الجريمة تدخلاً غير عمدي"⁽²⁾.

2- وعرّفه مؤتمر أثينا بأنه: " يعدّ فاعلاً بالواسطة من يحمل على ارتكاب الجريمة منفذاً غير مسؤول"، وقد اعتبره صورة مستقلة من صور المساهمة في الجريمة وسماه هنا فاعلاً بالواسطة⁽³⁾، وقد سماه فاعلاً غير مباشر في إحدى توصياته التي جاء فيها: "يعتبر فاعلاً غير مباشر من يدفع إلى ارتكاب الجريمة منفذاً لا يجوز تقرير مسؤوليته عنها"⁽⁴⁾.

وما يمكن ملاحظته من التعريفين السابقين أنهما عرّفا الفاعل المعنوي من خلال القائم بالجريمة أو المنفذ لها، والذي سخّره الفاعل المعنوي لهذا الغرض، من باب وبضدّها تتضح الأشياء كما يقول أهل اللغة، وعليه يمكن وصف الفاعل المعنوي بأنه شخص مسؤول يتحرك من خلف الستار ولا يريد الظهور ليدنّس يديه بارتكاب الجريمة بنفسه مباشرة، ولكنه يلجأ إلى تسخير إنسان بريء يقوم بتضليله بوسائل ويدفعه إلى ارتكابها، فيكون بمثابة الآلة يحركها كيفما شاء⁽⁵⁾.

(1) د. فوزية عبد الستار، م.س، ص338.

(3) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص186.

(3) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص74.

(4) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص160.

(5) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص186.

ثانيا: أركان الفاعل المعنوي في القانون الجزائري

أ- الركن المادي للفاعل المعنوي:

لم يشتر القانون الجزائري للوسائل التي يقوم عليها الركن المادي لنشاط الفاعل المعنوي، خلافاً للتحريض كما سبق، وهذا يُحمل على أنه يعتدّ بجميع الوسائل دون تمييز، مادام أنها تؤدي إلى حمل الشخص غير الخاضع للمسؤولية على تنفيذ الجريمة، وهذه الوسائل كثيرة ومتنوعة منها: الإغراء والترغيب والتهديد والتنويم المغناطيسي...إلخ، والتي يترتب عنها السيطرة على الفاعل المنفذ وسلب إرادته وتوجيهها الوجهة التي يريدها، فإذا تأكد من التأثير عليه جعله يتحرك لتنفيذ جريمته وتحقيق مصالحه كيفما شاء⁽¹⁾.

ب- الركن المعنوي للفاعل المعنوي:

قد يتوهم البعض أنّ قيام الفاعل المعنوي بواسطة غيره بتنفيذ الجريمة يجعلنا أمام مساهمة جنائية، والحقيقة هي خلاف ذلك لأنّ المنفذ المادي لا يمكن اعتباره فاعلاً مباشراً ولا شريكاً طالما كان كآلة أو وسيلة في يد الفاعل المعنوي يستعمله ويوجهه كيفما شاء، مثله مثل باقي الوسائل الأخرى فلا تختلف نظرة القانون إليه، ذلك أنّ الفاعل المعنوي قد يستعمل كلباً مدرباً أو قرداً مملوكاً له في سرقة أموال الناس كما يمكنه استخدام شخص حسن النية أو عديم التمييز كالمجنون والصبي الصغير فكلها سواء في نظر القانون⁽²⁾.

ويشترط لتوافر الركن المعنوي أن يدرك الفاعل المعنوي لكل وقائع وعناصر الجريمة المتوقعة والتي يريد تحقيقها، وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ مسؤوليته لا تتوقف عند النتائج المتوقعة فحسب بل تمتدّ إلى النتائج الاحتمالية مادام المنفذ مجرد آلة في يده، وبالتالي يُسأل من حمل صبيّاً صغيراً على وضع النار في بيت جاره على النتائج التي أدى إليها الحريق، كموت طفل جرّاء هذا الحريق مع أنه لم يتوقع ولم يرغب في حدوث ذلك أصلاً.

ثالثاً: شروط الفاعل المعنوي في القانون الجزائري:

بالرجوع إلى المادة 45 ق.ع.ج فإنّ المشرع الجزائري قد اشترط لكي تتحقق صفة الفاعل المعنوي ليكون فاعلاً أصلياً للجريمة ضرورة توافر شرطين اثنين:

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص210.

(2) ن.م.و.ص.

الشرط الأول: حمل الغير على ارتكاب الجريمة

يُلاحظ في نص المادة 45 أنّ المشرع الجزائري استعمل كلمة "حمل" ولم يستعمل تعبير "حرّض"؛ لأنه ذكر وسائل التحريض على سبيل الحصر، ومن ثمّ ورغبة منه في التوسع في تحديد فكرة الفاعل المعنوي استعمل عبارة "حمل الغير" للدلالة على شمول الوصف لكل الوسائل دون تحديد ما دامت تدفع إلى ارتكاب الجريمة، ومنه يُفهم أنّ مدلول الفاعل المعنوي أوسع من المحرّض الذي تضمنته المادة 41 عقوبات.

الشرط الثاني: صفة مرتكب الجريمة

لا تهمّ الوسيلة التي يلجا إليها الفاعل المعنوي بقدر أهمية صفة من يتوجه إليه لتنفيذ جريمته، لذلك يتعين أن تتوافر في المنقذ صفة من الصفات التي تجعله لا يخضع للعقوبة، بسبب انعدام المسؤولية لديه كالمجنون والمعتهو والصبي غير المميز، إذ يمكن أن يوجد من يستغل حالة انعدام الإدراك أو التمييز لدى هؤلاء، ويدفع بهم إلى ارتكاب الجريمة التي يريدها، وهذه الحالة نص عليها المشرع صراحة في المادة 45 بقولها: "من يحمل شخصا لا يخضع للعقوبة".

أما حسنُ النية فالمشرع لم ينص عليها صراحة، لكن استقر الفقه والقضاء عليها، لذلك فإنّ الذي يستغلّ حسنُ النية لدى الغير ويحمله على ارتكاب الجريمة يجعل منه ذلك فاعلا أصليا وبالتالي فاعلا معنويا لها، كمن يستغلّ شيخوخته ليطلب من أحد الشباب حمل حقيبته المملوءة بالمخدرات ليقوم به وغيرها، ويقاس بهذه الحالة من يشهد زورا أمام القاضي حسنُ النية ليحكم على بريء بناء على هذه الشهادة الكاذبة⁽¹⁾.

رابعاً: التمييز بين الفاعل المعنوي وبعض الصور المشابهة

أ- التمييز بين الفاعل المعنوي والمحرّض:

1- أوجه الشبه: يتفق الفاعل المعنوي مع المحرّض من حيث أنّ كليهما لا يباشر الجريمة بنفسه بل بوساطة من غيره، وكلاهما يُعتبرُ فاعلا أصليا للجريمة وليس شريكا في القانون الجزائري، باعتبار كلٍّ منهما الفاعلُ الحقيقيُّ للجريمة، وكلاهما يباشر الجريمة بطريقة معنوية خفيةٍ وقبل وقوعها دون ظهور لهما على مسرح الجريمة.

(1) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص49.

2- أوجه الاختلاف: لكن ورغم هذا التشابه إلا أنهما يختلفان، حيث إنّ الفاعل المعنوي يرتكب جريمته بواسطة شخص آخر غير مسؤول ولا يخضع للعقوبة، بسبب وضعه أو صفته كالمجنون والقاصر غير المميّز أو شخص يكون مسؤولاً عادة، ولكنّ الفاعل المعنوي استغلّ حسن نيّته و يدفعه إلى الجريمة دون أن يعلم من أمرها شيئاً. كمن يستغلّ شيخوخته ليطلب من شاب حمل حقييته، فإذا الحقيبة مملوءة بالمخدرات أو أشياء محضرة دون علم هذا الأخير، ومثله الطبيب الذي يريد قتل مريض يشرف على علاجه، بأن يناول الممرضة مادة سامة تقدّمها للمريض على أنها دواء وهي لا تعلم بذلك فيموت المريض⁽¹⁾.

ثمّ إنّ الفاعل المعنوي ينوي ويقصد السيطرة على المشروع الإجرامي، ويعتبر الجريمة جريمته ولحسابه، لأنه يسيطر على المنفذ سيطرة كاملة بحيث يحركه كأداة لتحقيق مآربه، في حين أنّ المحرّض يرتكب الجريمة بواسطة شخص مسؤول قانوناً عن أفعاله ويدرك خطورة الأفعال التي يُطلب منه القيام بها ودلالاتها الإجرامية وينظر إلى المشروع الإجرامي بأنه لغيره ويرتكب لحساب الغير، فهو سيء النية كفاعلها مثله مثل المحرّض عليها⁽²⁾.

ويختلفان في أنّ الفاعل المعنوي يمكنه اللجوء في تحقيق الجريمة إلى جميع الوسائل التي تمكنه من ذلك، أما المحرّض فلا يسمّى فعله تحريضاً إلا إذا تمّ بالوسائل التي وردت على سبيل الحصر في نص المادة 41 معدلة من ق.ع.ج السابق ذكرها.

وبالتالي يوجد بين الفاعل المعنوي والمحرّض من حيث نوع الوسائل المستعملة عموم وخصوص، فكلّ محرّض فاعل معنوي وليس كل فاعل معنوي محرّض؛ بمعنى أنّ التحريض أحد صور الفاعل المعنوي بالنظر إلى الوسيلة.

ب- التمييز بين الفاعل المعنوي والشريك بالمساعدة:

يتفقان في أنّ دور كل منهما يعمل على مساعدة الفاعل المادي لارتكاب الجريمة، ويختلفان في كون الفاعل المعنوي ينظر إلى الجريمة بأنها جريمته ولحسابه، ويرى الفاعل المادي كأداة يستعملها لصالحه وفائدته، بينما الشريك بالمساعدة يقصد من وراء مساعدته المساهمة كشريك فقط في مشروع غيره ويرى بأنّ الجريمة جريمته أي جريمة الفاعل.

(1) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، (د.ط، د.ت)، ص196. وينظر عبد الله سليمان، م.س، ص209.

(2) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، م.س، ص196.

خامسا: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من فكرة الفاعل المعنوي

لم يتطرق الفقهاء المسلمون لفكرة الفاعل المعنوي مباشرة، ولم يفرّدوا له أحكاما خاصة كما فعل فقهاء القانون وإنما اكتفوا بضرب أمثلة عن صور الاشتراك في الجريمة وذكر الحكم في كل حالة، لكن بعد الرجوع إلى ما كتبه حول المباشرة والتسبب وقد أشرت إلى بعض صورها في الفصل الأول الخاص بعلاقة السببية وسيأتي الحديث عن بعضها الآخر في الفصل الثالث.

وعليه يمكن القول بأنّ فقهاء الشريعة أشاروا إلى فكرة الفاعل المعنوي وذكرها أحكامها وإن لم يستعملوا ذات التعبير المتداول قانونا، وذلك لما ألحقوا بالاشتراك المباشر بعض صور الاشتراك بالتسبب وجعلوا حكمها واحدا، رغم أنّ الشريك بالتسبب لا يباشر الجريمة بنفسه، فقد اعتبروه مباشرا متى كان الفاعل آلة في يده يسيّره كيفما شاء⁽¹⁾.

فإذا كان الفقهاء متفقون على تقرير هذا المبدأ إلاّ أنهم يختلفون في تطبيقه، كما في حالة الإكراه والأمر التي يأمر فيها شخص آخر غير مميز أو حسن النية بقتل ثالث فيقتله. فالأمر عند جمهور المالكية والشافعية والحنابلة يعتبر فاعلا مباشرا للجريمة رغم كونه لم يباشر القتل بنفسه؛ لأنّ المأمور كان أداة في يده يحركه كيف يشاء⁽²⁾.

جاء في حاشية الدسوقي: "وكأب أو معلم أمر ولدا صغيرا بقتل حرّ فقتله، فالقصاص على الأب أو المعلم دون الصغير لعدم تكليفه"⁽³⁾.

وفي المذهب: "وإن أمر بالقتل صبيا لا يميز أو أعجميا لا يعلم أنّ طاعته لا تجوز في القتل بغير حق فقتل، وجب القصاص على الأمر؛ لأنّ المأمور ههنا كالألة للأمر"⁽⁴⁾.

وعند ابن قدامة: "ولو أمر صبيا لا يميز أو مجنونا أو أعجميا لا يعلم خطر القتل (حسن النية)، فقتل، فالحكم فيه كالحكم في العبد، يُقتل الأمر دون المباشر...، ولو أمر السلطان رجلا فقتل آخر، فإن كان القاتل يعلم أنه لا يستحق قتلَه، فالقصاص عليه دون الأمر؛ لأنه غير معذور في فعله، فإنّ النبي ﷺ قال: "لا طاعة لمخلوق في معصية

(1) د. الزلمي، م.س، ص151. الكبيسي، م.س، ص49، 50.

(2) الدسوقي، م.س، ج4، ص246. الشيرازي، م.س، ج5، ص72. ابن قدامة، م.س، ج11، ص598.

(3) ن.م.و.ص.

(4) الشيرازي، م.س، ج5، ص27

الخالق" فلزمه القصاص، وإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الأمر دون المأمور؛ لأنّ المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام فيما ليس بمعصية، والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق"⁽¹⁾.

في حين يذهب أبو حنيفة إلى اعتبار الأمر المتسبب؛ أي الفاعل المعنوي بالتعبير القانوني مباشرا إذا كان أمره إكراها تاما للمأمور، فإذا لم يكن تاما فهو متسبب"⁽²⁾.

جاء في بدائع الصنائع: "فأما المكره على القتل، فإن كان الإكراه تاما فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، ولكن يعزر ويجب على المكره"⁽³⁾.

وَحُجَّتُهُ: 1- قوله ﷺ: "وضع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽⁴⁾، وعفو الشيء عفو عن موجب.

2- ولأنّ القاتل هو المكره من حيث المعنى، وإنما الموجود من المكره صورة القتل فأشبهه الآلة؛ إذ القتل مما يمكن اكتسابه بآلة الغير"⁽⁵⁾.

ومنه فإنّ المتسبب في بعض الأحيان يكون له حكم المباشر، متى كان دوره مؤثرا أو فعالا في حدوث النتيجة، أو إذا كان المباشر كآلة في يد المتسبب كما سبق في حالة الأمر، والقاعدة في الضمان في الفقه الجنائي الإسلامي أنّ يغلب السبب على المباشرة متى كان السبب أقوى، كأن يأمر شخص صبيّا أو مجنونا بقتل آخر، فالأمر هنا هو المباشر للقتل معنيّ مع أنه لم يباشر القتل بنفسه حقيقة وصورة فيجب عليه القود"⁽⁶⁾.

وقد روي في ذلك عن علي بن أبي طالب قوله في الرجلين الذين شهدا عنده على آخر بالسرقة فقطعه، ثم أتياه بآخر وقالوا: هذا الذي سرق وأخطأنا في الأول، فقال: "لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعكما"⁽⁷⁾، بعد أن غرّمهما دية الأول.

سادسا: موقف المشرع الجزائري من فكرة الفاعل المعنوي

فكرة الفاعل المعنوي في الأصل هي نظرية ابتكرها الفقه الجنائي، وجاءت هذه النظرية لتعالج حالة من لا يرتكب أي صورة من صور السلوك الإجرامي التي يتألف منها الركن

(1) ابن قدامة، م.س، ج11، ص598.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص179.

(3) ن.م.و.ص.

(4) الحديث سبق تخريجه، تُنظر ص158 من الفصل الأول.

(5) الكاساني، م.ن، ج7، ص180.

(6) عودة، م.س، ج1، ص451، وما بعدها.

(7) الأثر سبق تخريجه.

المادي للجريمة، ومع ذلك يكون لديه قصد جنائي لارتكابها، كالشخص الذي يدرب كلبا أو قردا لسرقة بيوت الناس وأغراضهم، ومثله أيضا الذي يسخر شخصا عديم التمييز كالمجنون أو ناقصه كالصبي الصغير لقتل شخص آخر أو سرقة أمواله، ففي هذه الصور وأمثالها لا يظهر الشخص الذي يروض ويخطط ويدرب على مسرح الجريمة، ولا يرتكب أي سلوك من السلوكيات المادية لها⁽¹⁾.

وقد كرّس المشرع الجزائري فكرة الفاعل المعنوي من خلال تجريمه للشخص الذي يحمل غيره على الإجرام ومعاقبته بنص صريح تجسد في المادة 45 ق.ع.ج بقولها: "من يحمل شخصا لا يخضع للعقوبة بسبب وضعه أو صفته الشخصية على ارتكاب جريمته يعاقب بالعقوبات المقررة لها".

والمتمعن جيدا في نص المادة يدرك بوضوح أنّ قانون العقوبات الجزائري لم ينص صراحة على اعتبار الفاعل المعنوي كصورة من صور الفاعل الأصلي، وإنما احتفظ للفاعل بدوره المباشر في تنفيذ الجريمة في المادة 41 معدلة عقوبات، وبعد أن تناول الشريك غير المباشر في المادة 42 منه، انتقل لبيّن حالة الفاعل المعنوي في المادة 45 ويدلّ على ذلك قوله: "من يحمل..."، فالمشرع الجزائري ومن خلال هذه المادة قد تحاشى وصف هذا الشخص بأنه فاعل أو شريك أو محرض، وإنما اعتبره مرتكبا لجريمة مستقلة، وبذلك يكون قد سدّ الثغرة دون أن ينحاز إلى أي رأي في الخلاف الفقهي الذي يدور في هذا الشأن، وإن كان بعض شراح القانون الجزائري يذهبون إلى اعتباره أحد صور الفاعل الأصلي⁽²⁾.

سابعا: موقف التشريعات الأجنبية من فكرة الفاعل المعنوي

والأمر ذاته في بعض التشريعات الأجنبية كقانون العقوبات البلجيكي والسويسري التي نصت على تجريم الفاعل المعنوي، فالمحرّض لفاعل أصلي معدوم الإدراك أو التمييز يعدّ فاعلا معنويا للجريمة، ويعتبره بعض الفقهاء الألمان فاعلا غير مباشر لها⁽³⁾.

كما يوجد في بعض التشريعات العربية من أخذ بفكرة الفاعل المعنوي كقانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة المادة 44 التي جاء فيها: "يعدّ فاعلا للجريمة:

(1) د. منتصر سعيد حمودة، م.س، ص 134.

(2) عبد الله سليمان، م.س، ص 198.

(3) د. رضا فرج، م.س، ص 321.

...، ثالثاً: إذا سخر غيره بأية وسيلة لتنفيذ الفعل المكون للجريمة، وكان هذا الشخص الأخير غير مسؤول عنها جنائياً لأي سبب⁽¹⁾،

ومثله قانون العقوبات العراقي المادة 47 فقرة 3⁽²⁾، والتي جاءت صياغتها مطابقة كثيراً لنص المادة 44 لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة المذكورة أعلاه.

مما تقدّم يتضح بأنّ المشرّع الجزائري ومن سار على نهجه قد وسّعوا من دائرة الفاعل المعنوي، واعتبروه فاعلاً أصلياً في كل الأحوال التي يكون فيها منفذ الجريمة غير مسؤول، سواء لانعدام أهليته الجنائية أو نقصانها أو لانتفاء القصد الجنائي لديه بسبب حسن نيّته.

وقد ثار جدل فقهي في التشريعات التي لم تتضمن قوانينها نصاً صريحاً يحكم هذه الحالة عن مدى مسؤولية الشخص الذي سخر غيره في ارتكاب الجريمة، كالقانون المصري والسوداني والتونسي والمغربي التي لم تقرّ بصفة مباشرة نظرية الفاعل المعنوي، ولم تتضمن قوانين العقوبات فيها نصوصاً خاصة تعالج فكرة الفاعل المعنوي⁽³⁾.

ولهذا انقسم الفقه بين منكر لها ومؤيّد، حيث رفض جانب من الفقه تطبيق هذه النظرية على أساس أنّ أحكام المساهمة الجنائية في قانون العقوبات تأبى قبولها، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى تأييد نظرية الفاعل المعنوي، وإلى إمكانية تطبيقها رغم عدم النص عليها صراحة في قانون العقوبات؛ لأنّ عدم النص لا يعني بالضرورة رفضها، كما أنّ اعتبارات العدالة ومبادئ القانون تسمح بل وتوجب إقرار هذه النظرية، لذلك طالب الفقه الجنائي بتطبيق نظرية الفاعل المعنوي لمواجهة القصور التشريعي لهذه الحالة⁽⁴⁾.

وجاء في بعض أحكام محكمة النقض المصرية ما يستدلّ به على أخذها بهذه الفكرة، حيث جاء فيها: "من وضع سماً في طعام وأعطاه لشخص آخر دون علمه - حسن النيّة - ليوصله إلى المجني عليه يعدّ فاعلاً أصلياً لا شريكاً"⁽⁵⁾.

وقضت في ذات السياق بقولها: "يعتبر فاعلاً لجريمة التسميم من وضع حلاوة مسمومة بقصد إعطائها للمجني عليه ولو كان تقديمها لهذا الأخير بواسطة شخص آخر لا

(1) حسن محمد ربيع، م.س، ص 391.

(2) ن.م.و.ص.

(3) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص 76 وما بعدها.

(4) ن.م.و.ص.

(5) نقض 24 يونيو المجموعة الرسمية، س 18 ق 13، ص 25.

يعلم أنها مسمومة⁽¹⁾، كما اعتبرت الذي يغري فتاة عثرت على محفظة نقود ببعض القروش لتسلمها له سارقاً؛ لأنّ الفتاة كانت مجرد واسطة بريئة كالآلة في يده⁽²⁾.

ثامناً: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

ما يلاحظ أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية وإن لم يفرّدوا موضوع الفاعل المعنوي بالدراسة بشكل مستقل كما فعل فقهاء القانون، إلا أنهم بيّنوا أحكامه التفصيلية وحالاته بطريقة غير مباشرة، في سياق حديثهم عن صور الاشتراك بالمباشرة.

ومنه يمكن القول بأنّ الاتفاق بينهما قائم بخصوص تعريف الفاعل المعنوي، فهو من يحمل على ارتكاب الجريمة منفذاً غير مسؤول بسبب تخلف الأهلية كالمجنون والصبي غير المكلف والشخص حسن النية، بحيث يسيطر عليه سيطرة تامة تجعله يحركه ويسخره في تنفيذ جرائمه، كما يتفق القانون الجزائري مع رأي الجمهور في اعتبار الفاعل المعنوي وحده المسؤول جنائياً عن الجريمة، بصفته فاعلاً أصلياً دون المباشر متى كان هذا الأخير كالآلة في يده يحركه كيفما يشاء.

(1) نقض 21 أكتوبر 1912 المجموعة الرسمية، س14 ق2، ص5.
(2) نقض 11 - 12 - 1939 مجموعة القواعد، ج7، رقم 884، ص851. وينظر د. علي عبد القادر القهوجي، م.س، ص505.

المبحث الثالث

عقوبة الأشتراك المباشر وأثر الظروف في

المسؤولية الجنائية الشركاء

المطلب الأول: عقوبة الأشتراك المباشر

المطلب الثاني: أثر الظروف في المسؤولية الجنائية للشركاء

المباشرين

تمهيد:

قسّمت الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، تناولت في المطلب الأول عقوبة الاشتراك المباشر في الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي ثم في القانون الجزائري، بينما خصّصت المطلب الثاني للظروف والأحوال التي يكون عليها بعض الشركاء، ومدى تأثيرها في العقوبة الجنائية للشركاء فيهما، أما المطلب الثالث فكان للمقارنة والموازنة بينهما.

المطلب الأول: عقوبة الاشتراك المباشر

تناولت هذا المطلب في فرعين اثنين، الأول منهما كان لعقوبة الاشتراك المباشر في الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي، والفرع الثاني لمثلها في القانون الجزائري.

الفرع الأول: عقوبة الاشتراك المباشر في الفقه الجنائي الإسلامي

تطرقت في المبحث الثاني من هذا الفصل لأربعة أنواع من الجرائم بحسب مقتضيات البحث، وهي جرائم القتل وجرائم الضرب والجرح العمدي، وجرائم السرقة وجريمة الحراقة، وسأحاول فيما يلي بيان العقوبات المقررة لكلّ منها، ولن أخوض كثيرا في عرض التفاصيل التي سبق ذكرها في ثنايا البحث تجنباً للتكرار والإطالة التي لا فائدة منها.

أولاً: عقوبة الاشتراك المباشر في جريمة القتل العمد

الأصل في الشريعة الإسلامية أنّ العقوبة المقررة للقتل العمد إذا توافرت شروطها هي القصاص، لقوله تعالى: ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾⁽¹⁾، وقوله: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُنِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾⁽²⁾، وللحديث الذي أخرجه الترمذي عن أبي هريرة أنّ النبي ﷺ قال: "لو أنّ أهل السماء والأرض اشتركوا في دم مؤمن لأكبهم الله في النار" وقال فيه: حديث غريب⁽³⁾.

وقول عمر: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم"⁽⁴⁾، ولفعل علي رضي الله عنه لما قتل الحرورية بعدد الله بن خباب، وقد ذبحوه كما تذبح الشاة، فلما أخبروه ثلاث مرات بأنهم قد اشتركوا في قتله، قال لأصحابه دونكم القوم، فما لبث أن قتلهم علي وأصحابه⁽⁵⁾.

فإذا اشتركت جماعة في قتل واحدٍ عمدا اقتصّ منهم جميعا متى كان الاشتراك قد تمّ بطريق التمالؤ، وهذا باتفاق الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة، لكنهم يختلفون في شروط التطبيق، فيرى المالكية التمالؤ وحده كاف لمعاقة الشركاء⁽⁶⁾، ويشترط الشافعية والحنابلة إضافة لذلك أن يكون لكل شريك صفة الفاعل، بأن يكون لفعله دور في تنفيذ ركنها المادي

(1) المائدة، آية 45.

(2) البقرة، آية 178.

(3) الترمذي، م.س، أبواب الديات، باب الحكم في الدماء، حديث رقم 1398، ج3، ص71.

(4) الحديث سبق تخريجه.

(5) الحديث سبق تخريجه.

(6) الحطاب، م.س، ج8، ص310.

ولو لم يؤدّ منفردا إلى حصول ذات النتيجة، بينما شدّد الأحناف أكثر لمعاقبة الشركاء، واشترطوا أن يشتركوا جميعا في التنفيذ وأن يستعملوا في ذلك نوعا محددًا من السلاح أو ما كان في حكمه⁽¹⁾.

أما إذا كان الاشتراك بطريق التوافق وترتب عنه وفاة المجني عليه دون تفاهم مسبق، فلا تعتبر هذه الصورة اشتراكا بالمعنى الصحيح، وهو الذي يقوم على وحدة القصد ووحدة الجريمة، ولا يترتب عليها أثر من الآثار المقررة للاشتراك، وإنما تتعدد الجريمة بتعدد مرتكبيها، ولا يسأل أحد عن فعل غيره، فإذا كانت الوفاة نتيجة لفعل أحدهم كان هو الفاعل الذي يقتص منه ويعاقب الباقيون كلٌّ بقدر جنايته وهذا باتفاق الفقهاء⁽²⁾.

وإذا حصل أن باشر الجميع تنفيذ القتل وتعدّر معرفة صاحب الضربة القاتلة، بأن تداخلت الإصابات مع بعضها وكانت الموت نتيجة لمجموع أفعالهم، فلا يمكن اعتبار أحد منهم قاتلا لعدم التيقن من ذلك، وعليه يعتبر الجميع جارجين؛ لأنّ هذا هو القدر المتيقن منه وتجب عليهم الدية⁽³⁾.

جاء في حاشية الدسوقي: "وأنه إذا أنفذ إحداها مقاتله ولم يدر من أيّ الضربات مات فإنه يسقط القصاص إذا لم يتعاقدوا على قتله والدية في أموالهم"⁽⁴⁾.

ثانيا: العقوبة الاشتراك المباشر في جرائم الضرب والجرح

عقوبة الجرائم الواقعة على ما دون النفس أي الجراح وإبانة الأطراف هي القصاص أيضا إذا كان الجاني واحد، فهل الحكم نفسه إذا اشترك في ذلك شخصان أو أكثر؟

اختلف الفقهاء كما سبق في حكم هذه الحالة، فالحنفية لا يوجبون القصاص إلا في جرائم القتل العمد فقط، أما إذا اشتركت الجماعة فيما دون ذلك فلا يقتص منها؛ لأنّ شرط القصاص فيما دون النفس تحقّق المماثلة، مع إمكان الاستيفاء من غير زيادة في الجناية، ولأنّ المساواة في الفعل معتبرة فإذا تعذر ذلك فلا قصاص ويصار إلى الدية⁽⁵⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص233، 238.

(2) ابن عابدين، م.س، ج10، ص184، الدسوقي، م.س، ج6، ص159. الشرييني، م.س، ج5، ص226. ابن قدامة، م.س، ج11، ص501. ابن حزم، م.س، ج11، ص160.

(3) د. محمد فاروق النبهان، م.س، ص46.

(4) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

(5) ابن عابدين، م.س، ج10، ص207، 208.

أما الملكية⁽¹⁾ فقد ساروا على قاعدتهم في جريمة القتل وميزوا بين الاتفاق والتوافق، فإذا كان بين الشركاء اتفاق عوقب الجميع قصاصاً، ولو باشر الفعل أحدهم، أما في حال التوافق فلا يعاقب قصاصاً إلا من كانت الجريمة نتيجة لفعله سواء كان واحداً أم متعدداً.

ويوافق الشافعية والحنابلة⁽²⁾ الملكية في وجوب القصاص من الجماعة لكنهم لا يميزون بين الاتفاق والتوافق كما فعلوا في جريمة القتل، والشرط عندهم أن تتداخل أفعال الشركاء ويتعذر تمييزها عن بعضها، فإذا تمت بهذه الطريقة لزم القصاص من الجميع.

ثالثاً: عقوبة الاشتراك المباشر في جرائم السرقة

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾⁽³⁾، وفي السنة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: "لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده"⁽⁴⁾، وعن عائشة قال النبي ﷺ: "تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً"⁽⁵⁾.

فهذه الآية والأحاديث تدل بوضوح على أنّ عقوبة السرقة هي من جنسها بقطع اليد دون تمييز بين كون السارق شخصاً واحداً أو أكثر، وقد سبق القول بأنّ الفقهاء متفقون على وجوب قطع الجماعة إذا اشتركوا في دخول الحرز وإخراج المتاع منه، وبلغت حصة كل واحد نصاباً كاملاً، وما عدا ذلك من الحالات فالعقوبة محل خلاف بينهم⁽⁶⁾.

رابعاً: عقوبة الاشتراك المباشر في جرائم الحرابة

قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾⁽⁷⁾، فقد بينت هذه الآية عقوبات جريمة الحرابة وأنها تطبق على كل من شارك فيها، إلا أنّ الفقهاء اختلفوا عند التطبيق، وسبب اختلافهم هو مدلول حرف: "أو" في الآية الكريمة، فهل يفيد التخيير بين العقوبات أم يفيد التنويع؟

(1) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

(2) النووي، م.س، ج7، ص53. ابن قدامة، م.س، ج11، ص494، 495.

(3) المائدة، آية 38.

(4) متفق عليه والرواية للبخاري، الجامع الصحيح، باب لعن الله السارق إذا لم يسم، حديث رقم 6783، ج4، ص247.

(5) البخاري، م.س، باب قول الله تعالى: "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما" وفي كم تقطع؟ حديث رقم 6789، ج4، ص249.

(6) تقدّم تفصيل هذه الحالات في الصفحة 254 وما بعدها من هذا الفصل. وينظر الكبيسي، م.س، ص75 إلى 96.

(7) المائدة، آية 33.

أ- الرأي الأول: يرى الجمهور وهم الحنفية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾ أنّ العقوبات محمولة على الترتيب المذكور؛ لأنّ الجزاء يجب أن يكون بحسب الجناية، ولهم تفصيل في ذلك:

فقالوا: إن أخذوا المال فقط تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا يُقتلون، وإن قتلوا وأخذوا المال؛ فعند الحنفية يكون الإمام بالخيار إن شاء قطعهم ثم قتلهم أو صلبهم، وإن شاء لم يقطع وإنما يقتل ويصلب⁽²⁾.

ب- الرأي الثاني: يرى الشافعية والحنابلة قتلهم وصلبهم دون خيار، وإذا اكتفوا بإخافة السبيل دون قتل ولا أخذ للمال يُنقون من الأرض؛ أي يُحبسوا ويعزروا⁽³⁾، أما مالك فيرى أنّ عقوبة قطاع الطرق على التخيير، ويرجع إلى اجتهاد الإمام ومشورة الفقهاء بما يراه محققاً للمصلحة دارئاً للمفسدة، وليس بناء على هواه وله تفصيل في ذلك: فإن قتل فقط فلا بدّ من قتله، دون تخيير للإمام بين قطعه أو نفيه، وإنما التخيير في قتله أو صلبه، وإذا أخذ المال ولم يقتل، فالإمام مخير بين قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه، بما يراه نظراً ومصلحة⁽⁴⁾.

وإذا كان المحارب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد في قتله أو صلبه؛ لأنّ القطع لا يدفع ضرره، وإن كان لا رأي له ولكنه ذو قوة وبأس قطعه من خلاف، وإن لم يكن فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر عقاب وهو الضرب والنفي⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: عقوبة الاشتراك المباشر في القانون الجزائي

لا يوجد في مواد المساهمة الجنائية من القسم العام لقانون العقوبات الجزائري نص يحدد عقوبة الفاعل في حالة المساهمة الأصلية، وبالتالي فإنّ عقوبته تتحدد بالرجوع إلى مواد القانون الخاص بكل جريمة، فإذا وقعت الجريمة من فاعل واحد استحق عقوبتها المقررة لها في النص الخاص، سواء كان فاعلاً مادياً أم محرصاً أم فاعلاً معنوياً، وهذه الحالة لا تعدّ من المساهمة الأصلية في شيء⁽⁶⁾.

أما إذا تعدد الفاعلون في الجريمة الواحدة فيعتبرون شركاءً فيها طبقاً للمادة 44 من ق.ع.ج، بأن يتحمّل كل فاعل عقوبتها كما لو كان وحده الذي ارتكبها، وعلى الرغم من أنّ

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص93، 94. الشيرازي، م.س، ج3، ص366 وما بعدها. ابن قدامة، م.س، ج12، ص475، وما بعدها.

(2) الكاساني، ن.م.و.ص.

(3) الشيرازي، م.س، ج3، ص366 وما بعدها. ابن قدامة، م.س، ج12، ص475، وما بعدها.

(4) الباجي، م.س، ج9، ص207.

(5) م.ن، ص207، 208.

(6) عبد الله سليمان، م.س، ص226.

تعدّ الفاعلين يقوي من عزيمتهم ويسهل لهم ارتكاب الجرائم ويضعف بالمقابل مقاومة المجني عليهم، إلا أنّ المشرّع الجزائري لم يجعل التعدد ظرفا مشددا للعقاب كقاعدة عامة، لكن استثناءً اعتبر هذا التعدد بمفرده أو مع ظروف أخرى ظرفا مشددا في جرائم محددة وردت على سبيل الحصر؛ لأنه قدر فيها أنّ التعدد يكشف عن خطورة إجرامية تستحق تشديد العقوبة عليها، كما في جريمة السرقة المواد 350 وما بعدها كما سبق القول.

الملاحظ هنا أنّ كل مساهم في الجريمة بصفته فاعلا أصليا يُسأل عن الجريمة التامة إذا وقعت على هذه الصورة حتى ولو كان دوره فيها لم يصل إلى حدّ الشروع المعاقب عليه، كما في حالة من يقوم بأفعال مساعدة لها دور فعال ومؤثر في وقوع الجريمة أو أن تتم في وقت يعاصر تنفيذ الجريمة متى توافرت الوحدة الذهنية والمعنوية لديهم⁽¹⁾ على النحو الذي بيّنته آنفاً.

وإذا كانت العقوبة المقررة للشركاء المباشرين واحدة فلا يعني ذلك بالضرورة المساواة بينهم في نوع العقوبة ومقدارها، وإنما المقصود بالمساواة هنا المساواة القانونية؛ أي خضوع الجميع لنص قانوني واحد، وبالتالي يكون للقاضي في حدود العقوبة التي يقرها هذا النص بين حديها الأعلى والأدنى أن يتخير لكل فاعل ما يلائمه من العقوبة، مراعيًا في ذلك دوره وظروفه وأحواله الخاصة، وفي المطلب التالي سوف أتناول هذه الظروف وأنواعها وآثارها على عقوبة الفاعلين المباشرين⁽²⁾.

الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

إنّ تحديد نوع العقوبة التي تفرض على فاعل الجريمة أمر طبيعي لا يثير أدنى صعوبة، مهما كان نوع الجريمة التي ارتكبتها؛ لأنّ الذي يرتكب الجريمة بصفته فاعلا أصليا يتحمل العقوبة المقررة لها، وإذا تعدد الفاعلون فعقوبة كل واحد هي بعينها العقوبة المقررة للجريمة، ولا يتصور التفكير في توقيع عقوبة أخرى غير هذه العقوبة.

بعبارة أخرى؛ فإنّ كل فاعل يعاقب كما لو كان وحده الذي ارتكب الجريمة، وهذه قاعدة عامة متفق عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري بل هي خطة الشرائع الوضعية قاطبة.

(1) د. منصور رحمانى، م.س، ص178.

(2) د. محمد عوض، م.س، ص359.

المطلب الثاني: أثر الظروف في المسؤولية الجنائية للشركاء المباشرين

إذا كان قانون العقوبات الجزائري قد قرّر توحيد المسؤولية بين الفاعل والشريك تأثراً بالنظرية التبعية طبقاً للمادة 44 فقرة 1 منه، فإنه وضع قواعد تحكم عقاب كل شريك في الجريمة بحسب الظروف التي تحيط به، فما هي هذه الظروف وما مدى تأثيرها في عقوبة المباشرين تشديداً أو تخفيفاً أو إعفاء؟ بمعنى: هل أثارها يقتصر على من توافرت فيه أم أنه يتعداه ليشمل غيره ممن شاركه من الفاعلين الآخرين استفاضة أو عقاباً؟

تنقسم الظروف من حيث آثارها المترتبة عنها إلى ظروف مادية أو موضوعية وظروف شخصية، وقد قسّمتُ هذا المطلب إلى فرعين اثنين؛ تناولت في الفرع الأول الظروف المادية للجريمة والفرع الثاني للظروف الشخصية، في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري.

الفرع الأول: الظروف المادية وأثرها في عقوبة الشركاء المباشرين

أولاً: تعريف الظروف المادية

يقصد بالظروف المادية أو الموضوعية⁽¹⁾ وتسمى أيضاً بالعينية⁽²⁾ تلك الأحوال والأوضاع الخارجية التي تتصل بماديات الفعل المكون للجريمة أو بالنتيجة، لا بشخص الفاعل أو بأشخاص المساهمين معه، وتصبح بعد اتصالها بالجريمة جزءاً منها، وهذه الظروف قد تتعلق بصفة في الفعل كظرف التعدد ذاته، أو بوسيلة الفعل المرتكب كالإكراه على القتل وظرف حمل السلاح والتسلق والكسر، أو أنها تتعلق بزمان الفعل كالسرقة ليلاً أو بمكانه كالسرقة في الأماكن العمومية ووسائل النقل العامة وغيرها.

ثانياً: أثرها في عقوبة الشركاء المباشرين

أ- في الفقه الجنائي الإسلامي

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في أنه إذا توافقت في الجريمة ظروف مادية من شأنها تشديد العقاب أو تخفيفه، أنّ تسري آثارها على كل من شارك فيها، وسواء أكان شريكاً مباشراً أم متسبباً، كما يستوي أيضاً أن يكون الشريك عالماً بها أم لا⁽³⁾، ومن أمثلتها ظرف التعدد في القتل والإكراه عليه وتعمّد الشهادة زوراً وغيرها.

(1) المادة 44 فقرة 3 من ق.ع.ج.

(2) د. محمد الفاضل، م.س، ص 220.

(3) د. الزلمي، م.س، ص 163.

من ذلك ما رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن مسيب أنّ عمر بن الخطاب قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل واحد قتلوه قتل غيلة (سبق الإصرار)، وقال: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً"⁽¹⁾. والتمالؤ هو الاجتماع على الأمر بالمساعدة والمشايعة⁽²⁾.

جاء في المنتقى: "قال مالك في الرجل يمسك الرجل للرجل، فيضربه، فيموت مكانه، أنه إن أمسكه وهو يرى أنه يريد قتله، قتلًا به جميعاً..."⁽³⁾، ثم إنَّ الممسك قد أمسكه ظلماً لما يعلم أنه قاتله.

وبخصوص مسألة الإكراه على القتل: ما جاء في جواهر الإكليل: "... وكالإكراه على قتل معصوم بتخويف بقتل أو غيره فقتله المكروه، فيُقتل المكروه لتسببه والمكروه لمباشرته"⁽⁴⁾، وجاء في الإنصاف: "وإن أكره إنسانا على القتل فقتل فالقصاص عليهما"⁽⁵⁾.

ب- في القانون الجزائري:

الأمر نفسه بالنسبة للتشريع الجزائري⁽⁶⁾ وغالبية التشريعات الوضعية⁽⁷⁾ بأن يمتد أثر الظروف المادية إلى جميع المساهمين في الجريمة فاعلين كانوا أو شركاء، ويشترط لسريان هذه الظروف عليهم أن يكونوا على علم بها، وهذا ما نصت عليه المادة 44 فقرة 3 عقوبات بقولها: "والظروف الموضوعية اللصيقة بالجريمة التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة التي توقع على كل من ساهم فيها يترتب عليها تشديدها أو تخفيفها، بحسب ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بهذه الظروف".

وأرى أن اشتراط المشرع ضرورة العلم بالظروف الموضوعية أمر له ما يبرره في حالة وجود الظروف المشددة لكي لا يفاجأ مرتكب الجريمة بما لم يكن يتوقع أو يعلم، وهو أمر يتماشى مع مبدأ الشرعية، أما اشتراط العلم بتوافر الظروف المخففة فلا أرى مبرراً لاشتراطه ولا حكمة في مثل هذا الاشتراط.

فيُفهم من ذلك أنّ المساهم يستفيد من العذر إذا ما كان يجهله، ويلاحظ هنا أنّ القانون الجزائري في هذا الشرط جاء موافقاً لما دعا إليه مؤتمر أثينا الذي جاء في أحد

(1) مالك بن أنس، م.س، باب قتل الغيلة، حديث رقم 2319، ج2، ص248.
(2) السرخسي، م.س، ج26، ص127. البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج5، ص514.
(3) الباجي، م.س، ج9، ص109.
(4) الأبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، م.س، ج2، ص257.
(5) المرادوي، الإنصاف، ج9، ص457. ابن قدامة، المغني، م.س، ج11، ص456.
(6) عبد الله سليمان، م.س، ص228.
(7) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص93. وينظر د. محمد عوض، م.س، ص362.

توصياته: " لا يُسأل المساهمون إلا إذا ثبت علمهم بأنّ العناصر المكونة للجريمة أو المشدّدة لها سوف تتمّ بواسطة أحدهم أو عن طريق الجميع"⁽¹⁾.

وتعليل ذلك أنّ هذه الظروف تتصل بماديات الجريمة وهي واحدة بالنسبة للجميع، وبالتالي يسألون عنها جميعاً، وهذا الحكم نتيجة منطقية وحتمية لفكرة وحدة الجريمة رغم تعدد المشاركين، أضف إلى ذلك فإنّ اتجاه إرادة كل مساهم في الجريمة بمجموعها يعني اتجاهه إلى كلّ أجزاء ركنها المادي، فتسري هذه الظروف على الشريك متى كان يعلمها.

وجاءت قوانين كل من سوريا ولبنان والأردن متفقه هي الأخرى مع هذه التوصية، في حين لم يرد في القانون المصري نصّ في هذا الشأن على غرار القانون الفرنسي، لذلك اتجه الفقه والقضاء فيهما اتجاهها مغايراً فجعلاً أثر هذه الظروف تسري على جميع الشركاء سواء علموا أم لم يعلموا بها⁽²⁾.

الفرع الثاني: الظروف الشخصية وأثرها في عقوبة الشركاء المباشرين

أولاً: تعريف الظروف الشخصية

الظروف الشخصية هي تلك المتصلة بالجاني ذاته خلافاً للظروف المادية، ومن شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بأحد شروط تطبيق العقوبة المقررة؛ أي أنّ عقوبة الجاني قد تتأثر بهذه الظروف إما تشديداً أو تخفيفاً وإما إعفاءً منها، ومثالها: أن يكون الجاني غير مكلف لصغر سنّ أو جنونٍ أو خطأ، أو كونه أصلاً للمجني عليه، فإذا جنّى مجنون أو صبيّ على آخر أو والدٌ على ولده، فالحكم هو امتناع القصاص عن هؤلاء وهذا باتفاق الفقهاء⁽³⁾.

لكنّ الإشكال في المسألة: - هل ينطبق ذات الحكم على غيرهم ممّن شاركهم من المباشرين الآخرين (الفاعلين) ولم تتصل بهم أيّ من تلك الظروف؟

الإجابة عن هذا السؤال هي محور الدراسة في هذا الفرع، لذا يستدعي الأمر عرض موقف فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من هذه الظروف، ليتسنى فيما بعد المقارنة والموازنة بينهما.

(1) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص94.

(2) م.ن، ص93. وينظر د. محمد عوض، م.س، ص363.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص235. سحنون، م.س، ج4، ص633. الشيرازي، م.س، ج5، ص10. ابن قدامة، م.س، ج11، ص502.

ثانياً: أثر الظروف الشخصية في عقوبة الشركاء المباشرين

أ- أثرها في عقوبة الشركاء المباشرين في الفقه الجنائي الإسلامي:

وقع الخلاف بين الفقهاء في مدى تأثير الظروف الشخصية لأحد المباشرين سواء كان مرجعها إلى معنى فيه أو إلى معنى في فعله أو في قصده، على عقوبة من شاركه من الفاعلين الآخرين، وقد ظهر نتيجة لذلك ثلاثة آراء أحدها يجعل للظروف الشخصية ما للظروف المادية من آثارٍ على عقوبة الفاعلين وهو رأي الحنفية، والرأي الثاني والثالث للجمهور ولهم تفصيل في المسألة وأتناولها تباعاً كما يلي:

1- رأي الحنفية: ذهب السادة الحنفية والحنابلة في رواية عنهم إلى القول بأن الظروف الشخصية إذا كانت متوافرة بأحد الفاعلين انتقل أثرها إلى باقي الشركاء؛ لأن الأصل عندهم إذا اشترك اثنان في قتل شخص عمداً وكان أحدهما لا يُقتَص منه لظرف خاص به فلا قصاص على من شاركه في القتل وإنما تجب عليه الدية، ومن الأصول المقررة عندهم امتناع المال والقود في شخص واحد⁽¹⁾.

كما أنّ الفعل قد ترتب من موجبٍ وغير موجبٍ للقصاص فيغلب غير الموجب، لتمكن الشبهة الدائرة للحدّ، من باب تفسير الشك لصالح المتهم كما يقول أهل القانون.

جاء في بدائع الكاساني: "لو اشترك اثنان في قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد، والآخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا كالصبي مع البالغ والخطيئ مع العامد والأب مع الأجنبي فلا قصاص عليهما عندنا...، لتمكن شبهة عدم القتل في فعل كل واحد منهما...، إلا أنّ الشرع أسقط اعتبارها وألحقها بالعدم فتحا لباب القصاص وسدّا لباب العدوان؛ لأنّ الاجتماع ثمة يكون أغلبٌ وعليهما الدية لوجود القتل"⁽²⁾.

وفي المغني: "ولنا أنه قتل لم يتمحض عمداً، فلم يوجب القصاص كسبه العمد"⁽³⁾.

وحجّة هذا الرأي أنّ فعل المشارك تمكنت منه الشبهة؛ لاحتمال أن يكون الموت قد حصل من فعل الذي لا يجب عليه القصاص، كما يُحتمل أن يكون من فعله هو، ومع قيام هذا الاحتمال فلا مناص من إسقاط القصاص، وبالمقابل تترتب عليه الدية حفظاً للدماء⁽⁴⁾.

(1) ابن عابدين، م.س، ج26، ص124. ابن قدامة، م.س، ج11، ص503.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص235.

(3) ابن قدامة، م.س، ج11، ص502.

(4) الكاساني، م.س، ج7، ص235، 236.

من أمثلة ذلك: اشتراك صبي وبالغ في قتل شخص، فلا يقاد من البالغ وإنما تجب عليه نصف الدية في ماله، وعلى عاقلة الصبي نصفها الآخر، كذلك إذا اشترك عامد ومخطئ في قتل شخص، فلا قصاص على العامد؛ لأنّ فعله يأخذ حكم الخطأ، وتجب الدية بدل القصاص نصفها من مال العامد ونصفها الآخر على عاقلة المخطئ⁽¹⁾.

وقال محمد بن الحسن: "وكيف يقتل الكبير وقد شركه في الدم من لا قود عليه؟ أريتم رجلا وصبياً رفعا سيفاً فضربا به رجلاً ضربة واحدة فمات من تلك الضربة أتكون ضربةً واحدةً بعضها عمد فيه القود وبعضها خطأ؟ فإن كان ذلك فأيهما العمد وأيهما الخطأ؟ ليس في هذا قود إذ أشرك في الدم شيءٌ لا قود فيه ولا تبعيض في شيء من النفس"⁽²⁾.

وعليه فالأحناف لا يرون القود على الشريك إذا كان معه من لا يعاقب لصفة فيه أو في فعله أو في قصده.

2- رأي المالكية: يرى المالكية في اشتراك الصبي والبالغ في قتل رجل عمداً أنّ على البالغ القصاص وعلى عاقلة الصبي نصف الدية، إذا كان بينهما تمالؤ على القتل، أما في حال التوافق فلا قصاص عليهما وعلى العاقل نصف الدية في ماله فقط وعلى عاقلة الصبي نصفها الآخر، لاحتمال كون فعل الصبي هو القاتل⁽³⁾.

وعليه فنظرية الإمام مالك تتلخص في أنه إذا اشترك من لا يجب عليه القصاص مع من يجب عليه، فلا يسقط على من يجب عليه، وحجته أنّ كلا يشترك بما تتحقق به مسؤوليته؛ فإذا اشترك اثنان أحدهما متعمد والآخر مخطئ، أو كان أحدهما قاصراً والآخر بالغاً، أو كان أحدهما أباً للمقتول والآخر أجنبياً عنه، فالقصاص يكون على المتعمد والبالغ والشريك الأجنبي، ولا نظر عنده إلى كون فعل الشريك موضع مؤاخذه من عدمه؛ لأنّ الأصل أنّ الإنسان يؤخذ بفعله لا بفعل غيره⁽⁴⁾.

جاء في المدونة: "أرأيت إذا اجتمع في قتل رجلٍ حرٍّ صبيٍّ ورجلٍ فقتلاه عمداً؟ قال: قال مالك: على عاقلة الصبي نصف الدية ويقتل الرجل، قلت وكذلك لو كانت رمية الصبي خطأً ورمية الرجل عمداً فمات منهما جميعاً، قال: الدية أرى وأستحسن أن تكون الدية عليهما

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص235.

(2) د. بهنسي، نظريات في الفقه الحنائي الإسلامي، م.س، ص106.

(3) الدسوقي، م.س، ج4، ص246.

(4) أبو زهرة، م.س، ج1، ص298.

جميعاً لأتّي لا أدري من أيهما مات، وإنما قال مالك إذا كان العمد منهُما جميعاً⁽¹⁾؛ أي أنّ عقوبة البالغ لا تتأثر عند المالكية بظرف الصبي عند التماؤ وإلا فإنها تتأثر به.

3- رأي الشافعية والحنابلة: يرى الشافعية في الأظهر عندهم وفي رواية عن الإمام أحمد القصاص من شريك الصغير والمجنون والبالغ؛ لأنّ القصاص عقوبة تجب جزاءً لفعله متى كان عمدا وعدوانا كشريك العامد، فلا يُنظر إلى فعل شريكه ولا عذر له فيه، إلا العامد فلا قصاص عليه إذا شاركه الخاطئ⁽²⁾.

جاء في المغني: "كل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص في شريكه، مثله أن يشترك مسلم وذميفي قتل ذمي، وحرّ وعبدٌ في قتلٍ عبداً عدواناً، فإنّ القصاص لا يجب على المسلم والحر، ويجب على الذمي والعبد؛ لأنّ امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه وعن الحرّ لحرّيته، وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله ولا إلى شريكه فلم يسقط القصاص عليه"⁽³⁾.

4- الرأي الراجح:

يصعب الترجيح بين هذه الآراء خاصة وأنّ لكل رأيٍ ما يؤيّده، لكن من وجهة نظري والله أعلم أظن أنّ الرأي الأول (رأي الحنفية) هو الراجح والأنسب؛ لأنّ القتل لم يتمحض عمداً خالصاً، وقد ترتب من فعلين أحدهما موجب والآخر غير موجب للقصاص لا يُدري من أيهما مات كما قال سحنون من المالكية؛ إذ من الممكن أن يكون فعل المجنون أو الصغير هو المزهق وحده، فيكون فعل شريكه فضلاً وزيادة، وقد تمكنت منه الشبهة، والقصاص يُدرأ بالشبهة كما تُدرأ الحدود بالشبهات.

لكن بالمقابل قد يكون رأي المالكية هو الراجح لمنع الجناة للإفلات من العقاب؛ لأنّ الجاني إذا علم مسبقاً أنه لن يعاقب إذا شاركه في الجريمة من لا عقاب عليه كالمجنون والصبي، فلا يمنعه ذلك من استصحابهم في تنفيذ جرائمه وهو في مأمن من العقاب.

(1) سحنون، م.س، ج 4، ص 633.

(2) الشافعي، الأم، م.س، ج 7، ص 58. ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 503. ينظر الكاساني، م.س، ج 7، ص 235.

(3) ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 497.

ب- أنواع الظروف الشخصية وأثرها في عقوبة الفاعلين الأصليين في القانون الجزائري:

1- أنواع الظروف الشخصية: تتنوع الظروف الشخصية في تأثيرها على العقوبة حسب الأحوال إما تشديداً أو تخفيفاً أو إعفاء، ويمكن تقسيمها إلى فئتين اثنتين؛ ظروف شخصية لا تغير من وصف الجريمة وأخرى تغيّر من وصفها، وتبعاً لذلك سأتناولها ببعض من التفصيل مع إعطاء أمثلة عنها.

• **الظروف الشخصية التي لا تغير من وصف الجريمة:** توجد ظروف شخصية تلتصق بالجاني ولا تغير من وصف الجريمة؛ لكونها ليست من عناصر الجريمة وهي الظروف الشخصية بمعناها الصحيح، ويمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع:

- **الظروف المانعة من العقاب:** ويمتنع معها معاقبة الجاني قانوناً ومن أمثلتها في قانون العقوبات الجزائري: حالة الجنون في المادة 47 " لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة..."، وحالة الإكراه أو الضرورة في المادة 48 بقولها: " لا عقوبة لمن اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"، أو حادثة السن المادة 49 ف1، فهذه حالات تتصل بمن وُجدت فيه فاعلاً كان أم شريكاً ولا تسري على باقي المساهمين.

- **الظروف المعفية من العقاب:** وتُعرف بالأعذار القانونية تمييزاً لها عن الأعذار القضائية من حيث سلطة القاضي الجنائي في أعمالها، ففي الأعذار القانونية لا يستطيع تقرير وجودها ما لم يكن القانون قد نص عليها صراحة، فتتحصّر سلطته في البحث في مدى توفرها عن عدمه، فإذا توفر العذر وجب عليه الحكم بالتخفيف، وهي ظروف شخصية قررتها المادة 52 فقرة 1 ق.ع.ج بقولها: " الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذاراً معفية..."، فهي إذن ظروف شخصية بحتة خاصة بكلّ شخص توافرت فيه فاعلاً كان أم شريكاً، نصّ عليها القانون سلفاً وحصرها، وما ينطبق على موانع المسؤولية في الحكم ينطبق على الأعذار المعفية من العقاب⁽¹⁾.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة 179 ق.ع.ج لمن يقوم من الجناة بإبلاغ السلطات عن وجود اتفاق جنائي تمّ أو عن جمعية أشرار قبل الشروع في أيّ جنائية موضوع الاتفاق أو الجمعية وقبل مباشرة التحقيق، وصفة الأصل أو الفرع أو الزوجية في جرائم السرقة طبقاً

(1) أ. بلعيات إبراهيم، م.س، ص87.

لنص المادة 368 منه: " لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبيّنين فيما بعد ولا تخول إلا الحق في التعويض المدني:

- الأصول إضراراً بأولادهم أو غيرهم من الفروع.

- الفروع إضراراً بأصولهم.

- أحد الزوجين إضراراً بالزوج الآخر."

- **الظروف المشددة للعقاب:** وهي ظروف متصلة بالجاني فاعلا كان أم شريكا لا يتعدى أثرها إلى الغير؛ لأنها ليست من عناصر الجريمة، ويعتدّ بها القانون في التشديد على المتهم الذي توافرت فيه فحسب، ومن أمثلتها: حالة العود الواردة في المادة 54 مكرر (جديدة)⁽¹⁾، ومن 1 إلى 10 مكرر (جديدة) من نفس المادة، والمواد 57 و59 ق.ع.ج، فمن اشترك مع آخر في تنفيذ جريمة لا يعاقب بعقوبة مشددة إذا تبين أنّ شريكه كان معتادا يستحق تشديد العقاب⁽²⁾، ومثلها أيضا ظرفي سبق الإصرار أو التردد مثلا، الذين اعتبرهما الفقه⁽³⁾ والقضاء الجزائريان من الظروف الشخصية التي تتعلق بالفاعل الأصلي دون الشريك معه، وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يثبت ذلك ومنها:

" وحيث إنّ ظرفي سبق الإصرار والترصد شخصيان يخصّان الفاعل الأصلي وحده فإنّ معاقبة الشريك بهما يشكّل خطأ في تطبيق القانون"⁽⁴⁾.

• الظروف الشخصية التي تغير من وصف الجريمة:

وهي ظروف تغير من طبيعة الجريمة ووصفها القانوني إما تشديدا بنقل الجنحة إلى مرتبة الجنائية، وإما تخفيفا بتنزيل الجنائية إلى مرتبة الجنحة، ويرغب الفقهاء المعاصرون بتسميتها بالظروف المزدوجة أو المختلطة⁽⁵⁾؛ لأنها ظروف موضوعية أو مادية وشخصية في آن واحد، فهي تستمدّ مصدرها من شخص الفاعل وتغير من وصف الفعل باعتبارها تدخل في عناصرها وتغير من جسامة الفعل، كسبق الإصرار في جناية القتل العمدى، فهي جريمة قتل عمد إذا ارتكبت بقصد بسيط Meurtre وتصبح مع سبق الإصرار

(1) أضيفت بالقانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (ج.ر. 84، ص17).

(2) د. رضا فرج، م.س، ص347. وينظر الربيع سعدي، م.س، ص102.

(3) عبد الله سليمان، م.س، ص373.

(4) قرار رقم 303401 صادر بتاريخ 2003/04/29، المجلة القضائية، المحكمة العليا الأبيار، العدد الأول، 2003، قسم الوثائق، 2004، ص386-388.

(5) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص208.

اغتيالا Assassinat، وقد اعتبرها القضاء الفرنسي ظروفًا مادية تسري على جميع من ساهم فيها فاعلا كان أم شريكا في حين اعتبرها القانون الجزائري ظروفًا شخصية⁽¹⁾.

ومن أمثلة الظروف التي تقلب الجنحة إلى جناية تلك التي نصت عليها المادة 353 عقوبات منها: صفة الفاعل إذا كان خادما أو مستخدما بأجر أو عاملا أو تحت التدريب في جرائم السرقة ضد من يستخدمونهم، وصفة القاضي أو الموظف العمومي في جرائم الاختلاس أو التزوير في المواد 119، 120، 214 من ق.ع.ج، وصفة الأصل أو المعلم ومن له سلطة على المجني عليه... في جريمتي هتك العرض والفعل المخل بالحياء في المادة 337، وصفة الفرع في جرائم قتل الأصول أو التسميم التي نصت عليها المواد من 258 إلى 261 منه.

ومن الظروف التي تقلب الجناية إلى جنحة عذر صفة الزوجية في جريمة القتل والضرب والجرح، إذا ارتكبتها أحد الزوجين على زوجه الآخر أو على شريكه أثناء مفاجأته متلبسا بجريمة الزنا في المادة 279 ق.ع.ج.

2- أثر الظروف الشخصية في عقوبة الفاعلين الأصليين:

نصت المادة 44 فقرة 2 من ق.ع.ج: "لا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبات أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو إلى الشريك الذي تتصل به هذه الظروف".

يستفاد من نص المادة أعلاه أنّ المشرع بيّن حسم الأمر في حكم هذه الظروف ورأى أنه من العدل أن يقتصر أثر الظروف الشخصية على أصحابها فقط، بأن يستقل كل شريك بظروفه الخاصة، دون أن تشمل غيره من الشركاء الآخرين، وسواء كانت هذه الظروف متصلة بالفاعل الأصلي أم بالشريك، وهو ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية في عدد من قرارات منها: "إذا توافرت لدى الفاعل ظروف شخصية مشددة للعقوبة فإنها لا تسري على الشريك"⁽²⁾، وهذه الظروف لم يخصص لها المشرع نصوصا قانونية محددة؛ ذلك أنّ المادة السابقة بيّنت مدى تأثير هذه الظروف على عقوبة الشركاء، ولكنها لم تبين طبيعتها والتي يمكن استخلاصها بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون.

(1) د. رضا فرج، م.س، ص 351. عبد الله سليمان، م.س، ص 273.

(2) قرار رقم 36659 صادر بتاريخ 02 - 01 1985، الغرفة الجنائية الأولى، جيلالي بغدادي، م.س، ج 2، ص 224.

والملاحظ أنّ هذه الظروف لم يشترط القانون العلم بها خلافاً للظروف المادية، وذلك أنّ أثرها يقتصر على من توافرت فيه، وبالتالي فلا فائدة في علم الشريك الآخر بها، كما يلاحظ أيضاً أنّ حكم هذه الظروف في القانون الجزائري منطقي؛ لأنه يتماشى مع النظرية التي تبناها المشرع الجزائري في تنظيم مسائل الاشتراك (المساهمة الجنائية) وهي نظرية الاستقلالية في التجريم، والتي يترتب عنها استقلال كل مساهم بظروفه الشخصية، وعدم امتداد أثرها إلى باقي الشركاء في الجريمة كما بينته المادة 44 فقرة 2 عقوبات⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أولاً: بالنسبة للظروف المادية

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري بل وغالبية الشرائع الوضعية في كون أثر هذه الظروف يمتدّ إلى جميع الشركاء، سواء كانوا فاعلين أصليين أم شركاء بالتسبب علموا بها أو لم يعلموا؛ لأنّ هذه الظروف تتصل بالركن المادي للجريمة لا بأشخاصها، لذلك فهم يضارون بها جميعاً إذا كانت مشدّدة، ويستفيدون منها جميعاً إذا كانت مخففة أو معفية من العقاب.

ثانياً: بالنسبة للظروف الشخصية

إنّ مسألة تأثير الظروف الشخصية على مسؤولية وعقاب الشركاء في الجريمة محلّ خلاف بين فقهاء الشريعة أنفسهم، فالحنفية يرون في حالة وجود هذه الظروف لدى أحد المساهمين ينتقل أثرها إلى باقي الشركاء مطلقاً، سواء كانت متصلة بمعنى في شخص الفاعل أم في قصده، فإذا اشترك اثنان في قتل ثالث وكان أحد القتلتين من أصول المقتول أباً كان أو أمّاً، فلا قصاص عليهما؛ لأنّ القصاص عندهم لا يتجزأ ولأنّ صفة الأبوة تمنع القصاص يستفيد منها الأب وكذلك شريكه وتجب عليهما الدية، ومثلها لو اشترك عامد ومخطئ، أو لصفة فيه كبالغ مع صبي أو كمجنون مع عاقل لتمكن شبهة عدم القتل في أفعالهم لاحتمال أن يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلاً في القتل⁽²⁾.

أما بالنسبة للجمهور فالمالكية والشافعية⁽³⁾ قالوا بأنّ الظرف إذا كان متصلاً بالفاعل فلا يتأثر به الشريك، وفي المثال السابق فإنّ وصف الأبوة معنى خاص في الأب يختص به فلا

(1) د. رضا فرج، م.س، ص346.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص235.

(3) ابن فرحون، م.س، ج9، ص100. الشيرازي، المهذب، م.س، ج3، ص174.

ينتقل أثره إلى الشريك وبالتالي يُقتص منه دون الأب، أما إذا كان يعود إلى معنى في الفعل كالعمد والخطأ تأثر به باقي الشركاء، واختلفت الرواية عن الحنابلة فمرة قالوا برأي الحنفية ومرة برأي المالكية والشافعية⁽¹⁾.

أما القانون الجزائري فقد جاءت خطة المشرع فيها واضحة فيما يخص أثر الظروف الشخصية على باقي المساهمين، فقد ذهب إلى إقرار قاعدة عامة مفادها انفراد كل شريك بأحواله الشخصية دون تفريق بين ما إذا كانت مشددة أو مخففة أو حتى معفية من العقاب، وبين ما إذا كانت ترجع إلى صفة في الفاعل أو إلى فعله أو قصده، وسواء كانت متوافرة لدى الفاعل أو الشريك كما سبق بيانه وذلك طبقاً لنص المادة 44 فقرة 3 عقوبات.

وهو حكمٌ يتفق تماماً مع النظرية التي أخذ المشرع الجزائري في تجريمه لفعل الشريك بصفة مستقلة عن فعل الفاعل الأصلي، منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 261 فقرة 2 عقوبات التي تعاقب الأم في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بعقوبة السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة فاعلةً كانت أم شريكة، بينما يُعاقب بالإعدام كل من شاركها في هذه الجريمة⁽²⁾.

وبعد أن أنهيت دراسة الفصل الثاني بفضل الله وعونه، أنقل إلى الفصل الثالث والذي أتناول فيه القسم الثاني من أقسام الاشتراك في الجريمة، وهو الاشتراك بالتنسب أو المساهمة التبعية بالتعبير القانوني، في كل من الفقه الجنائي الإسلامي ثم في القانون الجزائري.

(1) ابن قدامة، م.س، ج11، ص502، 503.

(2) د. رضا فرج، م.س، ص310.

الفصل الثالث

الاشتراك بالتسبب في الجريمة في الفقه

الجنائي الإسلامي والقانون الجزائي

المبحث الأول: مفهوم الاشتراك بالتسبب

المبحث الثاني: صور الاشتراك بالتسبب

المبحث الثالث: عقوبة الاشتراك بالتسبب وأثر الظروف على

مسؤولية الشركاء

المبحث الأول

مفهوم الاشتراك بالتسبب

المطلب الأول: تعريف الاشتراك بالتسبب

المطلب الثاني: أركان الاشتراك بالتسبب

المطلب الثالث: شروط وخصائص الاشتراك بالتسبب

تمهيد:

سبقت الإشارة في الفصل التمهيدي أنّ الاشتراك الجرمي نوعان، اشتراك بالمباشرة وهو الذي يؤدي إلى حصول النتيجة بذاته دون واسطة، وقد تطرقت لأحكام الاشتراك بالمباشرة في الفصل الثاني من هذه الأطروحة، وأتناول في هذا الفصل النوع الثاني وهو الاشتراك بالتسبب ويطلق عليه فقهاء القانون تعبير "الاشتراك" أو "المساهمة التبعية" أو "التدخل".

وتتفق حالة الاشتراك بالتسبب مع حالة الاشتراك المباشر من وجه وتختلف عنه من وجه آخر؛ فهما يتفقان في أنّ الجاني في كليهما له دور في الجريمة يرتبط بها ارتباط السبب بالنتيجة، لكنهما يختلفان من حيث طبيعة السلوك اللازم لكل منهما، فسلوك الفاعل معاقب عليه لذاته؛ لأنه يمسّ مصلحة محمية بنصّ الشرع أو القانون، لذا كان الفاعل معاقبا في كل حال، أما سلوك الشريك بالتسبب لا عقاب عليه في الأصل لولا صلته بالفعل الإجراميّ الذي ارتكبه الشريك المباشر؛ لأنه لا يمسّ مباشرة بالحق أو المصلحة محلّ الحماية، ولولا أنّ المشرّع نصّ صراحة على عقابه لاقتصر العقاب على الفاعل وحده⁽¹⁾.

ويُطلق فقهاء القوانين الوضعية على الشريك المتسبب تعبير: "المساهم التبعية" أو مصطلح "الشريك"، وهذا الأخير هو الذي استعمله قانون العقوبات الجزائري في المادة 42، والمصري في المادة 40، والليبي في المادة 100، والقانون العراقي في المادة 48، وقانون الجزاء الكويتي في المادة 48، واختار البعض الآخر إطلاق تعبير: "المتدخل" كما في القانون اللبناني والسوري والأردني⁽²⁾ واختار قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية التعبير المستعمل في الفقه الجنائي الإسلامي وهو "الشريك بالتسبب" في المادة 45 منه.

وعليه سأقسّم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحثٍ أخصّص الأول منها لبحث مفهوم الاشتراك بالتسبب، والثاني لصور الاشتراك بالتسبب وأحكامه، في حين يكون المبحث الثالث لعقوبة الاشتراك بالتسبب وأثر الظروف على مسؤولية وعقوبة الشركاء، مع المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي القانون الجزائري في المواضع التي تكون فيها المقارنة ممكنة.

(1) د. عوض محمد، م.س، ص365.

(2) د. حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص251.

كما يتطلب العمل المنهجي في البحث الترتيب والتدرج في عرض المعلومات والأفكار، لذا كان لزاما قبل استظهار أحكام الاشتراك بالتسبب في الجريمة وتفصيلاته المختلفة، التطرق أولا لتعريف الاشتراك بالتسبب باعتباره التعبير الذي أطلقه فقهاء الشريعة على الاشتراك غير المباشر، وذلك في اللغة ثم في الفقه الجنائي الإسلامي وما يقابله في القانون الوضعي؛ لأنه يمثل الكلمة المفتاحية المحورية في هذا الفصل، والتي سوف يتكرر ذكرها بشكل ملحوظ في ثنايا البحث.

وقد قسّمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب تناولت في المطلب الأول منها تعريف الاشتراك بالتسبب لغة ثم تعريفه عند فقهاء الشريعة الإسلامية وما يقابله في القانون الوضعي والجزائري، ثم عقدت موازنة بينهما، وذلك في أربعة فروع، وجعلت المطلب الثاني لأركان الاشتراك بالتسبب في ثلاثة فروع، وأما المطلب الثالث فتناولت فيه شروط وخصائص الاشتراك بالتسبب في فرعين اثنين.

المطلب الأول: تعريف الاشتراك بالتسبب

سبق تعريف الاشتراك في الفصل التمهيدي، لذا سأكتفي هنا بتعريف التسبب، وأقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع؛ أتناول في الأول منها تعريف التسبب لغة وفقها، وفي الفرع الثاني تعريف الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي كمركب لفظي يجمعهما، أما الفرع الثالث فأخصّصه لتعريف المساهمة التبعية في القانون الوضعي، والفرع الرابع للمقارنة والموازنة بينهما.

الفرع الأول: التسبب لغة وقتما

أولاً: التسبب لغة

التسبب مأخوذ من السبب، والسبب لغة يطلق على معانٍ عدة منها:

أ- الحبل⁽¹⁾، جاء في لسان العرب: "السبب: الحبل الذي يتوصل به إلى الماء، ثم أستعير لكل ما يتوصل به إلى شيء، فقيل: هذا سبب، وهذا مسبب عنه"⁽²⁾.

يقال: جعلت فلانا لي سبباً إلى فلانٍ في حاجتي، أي وُصِّلَ وذريعة⁽³⁾، وفي الآية الكريمة: ﴿فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ﴾⁽⁴⁾، والمعنى: فليمتد غيظاً؛ أي فليمدد حبلاً في سقفه "ثم ليقطع" أي ليمدّ الجبل حتى ينقطع فيموت مختنقاً⁽⁵⁾، وفي الحديث: "وإذا سبب واصل من الأرض إلى السماء"⁽⁶⁾، وجمع سببٍ أسبابٌ. ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَنَقَطَعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ﴾⁽⁷⁾؛ أي الوصل والمواد كما حكاها ابن عباس رضي الله عنه⁽⁸⁾.

ب- الطريق، ومنه قوله تعالى: ﴿فَاتَّبَعَ سَبَبًا﴾⁽⁹⁾، قال الزجاج في بيان معنى سبباً: أي علماً يوصله إلى حيث يريد، ومعنى "فاتبع سبباً" أي سبباً من الأسباب التي أوتى⁽¹⁰⁾.

(1) ابن فارس، م.س، ج3، ص64.

(2) ابن منظور، م.س، فصل السين، ج6، ص139. وينظر الزبيدي، م.س، ج3، ص38.

(3) الرازي، م.س، باب السين، ص119.

(4) الحج، آية 15.

(5) الزبيدي، م.س، ج3، ص39. الفيومي، م.س، ص356. ابن منظور، م.س، ج6، ص139.

(6) البخاري، م.س، كتاب التعبير، باب من لم ير الرؤيا لأول عابر إذا لم يصب، ج8، ص83.

(7) البقرة، آية 166.

(8) الزبيدي، م.س، ج3، ص38. وينظر الفيومي، م.س، ص356. ابن منظور، م.س، ج6، ص139.

(9) الكهف، آية 85.

(10) الزجاج أبو إسحاق، معاني القرآن وإعرابه، تحقيق: عبد الجليل شلبي، عالم الكتب، بيروت، (د.ط)، 1988م، ج3، ص308.

ج- الباب: وأسباب السماء نواحيها، وقيل: أسباب السماء مراقيها⁽¹⁾، قال الله تعالى: ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَهْمَنُ ابْنُ لِي صَرَحًا لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ﴾⁽²⁾، ومن ذلك قول الشاعر:

وَمَنْ هَابَ أَسْبَابَ الْمَنَايَا يَنْتُنُهُ وَلَوْ رَامَ أَسْبَابَ السَّمَاءِ بَسَلَّمَ⁽³⁾

وبما أنّ المباشرة يُقصد بها حدوث الإلتلاف من غير واسطة كما سبق، فإنّ التسبب المؤدي للإلتلاف لا بدّ فيه من الواسطة بين الفاعل للتلّف وبين الشيء المُتلف أو محلّه.

وعليه فإنّ المتأمل في هذه المعاني يجد أنها تدور حول معنى مشترك يجمعها وهو ما يُتوصل به إلى غيره مما هو مقصود، وهذا المعنى هو الأنسب والأقرب لموضوع البحث.

ثانياً: التسبب في الفقه الإسلامي

تعددت تعريفات الفقهاء للتسبب وأذكر منها:

أ- عرفه أبو البقاء الكفوي: "كل شيء وَصَلت به إلى حاجة تريدها"⁽⁴⁾.

ب- وقال القرافي المالكي: "ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة"⁽⁵⁾.

ج- عرّفه صاحب "كشف الأسرار": هو ما كان طريقاً للوصول إلى الحكم المطلوب من غير أن يكون الوصول به، كالطريق يُتوصل به إلى المقصد وإن كان الوصول يحصل بالمشي، وكالحبل أو الآلة يتوصل بها إلى الماء، وإن كان يحصل الوصول بالاستسقاء⁽⁶⁾.

د- عرّفه علي حيدر بقوله: "التسبب إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله متسبب، فعليه إن قطع حبل قنديل معلق هو سبب مفضٍ لسقوطه وانكساره، فالذي قطع الحبل يكون أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً"⁽⁷⁾.

(1) الرّازي، م.س، ص119.

(2) غافر، آية 36.

(3) البيت من قصيدة للشاعر زهير بن أبي سلمى.

(4) الكفوي أبو البقاء الحسيني، الكليات، تحقيق: عدنان الدرويش، مؤسسة الرسالة، (د.ط.)، 1413هـ، ص495.

(5) القرافي، الفروق، م.س، ج4، ص27.

(6) البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الدين الرّازي، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ط، د.ت)، ج4، ص170.

(7) حيدر علي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسني، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، (د.ط.)، 1423هـ، 2003م، ج2، ص508.

والتسبب هو الذي حصل التلفُ بفعله وتخلَّل بين فعله والتلفِ فعلٌ مختار⁽¹⁾.

هـ- السببُ ما يقابل المباشرة، كحفر بئر مع التردية فيه، فمن حفر بئراً وقام آخر فردى فيه إنساناً وهلك، فالحافر متسبب في الهلاك، والمردّي مباشر له، ويقال للحافر صاحب سبب، وللمردّي صاحب علة؛ لأنّ الهلاك وقع بفعل التردية وما يحصل الهلاك عنده لا به يسمى سبباً⁽²⁾.

الفرع الثاني: تعريف الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي

سبق تعريف الاشتراك وعرّفت هنا السبب وبالجمع بينهما يمكن التوصل إلى التعريف الذي يجمع بين جزئي المعرّف - الاشتراك بالتسبب - وأسوق فيما يلي بعضاً منها:

عرّفه الدكتور فياض الكبيسي بقوله: "هو الاشتراك غير المباشر في الجريمة، ويعتبر شريكاً بالتسبب كل من اتفق مع غيره على ارتكاب فعل معاقب عليه، ومن حرّض غيره على القيام بشيء محرّم، أو أعانه وساعده على ذلك الفعل"⁽³⁾.

والملاحظ على هذا التعريف أنه عرّف التسبب بصورة وأشكاله التي يقع به، وهو ما ألمسه أيضاً في تعريف عبد القادر عودة بقوله: "يعتبر شريكاً بالتسبب من اتفق مع غيره على ارتكاب فعل معاقب عليه، ومن حرّض غيره أو أعانه على هذا الفعل"⁽⁴⁾.

وكنت أشرت في الفصل التمهيدي بأنّ الفقه الجنائي الإسلامي يستعمل مصطلح "الاشتراك"، ويميّز بين نوعين من الشركاء؛ شركاء بالمباشرة وفيها يتولى الشريك المباشر تنفيذ الركن المادي للجريمة، وشركاء بالتسبب لا يباشر فيها الشريك تنفيذ الجريمة وإنما يقتصر دوره على إعانة المباشر بالاتفاق معه أو التحريض أو الإعانة مع توافر القصد الجرمي لديه، فإذا استعار شخص بندقية من آخر لغرض الصيد، إلا أنّه استعملها في قتل خصمه بها، فلا يعدّ مالكُ البندقية شريكاً للقاتل بسبب انتفاء القصد الجرمي لديه⁽⁵⁾.

(1) الحموي، م.س، ج1، ص466.

(2) ابن عابدين، م.س، ج10، ص161. ابن قدامة، م.س، ج11، ص503، 508.

(3) الكبيسي، م.س، ص55.

(4) عودة، م.س، ج1، ص365، 366.

(5) الرملي، م.س، ج7، ص241. وينظر د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج6، ص240.

والمتمثل في هذه التعريفات يجد أنها رغم تنوعها واختلاف صياغتها تكاد تتفق في المعنى والدلالة، فالشريك بالتسبب طبقاً لها يعني إحداث أمر يؤدي إلى تلف شيء آخر، إلا أن التلف مباشرة لا يقع منه وإنما بواسطة أخرى وهي فعل فاعل مختار، كما يلاحظ مدى التناسب والتقارب الكبير بين التعريف اللغوي والفقهية؛ فاللغة تخدم الاصطلاح وتكمله.

الفرع الثالث: تعريف المساهمة التبعية في الفقه والقانون الوضعيين

أتناول في هذا الفرع تعريف المساهمة التبعية عند فقهاء القانون الوضعي، باعتبارها اللفظ الذي يقابل "الاشتراك بالتسبب" في الفقه الجنائي الإسلامي، ثم أُبين مدلولها في القانون الجزائري وفي قوانين الدول العربية ليتسنى بعد ذلك معرفة موقع الشريك بينها.

أولاً: المساهمة التبعية لدى فقهاء القانون الوضعي

لم يعرف التشريع الجزائري المساهمة التبعية أسوة بغيره من التشريعات الأخرى، فكان أن اضطلع بتعريفها الفقه، وفيما يلي أسوق بعضاً من هذه التعريفات:

أ- عرّفها نجيب حسني بقوله: "المساهمة الجنائية التبعية هي نشاط يرتبط بالفعل الإجرامي ونتيجته برابطة السببية، دون أن يتضمن تنفيذاً للجريمة، أو قياماً بدور رئيسي في تنفيذها"⁽¹⁾.

ب- وعرّفها محمد زكي أبو عامر بأنها: "تعدد الجناة في مرحلة سابقة على تنفيذ الجريمة، ألا وهي مرحلة التفكير في ارتكاب الجريمة والإعداد لها، فلا تعني القيام بدور رئيسي في تنفيذ الجريمة، وإنما تفيد القيام بدور ثانوي أو تبعية، مثل تحريض الفاعل الأصلي للجريمة أو مساعدته... إلخ، ويُطلق على المساهم التبعية "الشريك"⁽²⁾.

ج- كما عرّف المؤتمر السابع لقانون العقوبات المنعقد بأثينا عام 1957 المساهم التبعية بأنه: "من يقدم للفاعل مساعدة تبعية بقصد ارتكاب الجريمة، وهذه المساعدة قد تكون سابقة للتنفيذ أو معاصرة له، وقد تكون لاحقة متى كان الاتفاق عليها قبل ارتكاب الجريمة، أما المساعدة اللاحقة غير المتفق عليها قبل ارتكاب الجريمة فيعاقب عليها كجريمة مستقلة"⁽³⁾.

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص 247.

(2) د. محمد زكي أبو عامر، د. سليمان عبد المنعم، م.س، ص 463.

(3) د. علاء زكي، م.س، ص 542.

الملاحظ من هذا التعريف أنه حصر المساهمة التبعية في أعمال المساعدة التي يقدّمها الشريك للفاعل الأصلي فقط مع اشتراط توافر القصد الجنائي؛ أي يجب أن يقصد الشريك بفعله إعانة الفاعل على ارتكاب الجريمة، وهذا يعني استبعاد الصور الأخرى كالتحريض والاتفاق من صور المساهمة التبعية، وهو نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري بخصوص هذه الصور في نص المادة 42 المعدلة من ق.ع كما هو آتٍ.

وما يلاحظ في هذا التعريف إدراج المساعدة اللاحقة ضمن أنواع الاشتراك بالمساعدة، لكنه قيده بشرط الاتفاق عليها قبل تنفيذ الجريمة، وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري بخصوص الشريك الحكمي كما سوف يأتي، والذي قيده هو الآخر بشرط أن يكون الشريك عالما بسلوك الجناة، وذلك في المادة 43 عقوبات بقولها: "... مع علمه بسلوكهم الإجرامي"، وذلك يتطلب في الغالب وجود اتفاق سابق بين الشريك والفاعل على ارتكابها.

كما يلاحظ الاتفاق لا يشترط لتحققه مضي مدة معينة بينه وبين تنفيذ الجريمة، فقد يتأخر التنفيذ بعد الاتفاق بوقت طويل أو قصير، كما يمكن أن تقع الجريمة بعد الاتفاق مباشرة، وهذا يعني أن الاتفاق يتحقق إذا سابقا على تنفيذ الجريمة ولو بلحظات قليلة⁽¹⁾.

ثانيا: مدلول المساهمة التبعية في القانون الجزائري (الاشتراك)

استعمل المشرع الجزائري تعبير "الشريك" للاستدلال به على القائم بالمساهمة التبعية؛ أي "الاشتراك" قانونا، وهو ما أشارت إليه المادة 42 ق.ع.ج بقولها: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهّلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك".

ولست أدري المعنى الآخر الذي قصده المشرع في قوله: "أو عاون" المعطوفة على "ساعد"، وأرى أنه مجرد تكرار معنوي لا فائدة منه وكان الأولى حذفه⁽²⁾.

(1) نقض 28 مايو 1945، مجموعة القواعد القانونية، رقم 583، ج6، ص719. د. القهوجي، م.س، ص522.
(2) يرى بعض الفقهاء أنّ هناك فرقا بينهما من الناحية القانونية من حيث درجة المساهمة وأثرها في الجريمة، في أنّ المعاونة أقوى أثرا من المساعدة. ينظر الموقع: www.bac35.com بتاريخ 15 مارس 2013.

يستفاد من التعريف أنّ الشريك هو الذي يقدم مساعدة للفاعل الأصلي بغرض تنفيذ الجريمة، ويتحقق ذلك عندما يكون السلوك الذي يأتيه مرتبطا بالفعل الإجرامي ونتيجته برابطة السببية، دون أن يتضمن هذا السلوك تنفيذا للجريمة أو القيام بدور رئيسي فيها⁽¹⁾.

والمتممّ جيدا في نصّ المادة 42 من حيث الصياغة والمعنى يدرك أنها جاءت مبهمّة وفيها خلطٌ بين الفاعل والشريك، حيث تدلّ بصياغتها هذه على أنّ الفاعل هو الذي يقوم بالأعمال التحضيرية أو المسهلة أو المنفّذة للجريمة، أما الشريك فيقتصر دوره على تقديم المساعدة أو المعاونة على هذه الأعمال فقط، والفرق واضح بين المعنيين، كما أنه لا يعبر عن مقصود المشرع منها.

وتجنّبا للغموض واللّبس يُستحسن إعادة صياغة المادة كما يلي: (يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا فيها، ولكنه ساعد أو عاون بكافة الطرق الفاعل أو الفاعلين بأعمالٍ تحضيرية أو مسهلة أو منفذة لها مع علمه بذلك).

كما يتضح منها أنّ دور الشريك يقتصر على القيام بعمل ثانوي في ارتكاب الجريمة، وأنّ المشرع يقصد من وراءه حصر وسائله في أعمال المساعدة أو المعاونة في ارتكاب الأعمال التحضيرية أو المسهلة أو المنفّذة للجريمة دون سواها، وهي ذات الوسائل التي نصّ عليها المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات المنعقد بأثينا عام 1957 كما سبق.

أما المادة 43 ق.ع.ج فقد نصت: " يأخذ حكم الشريك من اعتاد أن يقدم مسكنا أو ملجأ أو مكانا للاجتماع لوحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضدّ أمن الدولة أو الأمن العام أو ضدّ الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي".

ويبيّن منها أنّ المشرع الجزائري أضاف حكما خاصا ببعض الحالات وألحقها بالشريك، فجعل من يقدم مسكنا أو مأوى أو أيّ مكان آخر للاجتماع لوحد أو أكثر من المجرمين في حكم الشريك.

(1) د. حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص248. منتصر سعيد حمودة، م.س، ص149.

أما المساهمة التبعية في أغلب التشريعات فتضمّ بالإضافة إلى المساعدة الاتفاق والتحريض⁽¹⁾، منها التشريع المصري⁽²⁾، أما التحريض في التشريع الجزائري فقد أصبح من وسائل الاشتراك المباشر بمقتضى المادة 41 من ق.ع.ج كما تقدّم في الفصل الثاني.

ثالثا: مدلول المساهمة التبعية في قوانين الدول العربية

على غرار تعبير "الشريك" الذي أطلقه المشرع الجزائري على القائم بالمساهمة التبعية فعل نظيره المصري في المادة 40 ق.ع.م، بينما يُطلق "الشريك" في قوانين العقوبات السوري واللبناني والأردني⁽³⁾ على الفاعل الأصلي للجريمة؛ أي الشريك المباشر، في حين يجعلون للشريك بالتسبب تعبير "المتدخل"⁽⁴⁾، كما في المادة 80 من قانون العقوبات الأردني، بقولها: "يعدّ متدخلا في جناية أو جنحة..."⁽⁵⁾.

وقد اختار المشرع الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة إطلاق لفظ "الشريك بالتسبب" على المساهم التبعي وذلك في نص المادة 45 منه⁽⁶⁾، وهي ذات التسمية المستعملة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من قبل.

وكان الأولى بالقوانين العربية الأخرى اتباع طريقة المشرع الإماراتي لأجل توحيد استعمال المصطلحات القانونية وإطلاقها على مسمياتها بشكل موحد يزيل الغموض واللبس في دلالتها على المعنى المقصود، وأرى أنّ تعبير "الاشتراك بالتسبب" هو الأنسب؛ لأنه يتضمن كافة حالات الاشتراك التي تدلّ على القيام بدور ثانوي في الجريمة⁽⁷⁾.

(1) هناك تشريعات تعاقب المحرّض في بعض الحالات بصفته فاعلا أصليا لا شريكا كما في التشريع الانجليزي. ينظر د. كامل السعيد، م.س، ص399، 400.

(2) حدّدت المادة 40 ق.ع.مصري وسائل الاشتراك بأنها: التحريض والاتفاق والمساعدة بقولها: "يعدّ شريكا في الجريمة: أولا: كلّ من حرّض على ارتكاب الفعل المكوّن للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض.

ثانيا: كل من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوَقعت الجريمة بناء على هذا الاتفاق.

ثالثا: كل من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحا أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأيّ طريقة أخرى على الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها". ينظر محمد أبو الروس، م.س، ص313، 314.

(3) المادة 212 وما بعدها من قانون العقوبات السوري. والمادة 213 عقوبات لبناني. والمادة 71 عقوبات أردني.

(4) د. عيود السراج، م.س، ص271.

(5) د. كامل السعيد، م.س، ص347.

(6) د. حسن محمد ربيع، م.س، ص394.

(7) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص5.

ويلاحظ في جميع أحوال الاشتراك أنه يلزم على الأقل وجود فاعل؛ لأنّ الأفعال المكوّنة للجريمة في صورتها التامة أو في صورة الشروع لا تقع إلا بفعله، ومن ثمّ لا يكون كلّ المساهمين من الشركاء.

فإذا كان فاعل الجريمة قانوناً لا يحتاج إلى وجود شريك، فإنه من غير المتصور وجود الشريك إلا بمعية فاعل واحد أو أكثر، فالشريك يتوقف وجوده على وجود الفاعل ولا يتوقف وجود الفاعل على وجود الشريك، لذلك يسمى الشريك بالمساهم التبعية بناء على الصفة التبعية في الاشتراك⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أولاً: أوجه الاتفاق

يتضح مما سبق أنّ تعريف الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي يقابله تعبير المساهمة التبعية لدى فقهاء القانون من حيث المعنى لا فرق بينهما، ويشكل النوع الثاني لاشتراك الجناة في الجريمة من خلال مساندتهم الشريك المباشر لتنفيذها، وبذلك يتمّ الركن المادي للجريمة وتتحقق النتيجة المرجوة منها، بحيث يقوم المساهمون فيها بدور ثانوي أو تبعية ويسمّون على هذا الأساس بالشركاء في الجريمة، مع اشتراط توافر القصد الجنائي؛ لأنه في حالة انعدام القصد ينتفي تبعاً له الاشتراك الجرمي⁽²⁾.

والنشاط الذي يأتيه الشريك لا يزيد عن كونه عملاً تحضيرياً غير معاقب عليه في كليهما؛ لأنه عمل مشروع في الأصل، إلا أنه اكتسب الصفة غير المشروعة بسبب صلته بالفعل الإجرامي للفاعل ولما كانت الأعمال التحضيرية سابقة على التنفيذ، فإنّ عمل الشريك التبعية يأتي في مرحلة تسبق عادة التنفيذ المادي للجريمة وقد يعاصره في بعض الأحيان⁽³⁾.

ثانياً: أوجه الاختلاف

عند التأمل في تعريف الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي وما يقابله في القانون الجزائري لا سيما المادة 42 ق.ع.ج، يمكن ملاحظة نقاط الاختلاف بينهما وهي:

(1) د. عماد محمود عبيد، م.س، ص120.

(2) عودة، م.س، ج1، ص370. د. محمد زكي أبو عامر، م.س، ص463.

(3) عبد الله سليمان، م.س، ص212.

الفصل الثالث: الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أ- من حيث التسمية إذ يظهر الاختلاف بينهما في الاسم الذي أُطلق على هذا المساهم، فهو شريك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي، وشريك في القانون الجزائري ومثله القانون المصري، ويقابله تعبير "متدخل" في القانون السوري والأردني واللبناني كما مرّ.

ب- يختلفان في صورته التي يظهر بها فالقانون الجزائري في المادة 42 ق.ع حصرها في أعمال المساعدة فقط، بينما اتجه الفقه الجنائي الإسلامي إلى توسيع نطاق صور الاشتراك بالتسبب وجعلها في الاتفاق والتحريض والمساعدة المقدمة لفاعل الجريمة، وهو الاتجاه الذي سارت عليه غالبية القوانين الأخرى كالقانون المصري المادة 40 ق.ع م⁽¹⁾ والقانون اللبناني في المادة 219، مع إضافة هذا الأخير لوسيلة رابعة تتمثل في تقديم أو إعطاء إرشادات لاقتراف الجنحة أو الجناية في الفقرة الأولى من نفس المادة⁽²⁾.

(1) د. عماد محمود عبيد، م.س، ص 124.

(2) د. القهوجي، م.س، ص 516.

المطلب الثاني: أركان الاشتراك بالتسبب

حتى يُسأل الشريك بالتسبب يجب توافر أركان الاشتراك وهي ثلاثة أركان، تتمثل في الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي، ومن خلالها ساقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أتناول في الفرع الأول الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب، أما الفرع الثاني فأخصّصه للركن المادي، في حين أجعل الفرع الثالث للركن المعنوي.

الفرع الأول: الركن الشرعي

يعني وقوع فعل جرمي معاقب عليه شرعا أو قانونا، وتكمن الأهمية القانونية للفعل الجرمي في كونه المصدر الذي يستمدّ منه نشاط الشريك التبعي صفته غير المشروعة، وعليه كان وجود الشريك يقتضي بالضرورة وجود فاعلٍ إلى جانبه، وتكمن علة التجريم في خضوع الفعل الذي ينصرف إليه قصد الشريك إلى نص يجرّمه⁽¹⁾.

وعليه فالركن الشرعي في جريمة الاشتراك يتوقف على وجود فعل أصلي معاقب عليه يرتبط به نشاط الشريك وجودا وعدما؛ لأنّ أعمال الشريك في الأصل أعمال تحضيرية لا عقاب عليها، وإنما تتجذب لدائرة التجريم كحلقة من حلقات الاشتراك بالتسبب، ويعني ذلك أنّ أفعال الشريك لا يعاقب عليها إلا عند ارتكاب الجريمة أو الشروع فيها، فلا يشترط تمام الجريمة لمعاقبة الشريك وإنما يكفي مجرد الشروع في ارتكابها من قبل الفاعل المباشر متى كان يعاقب على الشروع فيها، طبقا للمادة 30، 31 من ق.ع.ج.

بمفهوم المخالفة لا يقوم اشتراك عند قيام الفاعل الأصلي في الشروع في جنح لا يعاقب على الشروع فيها؛ إذ الشرط في هذه الحال وقوع الجريمة تامة⁽²⁾، أما ما يتعلّق بالمخالفات فإنّ القانون الجزائري لا يعاقب على الاشتراك فيها ومن باب أولى لا يعاقب على مجرد الشروع فيها، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 44 فقرة 4 ق.ع.ج بقولها: "ولا يعاقب على الاشتراك في المخالفة على الإطلاق".

وعليه فالصفة غير المشروعة لنشاط الشريك مرهون بالنشاط غير المشروع الذي يأتيه الفاعل الأصلي، والذي يشكّل مصدر الركن الشرعي للاشتراك غير المباشر في الجريمة،

(1) د. كامل السعيد، م.س، ص349.

(2) عبد الله سليمان، م.س، ص213.

الفصل الثالث: الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

فإذا كان فعل الفاعل غير مجرم فمن كان له شريكا لا عقاب عليه أيضا؛ إذ تبعية الاشتراك تقف عند وقوع الفعل الأصلي غير المشروع، ولا يكون هذا الأخير غير مشروع إلا إذا كان معاقبا عليه بنص تجريمي، طبقا لمبدأ الشرعية: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الركن المادي

ويتمثل في الأفعال التي اعتبرها المشرع مساهمة تبعية وعاقب عليها لهذا الغرض، وقد حدّد قانون العقوبات الجزائري هذه الأفعال وجعلها في نوعين:

- **اشتراك حقيقي:** ويتمّ بالمساعدة أو المعاونة بكلّ الطرق على الأعمال المُسهّلة أو المنفذة للجريمة طبقا لنص المادة 42 من ق.ع.ج.

- **اشتراك حكمي:** كتقديم مسكن أو مكان لاجتماع الأشرار ممّن يمارسون اللصوصية ضدّ أمن الدولة أو الأفراد مع علمه بذلك، كما في المادة 43 منه، وسأتي على ذكرهما بشيء من التفصيل عند الحديث عن صور الاشتراك بالتسبب في المبحث الثالث من هذا الفصل.

ويتكون الركن المادي للمساهمة التبعية وفقا للمادة 42 ق.ع.ج، من ثلاثة عناصر أساسية تتمثل في: النشاط الذي يأتيه الشريك، والنتيجة الإجرامية التي تعقبه، وعلاقة السببية التي تربط بينهما، وفيما يلي بيان هذه العناصر مع أمثلة لها من القانون الجزائري.

أولا: النشاط الإجرامي للشريك

يشترط لمتابعة الشخص بصفته مساهما تبعيا في الجريمة أن يصدر عنه نشاط أو فعل معين له دور في وقوعها، بحيث يترتب عن تخلف هذا الدور من جانبه امتناع اعتباره شريكا ولو كان عالما بالجريمة؛ ذلك أنّ العلم وهو عنصر في الركن المعنوي لا يغني عن السلوك الإجرامي باعتباره جوهر الركن المادي للجريمة⁽²⁾.

ونتيجةً لذلك فمن يرى لصا يسرق منزلا ولم يحرك ساكنا لا يعدّ شريكا في السرقة، ولو كان قادرا على منعه فلم يفعل، بل الأكثر من ذلك فإنّ الامتناع لا يصلح سببا للاشتراك ولو

(1) تناولت مبدأ الشرعية عند الحديث عن الركن الشرعي للجريمة في الفصل التمهيدي تُنظر ص 19 وما يليها.

(2) د. منصور رحمانى، م.س، ص 184.

الفصل الثالث: الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

كان الممتنع ملزماً قانوناً بالعمل الذي امتنع عنه⁽¹⁾، وإنما يعاقبه القانون على أساس ارتكاب جريمة لها تكييف آخر كما في المادة 182 ق.ع.ج وليس على أساس الاشتراك⁽²⁾.

يفهم من ذلك أنه لا بدّ أن يكون سلوك الشريك في الجريمة سلوكاً إيجابياً، ويجب أن ينحصر في حدود الأعمال التحضيرية التي تسبق مرحلة التنفيذ، أو تعاصرها شريطة إن تتم في غير مكان ارتكاب الجريمة ولو اتحد الزمن، والتي تختلف من جريمة لأخرى حسب نوع الجريمة وما تتطلبه من وسائلٍ للتحضير⁽³⁾.

ولمّا كان سلوك الشريك يختلف عن نشاط الفاعل، فإنّ تحديد هذا السلوك لا اعتبار صاحبه شريكاً في الجريمة يكون أمراً لازماً، وبالرجوع إلى القانون الجزائري يلاحظ أنّ المشرّع لم يترك هذا الأمر لاجتهاد القاضي، بل تصدّى له بنفسه ونصّ صراحة في المادتين 42 و43 من ق.ع.ج، على نوع السلوك الذي يعتبر به الشخص شريكاً ويتمثل في كل أعمال المساعدة أو المعاونة أو إيواء الأشرار والتي تُقدّم للفاعل أو الفاعلين لتسهيل الجريمة، وهو ما يفرض على القاضي عند الحكم بالإدانة أن يبيّن نوع النشاط الذي أتاه الشريك التبعي؛ أي يجب أن يكون ضمن إحدى الصور المنصوص عليها مما سيأتي ذكرها، وبالتالي إذا لم ينطبق نشاط المتهم على واحدة منها تعين تبرئته من تهمة الاشتراك⁽⁴⁾.

من ذلك ما أشارت إليه المحكمة العليا الجزائرية في عديدٍ من قراراتها التي جاء فيها: "ولما كانت الأسئلة والأجوبة هي بمثابة التسبب في أحكام محاكم الجنايات، فإنّ الحكم المبني على سؤال يكتفي بمساءلة أعضاء المحكمة مما إذا كان المتهم مذنباً بمشاركته في قتل فلان دون بيان عناصر الاشتراك يكون غير مرتكز على أساس قانوني ويتبين نقضه"⁽⁵⁾ وفي قرار آخر مشابه: "لا يصلح للإدانة السؤال الذي لا يبيّن عناصر الاشتراك والطريقة التي تمّت بها المساهمة في ارتكاب الجريمة"⁽⁶⁾.

(1) أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص80.

(2) عبد الله سليمان، م.س، ص219.

(3) د. منصور رحمان، م.س، ص184. عبد الله سليمان، م.س، ص315.

(4) أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص83.

(5) قرار رقم 56435 الصادر بتاريخ 12-04-1988، المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 2، ص170.

(6) قرار رقم 36659، الصادر بتاريخ 03-01-1985، المحكمة العليا، الغرفة 1، جيلالي بغدادي، م.س، ص222.

ثانياً: وقوع فعلٍ معاقب عليه

يقتضي الاشتراك بطبيعته وقوع فعل مجرمٍ معاقب عليه من الفاعل الأصلي، وهذه نتيجة منطقية؛ لأنّ الاشتراك غير مجرمٍ في الأصل وإنما لما يؤدّي إليه، فلا يشترط في فعل الفاعل أن جسيماً حتى يعاقب الشريك؛ إذ يستوي أن يكون فعله جنائية أو جنحة، دون المخالفة التي لا عقاب على الاشتراك فيها وذلك بصريح المادة 44 فقرة أخيرة من ق.ع.ج.

كما لا يشترط في الفعل الذي يحقق الاشتراك أن يكون جريمة تامة، بل مجرد الشروع في الجنائية أو بعض الجناح المعاقب على الشروع فيها بنص في القانون، يعدّ كافياً للعقاب عليه؛ لأنّ الشروع في حدّ ذاته جريمة وهو ما يتضح من نص المادة 30 من ق.ع.ج بقولها: "كل محاولات لارتكاب جنائية تبتدئ بالشروع في التنفيذ..."، وكذا المادة 31 منه.

وعليه فلا حديث عن الاشتراك الوارد في المادة 42 عقوبات إذا كان الفعل غير معاقب عليه أو كان مما أذن أو أمر به القانون المادة 39 فقرة 1، 2 عقوبات، كمن يساعد آخر وهو في حالة دفاع شرعي، ومن يساعد طبيياً على إجراء عملية جراحية لمريض؛ لأنّ فعل المدافع والطبيب ممّا أباحه القانون وبالتالي فلا عقاب على الاشتراك فيه من باب أولى.

ثالثاً: علاقة السببية بين نشاط الشريك والفعل المعاقب عليه

يشترط في فعل الشريك حتى يكون مساهمة تبعية أن تنشأ بينه وبين النتيجة رابطة سببية، ومؤداها أنه إذا انتفت الرابطة بين نشاط الشخص والنتيجة فلا اشتراك، كمن يعير سلاحاً لآخر لأجل قتل ثالث به، إلا أنّ الفاعل قتله بيده خنقا ولم يستعمل ذلك السلاح⁽¹⁾.

وتقتضي علاقة السببية أن يسبق نشاط الشريك نشاط الفاعل الأصلي ويتقدمه من حيث عامل الزمن ولو لفترة قصيرة أو يعاصره؛ لأنه عمل تحضيري والعمل التحضيري عادة يسبق الشروع في الجريمة، وتطبيقاً لذلك فإنّ عمل الجاني إذا كان لاحقاً أو متأخراً عن نشاط الفاعل الأصلي لم يكن سبباً له، ولا يعدّ اشتراكاً من باب أولى، وإنما هو عمل مستقل يشكل جريمة قائمة بذاتها لها تكييف آخر غير التكييف الذي تتخذة الجريمة الأصلية⁽²⁾.

(1) د. عوض محمد، م.س، ص 377 وما بعدها.

(2) جيلالي بغدادي، م.س، ص 221.

الفصل الثالث: الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

من ذلك ما نصت عليه المادة 180 ف1 ق.ع.ج المتعلقة بإخفاء المجرمين والمادة 387 ف1 منه، الخاصة بإخفاء المسروقات أو أشياء مختلسة أو متحصلة من جناية أو جنحة، إذ يتابع الجاني بجنحة الإخفاء حسب هذه المادة، وليس بعقوبة الجناية أو الجنحة التي تم ارتكابها من قبل أشخاص غير الذين قاموا بإخفاء ما هو متحصل من هذه الجرائم.

الفرع الثالث: الركن المعنوي

إضافة للركنين السابقين الشرعي والمادي يتطلب الوجود القانوني للاشتراك ضرورة توافر الركن المعنوي، المتمثل في الرابطة النفسية أو المعنوية التي تجمع بين قصد الشريك والفعل الأصلي لمباشر الجريمة، أي القصد للمساهمة كشريك في الجريمة التي يرتكبها الفاعل الأصلي، فلا يكفي لاعتبار الشخص شريكا في جريمة أن يصدر عنه فعل من أفعال الاشتراك المنصوص عليها، وإنما يشترط كذلك أن يكون عالما بماهية فعله وما ينشأ عنه وأن تتجه إرادته إلى ارتكاب الفعل وتحقيق نتيجته الإجرامية معا⁽¹⁾.

فإذا انتفى القصد لدى الشريك فلا يُسأل عن الجريمة التي وقعت من الفاعل، ولو كانت أفعاله قد ساهمت من الناحية المادية في وقوعها⁽²⁾، فإذا أهمل شخص إخفاء سلاحه مثلا، واستغل ذلك الفاعل وارتكب به جريمته فلا يعدّ الشخص شريكا في القتل، ومثله أيضا الخادم الذي يهمل إغلاق باب منزل مخدومه نسيانا ولصّ استغلّ ذلك وسرق محتوياته، فلا يكون شريكا إلا إذا توافر القصد الجنائي القائم على العلم والإرادة معا⁽³⁾.

أولا: العلم:

يشترط علمُ الشريك بفعله ودوره في الجريمة وأنّ تدخله تشكل حلقة من حلقاتها، ولولاها ما وقعت الجريمة أصلا، فإذا كان جاهلا أو وقع في غلط فلا يكون شريكا، وجريمة الاشتراك عمدية لا يتصور وقوعها بغير قصد، ومثاله من اعتاد على تقديم مسكنٍ لجماعة أشخاص كماؤى لهم وتبين أنها عصابة أشرار تمارس اللصوصية، فلا يُسأل عن الاشتراك إلا إذا كان يعلم بنواياها، المادة 43 ق.ع.ج⁽⁴⁾.

(1) د. عوض محمد، م.س، ص284، وما بعدها.

(2) د. القهوجي، م.س، ص543.

(3) د. إبراهيم الشباسي، م.س، ص158.

(4) د. منصور رحمان، م.س، ص187.

ثانيا: الإرادة:

لا يكفي العلم لقيام جريمة الاشتراك، بل لا بدّ أن يضاف إليه اتجاه إرادة الشريك إلى فعل الاشتراك وإلى الواقعة الإجرامية، فإذا لم تتجه إرادته إلى وقوعها لا يعتبر شريكا، وبالتالي لا يعدّ صانع المفاتيح المقدّمة شريكا مع الذي اشتراها منه واستعملها في السرقة، ولو كان على علم بأنه لصّ؛ لأنّ البائع يهّمه الثمن ولا تهّمه السرقة⁽¹⁾.

ويعني ذلك أنّ الشريك إذا أراد وقوع الجريمة بأن كانت غاية له ومقصداً، يُسأل عنها ويسأل حتى عن النتائج التي لم يتوقعها ما دامت محتملة لقصده، فمن اشترك في جريمة ضرب يُسأل عن النتائج المترتبة عنه من عاهة دائمة أو حتى الموت ولو لم يقصده⁽²⁾.

ومن حيث النتائج فالشريك الذي توافر لديه القصد الجنائي كاملاً فإنه يسأل حتى على النتائج المحتملة ولو لم تكن متوقعة لديه، فمن اشترك مع غيره في جريمة الضرب يتحمّل مسؤولية جميع النتائج المترتبة عنه من عاهة دائمة وغيرها، أما إذا انتفى لديه أحدُ عنصرَي الركن المعنوي أو كلاهما انتفى القصد الجنائي وبالتالي تنتفي معه جريمة الاشتراك⁽³⁾.

وعليه فالقصد الجنائي لا تكتمل صورته إلا باجتماع عنصره مع العلم والإرادة، والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد استعمل تعبير العلم فقط في جميع النصوص المتعلقة بالاشتراك، كما هو الحال في الموادّ 42، 43، 44 فقرة:1، 3...، دون إشارة منه إلى عنصر الإرادة، والسبب في ذلك يعود إلى أنّ قانون العقوبات الفرنسي الذي يعتبر المرجع بالنسبة للقانون الجزائري في هذا الأمر، الصادر عام 1810 م قد أغفل كلمة الإرادة، وقدّر وقتئذ أنّ علم الجاني بالجريمة محل الاشتراك فيها بالمساعدة وغيرها، يفترض بالضرورة توافر إرادة الاشتراك فيها لديه من باب تحصيل الحاصل.

ولا شك أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بهذا الاتجاه حين اكتفى باشتراط العلم فقط في القصد الجنائي، خلافاً للقانون الفرنسي لعام 1791م الذي كان ينصّ صراحة على وجوب توافر عنصرَي العلم والإرادة معاً⁽⁴⁾.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص225.

(2) د. منصور رحمان، م.س، ص187.

(3) عبد الله سليمان، م.س، ص224.

(4) د. رضا فرج، م.س، ص341.

المطلب الثالث: شروط الاشتراك بالتسبب وخصائصه

أقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين، أخصص الأول منهما لشروط الاشتراك بالتسبب، بينما أتناول في الفرع الثاني خصائصه.

الفرع الأول: شروط الاشتراك بالتسبب

من التعريفات السابقة للاشتراك بالتسبب في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي يمكن استنتاج شروطه وهي ثلاثة شروط⁽¹⁾ تتمثل في:
أولاً: وجود فعل معاقب عليه

وهو الجريمة، ويُشترط لوجود الاشتراك أن يكون الفعل معاقباً عليه، بأن يشكل جريمة وأن يقع هذا الفعل، فإذا كان الفعل محلّ الاشتراك غير معاقب عليه فليس هناك جريمة وبالتالي انتفاء الاشتراك، وتخرج بذلك الأفعال المنهي عنها في الشرع غير المعاقب عليها كالغيبية والنميمة والجلوس في الطرقات... إلخ⁽²⁾، وبالمقابل لا يشترط في الفعل أن يقع تاماً لمعاقبة المتسبب، بل يكفي الشروع فيه طبقاً لمعيار الشروع المعاقب عليه، كما لا يشترط لمعاقبته معاقبة الفاعل، فقد يكون الفاعل المباشر حسن النية فلا يشملُه العقاب، في حين يعاقب المتسبب المكلف إذا كان سيئ النية، بل قد يُعفى الفاعل لصغر سنّه أو جنونه بينما يُعاقب المتسبب كما مرّ في بحث الفاعل المعنوي.

ثانياً: حصول الاشتراك بإحدى وسائله

وهي الاتفاق أو التحريض أو المساعدة هذا في الفقه الجنائي الإسلامي وغالبية القوانين الوضعية الأخرى⁽³⁾، وبالمساعدة فقط في القانون الجزائري وما هو في حكمها حسب نصّ المادتين 42 ق.ع المعدلة والمادة 43 منه، وهذه الوسائل تندرج ضمن أحد أركان الاشتراك بالتسبب وهو الركن المادي، والتي سوف يأتي الحديث عنها في حينها.

(1) عودة، م.س، ج1، ص366، وما بعدها.

(2) د. الكبيسي، م.س، ص35.

(3) عودة، م.س، ج1، ص365، 366. وينظر محمد أبو الروس، م.س، ص313، 314. د. علاء زكي، م.س، ص46. تنظر المادة 40 من قانون العقوبات المصري.

ثالثا: توافر القصد إلى الاشتراك لدى المتسبب

يُقصد بهذا الشرط توافر القصد لدى الشريك (القصد الخاص)، بحيث لا يكفي أن يعلم الشريك حال قيامه بنشاطه المادي أنه يساهم في وقوع الجريمة، بل لا بدّ أن يتجسّد كأمر واقعي، بمعنى أن تكون الجريمة مطلبا له وغاية كالفاعل، وأن ينصب قصد الاشتراك على عمل معين كالقتل أو السرقة، ويسمى بالقصد الجنائي في الجرائم العمدية⁽¹⁾، وهو شرط لمسؤولية المتهم عنها فاعلا كان أم شريكا، فاذا انتفى القصد الجنائي لدى الشريك أصبح غير مسؤول لانتفاء الاشتراك، ولو ساهمت أفعاله من الناحية المادية في وقوعها⁽²⁾.

وإذا لم يقصد الشريك جريمة بعينها كان شريكا في كل جريمة ما دامت تدخل في قصده الاحتمالي، أما إذا قصد جريمة بعينها فارتكب الفاعل جريمة أخرى مغايرة لقصده فلا يكون شريكا، كمن يُعير لآخر سلاحا لغرض الصيد فيقتل به إنسانا، ففعل المُعير لا يعدّ إعانة على القتل لانتفاء أركان الاشتراك لديه وخاصة الركن المعنوي⁽³⁾، لكن يمكن معاقبته تعزيرا؛ لأنه مسؤول عن تحريضه، باعتباره معصية، وهذا الشرط محلّ اتفاق بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري كما في المادة 46 ق.ع.ج.

ويجب ملاحظة فرق دقيق بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري بخصوص عقوبة المحرّض هنا؛ فرغم اتفاقهما على معاقبة المحرّض إلا أنّ العقوبة في الفقه الجنائي الإسلامي هي التعزير باعتبار أنّ فعله معصية، أما القانون الجزائري فيجعل له ذات العقوبة المقررة للفاعل الأصلي سواء وقعت الجريمة محلّ التحريض أو لم تقع لسبب ما.

الفرع الثاني: خصائص الاشتراك بالتسبب

يُتّصف الاشتراك بالتسبب بعدة خصائص تميّزه عن الاشتراك المباشر منها:

أولا: يتوقف الاشتراك بالتسبب على وجود اشتراك مباشر ساهم فيه شخص أو عدة أشخاص بصفتهم فاعلين أصليين، ويرتبط وجود هذا الأخير بارتكاب فعل غير مشروع في نظر الشرع أو القانون، وهذا الوصف هو الذي يصبغ على نشاط الشريك الصفة غير المشروعة لفعله.

(1) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عيد القادر الشاوي، م.س، ص221.

(2) د. حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، م.س، ص464.

(3) عودة، م.س، ج1، ص370، 371. د. منصور رحمان، م.س، ص180.

وتكمن أهمية هذا الفعل في كونه المصدر الذي يستمدّ منه نشاط الشريك صفته غير المشروعة لا من صفة الفاعل؛ لأنه في الأصل شريكاً في الجريمة لا شريكاً مع فاعلها⁽¹⁾.

وهذه الخاصية تُستفاد من مبدأ الاستقلالية الذي تبناه المشرع الجزائري في تجريم فعل الشريك مستقلاً عن فعل الفاعل، ومن نتائجه عدم اشتراط قيام مسؤولية الفاعل الأصلي لقيام مسؤولية الشريك، بل يعاقب هذا الأخير لارتكابه أفعالاً جرّماً القانون استقلالاً.

ومن تطبيقاته المادة 273 ق.ع.ج التي تعاقب الذي يشارك غيره عمداً في الأفعال التي تساعده على الانتحار إذا نُفِّذ الفعل، رغم أنّ الانتحار غير مجرم قانوناً⁽²⁾، والمادة 46 والتي تعاقب المحرّض استقلالاً ولو لم يقم المباشر بالجريمة محلّ التحريض.

ثانياً: الشريك بالتسبب يقوم بدور ثانوي وتبعي في الجريمة إذا قورن بدور الفاعل الأصلي فيها، ومن ثمّ كان معيار التفرقة بينهما في خروج نشاط الشريك بالتسبب من دائرة الأفعال المكونة للركن المادي للجريمة، وهو غير مُعاقب عليه في الأصل وإنما استمدّ صفته الإجرامية نتيجة اتصاله بالفعل الإجرامي للشريك المباشر⁽³⁾.

(1) د. حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص248.

(2) د. رضا فرج، م.س، ص310.

(3) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص249.

المبحث الثاني

صوم الاشتراك بالتسبب

المطلب الأول: الاشتراك بالتحريض في الفقه الجنائي الإسلامي

المطلب الثاني: الاشتراك بالمساعدة في الفقه الجنائي الإسلامي

والقانون الجزائري

المطلب الثالث: الاشتراك بالاتفاق في الفقه الجنائي الإسلامي

والقانون الجزائري

تمهيد:

تختلف صور الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي عن تلك الواردة في قانون العقوبات الجزائري؛ فهي في الفقه الجنائي الإسلامي وغالبية القوانين الوضعية تتمثل في ثلاث صور: التحريض على الجريمة، والاتفاق عليها والمساعدة على ارتكابها، بينما اتخذ المشرع الجزائري موقفا مغايرا ومختلفا، حيث اتجه إلى التضييق من دائرة هذه الصور وحصّرها في صورة واحدة فقط، تتمثل في أعمال المساعدة أو الإعانة التي يقدمها الشريك إلى الفاعل أو الفاعلين في سبيل ارتكاب الجريمة، ونصّت عليها المادة 42 ق.ع.ج وألحق بها ما اعتبره في حكمها في نص المادة 43 منه، بينما ألحق التحريض بالاشتراك المباشر وفقا للتعديل الجديد⁽¹⁾.

وعليه سأقسّم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أخصص المطلب الأول للحديث عن التحريض على الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي فقط؛ لأنّ المشرع الجزائري جعله من ضمن صور الاشتراك المباشر حسب التعديل الذي أدخله على قانون العقوبات بمقتضى الأمر رقم: 04-82 المؤرخ في 13 فيفري 1982 وذلك في نصّ المادة 41 المعدلة، كما تقدّم في الفصل الثاني، والمطلب الثاني أجعله للاشتراك بالمساعدة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري، وأما في المطلب الثالث فسوف أتناول الاشتراك بالاتفاق على الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري.

(1) الأمر رقم 04-82 المؤرخ في 13 فيفري 1982.

المطلب الأول: الاشتراك بالتحريض على الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي

يعتبر التحريض على الجريمة من المواضيع الهامة في نظم العقوبات والتي تحتاج أن يُفرد لها بحثٌ مستقل، وتتبع هذه الأهمية بالنظر إلى موقع التحريض بالنسبة للجريمة، أي خطورة المحرّض على المجتمع والتي قد تفوق في بعض الأحيان خطورة الفاعل الأصلي⁽¹⁾، والسؤال الذي يُطرح: - هل يُعدّ التحريض جزءاً من جريمة الاشتراك، أم أنه يشكل جريمة قائمة بذاتها؟ وما نوع المسؤولية المترتبة على المحرّض وشخص من وقع عليه التحريض؟

هذه التساؤلات هي محور البحث في هذا المطلب، وعليه سأتناول بالدراسة موضوع التحريض باعتباره أحد وسائل الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي، فأتناول في الفرع الأول مفهومه ويتضمن تعريفه وذكر أقسامه ووسائله، ثم في الفرع الثاني أبين أحكام جريمة التحريض عند فقهاء الشريعة، أما الفرع الثالث فأخصّصه لموقف القانون الجزائري من التحريض في بعض حالاته، وأما الفرع الرابع أعقد فيه موازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري أبرز فيها أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

الفرع الأول: مفهوم التحريض

أتناول من خلال هذا المفهوم تعريف التحريض لغة وفقها ثم أقسامه ووسائله كما يلي:

أولاً: تعريف التحريض لغة وفقها

أ- **التحريض لغة:** التحريض لغة يعني التحضيض والنّدب والحثّ والأمر، وتأويل التحريض في اللغة أن تحثّ الإنسان حثّاً يعلم أنه حارّضٌ إن تخلف عنه، والحارّض: الذي قارب الهلاك⁽²⁾. ويُقال: حرّضتُ فلانا على كذا إذا أمرته به⁽³⁾.

والتحريض كما يكون في الخير كقوله تعالى: ﴿فَقَنِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا تُكَلِّفُ إِلَّا نَفْسَكَ وَحَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَكُفَّ بَأْسَ الَّذِينَ كَفَرُوا وَاللَّهُ أَشَدُّ بَأْسًا وَأَشَدُّ تَنكِيلًا﴾⁽⁴⁾، وقوله ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾⁽⁵⁾.

(1) فهد بن مبارك العرفج، التحريض على الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي والنظام السعودي، (رسالة ماجستير)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، 1427 هـ، 2006 م، ص 4.

(2) ابن منظور، م.س، ج 7، ص 836.

(3) القرطبي، م.س، ج 3، ص 295.

(4) النساء، آية 84.

(5) الأنفال، آية 65.

والمعنى؛ حُضِّمَهُمْ عَلَى الْجِهَادِ وَالْقِتَالِ، يَكُونُ فِي الشَّرِّ وَالْفَسَادِ، يُقَالُ: "حَرَّضَ الشَّيْءُ وَأَحْرَضَهُ غَيْرُهُ إِذَا فَسَدَ وَأَفْسَدَهُ غَيْرُهُ"⁽¹⁾.

ويأتي التحريض في اللغة بمعنى التحريش وهو الإغراء للقوم، تقول: حرّشت بينهم؛ أي أغريت وألقيت العداوة، والتحريش بينهم؛ أفسد وأغرى بعضهم ببعض⁽²⁾.

وفي الحديث الشريف: "إِنَّ الشَّيْطَانَ قَدْ أَيَسَ أَنْ يَعْبُدَهُ الْمَصَلُّونَ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ، وَلَكِنْ فِي التَّحْرِيشِ بَيْنَهُمْ"⁽³⁾، والمعنى أنه قد يئس من أن يخصّه أهل الجزيرة العربية بالعبادة، فعَمِلَ عَلَى التَّحْرِيشِ بَيْنَهُمْ بِالْخُصُومَاتِ الشَّحْنَاءِ وَالْحُرُوبِ وَالْفِتَنِ وَنَحْوِهِ.

ومن معانيه أيضا التآليب، يقال: أَلَّبَ بَيْنَهُمْ: أفسد والتآليب التحريض⁽⁴⁾، وحاصل الأمر أَنَّ التَّحْرِيشَ وَالتَّحْرِيشَ وَالتَّأْلِيْبَ كُلُّهَا مَعَانٍ تَقُومُ عَلَى تَوْلِيدِ الْفِعْلِ فِي نَفْسِ الْفَاعِلِ وَالتَّأْتِيرِ عَلَيْهِ وَدَفْعِهِ إِلَى الْقِيَامِ بِهِ.

ب- التحريض في الفقه الجنائي الإسلامي:

لم يعرف فقهاء الشريعة التحريض كما فعل فقهاء القوانين، ولم يتعرضوا لتحديد مفهومه، كما أنني لم أفق على تعريف للتحريض في كتب الفقهاء القدامى، رغم كونه متصورا في أذهانهم عند بيان الأحكام المتعلقة به أثناء تفصيلهم القول في موضوعات الحدود والجنايات وغيرها، لكن يمكن القول بأن قواعد الشريعة تتسع لاستعاب أحكامه والأخذ بمفهومه، وقد وجدت من الفقهاء من يستخدم كلمات أخرى تدلّ على معنى التحريض أذكر:

جاء في حاشية ردّ المحتار: "فأما إذا كانوا نظارة أو مُغْرِبِينَ، من الإغراء؛ أي حاملين له على قتله، فلا قود عليهم"⁽⁵⁾. فاستخدم كلمة إغراء الدالة على معنى الحثّ على فعل الشيء، وهو ذاته المعنى الذي تدلّ عليه كلمة تحريض، ووجدت من الفقهاء المحدثين من عرفه كعبد القادر عودة بقوله: "يقصد بالتحريض إغراء المجني عليه بارتكاب الجريمة"⁽⁶⁾.

(1) ابن فارس، م.س، ج2، ص41.

(2) ابن منظور، م.س، ج6، ص279، 280.

(3) مسلم، م.س، باب تحريش الشيطان وبعث سراياه لفتنة الناس وأنّ مع كل إنسان قرينا، حديث رقم 2812، ص1294.

(4) ابن منظور، م.س، ج1، ص216.

(5) ابن عابدين، م.س، ج10، ص205.

(6) عودة، م.س، ج1، ص367.

يؤخذ على هذا التعريف أنه عرّف التحريض بإحدى وسائله وقصره عليها وهي الإغراء، مع إمكانية وقوعه بغيرها كالأمر وإساءة استخدام السلطة أو الولاية، ثمّ قوله: " المجني عليه" يحدث غموضا والتباسا في الفهم حيث لا يُعرّف المقصودُ منه: هل هو الذي وقعت بحقه الجريمة؛ أي المجني عليه أو من وقع عليه التحريض؛ أي شخص المُحرّض؟ ويمكن القول بأنّ التحريض هو أيّ فعل يولّد في نفس المُحرّض (بالفتح) داعية الجريمة ويحمله على ارتكابها، أو أنه إغراء الجاني بارتكاب الجريمة بأي وسيلة من الوسائل⁽¹⁾.

والملاحظ هنا أنّ تعريف التحريض في الفقه الجنائي الإسلامي لا يختلف عن تعريفه في التشريعات الوضعية، ويختلف مع القانون الجزائري من حيث التكييف فقط؛ حيث يعتبر جمهور فقهاء الشريعة (الحنفية والشافعية والحنابلة) المحرّض شريكا بالتسبب مالم يصل التحريض إلى حدّ الإكراه حيث يصبح المحرّض فاعلا، أما المالكية فيجعلونه فاعلا مباشرا بشرط أن يكون متواجدا على مسرح الجريمة وقت مباشرتها، مستعدا للتدخل والمساعدة إذا دعت الضرورة⁽²⁾، وهذا الشرط لمالك يتفق مع موقف القانون الجزائري الذي جعل المحرّض فاعلا أصليا في الجريمة حسب التعديل الجديد للمادتين 41، 42 ق.ع.

ويرجع عدم تعرّض الفقهاء لتحديد معنى التحريض كما يقول عبد القادر عودة إلى:

1- اهتمام الفقهاء بجرائم الحدود والقصاص لثباتها، إذ لا تغيير في أركانها ولا تعديل، ولأنّ عقوباتها مقدّرة، خلافا لجرائم التعازير التي تركت الشريعة أمر تقديرها لولي الأمر.

2- قواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالعقاب على الجرائم التعزيرية، تمنع وضع قواعد خاصة بجريمة التحريض؛ لأنّ قواعد التعزير كافية لمعالجة هذه الجرائم؛ إذ المقرر في الشريعة أنّ أيّ معصية لا حدّ فيها ولا كفّارة يُعاقب عليها بالتعزير⁽³⁾.

3- إنّ قياس جرائم التعازير على جرائم الحدود والقصاص ليست ذات أهمية كبيرة، خاصة وأنّ عقوباتها ليست مقدّرة، فقد يعاقب عليها في زمنٍ دون زمنٍ، وفي مكانٍ دون مكانٍ، وقد تتغير أركانها بتغيير وجهة نظر وليّ الأمر، وجاء كلام الفقهاء عنها عامّا دون إشارة إلى

(1) د. عماد محمود عبيد، م.س، ص119.

(2) عودة، م.س، ج1، ص373.

(3) عودة، م.س، ج1، ص343، 344.

تفاصيل أركان الجريمة وشروطها، لذلك لم يتعرّضوا لموضوع التحريض بصورة مفصلة؛ لأنهم يرونه مما يندرج ضمن جرائم التعازير.

والقول بأنّ الشريعة الإسلامية لم تهتم بالتحريض، وأنّ الفقهاء المسلمين لا يعرفون هذا المصطلح وبالتالي فهو ميزة اختُصّ بها القانون الوضعي، هو قولٌ جانِبُه الصوابُ ولا يعدّ دليلاً على عدم اهتمامهم بالتحريض؛ لأنّ الفقهاء عالجوا موضوع التحريض بطريقة مختلفة عن طريقة القوانين الوضعية وهذا لا يُنقص من منهجهم في معالجة هذا الأمر.

كما أنه لا يمنع ولا يشكل عائقاً من دراسة جريمة التحريض دراسة تفصيلية وتبيين أحكامها وشروطها، ضمن قواعد خاصة بها ووفق ما بيّنه الفقهاء من أحكام بخصوص هذه الجريمة على شاكلة القوانين الوضعية، من أجل استقرار أحكام القضاء وعدم ترك أمر العقوبة لتقدير القاضي، وهذا لا يخالف أحكام الشريعة في أنّ أيّ معصية لا حدّ فيها ولا كفارة يعاقب عليها تعزيراً؛ لأنّ الحديث السابق ليس في معاقبة المحرّض وإنما في تحديد أركان وشروط جريمة التحريض وبذلك يتمّ الخروج من موطن النزاع.

ثانياً: أقسام التحريض:

التحريض في الفقه الجنائي الإسلامي كما في القانون قسماً عام وخاص:

أ- التحريض العام:

وهو الذي يوجه إلى جمهور أو جماعة غير محددة من الناس، دون تمييز بينهم بقصد دفعهم إلى ارتكاب الجريمة، كدعوة الناس للتظاهر والتجمهر أو الخروج على السلطان والتمرد عليه (البغي)، أو القيام بإتلاف المال العام أو تخريبه، ومن التشريعات التي أخذت به القانون المصري في المادتين 171، 172، والقانون الإيطالي في المادة 118، 156، والقانون الفرنسي الصادر في 1881/7/29⁽¹⁾.

ويشترط فيه أن يكون موجّهاً إلى جماعة غير محدودة من الناس، فإذا وُجّه إلى جماعة محدودة كان تحريضاً خاصاً، كما يُشترط أن يكون علنياً وينصبّ على جريمة من الجرائم المحددة في الشريعة بالذات، فمن دعا جماعة من الناس غير محدودة إلى تلاف مال عامّ أو القيام بأعمال شغب، أو الخروج عن الإمام فهو يشكل تحريضاً عاماً، ومثل هذه

(1) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص 194.

التقسيمات لا تمنع الشريعة الإسلامية منها؛ لأنها أمور تنظيمية اجتهادية لا تخالف نصاً ولا تصادمه، وقد بين الفقهاء أحكام هذا القسم أثناء حديثهم عن مسائل الأمر بالقتل والأمر بالسرقة وأحكام البغي، الذي فيه خروج عن النظام والحاكم وغيره كثير في كتب الفقه⁽¹⁾.

ب- **التحريض الخاص**: أو الفردي وهو الذي يوجّه إلى شخص أو أشخاص معينين، ومثله أن يأمر شخص آخر بقتل ثالث، أو يأمر جماعةً بسرقة منزل، أو يكره إنساناً على إتلاف مالٍ وغيره، ويستوي التحريض في هذا القسم أن يكون سرّاً أو علناً⁽²⁾.

ويشترط في هذا النوع حتى يشكل جريمة يُعاقب صاحبها كشریک متسبب شرطان:

1- أن يكون التحريض مباشراً وذلك بأن يدفع المحرّض الجاني لارتكاب الجريمة مباشرة، كالأب يأمر ابنه بسرقة مال شخص آخر، أو يكره رجلٌ غيره على قتل آخر، أو السلطان يأمر بقتل رجل دون وجه حق فيستجيب المأمور لذلك، أما إذا كان التحريض غير مباشر كإثارة شعور الجاني بالحق أو الكراهية نحو إنسان ما، فيدفعه ذلك إلى ارتكاب الجريمة في حقه فلا تتحقق به جريمة التحريض⁽³⁾.

وسئل ابن تيمية عن رجل واعد آخر على قتل مسلمٍ بمال معين ثم قتله، ما الواجب عليه في الشرع؟ فأجاب: بأنّ الواعد يعاقب عقوبة تردعه وأمثاله عن مثل هذا، وذكر أنّ بعض الفقهاء يوجب عليه القود⁽⁴⁾.

2- أن تقع الجريمة بناء على التحريض بحيث يكون هو الدافع إلى الجريمة، أما إذا كان من وجّه إليه التحريض سيرتكب الجريمة لا محالة ولو لم يكن هناك تحريض، فلا تتحقق هذه الجريمة لعدم وقوعها بسببه⁽⁵⁾.

وقال صاحب المغني: "ولو أنّ الولي الذي باشر قتله أقرّ بعلمه بكذب الشهود وتعمّد قتله فعليه القصاص لا أعلم فيه خلافاً..."⁽⁶⁾.

(1) محمد علي الهوارى، التحريض على الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي، (مجلة علوم الشريعة والقانون) مجلة

علمية محكمة، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، 1420هـ، 1999م، مجلد 26، عدد 2، ص 532.

(2) محمد علي الهوارى، م.ن، ص 532.

(3) ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 598 وما بعدها.

(4) ابن تيمية، م.س، ج 34، ص 152، 153.

(5) عماد محمود عبيد، م.س، ص 119.

(6) ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 457.

ثالثا: وسائل التحريض في الفقه الجنائي الإسلامي

التحريض على الجريمة عند الفقهاء يمكن أن يقع بوسائل كثيرة منها: الأمر والإكراه والوعد والتغريير وإساءة استخدام السلطة والشهادة وغيرها، ويكون المباشر مدفوعا لارتكاب الجريمة دفعا يصحّ معه وصف المحرّض (بالكسر) بأنه شريك في الجريمة التي وقعت، والسؤال الذي يُطرح هنا: - هل يتجه الفقه الجنائي الإسلامي إلى تحديد وسائل التحريض وحصرها كما فعل المشرع الجزائري أم أنه يختار الإطلاق وعدم التحديد؟

للإجابة عنه يتعيّن الرجوع إلى ما ذكره الفقهاء من أحكام بخصوص هذه المسألة، للوقوف على المعايير التي تضبط تحديد هذه الوسائل، خاصة وأنّ التعريفات السابقة لم يأت فيها ذكرٌ لهذه الوسائل أو حتى بعض منها، ومن الحالات التي يوليها الفقهاء أهمية كبرى ويمكن إدراجها ضمن وسائل التحريض؛ حالة الإكراه وحالة الأمر.

الفرع الثاني: أحكام التحريض على الجريمة في حالتها الإجرائية والأمر

أولا: حالة التحريض بالإكراه

اختلفت آراء الفقهاء في مسألة الإكراه بحسب ما يقع عليه، فقد يقع على ما هو حق للمكروه، كالطلاق والظهار والبيع، وقد يقع على ما هو حق للشرع كالإكراه على الكفر أو الردّة، أو يكون محلّه ما هو حقّ للآدمي على الغير كالإكراه على القتل والزنا والسرقة.

ويهمّني هنا النوع الثالث وهو الإكراه على ما هو حقّ للآدمي على الغير، وسأتناول في هذه المسألة حالة الإكراه على القتل والإكراه على الزنا والسرقة، وقبل ذلك يتطلب الأمر تعريف الإكراه لغة ثم في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري ثم لأقسامه عند الفقهاء.

أ- تعريف الإكراه لغة وفقها وقانونا:

1- الإكراه في اللغة: الكره في اللغة بمعنى المشقة وهو ما يكرهه الإنسان ويشقّ عليه، وسُمي الشرّ مكروها لأنه ضدّ المحبوب، وفي الآية: ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا﴾⁽¹⁾. وفي حديث النبي ﷺ: "ألا أدلكم على ما يمحو الله به الخطايا ويرفع به الدرجات؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: إسباغ الوضوء على المكاره..."⁽²⁾.

(1) الأحقاف، آية 15.

(2) مسلم، م.س، كتاب الطهارة، باب فضل إسباغ الوضوء على المكاره، حديث رقم 41- (251)، ص132.

قال الفراء: "المكراه جمع مكره وهو ما يكرهه الإنسان ويشقّ عليه، والكره بالضمّ والفتح المشقّة، بمعنى: أن يتوضأ مع البرد الشديد والعلل التي يتأذى منها بمسّ الماء"⁽¹⁾.

2- الإكراه في الفقه الجنائي الإسلامي:

هو فعل يفعله المرء بغيره فينفي به رضاه أو يفسد به اختياره، من غير أن تتعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطأ⁽²⁾.

وعرّفه الإمام الكاساني بقوله: "وفي الشرع عبارة عن الدعاء إلى الفعل بالإيعاد (التوعّد) والتهديد مع وجود شرائطه"⁽³⁾.

3- الإكراه في القانون الجزائري:

لم يعرّف القانون الجزائري الإكراه وإنما بيّن أثره القانوني، وعدّه ضمن موانع المسؤولية الجنائية اللصيقة بشخص الفاعل ذات الصلة بالركن المعنوي للجريمة، الذي لا يتعدى أثره إلى باقي الشركاء وهو نوعان: إما ماديّ وإما معنوي⁽⁴⁾، وهو ما أشارت إليه المادة 48 من ق.ع.ج بقولها: "لا عقوبة على من اضطرتّه إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

والملاحظ أنّ هذه المادة تجمع بين حالة الإكراه والضرورة وتجعلهما شيئاً واحداً مع وجود الفارق بينهما، ذلك أنّ الإكراه يعني أن يُعرّض الشخصُ لضرر شديد يجعله يرتكب فعلاً مجرماً، أما حالة الضرورة فلا يوجه فيها الضرر أو الخطر إلى الشخص مباشرة لإجباره على القيام بالجريمة، وإنما نتيجة لظروف معينة قاهرة تحيط به لا يجد سبيلاً للخلاص منها إلا بارتكاب الجريمة، كما يمكن التمييز بينهما في كون الإكراه يتم بفعل الإنسان، بينما حالة الضرورة قد يكون مصدرها الطبيعة أو السلطة العامة⁽⁵⁾.

ب- أقسام الإكراه: الإكراه قسماً؛ ملجئٌ وغير ملجئ.

1- الإكراه الملجئ: وهو الإكراه الذي يعتبر معه شخص المكروه ملجئاً؛ أي تاماً، كالإكراه بالقتل والقطع والضرب الذي يُخشى معه التلفُ لنفسٍ أو عضوٍ، ذلك أنّ حرمة العضو

(1) ابن منظور، م.س، ص3865.

(2) السرخسي، م.س، ج24، ص38.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص175.

(4) عبد الله سليمان، م.س، ص319. أ. بلعليات ابراهيم، م.س، ص177.

(5) د. منصور رحمان، م.س، ص201.

كحرمة النفس، ومثاله: إكراه شخص على الزنا بحيث يجب أن يصل الإكراه الواقع عليه حدّ إعدام رضاه وإفساد اختياره⁽¹⁾.

جاء في بدائع الصنائع: "وهذا النوع من الإكراه يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً، كالقتل والقطع والضرب الذي يُخاف فيه تلفُ النفس أو العضو قلّ الضرب أو كَثُر، ومنهم من قدره بعدد ضربات الحدّ، وهو رأيٌ غير سديد؛ لأنّ المعوّل عليه تحقق الضرورة، فإذا تحققت فلا معنى لصورة العدد، وهذا النوع يسمى إكراها تاماً"⁽²⁾.

2- الإكراه غير الملجئ: هو الذي لا يعتبر معه الإنسان مضطراً كالحبس والقيود والضرب ولا يخشى فيه التلف؛ أي الإكراه الناقص، وليس فيه حدّ معيّن، بل كلّ ما في الأمر أن يلحق بالمكروه اغتمام بيّن إذا فُعل به شيء من ذلك، وسُمي إكراها غير ملجئ؛ لأنه لا يترتب عنه تلف للعضو وإنما يعدم الرضا فقط، ولأنّ شخص المكروه يتمكن من الصبر والتحمل على ما يُكروه عليه، ولا يفسد معه الاختيار، فهذا النوع يتحقق معه إعدامٌ للرضا دون فسادٍ للاختيار⁽³⁾.

وقد وضع الحنفية شروطاً لتحقيق الإكراه، منها ما يرجع إلى المكروه، ومنها ما يرجع إلى شخص المكروه، ومنها ما يعود إلى المكروه به، ومنها ما يعود على الشيء المكروه عليه؛ فأما ما يرجع إلى المكروه، فهو أن يكون في مقدوره تنفيذ ما توعدّ به أو هدّد، قادراً على إلحاق الأذى بالمكروه؛ لأنّ الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة⁽⁴⁾.

أما الذي يرجع إلى شخص المكروه فهو أن يغلب على ظنّه أنّ المكروه سيوقع به ما هدّده به من الوعيد إن لم يستجب لطلبه، ذلك أنّ غلبة الظنّ تعتبر حجةً إذا تعدّر الوصول إلى اليقين، أما إذا لم يغلب على ظنّه تحقّق ما أوعده به فلا يكون ذلك إكراها شرعاً لعدم تحقق الضرورة، فالعبرة بغلبة الظن دائماً دون النظر إلى مدى درجة التوعّد أو التهديد⁽⁵⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص564.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص175. عودة، ن.م.و.ص.

(3) د. الفاخري، م.س، ص223.

(4) المرغيناني، م.س، ج8، ص26.

(5) الكاساني، م.س، ج7، ص175.

والذي يرجع إلى المكره به هو أن يكون متلفاً للنفس أو للعضو، أو موجبا لما يعدم الرضا⁽¹⁾، بمعنى أن تكون الوسيلة المستعملة غير مشروعة.

وما يعود إلى المكره عليه فهو أن يكون مُمتنعاً منه قبل الإكراه، إما لحقه أو لحق آدمي أو لحق الشرع⁽²⁾، بمعنى أن يكون الفعل المكره عليه غير مشروع.

واشترط المالكية لتحقق الضرورة في الإكراه على القتل أن يقع التهديد به لا بما هو دونه، وإلا فالقاتل هو المباشر؛ لأن الإكراه على القتل عندهم لا يتحقق إلا إذا كان التهديد بجنسه⁽³⁾.

أما الشافعية فيشترطون في الإكراه أن يكون على قتل معين، فإذا أكره شخص على قتل غير معين فلا يتحقق به الإكراه التام، وبه يصبح المكره هو المباشر للقتل وحده، وبذلك يظهر أنّ الشافعية يقيّدون شرط المالكية.

ج- أحكام التحريض بالإكراه على ارتكاب الجريمة:

بعد التطرق لمفهوم الإكراه وعرض أقسامه أنتقل هنا لبيان أحكامه التي تختلف بحسب ما يقع عليه من جرائم، وهنا يثار الإشكال الآتي: - هل وجود الإكراه يعفي المكره من المسؤولية والعقاب أم أنه يكون محلاً للمساءلة بسببه؟

هذا ما سأبحثه من خلال نموذجين على سبيل التمثيل، الأول يتعلق بالإكراه على القتل في جرائم القصاص والثاني بالإكراه على الزنا والسرقه في جرائم الحدود، وذلك في المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: التحريض بالإكراه على القتل

اتفق الفقهاء على أنّ الإكراه على القتل إذا كان غير ملجئ وكانت وسيلته هي الحبس أو القيد أو الضرب الذي لا يخشى معه التلف، فإنّ القصاص يكون على المباشر؛ أي شخص المكره وحده⁽⁴⁾.

(1) السرخسي، م.س، ج24، ص39.

(2) ن.م.و.ص

(3) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

(4) م.ن، ج4، ص244. الشربيني، م.س ج5، ص225. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص517.

أما إذا كان الإكراه تاماً بمعنى ملجئاً وكان موضوعه الاعتداء على شخص آخر بالقتل، هنا اختلفت وجهات نظر الفقهاء وتعددت وانقسمت إلى أربعة أقوال:

1- القول الأول: يرى أصحابه أنّ القصاص يكون على المکره الذي يأخذ حكم المباشر معنى، دون المکره الذي يبقى شريكاً وتتحدّد عقوبته بالتعزير، وهو قول أبي حنيفة والشافعية في رواية عنهم⁽¹⁾؛ لأنّ المکره هنا بمثابة الفاعل المعنوي كما يقول فقهاء القانون الوضعي.

• حُجَّتُه:

- ما رواه أبو ذر الغفاري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنّ الله قد تجاوز عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه"⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنّ الفعل الصادر بسبب الإكراه معفو عنه، وتقضي القاعدة الأصولية بأنّ عفو الشيء عفو عن موجب، فكان موجبُ المستكْره عليه معفو عنه بظاهر الحديث⁽³⁾.

- معنى الحياة لا بدّ منه في باب القصاص لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾⁽⁴⁾، ومعنى الحياة شرعاً واستيفاءً لا يحصل بشرع القصاص في حقّ المکره، واستفائه منه، ولذا وجب على المکره له دون شخص المکره⁽⁵⁾.

- شخص المکره محمول على القتل بطبعه وهذا إيثاراً لحياته واستبقاءً لنفسه، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهو في حكم الآلة في يد المکره، وباستعمالها يكون القصاص على مستعملها، حيث يكون المکره هو الملحِقُ للتلف فيكون الضمان عليه، وكذلك الأمر في القتل هنا، ثمّ إنّ الموجود من المکره هو صورة القتل والقاتل في المعنى هو المکره⁽⁶⁾.

ويوافق الشافعية الأحناف في القول المعتمد عندهم، ويعلّلون عقاب المکره (بالكسر) قصاصاً لاعتباره متسبباً بما يُفْضي إلى القتل غالباً، فأشبهه ما لو رماه بسهم فقتله⁽⁷⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص179. النووي، م.س، ج7، ص20.
(2) ابن ماجه القزويني أبو عبد الله، السنن، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ط1، 1430 هـ، 2009 م، كتاب الطلاق، باب طلاق المکره والناسي، حديث رقم: 2043، ج3، ص200.
(3) الكاساني، م.س، ج7، ص179.
(4) البقرة، آية 179.
(5) الكاساني، ن.م.و.ص.
(6) السرخسي، م.س، ج12، ص89. الكاساني، م.ن، ج7، ص179 وما بعدها.
(7) الشيرازي، م.س، ج2، ص177.

الفصل الثالث: الاضرار والتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

وعليه فالقول الأول يرى القصاص متعلقاً بالمكره دائماً باعتباره مسؤولاً وفاعلٌ للجريمة، أما المباشر فعلاً وهو شخص المكره فلا قصاص عليه؛ لعدم توافر القصد إلى الجريمة.

والتعليل انعدام الرضا في جانبه، فكان فعله في حكم الخطأ، والقاعدة عند أبي حنيفة ومحمد صاحبه أنّ المسؤولية تتعلق بالمتسبب متى كان السبب عدواناً وقد تحقق ذلك.

2- القول الثاني: يرى أصحابه أنّ المكره هو الذي يقتصر منه دون المكره، وهو قول زفر من الحنفية والشافعية في القول الضعيف عندهم وبعض الحنابلة⁽¹⁾.

• حُجَّتْهُ: - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾⁽²⁾.

ووجه الاستدلال أنّ المراد بالسلطان هو استيفاء القود من القاتل، والقاتل هو المكره، ومن المعلوم أنّ من قتل من يكافئه لإحياء نفسه لزمه القود، كما لو قتل إنساناً أو أكل من لحمه ليرفع مخصصةً لحقته، ثمّ إنّ المكره هو القاتل حساً ومشاهدة، وإنكار المحسوس مكابرةً، لذا وجب اعتباره، فالأصل اعتبار الحقيقة ولا يجوز العدول عنها إلا بدليل⁽³⁾.

- الأصل في القصاص أن يكون على المباشر؛ لأنه القاتل لغة وعرفاً والفعل المادي وقع منه دون المكره، وإن كان هو من وُلد في نفسه داعيةً القتل أو سببه⁽⁴⁾.

- إنّ المكره أثر بفعله استبقاء نفسه، وليست نفسه أولى بالحماية من نفس الغير⁽⁵⁾.

3- القول الثالث: يرى القصاص منهما معا باعتبار كونهما شريكين في جريمة القتل فيلزم القود منهما جميعاً، وهو قول جمهور المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁶⁾.

• حُجَّتْهُ: - إنّ المكره (بالكسر) تسبّب بما يُفْضِي إلى القتل غالباً فأشبهه ما لو رماه بسهم فقتله، أمّا المكره فقد حصل منه الفعل المؤدي إلى الزهوق ظلماً وعدواناً استبقاءً لنفسه،

(1) السرخسي، م.س، ج 24، ص 72. الرملي، م.س، ج 4، ص 9. المرادوي، م.س، ج 9، ص 435.

(2) الإسراء، آية 33.

(3) الكاساني، م.س، ج 7، ص 179.

(4) الرملي، م.س، ج 4، ص 9.

(5) الكاساني، م.س، ج 7، ص 179. المطيعي، م.س، ج 20، ص 221.

(6) الدسوقي، م.س، ج 4، ص 244، 246. الشربيني، م.س، ج 5، ص 224. ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 599.

والإكراه لا يبيح له قتل مسلم ظلماً ودون وجه حق، ولا يمكن التعليل بأن الإكراه كان ملجئاً؛ لأنه كان بمقدوره الامتناع عن القتل فلم يفعل وبالتالي يأثم بقتله⁽¹⁾.

- القول بأن المكره كان كالآلة في يد المكره غير صحيح؛ لأنه يأثم ولا تأثم الآلة.
- المباشر والمتسبب هنا متعادلان، فالمتسبب متعدّ بالإكراه، والمباشر متعدّ بإقدامه على القتل ظلماً، فلما استويا في العدوان استحقا القصاص معاً؛ لأنهما شريكان.

جاء في **جواهر الإكليل**: "... وكالإكراه على قتل معصوم بتخويف بقتل أو غيره فقتله المكره، فيقتل المكره لتسببه والمكره لمباشرته"⁽²⁾.

وقال الإمام المرداوي: "وإن أكره إنساناً على القتل فقتل فالقصاص عليهما"⁽³⁾.

4- القول الرابع: يرى أن القصاص لا يلزم أيّاً منهما (المكره والمكره) على حدّ سواء، ويصار إلى الدية وتجب فقط على المكره، وهو قول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة⁽⁴⁾.
• **حجته:**

إن المكره هنا ليس قاتلاً حقيقة وإنما متسبب إلى القتل، أما القاتل الحقيقي فهو شخص المكره؛ لأنه المباشر للقتل، فلما لم يجب القصاص عليه كان المكره بالكسر أولى بعدم الوجوب، ولأنّ القصاص لا يجب على المتسبب مع وجود المباشر⁽⁵⁾.

5- الراجع من الأقوال:

أرى أن الراجع هو ما ذهب إليه الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة؛ أي الرأي القائل بوجوب القصاص منهما معاً، ذلك أنّ المكره باستعماله للغير في قتل المجني عليه يحمل في نفسه داعية الإجرام والإصرار على المعصية، مما يتطلب معه عقابه بأشدّ أنواع العقوبة ليكون عبرة لغيره، وحتى يتحقق معنى القصاص الذي شرّع لأجله وهو الحياة ولا يتخذ غيره كوسيلة للإفلات من العقوبة.

(1) ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 456. البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج 5، ص 517.

(2) الأبي، م.س، ج 2، ص 257.

(3) المرداوي، م.س، ج 9، ص 457.

(4) الكاساني، م.س، ج 7، ص 179.

(5) م.ن، ص 180.

أمّا المكره (بالفتح) المباشر للقتل فيقتص منه أيضا؛ لأنه اختار حياته وفضلها على حياة غيره التي لا يجوز له أن يوجد بها لئبقي على نفسه، وهو أمر لا تُقره قواعد الشريعة الإسلامية، اللهم إلا إذا كان هذا المباشر مجنونا أو صبيا غير مميز ومن كان في حكمهما، فأرى أنّ القصاص يلحق المتسبب المكره دون المكره المباشر الذي انعدم في حقه التكليف، وهذا ما يتفق مع ما ذهب إليه القانون الجزائري بخصوص الفاعل المعنوي كما سبق.

المسألة الثانية: التحريض بالإكراه في جرمي الزنا والسرقة

إذا كانت القاعدة عند الفقهاء في مسائل القصاص تقضي بأنّ القود يجب على المباشر والمتسبب معا، فالأمر يختلف في مسائل الحدود؛ إذ تقضي القاعدة بوجود الحدّ على المباشر فقط، وآتي بتطبيقات لهذه القاعدة في جرمي الزنا والسرقة على سبيل المثال.

1- التحريض بالإكراه على الزنا:

• تعريف الزنا⁽¹⁾: الزنا في اللغة وفي الشريعة الإسلامية خلافا للقانون بمعنى واحد: ويعني وطء الرجل لامرأة في قُبُلها في غير مُلْكٍ ولا شبهة^(*) ملك⁽²⁾.

عرفه الكاساني: "الزنا اسم للوطء الحرام في قُبُل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته"⁽³⁾.

وعند ابن عرفة: "الزنا الشامل للواط مُغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حلية عمدًا"⁽⁴⁾.

فقوله: "آدمي" أخرج مُغيبها في فرج غير الآدمي كالبهيمة، وقوله: "في فرج" أخرج مُغيبها في غير فرج وأدخل في الفرج القبل والدبر؛ لأنه يعمّ اللواط⁽⁵⁾.

(1) كلمة "الزنا" تكتب بالمدّ في لغة أهل نجد وتكتب الزنى بالقصر في لغة أهل الحجاز وزنى الرجل يزني زنى مقصوراً وزناً ممدوداً. ينظر ابن منظور، م.س، ج3، ص1875.

(*) الشبهة: لغة واصطلاحاً هي ما يشبه الثابت وليس بثابت، ينظر عودة، م.س، ج1، ص209.

(2) د. بهنسي أحمد فتحي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط4، 1409هـ، 1989م، ص53.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص33.

(4) الخرشي، م.س، ج8، ص75.

(5) ن.م.و.ص.

وجاء في المذهب: "إذا وطئ رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد، وغير ملك ولا شبهة ملك وهو عاقل مختار عالم بالحرمة وجب عليه الحد، فإن كان محصنا وجب عليه الرجم"⁽¹⁾.

• حكم التحريض بالإكراه على الزنا:

الزنا الموجب للحد باتفاق الفقهاء هو الذي يكون فيه الواطئ مختاراً، سواء أكان رجلاً أم امرأة موطوءة، وعليه فلا يحدّ المكره على الزنا، كما اتفق الفقهاء على أنه لا حدّ على المرأة المكرهة على التمكين من الزنا ولو كان الإكراه ناقصاً، لقوله ﷺ: "إنّ الله تجاوز لأمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽²⁾.

وروي أنّ امرأة في عهد عمر بن الخطاب استسقت راعياً فأبى أن يسقيها حتى تمكّنه ففعلت، فزفّع ذلك لعمر فقال لعليّ ما ترى؟ قال: إنها مضطّرة، فأعطاهَا عمرُ شيئاً وتركها"⁽³⁾، وفي رواية فشاور الناس في رجمها فقال عليّ: "هذه مضطّرة أرى أن نخلي سبيلها ففعل"⁽⁴⁾.

ثمّ إنّ الموجود منها مجرد التمكين بسبب الإكراه، وهو لا يصلح دليلاً على الرضا فيدرأ عنها الحدّ للشبهة.

أما الرّجل المكره على الزنا، فقد اختلف الفقهاء في حكمه كالاتي:

- **القول الأول:** وهو للحنفية في رأيهم القديم والمالكية في المشهور عندهم والحنابلة وهو قول محمد بن الحسن وأبو ثور وهؤلاء يرون أنّ الرجل المكره على الزنا يجب عليه الحدّ.

وحجّتهم؛ قالوا بأنّ الوطء يحصل بالانتشار والإكراه ينافيه، فكان طائعا مختاراً، ومتى وُجد الانتشار انتفى معه الإكراه كما لو أكره على غير الزنا فزنى"⁽⁵⁾.

ويشترط الحنفية لدرء الحدّ عن المكره أن يكون الإكراه من السلطان، فإذا أكرهه السلطان على الزنا فلا حدّ عليه؛ لأنّ الإكراه لا يتحقق عنده إلا من السلطان، أما إن أكرهه

(1) الشيرازي، م.س، ج5، ص372.

(2) ابن ماجه، م.س، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2043، ج3، ص200.

(3) ابن قدامة، م.س، ج12، ص348.

(4) البيهقي، م.س، كتاب الحدود، باب من زنى بامرأة مستكرهة، رقم 17050، ج8، ص411.

(5) الكاساني، م.س، ج7، ص180. الدردير، الشرح الكبير، م.س، ج4، ص318. ابن قدامة، م.س، ج12، ص348.

غيره حدّ استحسانا، ولو وقع الزنا بغير إكراه السلطان فذلك يدلّ على عدم تحقق معنى الإكراه لوجود الطوعية والرضا من المباشر، بدلالة الحال وحصول الانتشار والشهوة⁽¹⁾، وقال أبو يوسف: " لا يحدّ المكره في الحالتين، وقال زفر يحدّ فيهما جميعا"⁽²⁾.

- القول الثاني: وهو لأبي حنيفة في المشهور عنده، والمختار عند المالكية، ورأي الشافعية في الأصحّ من مذهبهم، وهؤلاء يرون في الرجل يُكره على الزنا إلا حدّ عليه ولا تعزير⁽³⁾.

- حجته:

I- الحديث السابق الوارد في الإكراه، ولقيام العذر به فهو كالمرأة في ذلك سواء، وأنّ الانتشار قد يكون دليلا على الفحولة لا دليلا على الاختيار.

II- انتشار الآلة لا يدلّ على عدم الخوف؛ لأنه أمر طبيعي إذ ينتشر من النائم من غير اختيار فكان فعله بناءً على عامل الإكراه، حيث صار بضرورة الإكراه مدفوعا إليه خوفا من قتل نفسه فيمتنع الحدّ في حقّه.

III- إنّ الحدود تُدرأ بالشبهات والإكراه شبهة فيمتنع الحدّ⁽⁴⁾، للحديث: " إدرؤا الحدود بالشبهات"⁽⁵⁾، فهذا الحديث وإن كان موقوفاً فله حكم الموقوف؛ لأنّ الحدّ عقوبة كاملة يستدعي جنائية كاملة، ووجود الشبهة ينفي تكامل الجنائية مثل وطء الأب جارية ابنه، فإنّ له فيها شبهة الملك أو الحق، لقوله ﷺ: " أنت ومالك لأبيك"⁽⁶⁾.

IV- المهر يجب على المكره ولا يسقط مع الإكراه، وإنما يجب عليه وحده؛ لأنّه لا يتصور حصوله بألة الغير، والقاعدة أنّ ما لا يتصور حصوله بألة الغير فضمانه على المكره⁽⁷⁾.

(1) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج6، ص28.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص180. ابن رشد، بداية المجتهد، م.س، ج2، ص431. الشرييني، م.س، ج4، ص145.

(3) الكاساني، ن.م.و.ص. الدسوقي، م.س، ج4، ص318. الشرييني، ن.م.و.ص.

(4) ابن قدامة، م.س، ج12، ص348.

(5) قال الزيلعي غريب بهذا اللفظ، ورواه البيهقي عن علي مرفوعا؛ لأنّ فيه المختار بن نافع، قال عنه البخاري هو منكر الحديث، وأصحّ ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود قال: " ادرؤا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ماستطعتم "، ورواه ابن ماجه بإسناد ضعيف عن أبي هريرة بلفظ: " ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا ".

(6) رواه ابن ماجه عن جابر بإسناد صحيح، باب ما للرجل من مال ولده، حديث رقم 2291، ج3، ص607. والملك هنا على سبيل الأدب والبرّ وليس على سبيل الحقيقة؛ لأنّ ملك الأب مستقل عن ملك الابن. ينظر د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج6، ص30.

(7) الكاساني، م.س، ج7، ص180.

- الرأي الراجح:

مما سبق يبدو أنّ الرأي الراجح والذي يتفق مع روح الشريعة هو القول الذي يعفي المكره من عقوبة الحدّ، سواء أكان رجلا أم امرأة، وإن كانت المرأة هي الأولى بالعفو؛ ذلك أنّ المكره معفو عنه بنص الحديث السابق، ثمّ إنّ العلة في عقوبات الحدود هي الزجر والمنع من المعاودة، نظرا لخطورتها وللفساد الذي يترتب عنها من مطاوعة الهوى والبحث عن الملتذات والشهوات المحرّمة، وأين المكره على الزنا في ذلك كله؟

والمكره على الزنا لم يأت به رغبة في المعصية وإنما أقدم عليه وهو كارهٌ لاستبقاء نفسه وحفظها من الهلاك، وعليه فلا فائدة تُرجى من عقابه حدّا، وما فعله عمر بن الخطاب بشأن المرأة المكرهه كان بسبب حاجتها الشديدة للماء، وتزكُّ عقوبتها خير دليل على ذلك.

2- التحريض بالإكراه على السرقة:

تعدّ السرقة من الجرائم التي اتفقت كافة الأديان والشرائع على منعها، وهي في الشريعة الإسلامية من جرائم الحدود التي جاءت عقوبتها مقدّرة في الكتاب والسنة بشكل قاطع في ثبوتها ودلالاتها، قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾⁽¹⁾.

وأتناول في هذا العنصر تعريف السرقة اصطلاحا ثم تمييزها عن بعض الصور المشابهة وشروطها، وأتي بعدها لأحكام التحريض بالإكراه على السرقة.

• السرقة في الفقه الجنائي الإسلامي:

السرقة عند فقهاء الشريعة هي أن يتولى السارق أخذ المتاع الذي بلغ نصابا وإخراجه من حرزه بنفسه خفية، بدون علم صاحبه ولا رضاه⁽²⁾.

• السرقة قانونا:

لم يتناول المشرّع الجزائري تعريف السرقة لكنه عرّف القائم بها وهو السارق أو المختلس، لذا سألنا تعريفها من خلاله، وقد أشار إليه في المادة 350 المعدلة⁽³⁾ ق.ع.ج،

(1) المائدة، آية 38.

(2) عماد علي عبد اللطيف جمعة، الاضرار في جريمة السرقة وعقوبته في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، عمان، الأردن، 1990م، ص1.

(3) عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

التي جاء نصها: " كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعدّ سارقاً...، ويعاقب على الشروع في هذه الجنحة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة "

يتضح من المادة أعلاه أنّ للسرقه من الجهة المادية وسيلة تتمّ بها وهي الاختلاس، سواء وقع بطريق الاستيلاء أو النهب أو غيرهما فكلاًهما سواء في نظر القانون لا فرق بينها، ما دام ينشأ عنها نقل ملكية الشيء من حيازة صاحبها إلى حيازة مرتكب الجريمة.

وقد عرّف محمد صبحي نجم الاختلاس بقوله: "الاختلاس هو كل فعل يقوم به الجاني ويؤدي إلى اغتيالٍ وأخذٍ أو الاستيلاء على مال الغير أو أيّ شيء منقول مملوك للغير بدون علم أو رضاه صاحب أو حائز هذا الشيء"⁽¹⁾.

فالاختلاس قانوناً يتحقق بكلّ ما من شأنه أن يؤدي إلى نقل الشيء إلى حيازة المختلس مهما كانت الطريقة والوسيلة المستعملة، سواء بالخطف أو النزاع أو السلب...إلخ.

• الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري:

يتضح من تعريف السرقة عند فقهاء الشريعة الإسلامية أنه جاء مضبوطاً ومحكماً بدقّة حتى يستحق مرتكبها الحدّ وهو قطع اليد، وفي ما عداها من الصور المشابهة الأخرى ففيها التعزير فقط؛ لانتهاء شروط القطع فيها، كما أنّ السارق إذا تمّ ضبطه وهو في حالة شروع في السرقة فعقوبته هي التعزير دائماً وذلك لعدم اكتمال شروط القطع في حقه.

أما القانون الجزائري فقد عرّف السرقة بأحد صورها وهي الاختلاس رغم الفارق الواضح بينهما في حيث المعنى والحكم، وهو مع ذلك يعتمّ حكم السرقة على جميع الصور التي يتمّ فيها الاستيلاء على مال الغير، سواء وقع بطريق الاستيلاء أو النهب أو الخطف لا فرق عنده، كما أنه يعاقب على الشروع في هذه الجنحة بالعقوبات المقررة للجريمة التامة، وهذه مسألة يخالف فيها القانون الجزائري ما هو مقرر في الفقه الجنائي الإسلامي الذي يعاقب على الشروع في السرقة بالتعزير فقط، باستثناء جريمة خيانة الأمانة التي لها تكييف وحكم خاص في القانون الجزائري في المواد من 376 إلى 382 مكرر (معدلة)⁽²⁾ من ق.ع.

(1) د. محمد صبحي نجم، الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص116.
(2) عدلت بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 (ج.ر. 34، ص18).

وبدوري أويّد هذا التوجه الذي أخذ به المشرّع الجزائري، نظرا لطبيعة العقوبات المقررة لهذه الجريمة والتي تتصف بنوع من البساطة والخلو من الردع اللازم في العقوبة، وهي تتراوح بين السجن والغرامة، وشتان بينها وبين الخصائص المميزة لعقوبة السرقة وباقي الحدود في الشريعة الإسلامية، فهذه الأخيرة تتصف بأنها ردعية تتميز بالشدة والقساوة وتؤمّن على جسد الجاني كالجلد والرجم والقصاص، وليس فيها من حيث الأصل عقوبة مالية لكنها لا تخلو من الإيذاء المعنوي الشديد⁽¹⁾.

• التمييز بين السرقة وبعض الصور المشابهة:

توجد بعض الصور المشابهة للسرقة، ومع ذلك لا يلحق فاعلها عقوبة الحدّ وتتمثل في الخيانة والاختلاس والنهب، لقوله ﷺ: "ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع"⁽²⁾.

- فما هي دلالة كل واحدة من الصور السابقة وما الذي يميزها عن حالة السرقة؟

يوجد في الواقع فوارق بين السارق الذي تُقطع يده والمختلس والمنتهب والخائن الذين لا تقطع أيديهم؛ لأنّ السارق لا يمكن الاحتراز منه؛ لأنه ينقب الدور ويهتك الحروز ويكسر الأقفال، ولا يمكن لصاحب المتاع الاحتراز أكثر مما قام به، فلو لم يُشرّع قطعُه لسرق الناس بعضهم بعضا وعظم الضرر واشتدّت المحنة بسبب السراق، بخلاف المنتهب والمختلس والخائن، وأحاول فيما يلي التمييز بين هذه الصور بشيء من التفصيل:

- **المنتهب:** هو المغير، مأخوذ من النهبة وهي الغارة والسلب، وهو الذي يأخذ مال الغير جهرة وبمرءٍ من الناس على وجه الغلبة والقهر، فيمكنهم الأخذ على يديه وتخليص حقّ المظلوم، أو يشهدوا له عند الحاكم⁽³⁾.

- **المختلس:** هو الذي يأخذ الشيء عيانا بسرعة على وجه الاختطاف والغفلة من مالكة والاسم منه خلسة⁽⁴⁾، فلا يخلو من نوع تفريط يُمكن فيه المختلس من اختلاسه، وإلا فمَع

(1) د. هاني محمد كامل المنايلي، عظمة العقوبات في التشريع الجنائي الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الزقازيق (د.ط)، 2009م، ص155.

(2) رواه أحمد وأصحاب السنن، وصححه الترمذي وابن حبان وأخرجه الحاكم والبيهقي عن جابر بن عبد الله: " ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع ". **الصنعاني** محمد بن اسماعيل الأمير، سبيل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، حققه وضبطه وخرّج أحاديثه: محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، م.ع.س، ط2، 1421هـ، باب حدّ السرقة، حديث رقم 9217، ج7، ص145.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج5، ص93. الشيرازي، م.س، ج5، ص418.

(4) الشيرازي، ن.م.و.ص.

كمال التيقظ والتحفظ لا يمكنه الاختلاس، فهو ليس كالسارق بل بالخائن أشبه وأقرب، ثم إن المختلس يأخذ المال من غير حرز مثله غالبا، فهو يغافل ثم يختلس متاعك في حال تخليك عنه وتترك حفظه، وهذا يمكن الاحتراز منه غالبا فهو كالمنتهب.

- **الغاصب:** الأمر فيه ظاهر وهو الأولى بعدم القطع من المنتهب.

- **الخائن:** هو من الخيانة وهي الأخذ مما في يده على وجه الأمانة، وإذا لم تقطع أيدي هؤلاء فإن عدوانهم يكف بالضرب والسجن والعقوبة بأخذ المال⁽¹⁾. جاء في البحر الرائق: "ولا تقطع اليد بخيانة ونهب لانتفاء ركن السرقة وهي الأخذ خفية"⁽²⁾.

وإذا كان الحد لا يجب في واحدة من هذه الصور ابتداءً، فعدم وجوبه في حالة التحريض عليها بالإكراه يكون من باب الأولى.

• **شروط السرقة:** بالرجوع إلى التعريف الاصطلاحي للسرقة يمكن استنتاج شروطها التي إذا توافرت في مرتكبها استحق العقوبة وهي القطع حداً، أو العقوبة القانونية وهي الحبس أو الغرامة في المواد من 350 مكرر (جديدة)⁽³⁾ إلى 354 (معدلة)⁽⁴⁾ ق.ع.ج، وتتمثل في:

- الأخذ للمال خفية، أو الاختلاس بالتعبير القانوني.

- أن تقع على مال منقول مملوك للغير.

- القصد الجنائي وهو النية والعلم بالفعل المجرم وتعمد ارتكابه.

فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة فيمكن اعتبار الفعل سرقة تامة يستحق فاعلها العقوبة المقررة شرعا أو قانونا⁽⁵⁾.

جاء في مواهب الجليل: "قال ابن عرفة: السرقة، أخذ مكلف حرّ لا يعقل لصغره أو مالا محترما لغيره نصابا أخرجه من حرز بقصد وأخذ خفية لا شبهة له فيه"⁽⁶⁾.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج5، ص93. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج6، ص95.

(2) ابن نجيم، ن.م.و.ص.

(3) أضيفت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

(4) عدلت بنفس القانون أعلاه.

(5) د. بهنسي، الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي، م.س، ص16 وما بعدها.

(6) الحطاب، م.س، ج8، ص413.

وجاء في المذهب: "ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الإسلام نصاباً من المال الذي يقصد إلى سرقة من حرز مثله، لا شبهة له فيه وجب عليه القطع"⁽¹⁾.

وإذا دخل السارق الحرز وأخذ المتاع وقبل خروجه تمّ ضبطه وهو فيه فلا قطع عليه؛ لأنّ الأخذ إثبات اليد ولا يتمّ ذلك إلا بالإخراج من الحرز ولم يوجد، فهو شارع في السرقة وعقوبة الشروع فيها هي التعزير وليس قطع اليد"⁽²⁾.

وفي الذخيرة للقرافي: "إذا جمع المتاع وأدرك في الحرز قبل الخروج لم يُقطع"⁽³⁾.

• حكم التحريض بالإكراه على السرقة:

يشترط فقهاء الشريعة في السارق ليعاقب على سرقة أن يكون مختاراً قاصداً بإرادته إتيان فعل السرقة، فلو أكره شخص آخر على سرقة مال وقام المكره بالتنفيذ، فلا قطع على المباشر (المكره) سواء كان الإكراه تاماً ملجئاً، أو ناقصاً غير تام؛ لأنّ مطلق الإكراه ينفي الحدّ باعتباره شبهة، والحدّ مما يندرى بالشبهة"⁽⁴⁾.

ويستوي الحال أن يكون الإكراه مادياً أو معنوياً فإنه لا يمكن اعتبار السارق مع الإكراه مسؤولاً وبالتالي لا يمكن معاقبته حدّاً؛ لأنّ الاختيار هو الذي يؤكد القصد أو النية في السرقة والإكراه ينافيه، كما يشترط أن يكون الإكراه هو الذي دفع المباشر إلى السرقة"⁽⁵⁾.

وفي المذهب: "ولا يجب على مكره، لقوله ﷺ: "رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ"⁽⁶⁾.

وما أوجب عقوبة الله ﷻ على المختار لم يوجب على المكره ككلمة الكفر"⁽⁷⁾.

لذلك فالإكراه يعدّ مانعاً من العقوبة رغم قيام المكره بالسرقة؛ لأنّ الإكراه يفسد الاختيار ويزيل الرضا ويصبح المكره كالآلة في يد مكرهه"⁽⁸⁾.

(1) الشيرازي، م.س، ج 5، ص 418.

(2) د. بهنسي أحمد فتحي، الموسوعة الجنائية في الفقه الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، (د.ط)، 1412 هـ، 1991 م، ج 1، ص 132.

(3) القرافي، الذخيرة، م.س، ج 12، ص 170.

(4) الدسوقي، م.س، ج 4، ص 344. الشربيني، م.س، ج 4، ص 172. وينظر د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج 5، ص 396.

(5) محمد فاروق النبهان، م.س، ص 346.

(6) الحديث سبق تخريجه.

(7) الشيرازي، م.س، ج 5، ص 420.

(8) الرملي، م.س، ج 7، ص 440.

كما يُشترط في هذا النوع من الإكراه أن يكون ملجئاً، كالإكراه بالقتل أو بالقطع أو الضرب المهلك⁽¹⁾.

أما إذا كان المُكْرَه على السرقة صبياً لا يميّز وأُخرج المتاع من الحرز بأمر المكلف، فقد اختلف الفقهاء في حكمه.

- **القول الأول:** يرى أنه إذا اشترك صبيٌّ أو مجنون مع جماعة في سرقة، فلا قطع على الجميع وهو قول **أبي حنيفة** و**زُفر**⁽²⁾.

وَحُجَّتُهُ أَنَّ السَّرْقَةَ وَاحِدَةٌ وَقَدْ حَصَلَتْ مِمَّنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ وَمِمَّنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ، فَلَا يَجِبُ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ، فِي حِينِ ذَهَبِ أَبُو يُونُسَ إِلَى تَفْصِيلِ الْمَسْأَلَةِ بِقَوْلِهِ: "إِذَا قَامَ الشَّرْكَاءُ الْمَكْلُفُونَ بِإِخْرَاجِ الْمَتَاعِ مِنَ الْحَرَزِ وَهُوَ رُكْنُ السَّرْقَةِ، فَالْقَطْعُ يَجِبُ عَلَيْهِمْ دُونَ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ، بِخِلَافِ الْحَالِ لَوْ قَامَ الصَّغِيرُ أَوْ الْمَجْنُونُ بِإِخْرَاجِ الْمَالِ فَلَا يَجِبُ الْقَطْعُ عَلَى الْجَمِيعِ وَذَلِكَ لِعَدَمِ صُدُورِ الرُّكْنِ مِنْهُمْ".

- **القول الثاني:** ويرى أَنَّ الْحَدَّ يَجِبُ عَلَى الْمَكْلُفِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ⁽³⁾. وَحُجَّتُهُ أَنَّ الصَّبِيَّ هُنَا بِمِثَابَةِ آلَةٍ فِي يَدِ الْأَمْرِ، وَهَؤُلَاءِ لَا يَخَالِفُونَ الْقَاعِدَةَ السَّابِقَةَ لَكِنْهُمْ يَعْتَبِرُونَ الصَّبِيَّ مَجْرَدَ أَدَاةٍ، لِذَلِكَ أَلْغَوْا دَوْرَهُ وَأَوْجَبُوا الْحَدَّ عَلَى الْمَكْرَهِ الْبَالِغِ بِاعْتِبَارِهِ مَبَاشَرًا لِلسَّرْقَةِ حَكْمًا؛ لِأَنَّهَا مِمَّا يُمْكِنُ تَحْصِيلُهُ بِأَلَةٍ الْغَيْرِ كَالْقَتْلِ.

- **القول الثالث:** يرى عدم قطع المكره؛ لِأَنَّ الْمَبَاشِرَةَ شَرْطٌ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ وَهُوَ قَوْلُ الْحَنَابِلَةِ⁽⁴⁾. وَأَمَّا بَاقِي الْحُدُودِ كَالشَّرْبِ وَالْقَذْفِ فَإِنَّ الْفُقَهَاءَ مُتَّفِقُونَ عَلَى رَفْعِ الْعُقُوبَةِ فِيهَا مَعَ الْإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْعِقَابِ عَلَيْهَا هُوَ التَّكْلِيفُ، وَالْمَكْرَهَ لَيْسَ مَكْلُفًا وَبِالتَّالِيِ لَا عِقَابَ عَلَيْهِ⁽⁵⁾.

كما لا يُعاقب المكره بعقوبة الحدِّ وإنما يعتبر آثماً ويعزَّر على ارتكاب المعصية والأمر بالمنكر؛ لِأَنَّ الْقَاعِدَةَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحُدُودِ أَنَّ الْعُقُوبَةَ (الْحَدَّ) لَا تَجِبُ إِلَّا عَلَى الْمَبَاشِرِ وَحْدَهُ

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص175. وينظر محمد فاروق النبهان، م.س، ص347.

(2) الكاساني، م.ن، ج7، ص67.

(3) الشربيني، م.س، ج4، ص172، ابن قدامة، م.س، ج8، ص258.

(4) ابن قدامة، م.ن، ج7، ص757.

(5) الكاساني، م.س، ج7، ص176. الدردير، الشرح الكبير، م.س، ج2، ص425، 438. الشربيني، م.س، ج4، ص10.

الفصل الثالث: الاضرار والتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

دون المتسبب، باستثناء جريمة السرقة فهي مما يمكن تحصيله بآلة الغير إذا كان المكره عليها مجنوناً أو صبيّاً عند بعض الفقهاء، أما شرب الخمر والقذف فليس مما يمكن ارتكابه بآلة الغير، فالقاعدة العامة هي عدم معاقبة المتسبب حدّاً وإنما تقام على المباشر وحده⁽¹⁾.

ثانياً: حالة التحريض بالأمر

يختلف التحريض بالأمر عن التحريض بالإكراه في الفقه الجنائي الإسلامي، لأنّ الإكراه يحمل في جوانبه معنى الخوف دائماً، كالتهديد بالقتل أو بأخذ المال، أما الأمر فهو على خلاف ذلك لا يلزم منه الخوف في مثل هذه الأشياء كما أنه لا يسلب الاختيار.

جاء في شرح الخرشي: "وعبر بالمأمور دون المكره؛ لأنه يلزم من الإكراه الخوف، بخلاف لفظ المأمور، والخوف بحبسٍ أو ضربٍ أو أخذ مالٍ، ولم يقيد فيما مرّ بالخوف؛ لأنه مع الإكراه لا يكون إلا خائفاً"⁽²⁾.

والتحريض بالأمر قد يكون الغرض منه ارتكاب جريمة من جرائم القصاص، أو جريمة من جرائم الحدود، وفيما يلي تفصيل القول من خلال المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: التحريض بالأمر في جرائم القصاص

أتناول في هذه المسألة التحريض بالأمر بشكل عامّ في كلّ من جرائم القصاص الواقعة على النفس (القتل) أو ما دونها كالجرح والضرب دون تفريق بينهما، ذلك أنّ الفقهاء عندما تحدثوا عن هذه المسألة عمّموا الحكم فيها على ما يقع على النفس أو على ما هو دونها، وكانت أقوالهم فيها واحدةً وأدلّتهم كذلك، وهذا قصد الاختصار وتجنب التكرار، فإذا أمر شخصٌ آخر بقتل ثالث، أو بقطع عضو منه أو جرحه، فإنّ الحكم في المسألة يختلف باختلاف حالة الأمر والمأمور.

أ- إذا كان للأمر سلطة على المأمور:

إذا كان للأمر سلطة على المأمور كالسلطان ومن هو في حكمه ممّن يملك سلطة إصدار الأمر، كالأب على ولده، والسيّد على عبده، فهنا تظهر حالتان تتعلقان بالمأمور

(1) الرملي، م.س، ج7، ص440.
(2) الخرشي، م.س، ج4، ص9، 14.

بحسب ما إذا كان يجهل تحريم ما أمر به كحسن النية والصبي والمجنون، أو كان مكلفا يعلم بحرمة ذلك ثم أقدم على فعل ما أمر به، ولكل حالة حكمها الخاص عند الفقهاء.

1- إذا كان الأمر حسن النية (جاهلا) لا يعلم بحرمة ما أمر به، كمن كان حديث عهد بالإسلام، وأقدم على ارتكاب الفعل المأمور به ظنًا منه أن الأمر بقتله أو قطعه يستحق ذلك لجرم ارتكبه، أو اعتقد بوجوب طاعة السلطان حتى في المعصية لجهله بها، أو كان الأمر مجنونًا أو صبيًا، ففي هذه الحالة يكون الأمر هو المستحق لعقوبة القصاص وحده دون الأمر، وهذا باتفاق الفقهاء⁽¹⁾.

• حجتهم:

- إن السلطان لا يباشر معاقبة المجرمين بنفسه، وإنما يتولى ذلك أعوانه، فإذا أمر شخصًا بقتل آخر بغير حقّ ونفّذه الأمر، فالحكم يتعلّق بالسلطان، ثمّ إنّ الغالب من حاله عند المخالفة السطوة على الأمر، فيُنزّل الأمر منزلة الإكراه وتكون تبعة القصاص إليه⁽²⁾.

جاء في ردّ المحتار: "واعلم أنّ الأمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة- وذكر منها- إذا كان الأمر سلطانًا أو أبا أو سيّدًا..."⁽³⁾.

وفي الشرح الكبير للدردير: "... وكأبٍ أمرَ ولدًا له صغيرًا، أو معلّمٌ أمرَ ولدًا صغيرًا بقتل حرٍّ فقتله، فالقصاص على الأب والمعلم دون الصغير لعدم تكليفه"⁽⁴⁾.

قال ابن عبد السلام: "ولو أمر السلطان العادل العالم بأحكام الشرع بقتل رجل بغير حقّ، فقتله الجلاد جاهلا بذلك، فالضمان يجب على الإمام دون الجلاد، وإن كان الجلاد مختارًا غير ملجئ؛ لأنه ولد فيه داعية القتل، إذ الغالب في أمره أن لا يكون إلا بحقّ، فالجلاد وإن كان مختارًا فلا إثم عليه ولا قصاص؛ لأنه يعتقد أنه مطيع لله...، فإذا كان

(1) ابن عابدين، م.س، ج6، ص132. القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص284. الشريبي، م.س، ج4، ص257. ابن قدامة، م.س، ج11، ص598.

(2) الحطاب، م.س، ج8، ص307. النووي، م.س، ج7، ص20، 21. ابن قدامة، ن.م.و.ص. ابن حزم، م.س، ج11، ص169.

(3) ابن عابدين، م.س، ج6، ص214.

(4) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص284.

الإمام جائراً ظالماً لم يَجْزُ للجَلاد امتثال أمره إلا إذا علم أو غلب على ظنّه أنه غالبٌ على أمره بالقطع أو القتل وغيرهما من العقوبات" (1).

2- إذا كان المأمور مكلفا يعلم بحرمة ما أمر به، وأقدم على ارتكاب الفعل، فالقاعدة في الشريعة أنّ طاعة الرئيس مقيدة بأن تكون في غير معصية، فإن كانت في معصية فلا طاعة له ولو كان الحاكم نفسه، فإذا أقدم المرؤوس على تنفيذ أمر رئيسه المخالف للشريعة وكان يعلم بأنه غير مباح له، كان هو المسؤول لصدوره فيما ليس له سلطان فيه، كما لا يجب على المرؤوس طاعته (2).

ولا يترتب على الأمر سوى الإثم، وهو قول الجمهور (3)، وقيل يعزّر (4).

• **الحجة:** - قوله ﷺ: " لا طاعة في معصية إنما الطاعة في معروف" (5).

- قوله أيضا: " السّمع والطاعة على المسلم فيما أحبّ وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة" (6). فالحديثان يدلّان على عدم امتثال الطاعة حال المعصية.

- إنّ غير السلطان لو أمره بالقتل فقتل، كان القصاص على المأمور المباشر بكل حال، علم أو لم يعلم؛ لأنه لا تلزمه طاعته وليس له القتل بحال وقد علم حرمة الفعل، فيلزمه القصاص من باب الأولى (7).

وهذا إذا لم يصل الأمر إلى حدّ الإكراه، فإذا بلغه كانا شريكين وعليهما عقوبة الجريمة (8).

ولا تختلف حالة الأمر عن حالة الإكراه عند جمهور المالكية ورواية عن الشافعية والحنابلة وأهل الظاهر متى كان الأمر صادرا عن السلطان، فكلاهما يقتص منه؛ لأنهم يرون أنّ الأمر الصادر عن السلطان بمنزلة الإكراه (9).

(1) ابن عبد السلام، م.س، ج2، ص266.

(2) الشيرازي، م.س، ج5، ص27، 28. وينظر محمد علي الهواري، م.س، ص537.

(3) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص284. النووي، م.س، ج7، ص20. ابن قدامة، م.س، ج11، ص599.

(4) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص518.

(5) البخاري، م.س، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، حديث رقم 7145، ج4، ص330.

ومسلم، م.س، كتاب الأمانة، باب وجوب طاعة الأئمة في غير معصية وتحريمها في معصية، حديث رقم 1840.

(6) البخاري، م.ن، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، حديث رقم 7144، ج4، ص329.

(7) ابن قدامة، م.س، ج11، ص599.

(8) الشربيني، م.س، ج4، ص12. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص518.

(9) الأبي، م.س، ج6، ص242. المرادوي، م.س، ج9، ص454. ابن حزم، م.س، ج10، ص511.

- قد صحَّ في اللغة والشرع أنَّ الأمر بقتلٍ أو بقطعٍ يُسمَّى قاتلاً أو قاطعاً، وقد أمر الرسول ﷺ برجم الزاني فسُميَ راجماً مع أنه أمر به وتولاه غيره، وأمر بقطع السارق فسُميَ قاطعاً وقد تولاه غيره أيضاً، أما المأمور فلأنه باشر الفعل فصَحَّ القول أنهما قاتلان وقاطعان⁽¹⁾.

ويُلحق الحنفيةُ الأمرَ بالإكراه متى كان صادراً عن السلطان أو الحاكم ومن هو في حكمهما وإن لم يتوعدَّ المأمور بشيء، وبالتالي يصير الفعل منسوباً إلى الأمر؛ لأنَّ المأمور في هذه الحالة كالآلة ليس عليه شيء⁽²⁾.

وبذلك يتضح أنَّ الحنفية يخالفون الجمهور في هذه المسألة وفي هذه الحالة.

جاء في المبسوط: "ولو أمره بقتله ولم يكرهه على ذلك، إلا أنه يخاف إن لم يفعل أن يقتله، ففعل ما أمر به كان ذلك بمنزلة الإكراه؛ لأنَّ الإلجاء باعتبار خوفه التلّف على نفسه إن امتنع من الإقدام على الفعل، وقد تحقق ذلك ههنا، ومن عادة المتجبرين الترفع عن التهديد بالقتل، لكنهم يأمرّون ثم يعاقبون من خالف أمرهم بالقتل، فباعتبار هذه العادة كان الأمر من مثله بمنزلة التهديد بالقتل"⁽³⁾.

ب- إذا لم يكن للأمر سلطة على المأمور:

إذا لم يكن للأمر سلطة على المأمور ووقف دوره عند حدِّ الأمر وكان المأمور مكلفاً، ولم يصل أمره إلى درجة الإكراه، فقد اتفق الفقهاء على أنَّ المأمور هنا هو المباشر، وعليه وحده عقوبة الجريمة التي باشرها، دون الأمر الذي يعتبر آثماً ويعزره الإمام على تحريضه بما لا يتجاوز عقوبة الجريمة محلَّ التحريض⁽⁴⁾.

وحُجبتهم في ذلك أنَّ غير الإمام لا تلزم طاعته، وعليه فلا متعلّق للإكراه هنا فارتفعت الشبهة الدارئة للقصاص عن شخص المكره، ولأنَّ المأمور ليس له القتلُ بكلِّ حالٍ خلافاً للسلطان والإمام المكلفان شرعاً بإقامة الحدود، فلهما القتل للردّة والزنا وقطع الطريق واستفاء

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، م.س، ج2، ص579. البهوتي، كشاف القناع، م.س، ج5، ص518. ابن حزم، م.س، ج10، ص511.

(2) ابن عابدين، م.س، ج6، ص214.

(3) السرخسي، م.س، ج24، ص76، 77.

(4) الكاساني، م.س، ج7، ص176. الخرشي، م.س، ج4، ص11. الشيرازي، م.س، ج5، ص28. ابن قدامة، م.س، ج11، ص599. ابن حزم، م.س، ج11، ص169.

القصاص للناس، وما دام الأمر في هذه الحالة ليس سلطانا فالمأمور ليس عليه شيء من ذلك، فكان الفعل منه تعدّيًا يوجب عقابه بالمثل سدًا لباب الاعتداء⁽¹⁾.

كذلك فإن الأحكام للأسماء، ولا خلاف أنّ الأمر هنا لا يصدّق عليه اسم قاتلٍ أو قاطعٍ أو جالدٍ، لذا فلا شيء عليه، بخلاف المباشر الذي يقع عليه مسمى هذه الأشياء⁽²⁾.

وبعاقب المالكية الأمر بالقصاص متى ظهر على مسرح الجريمة لحظة تنفيذها؛ لأنه شريك في الجريمة، المأمور لمباشرة الفعل والأمر لتواجده على مسرحها وحضوره تنفيذها بقصد؛ إذ بإمكانه تخليص المجني عليه لكنه امتنع⁽³⁾، وحجته أنه لما لم تلزمه طاعة غير الحاكم لم يكن له عذر في قتله⁽⁴⁾، من باب الجريمة السلبية كما يقول فقهاء القانون.

المسألة الثانية: التحريض بالأمر في جرائم الحدود (السرقه)

القاعدة عند الفقهاء في هذه المسألة أنه إذا اجتمع المباشر مع المتسبب أضيف الحكم إلى المباشر⁽⁵⁾، وهي قاعدة كلية هامة في الضمان لا يكاد يخلو منها كتاب فقه. وفي ذلك يقول صاحب الفوائد الجنية⁽⁶⁾:

وحيثما السبب والمباشرة يجتمعان فقدّم الأخره

ويقصد بالآخرة هنا المباشرة؛ لأنها أقوى فلا يُعزّم إلا من باشر، وسواء بلغ تحريض المتسبب درجة الإكراه أم كان مجرد أمر؛ لأنّ هذه الجرائم مما لا يمكن تحصيله بألة الغير، والقاعدة أنّ ما لا يمكن تحصيله بألة الغير لا تجب عقوبته على الأمر، إنما يختص بها المباشر وحده إذا كان أهلا للعقاب واكتملت شروطه، في حين يكون المحرّض محلّا للمساءلة والعقاب تعزيرا؛ لأنه ارتكب معصية لا حدّ فيها فيعزر بحسب درجة جرمه.

وسأكتفي في هذه المسألة بتناول التحريض بالأمر في جريمة السرقة، دون الحرابة التي سبقت الإشارة لحكم الردء فيها؛ لأنها مما يمكن تحصيلهما بألة الغير خلافا لباقي الحدود.

(1) ابن قدامه، م.س، ج11، ص599.

(2) ابن حزم، م.س، ج11، ص169.

(3) الخرشي، م.س، ج4، ص11.

(4) الكاساني، م.س، ج7، ص176. الأبي، م.س، ج6، ص242. الشيرازي، م.س، ج5، ص28.

(5) ابن نجيم، غمز عيون البصائر، م.س، ج1، ص466.

(6) أبو الفيض الفاداني، م.س، ج2، ص356، 357.

وإذا كانت القاعدة في جرائم الحدود أنّ الحدّ يجب على المباشر، فإنّ بعض الفقهاء استثنى جريمتي السرقة والحراية من حكم هذه القاعدة؛ فلا يُنظر إلى كلّ فاعل فيهما نظرةً مستقلةً، والغالب في جريمة الحراية أن تتحقق بالمعاوضة والمناصرة من قبل الرّدء أو المُعين للشخص المباشر⁽¹⁾.

ومن هنا كان اختلاف الفقهاء عن مدى إلحاق حكم المتسبب بالتحريض وبالإعانة بحُكم المباشر في هاتين الجريمتين، وأتناول هنا حكم الشريك المتسبب في جريمة السرقة، خاصة إذا كان اشتراكه متوقفاً على الأمر بها، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة ويمكن إرجاعه إلى قولين:

أ- **القول الأول:** للجمهور؛ وهم المالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر⁽²⁾، وهؤلاء يفرّقون بين حالتين؛ بين ما إذا كان المأمور مكلفاً أو غير مكلف.

الأولى: إذا كان المأمور بالسرقة مكلفاً

لا حدّ على الأمر لكنه يعزّر، أما المأمور المباشر فيقام عليه الحدّ، للحجج الآتية:

1- المباشرة شرطٌ لإقامة الحدّ، وليس على الأمر سوى التعزير؛ لارتكابه معصية منهي عنها، ما دام الأمر لم يصل إلى حدّ الإكراه، فإن بلغه طبقت عليه أحكام الإكراه⁽³⁾.

2- إنّ الأحكام للأسماء والأمر لا يطلق عليه اسم السارق، فكيف يُحكم عليه بعقوبتها؟ وخلافاً للمأمور المباشر الذي يقع عليه مسمى هذه الأشياء لغة وعرفاً، فيستحق عقوبة الحدّ وحده، وإقامة القطع في السرقة تتوقف على إخراج المال من حرزه إذا بلغ نصاباً، والأمر لم يتولّ بنفسه إخراج المال وإنما قام به المأمور⁽⁴⁾.

الثانية: إذا كان المأمور غير مكلف

إذا كان المأمور غير مكلف كالمجنون والصبي، وأمره المكلف، أو قام هو بتتقيب الحرز ثمّ أمره بإخراج المتاع، فالحدّ على الأمر ولا شيء على المأمور⁽⁵⁾ للحجج الآتية:

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص91.
(2) الدسوقي، م.س، ج4، ص342، 343. الشيرازي، م.س، ج5، ص28. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص129. ابن حزم، م.س، ج11، ص169.
(3) الدسوقي، م.س، ص343.
(4) ابن حزم، م.س، ج11، ص169.
(5) الشيرازي، م.س، ج5، ص419. ابن قدامة، م.س، ج12، ص470.

الفصل الثالث: الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

1- قوله عليه السلام: "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق"⁽¹⁾.

2- إنّ المأمور بالسرقة لا يعدوا أن يكون آلة في يد الأمر والمباشر غير مميّز، ولما كانت السرقة مما يتصور تحصيلها بآلة الغير عدّ الصبي أو المجنون آلة السرقة⁽²⁾، والأمر هو المباشر لها حكماً فصار بمثابة الفاعل المعنوي للسرقة⁽³⁾.

جاء في المذهب: "ولو أمره بسرقة مال فسرقه لم يجب الحدّ على الأمر؛ لأنّ الحدّ لا يجب إلا بالمباشرة والقصاص يجب بالمباشرة وبالتسبب"⁽⁴⁾.

ب- القول الثاني: وهو قول الحنفية ويرون بأنّ الأمر لا حدّ عليه حتى ولو كان المأمور غير مكلف⁽⁵⁾، وحجته الأدلة الآتية:

1- شرط القطع يتحقق بالمباشرة، كأن يتولى السارق الدخول إلى الحرز وإخراج المتاع منه، وقد وُجد ذلك من المباشر أما غيره فمعين، والحدّ يجب على المباشر لا على المعين، فإذا ضُبط المباشر في الحرز ولم يخرج بالمتاع فلا حدّ عليه؛ لأنّ الأخذ يحصل بإثبات اليد، ولا يتمّ ذلك إلا بالإخراج وطالما لم يوجد ذلك فلا حدّ.

2- الحدّ يدرأ عن الجميع إذا شارك السارق صبيّاً أو مجنون، ولو شاركهم في النقب والإخراج؛ لأنّ السرقة واحدة وقد حصلت ممّن يجب عليه القطع مع من لا يجب عليه، فيسقط القطع على الجميع، قياساً على العائد والمخطئ إذا اشتركا في القتل أو الجرح، فكان إخراج المكلف كإخراج غير المكلف لاتحادهم في الفعل، وعليه فالحدّ لا يجب على المكلف إذا أمر مجنوناً أو صبيّاً بالسرقة عند الحنفية⁽⁶⁾.

(1) ابن ماجه، السنن، م.س، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، حديث رقم 2041، ج3، ص198.

(2) ابن قدامة، م.س، ج12، ص470.

(3) الشيرازي، م.س، ج5، ص28، 419..

(4) م.ن، ص28.

(5) الكاساني، م.س، ج7، ص66 وما بعدها.

(6) م.ن، ص67.

ج- المناقشة والترجيح:

يبدو أنّ ما ذهب إليه الأحناف من إسقاط الحدّ عن الأمر المكلف، بدعوى أنه اشترك مع من لا يجب عليه القطع، رأي جانبه الصواب بل هو رأي خطير وغير سديد؛ ذلك أنه قد يفتح باب السرقة على مصراعيه أمام المجرمين للاعتداء على أموال الناس وأغراضهم دون أن تطالهم يد العقوبة، ولأنّ العفو عن الأمر بحجّة أنه لم يباشر السرقة وأنّ المباشر ليس أهلا للعقاب، يترتب عنه إفلات المجرمين الحقيقيين من العقاب، لأنّهم سيلجأون إلى استغلال الأحداث، من صغار السنّ ومن في حكمهم من المعتوهين والمجانين في تنفيذ جرائمهم وتحقيق مأربهم، ويكونون في مأمن من أن تتألم العقوبة.

وفي ذلك تعطيل للحدود، أضف إلى ذلك أنه لا يتفق وأحكام الشريعة ومقاصدها من تشريع الحدود، والتي تقضي بأن لا تبقى جريمة دون عقاب، وبذلك يترجّح قول الجمهور؛ لأنّهم لم يستثنوا الأمر من الحدّ إلا إذا كان المأمور مكلفا وأهلا للعقوبة، فيعاقب تعزيرا لتسببه ويحدّ المأمور لمباشرته؛ لأنّه وُجد لديه دافع إلى الجريمة بمحض إرادته واختياره.

الفرع الثالث: موقفه القانون الجزائري من حالتَي التحريض بالإكراه والأمر

أولا: موقفه من حالة التحريض بالإكراه

نصّ المشرع في المادة 41 عقوبات على وسائل التحريض، وذكرها على سبيل الحصر كما فعل نظيره الفرنسي والأردني⁽¹⁾، وجاء نصّها: "يعتبر فاعلا كل من ...، أو حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي".

باستقراء هذه المادة يتبيّن بأنّ المشرّع الجزائري نصّ على الإكراه ضمن وسائل التحريض في قوله: "أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية"؛ لأنّ التهديد يعني الضغط والتأثير على إرادة الغير ودفعه إلى ارتكاب الجريمة مهما كانت وسيلته، ما دامت تؤدّي في النهاية إلى تحقيق الغرض المطلوب وهو الجريمة، وهو ما يدلّ عليه تعبير الإكراه

(1) المادة 60 من القانون الفرنسي، والمادة 80 فقرة 1 من القانون الأردني. ينظر د. حسين بني عيسى، م.س، ص 64.

الفصل الثالث: الاهتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

في الفقه الإسلامي، كالتهديد بالقتل أو إلحاق الأذى بأحد أفراد أسرته أو إفشاء سر من أسراره لا يرغب في إفشائها، كما يُشترط فيه أن يكون سابقا على ارتكاب الجريمة⁽¹⁾.

والملاحظ أنّ التهديد في الفقه الإسلامي إذا كان بضربٍ أو بحبسٍ أو بقتلٍ لا يعتبر إكراها في جريمة القتل، وإنما يعدّ كذلك في جريمة السرقة أو شرب الخمر، كما لا يعتبر إكراها التهديد بالشتيم والسبّ والقذف وهذا باتفاق الفقهاء⁽²⁾.

ثانيا: موقفه من حالة التحريض بالأمر

الثابت فقها وقضاء في جميع التشريعات أنّ الجريمة إذا اكتملت أركانها، فإنّ الجاني يعاقب على الفعل الذي ارتكبه، لكنّ المشرّع الجزائري أورد بعض الحالات ضمن ما أطلق عليه "الأفعال المبررة" أو ما يسمى فقها "أسباب الإباحة" في المادتين 39 و40 من ق.ع، والتي تمحو وصف الجريمة أصلا، وتجعلها كأن لم تكن رغم توافر ركنها المادي، فقد نصّت المادة 39 فقرة 1: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون".

يتضح من أول المادة "لا جريمة" أنها تدلّ على نفي التجريم في الفعل...، والفعل إذا أتاه الشخص تنفيذا لِمَا أمر أو أذن به القانون، أو تنفيذا لأمرٍ صادرٍ ممّن له سلطة عليه، فلا يعدّ فعله جريمة؛ لأنه تعلق به سبب من أسباب الإباحة تمحو عنه وصف التجريم، ويصبح الفعلُ جائزا قانونا، رغم توافر الركن الأساسي فيه وهو الركن المادي⁽³⁾.

ويعدّ هذا الشرط من الفروق المميّزة لأسباب الإباحة عن موانع المسؤولية الجزائية التي يبقى معها وصف الجريمة قائما، لكن تنتفي معها المسؤولية الجزائية عن الجاني فقط⁽⁴⁾.

ثم إنّ الأمور إذا كان غير مسؤول جزائيا بأن لم يتوافر لديه القصد الجنائي كحَسَن النية أو الصبي أو المجنون، ففي حالة الجنون مثلاً يذهب القانون الجزائري هو الآخر إلى إعفائه من المسؤولية والعقاب لانعدام القصد والاختيار لديه أو التكليف أصلا، متى توافرت شروطه وهي فقدان الوعي أو الاختيار، ومعاصرة الجنون للحظة ارتكاب الجريمة⁽⁵⁾.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص205.

(2) عودة، م.س، ج1، ص565، 566.

(3) د. منصور رحمان، م.س، ص219.

(4) أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص176.

(5) د. منصور رحمان، م.س، ص204.

وتتص المادة 47 من ق.ع.ج: " لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة"، وبالمقابل يحمل الأمر المسؤولية؛ لأنه هنا بمثابة الفاعل المعنوي الذي قام بتسخير غير مسؤول كأداة لتنفيذ أغراضه الإجرامية، طبقا للمادة 45 منه⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أولا: أوجه الاتفاق

ينفق الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري في اعتبارهما مبدئيا الإكراه والأمر من وسائل التحريض على الجريمة، ويتضح الاتفاق بينهما أكثر بخصوص بعض أحوال التحريض بالأمر، فكلاهما يعفي المأمور من المسؤولية والعقاب متى كان صادرا ممن له سلطة عليه، كالسلطان أو ممن تجب طاعته، ولم يكن المأمور أهلا للمساءلة الجنائية كالصبي غير المميز والمجنون والشخص حسن النية (الجاهل) الذي لا يعلم بحرمة ما أمر به، فالعقوبة توقع على الأمر دون المأمور في مثل هذه الأحوال في كليهما.

ثانيا: أوجه الاختلاف

بالنسبة للإكراه يختلفان بخصوص أحكامه في المسائل التفصيلية، ففقهاء الشريعة ينظرون إلى صفة المكره وشخص المكره ونوع الإكراه، ويجعلون الأحكام المترتبة تختلف باختلاف هذه المظاهر، أما القانون الجزائري فلم يميز بين هذه الأحوال وجعل لها حكما واحدا يجمعها، يتمثل في إعفاء شخص المكره من العقوبة باعتبار الإكراه أحد موانع المسؤولية وتحميلها للمكره، وهنا يظهر مدى الفارق والدقة الذي تتميز به أحكام التشريع الإسلامي في عرض الأحكام التفصيلية للإكراه في المسائل الجزئية مقارنة لها بالقانون.

أما بالنسبة للتحريض بالأمر فالفقه الجنائي الإسلامي يفرق بين الأمر في مسائل القصاص عنه في مسائل الحدود، ويختلف الحكم تبعا للموضوع الذي يقع عليه التحريض، ففي مسائل القصاص إذا كان الأمر هو السلطان وكان المأمور يعلم حرمة الفعل الذي صدر إليه وقام بتنفيذه، فيرى أنّ الأمر لا يُطاع إذا كان أمره في معصية، وبالتالي يُقتصّ

(1) د. منصور رحمانى، م.س، ص204.

الفصل الثالث: الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

من المأمور إذا باشر الفعل؛ لأنه لا طاعة في معصية إنما الطاعة في معروف، ويعاقب الأمر هنا تعزيراً لارتكابه معصية لا حدّ فيها ولا كفارة⁽¹⁾.

أما في مسائل الحدود فالقاعدة في الفقه الجنائي الإسلامي أنّ الحكم يضاف إلى المباشر إذا كان أهلاً للعقاب وتوافرت فيه الشروط اللازمة للحدّ منه؛ لأنّ هذه الجرائم مما لا يمكن تحصيله بألة الغير، وعليه يختصّ بالعقوبة المباشر، بينما يعاقب المحرّض تعزيراً، واستثناءً بعضُ الحدود كالسرقة والحراقة فهي ممّا يمكن تحصيلها بألة الغير كما مرّ آنفاً⁽²⁾.

أما القانون الجزائري فيرى تنفيذ المكلف للأمر الصادر إليه من السلطة المختصة فعلاً مبرراً لا عقاب عليه، كتفويض حكم صادر بالإعدام مثلاً، فلا يعدّ فعله جريمة؛ لأنّه يدخل ضمن أسباب الإباحة التي نصّ عليها قانون العقوبات كما في المادة 39 عقوبات، أما إذا كان هناك إساءة لاستغلال السلطة أو الولاية، فإنه يشكّل إحدى وسائل التحريض طبقاً لنص المادة 41 ق.ع التي يعاقب فيها المحرّض بصفته فاعلاً أصلياً. وبخصوص وسائل التحريض فالفقه الجنائي الإسلامي لم يحدّد له وسيلة معينة، أما المشرع الجزائري فقد ذكرها على سبيل الحصر في نص المادة 41 ق.ع، بحيث لا يقع بدونها من الوسائل الأخرى، وهذا التحديد على أساس أنها التي يغلب اللجوء إليها.

ومما سبق وإجابة عن السؤال المطروح آنفاً يمكن القول بأنّ الفقه الجنائي الإسلامي يختلف عن القانون الجزائري بخصوص التحريض، فالتشريع الجنائي الإسلامي يعتبره من صور الاشتراك بالتسبب كما هو الحال لدى أغلب التشريعات الوضعية، ويقع بطريق الإكراه والأمر أو بأية وسيلة أخرى، أما القانون الجزائري فقد أدرجه ضمن صور الاشتراك المباشر أو المساهمة الأصلية في الجريمة وقام بحصر وسائله.

وفي مقام المفاضلة فإنّي أرجّح طريقة الفقه الإسلامي في معالجة أحكام جريمة التحريض، نظراً للدقة والوضوح الذي ظهر في تناول مسأله التفصيلية، كما أرجّح عدم حصر وسائل التحريض كما فعل القانون الجزائري، وأنّ وقوعه بكل الوسائل هو الأولى بالأخذ وقف ضوابط محدّدة قانوناً وبحسب سلطة القاضي التقديرية وقناعته الشخصية.

(1) القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص284.
(2) تنظر الصفحة 354 وما بعدها من هذا الفصل.

المطلب الثاني: الاشتراك بالمساعدة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري
المساعدة هي إحدى أهم طرق الاشتراك بالتسبب التي تلاقت عندها كافة التشريعات الجنائية بما فيها الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، فلا يوجد قانون تخلو أحكامه من نصوص تعاقب عليها.

وسأقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع أتناول في الفرع الأول تعريف المساعدة لغة واصطلاحاً، وفي الفرع الثاني أبين صورها، وأجعل الفرع الثالث لأحكام الاشتراك بالمساعدة فيهما، والفرع الأخير يكون للموازنة والمقارنة بينهما.

الفرع الأول: تعريف المساعدة لغة واصطلاحاً

أولاً: المساعدة لغة

المساعدة أو الإعانة في اللغة مسميان لمعنى واحد والمراد بها: النصرة والمساعدة على القيام بالعمل، جاء في لسان العرب: "العون: الظهير على الأمر، ورجلٌ معوان حسن المعونة وكثير المعونة للناس وتعاوننا أعان بعضنا بعضاً"⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿ وَإِنْ تَوَلَّوْا فَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ مَوْلَكُمْ نِعَمَ الْمَوْلَىٰ وَنِعَمَ النَّصِيرِ ﴾⁽²⁾.

قال الزجاج في تفسير الآية: " والمعنى: فإن أقاموا على كفرهم وعداوتهم فاعلموا أن الله مولاكم؛ أي المولى لكم، فلا تضرّكم معاداتهم"⁽³⁾.

ثانياً: المساعدة اصطلاحاً

أ- المساعدة في الفقه الجنائي الإسلامي:

لم أقف على تعريف للمساعدة عند الفقهاء إلا أنهم أشاروا إليها في معرض حديثهم عن بعض صور الاشتراك، كالإمساك للمجني عليه في جريمة القتل والمساعدة على نقب الحرز والمناولة في جريمة السرقة وغيرها، ممّا يدلّ في عمومها على معنى المساعدة أو تقديم المساعدة بأيّ فعل يسهّل للمباشر ارتكاب الجريمة.

عرّفها أحمد المشهداني بقوله: " أن يعين الشخص غيره على ارتكاب الجريمة ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل ودون أن يباشر فعل الجريمة"⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور، م.س، ج4، ص3189.

(2) الأنفال، آية 40.

(3) الزجاج، م.س، ج2، ص413.

(4) محمد أحمد المشهداني، الوجيز في التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الورّاق للنشر والتوزيع، الأردن، ط1،

2004م، ص247.

وعرّفها عبد الفتاح خضر وهو من المعاصرين بقوله: "المساعدة: إغاثة الجاني بأي وجه من الوجوه في سبيل تنفيذ جريمته، تامّة أو في صورة شروع"⁽¹⁾.

يتضح من هذين التعريفين بأنّ المساعدة وسيلة اشتراك بالتسبب لارتكاب الجريمة، يُسهم فيها الشريك مع المباشر بأفعال لا تدخل ضمن الركن المادي لها، ويعتبر مساعداً من ساهم مع الشريك المباشر في وقوعها دون أن تشكّل مساعدته عملاً تنفيذياً تجعل مرتكبها شريكاً مباشراً أو فاعلاً أصلياً بالتعبير القانوني.

والمتمعن في موضوع المساعدة عند الفقهاء يلاحظ أنهم يربطونها دائماً بالركن المادي للجريمة والذي يختلف من جريمة إلى أخرى، كما أنّ القواعد المبيّنة للكيفية التي وقعت بها الجريمة هل هي من المباشرة أو من التسبب لها دور كبير في ذلك، وتتلخّص هذه القواعد في أنّ المباشرة إذا اجتمعت مع السبب يكون لها ثلاثة أحوال بخصوص تضمين المباشر أو المتسبب أو هما معاً، فإما يغلب أحدهما على الآخر أو يعتدلاً، فمن يرى المباشرة أقوى من السبب في بعض الجرائم لا يعاقب المُعين بعقوبة المباشر، ومن يراها معتدلين يساوي بينهما في العقوبة⁽²⁾.

ب- المساعدة في الفقه الوضعي والقانون الجزائري:

لم تتفق كلمة فقهاء القانون على استعمال واحد لتعبير "المساعدة" فهناك من تبنى هذا التعبير كقانون العقوبات الجزائري⁽³⁾، وهناك بعض القوانين عبّرت عنه بلفظ "التدخّل"⁽⁴⁾. وفيما يلي أذكر بعضاً من هذه التعريفات:

عرّفها الدكتور جلال ثروت: "المساعدة هي تقديم العون بأي وسيلة كانت، عندما تقع الجريمة بناء عليه"⁽⁵⁾.

وعرّفت محكمة النقض المصرية الشريك بالمساعدة بقولها: "يتحقق بتدخّل الشريك مع الفاعل تدخلاً مقصوداً يتجاوب صده مع فعله، ويتحقق فيه معنى تسهيل ارتكاب الجريمة الذي جعله الشارع مناطاً لعقاب الشريك"⁽⁶⁾.

(1) عبد الفتاح خضر، م.س، ص 204.

(2) د. خالد بن مفلح آل حامد، م.س، ص 39.

(3) تنظر المادة 42 المعدلة من قانون العقوبات الجزائري.

(4) د. حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص 326.

(5) د. جلال ثروت، م.س، ص 349.

(6) نقض 13 يناير مجموعة أحكام محكمة النقض، س 20، رقم 24، ص 108. وينظر جلال ثروت، م.س، ص 349.

وعرّفت المادة 42 ق.ع.ج الشريك بالمساعدة دون أن تعرّف المساعدة بقولها: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك".

وألحقَ المشرع الجزائري طبقا للمادة 43 ما اعتبره في حكم الشريك بالمساعدة، وهو الذي يعتاد على إيواء الأشرار ومساعدتهم ممن يمارسون أعمال العنف واللصوصية ضد الأمن العام أو ضد الأشخاص والأموال، وكان على علم بسلوكهم الإجرامي.

يُستفاد من المادة 42 أنّ المساعدة تتحقق مهما كانت صورها، يقدمها الشريك إلى فاعل الجريمة لمعاونته على ارتكابها فتقع بناء عليها، والدليل عبارة المادة السابقة " ولكنه ساعد بكلّ الطرق أو عاون الفاعل...".

كما يستفاد من النصّ أعلاه أنّ المشرّع لم يحصر المساعدة في أعمال محددة، بل جعلها تتسع لتشمل كل عمل يقوم به الشريك لمساعدة الفاعل، ما دامت تدخل في الأعمال التحضيرية أو الأعمال المسهلة أو المنفذة للجريمة. وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "إنّ العناصر المكونة لجريمة المشاركة هي المساعدة بكافة الطرق على الأعمال التحضيرية أو المسهّلة أو المنفّذة، وأنّ خلوّ الإدانة من إبراز كيفية أو طريقة مساعدة الفاعلين يجعله غامضا يترتب عنه النقض"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: صور المساعدة في ارتكاب الجريمة

للمساعدة صور متعددة تختلف باختلاف المعايير المتبعة في التكيف، فباعتبار الوقت الذي تقدّم فيه تكون إما مساعدة سابقة أو معاصرة، وهي تشكّل الاشتراك بمعناه الحقيقي طبقا للمادة 42 ق.ع.ج، ونوع لاحق على تنفيذ الجريمة وهو الاشتراك الحكمي وقد نصّت عليه المادة 43 منه.

أولا: صور المساعدة حسب وقت تقديمها

المتّمع جيدا في نص المادة 42 يدرك أنّ أعمال المساعدة يجب أن تكون إما سابقة على التنفيذ كتزويد الفاعل المباشر ببندقية أو سكين لارتكاب القتل بهما، وترك الخادم باب مخدومه مفتوحا لتمكين اللصوص من سرقة، وإما معاصرة للتنفيذ كمن يتولى إلهاء الحارس

(1) قرار رقم: 277625 بتاريخ: 10-10-2002.

أثناء قيام زملائه بسرقة المكان، وقد تكون متممة كمن يتولى نقل السارقين بسيارته وإبعادهم عن مسرح الجريمة، وهي التي وصفها المشرع في هذه المادة بأنها المساعدة على ارتكاب الأعمال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة للجريمة⁽¹⁾.

وعليه فالمساعدة لا بدّ أن تتمّ قبل شروع الفاعل الأصلي في الجريمة أو أثناءها، ومن التشريعات التي أخذت هي الأخرى بمسلك التشريع الجزائري أذكر التشريع المصري⁽²⁾ والسوداني⁽³⁾ والعراقي⁽⁴⁾، وقد تكون لاحقة على الجريمة كما في بعض التشريعات، وأوضح فيما يلي أشكال هذه المساعدة بشيءٍ من التفصيل.

أ- المساعدة السابقة: وهي التي تقدّم للفاعل قبل وقوع الجريمة لتسهيل ارتكابها، وتردّ على الأعمال المجهزة لارتكاب الجريمة كتقديم معلومات للفاعل يستغلها في الإعداد للجريمة، كإرشاد القاتل إلى كيفية إعداد المادة السامة في القتل، أو تقديم معلومات عن المكان المراد سرقتها وكيفية الدخول إليه، أو إعطاء الفاعل أسلحة أو آلات لاستعمالها في جريمته، أو بمفاتيح مصطنعة في السرقة، أو نقل الجاني بالسيارة إلى مكان الجريمة، وتختلف هذه الأعمال باختلاف الجرائم وتعدّد أحوالها التي لا يمكن حصرها⁽⁵⁾.

وبوجه عام يعدّ من قبيل الاشتراك بالمساعدة كلّ عملٍ من شأنه تسهيل ارتكاب الجريمة، مع إدراك أنّ هذه الأعمال ستُعين الفاعل على ارتكاب جريمته، بشرط أن لا يتوقف الفاعل عندها بل يشرع في التنفيذ، وهذا ما أخذ به القضاء في فرنسا لما قضى بأنّ صاحب مستودع لتصليح المركبات قام بتزوير عدّاد سير سيارة، وهي السيارة التي باعها صاحبها في سوق السيارات المستعملة، يعدّ بمثابة شريكٍ بالمساعدة⁽⁶⁾.

ب- المساعدة المعاصرة:

وتتمّ بأفعال تتزامن ووقت تنفيذ الجريمة؛ أي أنها أعمال المساعدة المعاصرة التي لا تقتصر على الأعمال السابقة لوقوعها، وإنما تمتدّ لتشمل تلك المعاصرة لها بحيث تتزامن مع

(1) د. جلال ثروت، م.س، ص 350.

(2) المادة (40/ ثالثا) عقوبات مصري.

(3) المادة (82/ ثالثا) عقوبات سوداني.

(4) المادة (45) عقوبات عراقي.

(5) د. رضا فرج، م.س، ص 322.

(6) د. أحسن بوسقيعة، م.س، ص 157.

المراحل الأخيرة لتنفيذها، كمن يشهد على ورقة يعلم تزويرها يعدّ شريكا بالمساعدة في الأعمال المنفذة لجريمة التزوير، ومن يعرقل مطاردة الشرطي للجاني قصد تسهيل فراره⁽¹⁾.

ومن يمنع الناس إسعاف المجني عليه المصاب بطعنات قاتلة من قبل زميله، ليزيل بذلك العقبات التي تعترض سير الجريمة في مراحلها الأخيرة حتى تتحقق النتيجة⁽²⁾.

وهنا يطرح تساؤل حول ما إذا كانت المادة 42 ق.ع.ج تشترط في المساهمة التبعية عدم الاشتراك المباشر، وباعتبار أنّ الأعمال المسهّلة أو المنفّذة تقع معاصرة لارتكاب الجريمة، فكيف يمكن القول بأنّ الذي يقوم بها يعدّ شريكا وليس فاعلا أصليا لها؟

هذه الأعمال تثير في الواقع مشكلة كبيرة وهي التمييز بين فعل الفاعل الأصلي وفعل الشريك؛ لأنّ الأعمال المسهّلة أو المنفّذة للجريمة تكون بطبيعتها معاصرة لارتكابها، وذلك يجعلها تختلط بالأعمال التنفيذية التي تجعل من مرتكبها فاعلا أصليا لا مجرد شريك. فكيف يمكن التمييز بين نوعي المساعدة المعاصرة؛ أي بين الأفعال التي تعتبر مساهمة أصلية في الجريمة وتلك التي تجعل من مرتكبها شريكا تبعا؟

سبق القول في الفصل التمهيدي بأنّ معيار التمييز بين الفاعل والشريك يكمن في معيار الشروع، فمن يقتصر دوره على مجرد البدء بالأعمال التحضيرية للجريمة فهو شريك، بينما الذي يتمثل دوره في فعل من قبيل الشروع في تنفيذ الجريمة فهو فاعل أصلي، إلا أنّ تطبيق هذا المعيار في التمييز بين الفاعل والشريك بالمساعدة في الأعمال المسهّلة أو المنفّذة يطرح عدّة صعوبات لدقّة التفرقة بين الأفعال التي تقع على مسرح الجريمة.

يرى جانب من الفقه أنّ أفعال المساعدة المعاصرة التي تجعل من صاحبها شريكا في الجريمة، هي التي تحدث وقت ارتكابها لكن في غير مكان وقوعها، ومتى كان الشريك بالمساعدة المعاصرة بعيدا عن مسرح الجريمة، فذلك يجعله شريكا تبعا ولو أنه قام بعمله في الوقت الذي وقعت فيه الجريمة، أما المساعدة التي تجعل صاحبها فاعلا أصليا فهي التي تحدث لحظة وقوع الجريمة وفي مكان وقوعها، كمن يعترض طريق المجني عليه لتمكين زميله الذي يترصد له من أجل قتله، وهي المساعدة التي يطلق عليها القانون الإنجليزي "الفاعل من الدرجة الثانية"⁽³⁾.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص216.

(2) د.حسن محمد ربيع، م.س، ص416.

(3) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص82.

وقد جرى القضاء في فرنسا على أنّ المساعدة المعاصرة للجريمة تجعل صاحبها فاعلا أصليا مساعدا وليس شريكا، دون تمييز بين صور هذه المساعدة، كما اعتبر الذي يراقب الطريق أثناء ارتكاب السرقة فاعلا أصليا مساعدا، ورغم ما وُجّه لقضائها من نقدٍ من قبل الفقهاء إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية لم تعدّل من موقفها⁽¹⁾.

وعلى العموم فإنّ حالات المساعدة المعاصرة التي يُعدّ صاحبها شريكا قليلة؛ لأنّ أغلبها يقع متزامنا في مكان الجريمة، مما يجعله يكتسب صفة المساهم الأصلي لا التبعي. أما في القانون الجزائري وطبقا للمادة 41 عقوبات يتضح بأنّ المشرع قد توسع كثيرا في معيار التمييز بين الفاعل والشريك، ولا يبدو هذا التوسع إلا في الاشتراك بالمساعدة حيث يتطلب الأمر تواجد الشريك مع الفاعل على مسرح الجريمة لحظة اقترافها؛ لأنّ هذا التواجد بلا شك يعدّ مساهمة مباشرة، لقيام علاقة زمانية ومكانية بين فعل الفاعل ونشاط الشريك طبقا للمادة 41، ولما ذُكر عند الحديث عن معيار التمييز بين الفاعل والشريك⁽²⁾.

والأمر نفسه في قضاء محكمة النقض المصرية؛ أي إلى توسيع نطاق المساهمة الأصلية باعتبار من يقدم المساعدة وقت ارتكاب الجريمة وفي مكانها فاعلا أصليا⁽³⁾.

ج- المساعدة اللاحقة:

إذا كانت أعمال المساعدة لاحقةً على ارتكاب الجريمة فالأصل أنّ عنصر الاشتراك فيها يندفع، ولا تعدّ اشتراكا بالمعنى الصحيح، وإنما هي أعمال تشكل جرائم مستقلة بذاتها لها تكييفها الخاص باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾، وهو ما أخذت به غالبية التشريعات العقابية ومنها التشريع الجزائري⁽⁵⁾، كما في جريمة الإخفاء المنصوص عليها في المادة 387 ق.ع.ج المتعلقة بإخفاء المجرمين أو إخفاء الأشياء المختلسة، غير التكييف الذي تأخذه الجريمة الأصلية (الاشتراك)⁽⁶⁾، ومثله التشريعان المصري⁽⁷⁾ والفرنسي⁽⁸⁾.

(1) د. حسن محمد ربيع، م.س، ص 416.

(2) أ بلعليات إبراهيم، م.س، ص 77.

(3) د. محمود محمود مصطفى، م.س، ص 81.

(4) د. منصور رحمانى، م.س، ص 185. ويُنظر القهوجي، م.س، ص 530.

(5) المادة 180 فقرة 1 المتعلقة بإخفاء المجرمين.

(6) قرار صادر بتاريخ 07-01-1969 من الغرفة الجنائية لسنة 1965، الاجتهاد القضائي في المواد الجنائية، ج 2، ص 221.

(7) المادة 44 مكرر من ق.ع.ج م المتعلقة بجريمة إخفاء المسروقات المتحصلة من جناية أو جنحة، والمادة 144 الخاصة بإخفاء الفارين من وجه القضاء، والمادة 339 بشأن جريمة إخفاء جثة قتل.

(8) المادة 121 فقرة 7 من قانون العقوبات الفرنسي.

كذلك إخفاء الأشياء أو الأدوات التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة أو الجنحة⁽¹⁾، والمنصوص عليها في المادة 91 ق.ع.ج بقولها: "وعلاوة على الأشخاص المعنيين في المادة 387 يعاقب باعتباره مخفيا من يرتكب من غير الفاعلين أو الشركاء الأفعال الآتية: 1 - إخفاء الأشياء أو الأدوات... مع علمه بذلك".

فبيّنت المادة أنّ الشخص الذي يأتي هذه الأفعال يعاقب بصفته مرتكبا لجريمة الإخفاء دون اعتباره فاعلا أو شريكا، ولا تطبق عليه أحكام الاشتراك الواردة في المادة 43 السابقة.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها:

" أما المساعدة اللاحقة التي تأتي بعد ارتكاب الجريمة فلا تعدّ عنصرا للاشتراك، وإنما يمكن أن تشكّل جريمة قائمة بذاتها في بعض الحالات، فالشخص الذي يساعد السارق بعد إنهاء جريمته ويخفي عمدا الأشياء المختلسة لا يعتبر شريكا في السرقة وإنما يعدّ مرتكبا لجريمة الإخفاء المنصوص عليها بالمادة 387 من قانون العقوبات⁽²⁾. وتقابلها المادة 219 ف6 ق.ع. مصري⁽³⁾، و ق.ع. أردني⁽⁴⁾.

وفي ذات السياق قرّرت محكمة النقض المصرية: "الأصل في القانون أنّ الاشتراك في الجريمة لا يتحقق إلا إذا كان التحريض أو الاتفاق سابقا على وقوعها، وأن تكون المساعدة سابقة أو معاصرة لها، وأن يكون وقوع الجريمة ثمرة لهذا الاشتراك، يستوي في ذلك أن تكون الجريمة وقتية أو مستمرة"⁽⁵⁾.

وقد اتجه المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات المنعقد بأثينا عام 1957م في إحدى توصياته إلى الاعتراف بالمساعدة اللاحقة كوسيلة اشتراك، إذا تمّ الاتفاق عليها قبل ارتكاب الجريمة، بقوله: "إنّ الشريك بالمعنى الصحيح هو من يشترك بالمساعدة السابقة على التنفيذ أو المعاصرة له، وقد تكون المساعدة لاحقة على ارتكاب الجريمة إذا تمّ الاتفاق عليها قبل ارتكابها"⁽⁶⁾، وهو الاتجاه الذي أخذ به القانون الفرنسي لسنة 1963م⁽⁷⁾.

(1) أ بلعليات إبراهيم، م.س، ص79، 80.

(2) قرار 1989-01-07 نشرة العدالة لسنة 1969، ص151. وينظر بغدادي جيلالي، م.س، ج2، ص221.

(3) د. الفهوجي، م.س، ص531.

(4) قانون العقوبات الأردني، رقم 1960/16 المعدّل بأخر قانون رقم 2011/08 (الجريدة الرسمية رقم 5090 تاريخ 2011/5/2).

(5) نقض 13 مارس 1967، مجموعة أحكام النقض، س18 رقم 73، ص392. وينظر جلال ثروت، م.س، ص350.

(6) د. محمد الفاضل، م.س، ص226.

(7) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص206.

ومنه فالجاني الذي يخفي أشياء مسروقة أو جثة قتيل أو يأوي الفارين من قبضة العدالة، لا يكون شريكا في هذه الجرائم بالمساعدة؛ لأنّ زمن هذه الأعمال يكون بعد تمام الجريمة الأصلية، وهو يرتكب هذه الأعمال كجرائم مستقلة ومتميزة بأركانها، بصفته فاعلا أصليا لها وهو ما أكدته المادة 387 ق.ع.ج.

ثانيا: صور المساعدة بحسب الموضوع

المساعدة باعتبارها أبرز صور الاشتراك بالتسبب تظهر بعدة أشكال حسب الموضوع، ولم يحدد الفقه الجنائي الإسلامي ولا القانون الجزائري أشكال هذه المساعدة، ما يعني أنها تتحقق بكلّ فعل يُسهم في ارتكاب الجريمة، فقد تكون مادية كإمداد الفاعل بالأسلحة أو الآلات اللازمة، وقد تكون معنوية كتقديم إرشادات إليه وتزويده بالمعلومات الضرورية أو تدريبه...، ويُعتبر المُساعد شريكا مهما كان دوره ضعيفا، وإن كان فقهاء الشريعة يتحدثون عن بعض أنواع المساعدة التي يرون أنّ لها أهمية خاصة في جرائم القصاص والحدود⁽¹⁾.

وعليه سأتناول أحكام المساعدة في هذين النوعين على سبيل المثال في كلّ من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري، بهدف التوضيح والاختصار من خلال المسألتين الآتيتين والموازنة بينهما لمعرفة نقاط الاتفاق والاختلاف بينهما حيث تكون المقارنة ممكنة.

الفرع الثالث: أحكام الاشتراك بالمساعدة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أبحث في هذا الفرع أحكام الاشتراك بالمساعدة في بعض المسائل المتعلقة بجرائم القصاص والحدود كما يلي:

أولا: المساعدة بالإمساك

أ- المساعدة بالإمساك في الفقه الجنائي الإسلامي:

تتحقق هذه الصورة عندما يتولى الممسك تقييد المجني عليه لتمكين المباشر من قتله أو قطع عضو منه أو جرحه، فالمتسبب هو الممسك والمباشر هو القاتل، وقد وُجد التعدي منهما جميعا، فما هو حكم المساعدة بالإمساك في هذه الحالة؟

اتفق الفقهاء على أنّ القاتل يُقتل لمباشرته القتل؛ لأنّه قتل من يكافئه عمدا بغير حق، كما اتفقوا على أنّ الممسك إن أمسكه للقاتل وهو لا يعلم أنه يريد قتله فلا شيء عليه؛ لأنه متسبب والقاتل مباشر قطع أثره، فسقط حكم المتسبب به، واتفقوا أيضا على أنّ القاتل إذا

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، م.س، ص187. الحطّاب، م.س، ج8، ص310. د. رضا فرج، م.س، ص322.

كان قادرا على قتل المجني عليه دون حاجة لتدخل المُعين، أو كان في مقدور الممسوك الهرب بعد الإمساك فالذي يُقتص منه هو القاتل، أما المُمسك فعليه عقوبة التعزير⁽¹⁾.

لكنهم اختلفوا في حالة الممسك إذا أمسك عن قصد المجني عليه ليقته القاتل، وكان هذا الأخير لا يتمكن من قتله بغير إمساك، كأن يقوم بشلّ حركته حتى يذبحه المباشر، أو يفتح فمه عنوة ليسقيه الآخر سُمًا، وكان الممسك على علم بفعل المباشر وقصده من إرادة القتل أو القطع أو الجرح، ويمكن إرجاع اختلافهم إلى ثلاثة أقوال:

1- القول الأول: يرى أنّ القود يكون من المباشر فقط أمّا الممسك فيأثم ويعاقب بالحبس تعزيرا وهو قول الحنفية والشافعية⁽²⁾.

• **حجته:** الكتاب والسنة والقياس.

- **الكتاب:** قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾⁽³⁾.

ووجه الاستدلال أنّ المُمسك يعاقب على إمساكه والقاتل يعاقب قصاصا؛ لأنه قتل من يكافئه عمدا فجزاء كلّ اعتداء بمثله، والآية أوجبت المماثلة في الفعل عند الاعتداء، ولو وجب على الممسك القصاص لكان اعتداءً عليه بأكثر مما اعتدى وهذا محذور شرعا⁽⁴⁾.

- **السنة:**

I- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: " لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان وزنا بعد إحصان وقتل نفس بغير نفس"⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنّ الممسك مُعين وليس في النصّ ما يدلّ على قتله، بل على قتل القاتل، والمُمسك لا يُسمّى قاتلا، والأحكام تكون للمُسمّيات فكيف يُقتل غير القاتل؟⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، م.س، ج24، ص76. القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص284. الشيرازي، م.س، ج5، ص23، 24.

ابن قدامة، م.س، ج11، ص596. ابن تيمية، م.س، ج34، ص143، 144.

(2) السرخسي، م.س، ج24، ص76. النووي، م.س، ج9، ص143.

(3) البقرة، آية 194.

(4) المطيعي، م.س، ج20، ص302.

(5) الحديث سبق تخريجه.

(6) ابن حزم، م.س، ج11، ص171.

II- قول النبي ﷺ: "إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يُقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك"⁽¹⁾.

وجه الاستدلال أنّ الحديث دلّ صراحة على حكم الممسك وهو الحبس، أما القاتل المباشر فحكمه القتل قصاصا، ثمّ إنّ الحبس المذكور جعله الجمهور موكول إلى تقدير الإمام من حيث طول المدّة وقصرها؛ لأنّ الغرض تأديبه وليس حبسه حتى الموت⁽²⁾.

III- وقوله ﷺ: "إنّ من أعتى الناس على الله ثلاثة - وذكر- ورجل قتل غير قاتله..."⁽³⁾.

وجه الاستدلال أنّ الممسك غير قاتل فلا يُقتل⁽⁴⁾، والنبي قد توعدّ غير قاتله، ولو قتل الولي الممسك لكان قاتلا لغير قاتله، ممّا يجعله داخلا تحت طائل الوعيد⁽⁵⁾.

- القياس: فقد قاسوا الممسك بمن يمسك امرأة لآخر ليزني بها، فالحد لا يلزم إلا الزاني دون الممسك؛ لأنه سبب غير ملجئ ضامنه مباشرة، فتعلق الضمان بالمباشرة، دون السبب كما لو حفر شخص بئرا غير متعدّد، فدفع آخر فيها رجلا ومات⁽⁶⁾، فالقصاص يكون على الملقى أو المرديّ دون الحافر، بجامع أنّ الممسك والحافر لم يباشرا الفعل المؤدّي إلى الزهوق، بل تسببا فيه، وقد غلبت المباشرة هنا السبب فتقدّم عليه⁽⁷⁾.

• نقده: نوقش بأنه قياس مع الفارق ذلك أنّ المباشر (المردي) قد قطع فعل المتسبب، وهو هنا حافر البئر فمباشرة أقوى، بخلاف الممسك فهو مساوٍ له ومشارك فافتراقا⁽⁸⁾.

2- القول الثاني: يرى أن يُقتل الممسك والقاتل معا، متى كان الممسك يعلم أنّ الممسوك له سيقتل المجني عليه وأمسكه لهذا الغرض، وهو قول المالكية ورواية عند الإمام أحمد⁽⁹⁾.

• حجّته: الكتاب والأثر والمعقول.

(1) البيهقي، م.س، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، كتاب الجوراح، باب الرجل يحبس الرجل للآخر فيقتله، حديث رقم 16029، ج8، ص90. الدارقطني، م.س، كتاب الحدود والديات وغيره، حديث رقم 3240، ج3، ص103.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج8، ص393. 24. النووي، م.س، ج9، ص143.

(3) الهندي البرهان فوري علاء الدين، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1405هـ، 1985م، الكتاب الثاني، حرف القاف، باب القصاص، حديث رقم 39927، ج15، ص29.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج8، ص393. الشيرازي، م.س، ج5، ص23، 24.

(5) المطيعي، م.س، ج20، ص214.

(6) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج8، ص393. النووي، م.س، ج9، ص143.

(7) نفس المراجع السابقة ونفس الأجزاء والصفحات، وينظر عودة، م.س، ج1، ص369.

(8) ابن قدامة، م.س، ج11، ص596. ابن حزم، م.س، ج11، ص170، 171.

(9) الدسوقي، م.س، ج4، ص245. ابن قدامة، م.ن، ج11، ص596.

- الكتاب: قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ (1).

ووجه الاستدلال أنّ الآية جعلت للولي سلطانا على القاتل، دون تمييز بين قاتل وممسك، فوجب أن يكون سلطانه فيهما واحداً؛ لأنّه لولا مساعدته ما تمكّن القاتل من المقتول (2).

• **نقده:** إنّ الممسك متسبب والقاتل مباشر، وإذا اجتمعا غُلبت المباشرة (3).

• **أجيب عنه:** بأنّ المتسبب إذا كان تسببه قويا ألحق بالمباشرة، والمتسبب في هذه الصورة في قوة المباشرة؛ أي أنّهما معتدلان فوجب القصاص منهما جميعاً (4).

- الأثر: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: " لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم" (5)، فهو دليل يُستند إليه في قتل الجماعة بالواحد ولو كان الفعل تمالؤا فإن يُقتل به للإمساك للقتل من باب أولى، ثمّ إنّ الجماعة يُقتلون بالواحد قصاصاً وإن لم يوجد الفعل من بعضهم، كمن يتواجد على مسرح الجريمة وقت التنفيذ، فيكون قتل المشارك للقتل بالإمساك من باب أولى أيضاً (6).

- **المعقول:** لولا إمساك المجني عليه ما تمكّن المباشر من قتله، فالقتل حاصل من فعلهما معاً، فيكونان شريكين فيه، لذا وجب القصاص منهما كما لو اشتركا في جرحه، ومثله أيضاً شهود الزور على القتل فيلزمهم القصاص إذا تعمّدوا ذلك، لتغليظ أمر الدماء في الإسلام حتى تحقيق معنى الزجر والردع (7).

3- **القول الثالث:** يرى أصحابه أنّ المُمسك لا يُفاد وإنما يُحبس حتى الموت، أما المباشر فيفاد منه؛ لأنّه المباشر للقتل، وهذا القول مروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وهي الرواية الأخرى المشهورة عند الإمام أحمد (8)، وهو مذهب ابن حزم الظاهري (9).

• **حُجّته:** السنة والأثر.

(1) الإسرائ، آية 33.

(2) القرافي، الذخيرة، م.س، ج 12، ص 428.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، م.س، ج 8، ص 393. الشيرازي، م.س، ج 5، ص 23، 24.

(4) القرافي، الذخيرة، م.س، ج 12، ص 428. الدسوقي، م.س، ج 4، ص 245.

(5) الحديث سبق تخريجه.

(6) القرافي، الذخيرة، م.ن، ج 12، ص 321. وينظر د. ابن مفلح آل حامد، م.س، ص 230.

(7) الدسوقي، م.س، ج 4، ص 245.

(8) ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 596.

(9) ابن حزم، م.س، ج 10، ص 513.

- السنة: قوله ﷺ: "إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يُقتل الذي قتل ويُحبس الذي أمسك"⁽¹⁾، وفي حديث آخر: "يُحبس الصابر المموت ويُقتل القاتل"⁽²⁾.

فتفريق الرسول ﷺ في الحكم بين الحابس والقاتل جلي واضح، ثم إن الممسك لا يعتبر قاتلا، لكنه حبس إنسانا حتى مات فيحبس هو الآخر حتى يموت، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فيفعل به ذلك أيضا⁽³⁾.

• نقده: الحديث محمول على أن الممسك غير عالم بأن الممسوك سيقتل بإمساكه، وأن الممسك له بإمكانه قتله دون إمساكه⁽⁴⁾.

- الأثر: ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قضى في رجل قتل رجلا متعمدا وأمسكه آخر فقال: "يُقتل القاتل ويُحبس الآخر في السجن حتى يموت"⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أن الأثر فيه دليل على أن الممسك لا يلزمه قود، ولا يعد فعله مشاركة حتى يكون من باب قتل الجماعة للواحد، وإنما الواجب حبسه، وألحق الحنابلة بالإمساك ما إذا قطع رجل رجل آخر بقصد حبسه حتى يدركه الفاعل فيقتله، وقالوا: الأصح أن على القاطع القصاص في القطع، أما القصاص في النفس فحكمه حكم الممسك⁽⁶⁾.

جاء في المحطى: "قال أبو محمد: ثم نظرنا في غيره فوجدنا الممسك ليس قاتلا لكنه حبس إنسانا حتى مات، قال تعالى: ﴿وَالْحُرْمَتُ قِصَاصٌ فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾"⁽⁷⁾، فكان الممسك للقتل سببا ومتعديا فعليه مثل ما فعل، فواجب أن يفعل به مثل ما فعل فيمسك محبوسا حتى يموت وبهذا نقول"⁽⁸⁾.

4- المناقشة والترجيح:

مما سبق يمكن القول بأن الرأي الراجح عندي هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني؛ ذلك الذي يرى قتل الممسك والقاتل معاً، لكن بالشروط التي تقدمت ولا بأس بإعادة ذكرها:

- (1) الحديث سبق تخريجه.
- (2) علاء الدين الهندي، م.س، حديث رقم: 39839، ج 15، ص 10.
- (3) ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 596. ابن حزم، م.س، ج 10، ص 513.
- (4) ابن قدامة، ن.م.و.ص. ابن حزم، ن.م.و.ص.
- (5) الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1427 هـ، باب من أمسك رجلا وقتله آخر، حديث رقم 3013، ج 13، ص 60، 61.
- (6) ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 596. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج 5، ص 519.
- (7) البقرة، آية 194.
- (8) ابن حزم، م.س، ج 10، ص 513.

- أن يمسه لمن يعلم أنه يريد قتله ظلما وعدوانا.

- وأن يكون القاتل ليس في مقدوره قتله لولا الإمساك؛ لأنّ المسك في هذه الحالة يأخذ حكم الشريك، ثمّ إنّ الأقوال الأخرى يمكن حملها على تخلف واحد من هذين الشرطين.

وهذا الاختيار مبنيّ على أنّ تسبّب المسك استوى مع مباشرة القاتل؛ لأنّ السبب هنا قويّ، والسبب والمباشرة متى استويا واعتدلا في القوة عوقب الشريكان بعقوبة الجريمة؛ لأنهما قصدا القتل وكان فعل كلّ منهما مكملّ لفعل الآخر وقد تمايلا على الجريمة، والتمايلاً علّةٌ توجب اشتراك أطرافه في عقوبتها، ولقول عمر رضي الله عنه: "لو تمايلاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم به"، كما أنّ المسك هنا بمثابة الشريك المتسبب بأفعال مباشرة في التنفيذ لجريمة القتل العمد، فيكون عقابُه بعقوبة الجريمة متناسبا مع دوره فيها، وعليه يتضح بأنّ رأي المالكية ومن وافقهم هو الراجح والأولى بالاتباع والله تعالى أعلم.

ب- المساعدة بالإمساك في القانون الجزائري:

أشار الدكتور رضا فرج إلى هذا المثال بتعبير مشابه بقوله: "من يقيد المجني عليه ويشلّ حركته ليسهلّ لزميله إمكانية الاعتداء عليه"⁽¹⁾، ضمن جملة من الأمثلة الأخرى التي تندرج ضمن المساعدة المعاصرة في الأعمال المسهلة أو المنفذة للجريمة، كمن يرافق الجناة ويشترك معهم في الاعتداء على المجني عليه، ومن يقف في الخارج لحراسة المكان أو مراقبة الطريق حتى يتمكن زملاؤه من جمع المسروقات في السرقة... وهكذا.

وذكر أنّنا في الفصل الثاني⁽²⁾ بأنّ المشرّع الجزائري وطبقا لنص المادة 41 عقوبات، قد قصد التوسّع في معيار التمييز بين الفاعل الأصلي والشريك، ويبدو ذلك في الاشتراك بالمساعدة المعاصرة، التي تتطلب بالضرورة تواجد الشريك في مسرح الجريمة لحظة ارتكابها مع الفاعل أو الفاعلين الأصليين أو لاتصاله بهم عن قرب.

وتمت الإشارة أيضا بأنّ الفقهاء قد وضعوا معيار الشروع للتمييز بين الفاعل الأصلي والشريك، فالذي يقتصر دوره على القيام بأعمال تحضيرية ثانوية سابقة، يكون شريكا في الجريمة، بينما الذي يشكّل عمله بدءا في التنفيذ من قبيل أعمال الشروع فهو فاعل أصلي، وتطبيق هذا المعيار قد لا يصلح للتمييز في جميع أعمال الاشتراك بالمساعدة لا سيما تلك

(1) د. رضا فرج، م.س، ص 324.

(2) ينظر الفصل الثاني تحت عنوان: تقدير الفقه والقضاء الجزائري لمسرح الجريمة، ص 230 وما يليها.

التي تتم في مسرح الجريمة أو تعاصرها، لذا يجب إضافة معيار آخر للشروع يسهل للقاضي عملية التفرقة بين الفاعل والشريك، وهو معيار تواجد الشريك بقصد على مسرح الجريمة للتدخل إذا عجز الفاعل عن التنفيذ⁽¹⁾.

يتضح من الأمثلة السابقة والمثال محل الدراسة أن الأمر يتعلق بفاعل أصلي لا بشريك؛ لأنّ الذي يمسك المجني عليه ويشلّ حركته ليمنّ زميله من قتله يعدّ فعله معاصرا لارتكاب الجريمة ومسهّلا للتنفيذ، وقد تواجد في مسرح الجريمة مع الفاعل لحظة ارتكابها، وهو المعيار الذي أخذ به الإمام مالك⁽²⁾ قبل ذلك بقرون.

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية وهي بصدد استظهار قصد الاشتراك في الحكم المطعون فيه، بقولها: "إذا كان ما قاله الحكم المطعون فيه لا يبين منه أنّ إمساك الطاعن الثالث (في الحكم) بالمجني عليه عندما طعنه المتهم الأول في ظهره، قد قصد به مساعدة القاتل بتعطيل مقاومة المجني عليه، وبنية الطاعن الأول على ارتكاب جريمته فإنه يكون قاصرَ البيان بما يتوجب نقضه"⁽³⁾.

بمفهوم المخالفة فإنّ الذي يُستفاد من هذا الحكم هو أنّ الممسك إذا تبين أنه لم يكن قصده من الإمساك هو مساعدة القاتل بنية ارتكاب جريمته، فلا يعدّ شريكا بالمساعدة مما يستوجب تبرئته ونقض الحكم محلّ الطعن والعكس صحيح.

ج- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري:

1- أوجه الاتفاق:

بعد استظهار أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية وأدلتهم في هذا النوع من المساعدة، وما يبدوا من توجهات الفقه والقانون الجزائري، يمكن القول بأنّ القانون الجزائري يتفق مع الرأي الذي رجّحته في الفقه الجنائي الإسلامي وهو القول الثاني؛ أي قول المالكية والرواية الأخرى عند الحنابلة بخصوص اعتبار الشريك بالمساعدة لا سيما المساعدة المعاصرة لارتكاب الجريمة شريكا مباشرا في الجريمة أو فاعلا أصليا لا مجرد شريك.

كما يتفقان في تقرير عقوبة واحدة للشريك بالمساعدة، وهي ذات العقوبة المقررة للجريمة الأصلية الموقعة على الشريك المباشر نفسه.

(1) عبد الله سليمان، م.س، ص 200.

(2) الخرشي، م.س، باب الدماء والحدود، ج 8، ص 10. الدسوقي، م.س، ج 4، ص 245.

(3) نقض مصري 1955/12/26، أحكام النقض س 6 رقم 450، ص 1531.

2- أوجه الاختلاف:

أما عنصر الاختلاف بينهما فيظهر في نوع العقوبة المقررة، فهي القصاص عند فقهاء الشريعة الإسلامية لكل من الفاعل والشريك المتسبب، وعقوبة الجريمة محل الاشتراك بالمساعدة لكليهما في القانون الجزائري، وهذا الذي أميل إليه؛ لأنّ الاشتراك لا بدّ أن يكون له اعتبار خاص في نظر المشرع، حتى لا يتخذ ذريعة للإفلات من العقاب، كما أنّ اشتراط القصد إلى النتيجة يتناسب في الشدة مع العقوبة؛ لأنّ العقاب لا ينبغي أن يكون رهن المصادفات، بل لا بدّ من توقيعه على كل شريك يتبنى الجريمة، ويصرّ على ارتكابها بأن يتجه قصده وإرادته إليها.

ثانياً: المساعدة بالتسميم في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أ- المساعدة بالتسميم في الفقه الجنائي الإسلامي:

التسميم تسبّب عرفي لقتل النفس⁽¹⁾، ويجعل الفقهاء من ساعد غيره على قتل آخر باستعمال السم أو مادة مخدرة في طعامه أو شرابه من مسائل التسبب؛ لأنّ المُساعد هنا لم يباشر الإلتاف بنفسه وإنما حصل بسبب منه، لكنهم اختلفوا في تكييف نشاطه، هل يأخذ حكم المباشر فيقتص منه، أو يأخذ حكم المتسبب فيمتنع في حقه القصاص ويعاقب تعزيراً؟ ولعلّ العلة تكمن في قوّة السبب ومقارنته بالمباشرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى النظرة المجردة إلى مدى كون الشخص مباشراً أو متسبباً، بالإضافة إلى تدخل عوامل أخرى كالإكراه على تناول الطعام المسموم، وكوّن المجني عليه مكلفاً يعلم بسُميّة الطعام المقدم إليه من عدمه ... وغيرها.

هذه المسائل كانت محلّ خلاف بين الفقهاء فبعضهم يرى القصاص، والبعض الآخر يوجب القصاص أحياناً والدية أحياناً وقد لا يوجب شيئاً في أحيان أخرى، ولكثرة التفريعات والاحتمالات في مسألة القتل بالسمّ ولكثرة التفاصيل، فقد ارتأيت أن أتناول الموضوع تحت عنوانين كبيرين قصد الاختصار وتجنب تشعب الدراسة واللّبس على القارئ.

(1) السبب العرفي: هو ما يولّد المباشرة توليداً عرفياً لا حسباً ولا شرعياً، ومثله تركّ الطعام المسموم في متناول الضيف، والقتل بوسيلة معنوية كالترويح والتخويف والسحر. يُنظر أبو زهرة، م.س، ج2، ص461 وما بعدها.

1- الإكراه على تناول المادة السامة:

الإكراه على تناول السمّ كأن يوجر (يُصَبُّ في الحلق) شخصٌ السمّ في حلق آخر رغماً عنه، أو يُناولَه إياه ثمّ يُكرهه على أكله أو شربه، فيرى الجمهور أنه إذا كانت المادة السامة من شأنها إحداث الموت مباشرة أو في الغالب، فالحكم عندهم واحدٌ وهو وجوب القود من الجاني المُكره في هذه الحالة⁽¹⁾.

ويرى أبو حنيفة أنّ القتل بالسمّ قتلٌ شبه عمد؛ لأنه على طريقته يعتدّ بنوع الآلة المستعملة في القتل، بحيث إذا كانت الآلة معدّة للقتل بطبيعتها وتفرّق الأجزاء كالسيف ونحوه فهو قتل عمد، وإذا وقع القتل بغيره فهو شبه عمد، فلا قصاص عنده إذا وقع بالسمّ، إلا أنّ الجاني يُعزّر ويُضرب ويؤدّب؛ لأنه ارتكب جناية ليس لها حدّ مقدّر وتجب عليه الدية في عاقلته، وفي هذا الشأن يقول الكاساني: "فإن أوجره السمّ فعليه الدية عندنا"⁽²⁾.

وإذا كانت نسبة السمّ قليلةً ممّا لا يقتل غالباً، فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

• **القول الأول:** يرى أنه قتلٌ لا قود فيه وإنما تجب فيه الدية، وهو قول أبي حنيفة⁽³⁾ والصحيح من مذهب الشافعية⁽⁴⁾ ورواية عند الحنابلة⁽⁵⁾.

- **حُجَّتُه:** القتلٌ حصل بما لا يقتل ولا يجرح، والجاني قصد الجناية بما لا يقتل في الغالب، ويرى أبو حنيفة أنّ الفعل هنا قتلٌ شبه عمد لا قصاص عليه عنده، لكن تجب الدية على عاقلته، وخالفه الصحابان محمد وأبو يوسف وذهبوا إلى أنّ عليه القصاص⁽⁶⁾.

جاء في المبسوط: "فأما إذا أوجره إيجارا فقد صار مُتلفاً له ضامناً ديتّه، وقيل هذا إذا كان سماً قد يقتل، وقد لا يقتل فيكون ذلك بمنزلة الخطأ"⁽⁷⁾.

• **القول الثاني:** يرى أصحابه أنّ القتل بالسمّ عن طريق الإكراه عمدٌ فيه القصاص، فلا يُصار إلى الدية، وهو قول المالكية⁽⁸⁾، وقولٌ عند الشافعية، ورواية أخرى عند الحنابلة⁽⁹⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص235. الدسوقي، م.س، ج6، ص188. المطيعي، م.س، ج20، ص217. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص508. ابن حزم، م.س، ج11، ص231.

(2) الكاساني، ن.م.و.ص.

(3) السرخسي، م.س، ج26، ص153.

(4) النووي، م.س، ج7، ص12. المطيعي، م.س، ج20، ص217.

(5) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص509.

(6) السرخسي، م.س، ج26، ص153. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م.س، ج6، ص234.

(7) السرخسي، ن.م.و.ص.

(8) الدسوقي، م.س، ج4، ص244.

(9) المطيعي، م.س، ج20، ص217. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص508.

- حُجَّتُه:

I- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من قتل نفسه بحديدة فحديده في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا فيها أبدا، ومن شرب سُمًّا فقتل نفسه، فهو يتحسأه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا..." (1).

ووجه الاستدلال أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم سمّى من شرب السمّ ليموت قاتلا لنفسه، فيكون من أكره غيره على شرب السمّ أو أكله قاتلا من باب أولى، والقاتل يُقتل والأحكام للمسمّيات؛ إذ يسمى في اللغة قاتلا (2).

II- السمّ وإن لم يقتل في ظاهره مباشرة، فإن له نكايه وأثرا في الباطن، وإذا توفّي المسموم بعد ذلك، فسببه المضاعفات التي أحدثها السمّ، فيستحقّ صاحبها القود، ومثله الجراح الذي يموت المجني عليه من سرايته بعد مدّة، فيعاقب بالقود أيضا (3).

وعليه فالقتل بطريق التسميم يوجب القصاص إذا مات مُتَناوِلُهُ، وكان مقدّمه عالما بأنه مسموم، وإلا فلا شيء عليه؛ لأنه معذور كما لا شيء على مقدّمه إذا كان الذي تناوله على علم بسُمّيته ومع ذلك أكله؛ لأنه يكون حينئذ كمن قتل نفسه (4).

• **الترجيح:** مما سبق يمكن القول بأنّ حكم التسميم موضع خلاف في الفقه الجنائي الإسلامي، فهو قتل عمداً عند المالكية والحنابلة، وعمد عند الشافعية في حالة الإكراه، وإعطائه غير المميز والمجنون، وشبه عمد عند الحنفية في حالة الإكراه، وفي غير الإكراه عند الشافعية (5).

ويتّضح بأنّ الرأي القائل بالقود ممّن أكره غيره على تناول المادة المسمومة أو دسّها في طعامه أو شرابه دون علم الغير بحال ما يُقدّم إليه، هو رأي وجيه له ما يبرّره؛ لأنه

(1) الإمام مسلم، م.س، كتاب الإيمان، باب غلط تحريم قتل الإنسان نفسه وإنّ من قتل نفسه بشيء عُذّب به في النار، وأنه لا يدخل الجنة إلا نفس مؤمنة، حديث رقم 175(109)، ص61.

(2) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص508، 509. ابن حزم، م.س، ج11 ص28.

(3) الرملي، م.س، ج7، ص254، الماوردي، م.س، ج12، ص85 وما بعدها.

(4) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص509.

(5) **القتل شبه العمد عند الشافعية والحنابلة ومحمد وأبي يوسف** من الحنفية هو: أن يقصد الفعل والشخص معا بما لا يقتل غالبا، كالضرب بالسوط والعصا الصغيرة، فيؤدي ذلك إلى موته، والعلة أنها لا تقتل عادة ويقصد بها غير القتل، كالتأديب ونحوه والعمدية قاصرة في مثل هذه الأفعال، وقال أبو حنيفة: شبه العمد أن يتعمد الضرب بما لا يفرّق الأجزاء كالحجر والعصا واليد، أما المالكية فلا يقولون بشبه العمد. ينظر الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1409هـ، 1989م، ج16، ص61.

ينسجم مع المقاصد الشرعية والمصالح الكلية التي جاءت الشريعة لحفظها، لذا يجب القصاص فيه من المتسبب قطعاً لدابر الفساد، ولتحقيق الردع ومنع الإفلات من العقاب.

2- عدم الإكراه على تناول المادة السامة:

إذا تناول المجني عليه السمّ أو المادة المخدّرة دون إكراه من الجاني؛ أي باختياره وإرادته فهنا تظهر ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا كان المجني عليه مكلفاً يعلم بسُميّة الطعام

إذا علم المجني عليه بسُميّة الطعام وكان مكلفاً ومع ذلك تناوله بإرادته ومات، فلا قصاص ولا دية على الجاني في هذه الحالة، ولا يلزمه سوى الاستغفار وضمان الطعام والشراب الذي أتلفه وهذا باتفاق الفقهاء⁽¹⁾.

• حجتهم:

I- قالوا بأنّ مُقدّم المادة المسمومة لم يباشر في المجني عليه شيئاً، وإنما المباشر كان المُتناول وحده، وقد علم بحالة الطعام أو الشراب ورغم ذلك تناوله، فأشبهه ما لو قدّم إليه سكيناً فذبح نفسه، فكان بذلك ساعٍ إلى إهلاك نفسه بنفسه⁽²⁾.

قال النووي: "وإن كان بالغاً عاقلاً، فإن علم حال الطعام فلا شيء على المُناول والمقدّم، بل الأكل هو المهلكُ نفسه"⁽³⁾.

وجاء في كشف القناع: "وإن علم آكله) أي السمّ (به وهو بالغ عاقل فلا ضمان)⁽⁴⁾. وعنه أيضاً: "كما لا شيء على مقدّمه إذا كان الذي تناوله على علم بسُميّته ومع ذلك أكله؛ لأنه يكون حينئذ كمن قتل نفسه"⁽⁵⁾.

II- ما صحّ عن النبي ﷺ من امتناعه عن إيجاب القود أو الدية على المرأة اليهودية التي سمّته وأصحابه في البداية، رغم جهلهم بحقيقة الطعام المسموم، فإذا كان ذلك فإنّ القود والدية يسقطان لو كانوا يعلمون مسبقاً بحال الطعام من باب أولى⁽⁶⁾.

(1) ابن عابدين، م.س، ج12، ص85. القرافي، النخيرة، م.س، ج12، ص284. النووي، م.س، ج7، ص11. ابن

قدامة، م.س، ج11، ص454، ابن حزم، م.س ج11، ص25.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص234. النووي، م.س ج7، ص11.

(3) النووي، ن.م.و.ص.

(4) البيهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص509.

(5) ن.م.و.ص.

(6) ابن حزم، م.س، ج11، ص232.

الحالة الثانية: إذا كان المكلف يجهل بسُمِّيَّة الطعام

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ويمكن ردّ اختلافهم إلى ثلاثة أقوال:

- **القول الأول:** لا قصاص ولا دية على الجاني، بل يلزمه الاستغفار وضمنان الطعام الذي أتلفه وهو قول الحنفية⁽¹⁾.

- **حُجَّتُه:**

I- إنَّ بشر بن البراء لما مات من أكلِ الشاةِ المسمومة التي أهدتها اليهودية للنبي ﷺ، لم يضمنها رسول الله ديتَه؛ لأنَّ تناوله كان باختياره⁽²⁾.

II- مُقدِّم المادةِ المسمومة متسببٌ، وقد غلبت المباشرةُ هنا التسببُ؛ لأنَّ المجني عليه تناوله باختياره، فقطعت المباشرة أثر السبب فلا يكون على المتسبب شيء⁽³⁾.

III- لا يُطلق على من سمَّ طعاما لآخر بقصد قتله، وأكله المجني عليه ثم مات أنَّه قاتل إلا مجازاً؛ لأنَّه لا يُعرف في لغة العرب أنه قاتلٌ، وإنما يستعمل ذلك العوامُ، وليست الحُجَّة إلا في اللغة والشريعة، والأحكام لا تكون إلا لمسمياتها⁽⁴⁾.

- **القول الثاني:** ويرى أصحابه القصاص من مقدّم الطعام المسموم، وهو قول المالكية ورواية عن الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾.

- **حُجَّتُه:** السنّة والقياس.

I- السنّة: ما رُوي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: "كان رسول الله ﷺ يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة، فأهدت إليه يهوديةٌ بخبيرٍ شاةً مصليةً سمّتها، فأكل رسول الله صلى الله عليه منها وأكل القوم، فقال: "ارفعوا أيديكم فإنها أخبرتني أنها مسمومة"، فمات بشر بن البراء بن معرور الأنصاري، فأرسل إلى اليهودية: "ما حملك على الذي صنعت؟" قالت: إن كنت نبياً لم يضرّك الذي صنعت وإن كنت ملكاً أرحت الناس منك، فأمر بها فقتلت، ثم قال في وجعه الذي مات منه: ما زلت أجد من الأكلة التي أكلت بخبير فهذا أوان انقطاع أبهري⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، م.س، ج26، ص153.

(2) ابن حزم، م.س، ج11، ص230. الرملي، م.س، ج7، ص245.

(3) ابن عابدين، م.س، ج10، ص181. السرخسي، م.س، ج26، ص153.

(4) ابن عابدين، ن.م.و.ص.

(5) الدسوقي، م.س، ج4، ص244. النووي، م.س، ج7، ص11. ابن قدامة، م.س، ج5، ص453.

(6) أبو داود، م.س، كتاب الديات، باب فيمن سقى رجلاً سماً أو أطعمه فمات، أُيقاد منه؟ حديث رقم 4512، ص813.

وفي رواية مشابهة لابن سعد في طبقاته عن أبي هريرة قال: " لَمَّا فَتَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْبَرَ وَاطْمَأَنَّ، جَعَلَتْ زَيْنَبُ بِنْتُ الْحَارِثِ تَسْأَلُ: أَيُّ الشَّاةِ أَحَبُّ إِلَيَّ مُحَمَّدٌ؟ فَيَقُولُونَ: الذَّرَاعُ، فَعَمِدَتْ إِلَى عِزْرِ لَهَا فَذَبَحَتْهَا وَصَلَّتْهَا، ثُمَّ عَمِدَتْ إِلَى سَمِّ لَا يَطِينُ، وَقَدْ شَاوَرَتْ الْيَهُودَ فِي سُمُومِهَا، فَاجْمَعُوا لَهَا هَذَا السَّمَّ بِعَيْنِهِ، فَسَمَّتْ بِهِ الشَّاةَ وَأَكْثَرَتْ فِي الذَّرَاعِينَ وَالْكَتْفِ، فَلَمَّا غَابَتِ الشَّمْسُ وَصَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَغْرِبَ بِالنَّاسِ، انصَرَفَ وَهِيَ جَالِسَةٌ عِنْدَ رِجْلَيْهِ، فَسَأَلَ عَنْهَا، فَقَالَتْ: يَا أَبَا الْقَاسِمِ هَدِيَّةٌ أَهْدَيْتَهَا إِلَيْكَ، فَأَمَرَ بِهَا النَّبِيَّ فَأَخَذَتْ مِنْهَا، فَوَضَعَتْ بَيْنَ يَدَيْهِ وَأَصْحَابِهِ حُضُورًا، أَوْ مِنْ حَضَرَ مَعَهُمْ، وَفِيهِمْ بَشْرُ بْنُ الْبَرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ادْنُوا فَتَعَشُوا وَتَنَاوَلْ رَسُولُ اللَّهِ الذَّرَاعَ، فَانْتَهَشَ مِنْهَا وَتَنَاوَلْ بَشْرُ بْنُ الْبَرَاءِ عَظْمًا آخَرَ فَتَنَاوَلْ مِنْهُ، فَلَمَّا أَزْدَرَدَ رَسُولُ اللَّهِ لُقْمَتَهُ، أَزْدَرَدَ بَشْرُ بْنُ الْبَرَاءِ مَا فِي فِيهِ، وَأَكَلَ الْقَوْمُ مِنْهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: ارْفَعُوا أَيْدِيَكُمْ فَإِنَّ هَذِهِ الذَّرَاعُ أَوْ كَتْفُ الشَّاةِ تَخْبِرُنِي أَنَّهَا مَسْمُومَةٌ، فَقَالَ بَشْرُ بْنُ الْبَرَاءِ: وَالَّذِي أَكْرَمَكَ لَقَدْ وَجَدْتُ ذَلِكَ فِي أَكْلَتِي حِينَ التَّقْمَتِهَا، فَمَا مَنَعَنِي أَنْ أَلْفِظَهَا إِلَّا أَنِّي كَرِهْتُ طَعَامَكَ، لَمَّا أَكَلْتُ مَا فِي فِيكَ لَمْ أَرْغَبْ بِنَفْسِي عَنْ نَفْسِكَ، وَرَجَوْتُ أَلَّا تَكُونَ أَزْدَرَدْتَهَا وَفِيهَا نَعِي، فَلَمْ يَقُمْ بَشْرُ بْنُ الْبَرَاءِ مِنْ مَكَانِهِ حَتَّى عَادَ لَوْنُهُ "كَالطَيْلِسَانِ" وَمَا مَاطَلَهُ وَجَعُهُ سَنَةً لَا يَتَحَوَّلُ إِلَّا مَا حُوِّلَ ثُمَّ مَاتَ، قَالَ: فَدَفَعَهَا رَسُولُ اللَّهِ إِلَى وُلَاةِ بَشْرِ بْنِ الْبَرَاءِ فَقَتَلُوهَا"⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أنّ الحديثان دلالاً على أنّ مقدّم الطعام المسموم لآخر فيموت آكله يجب القود من مقدّمه، بدليل أنّ رسول الله اقتص من اليهودية لما مات بشر بن البراء⁽²⁾.

II- القياس: تقديم الطعام المسموم يُفْضِي إِلَى الْمَوْتِ غَالِبًا، قِيَاسًا عَلَى الْقَتْلِ بِالسَّلَاحِ؛ لِأَنَّهُ جَرَتْ الْعَادَةُ أَنَّ الَّذِي يُقَدَّمُ إِلَيْهِ طَعَامٌ يَأْكُلُ مِنْهُ، فَصَارَ كَأَنَّهُ إِجَاءٌ إِلَى قَتْلِ نَفْسِهِ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ كَمَا لَوْ أَكْرَهَهُ عَلَيْهِ⁽³⁾.

- **نقده:** أُعْتَرِضَ عَلَى الْحَدِيثَيْنِ كَمَا أُعْتَرِضَ عَلَى الْقِيَاسِ، فَأَمَّا الْحَدِيثَانِ فَمِنْ وَجْهَيْنِ:

الوجه الأول: حديث أبي سلمة جاء من طريق وهب بن بقية ورواه مرسلًا، ولم يُسند إلا من: "أنه يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة" فقط أما سائر الخبر فقد أرسله، ولا حُجَّةَ فِي مَرْسَلِ⁽⁴⁾.

(1) الواقدي محمد بن سعد، الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت، لبنان، (د.ب.د.ت)، ج2، ص6 وما بعدها.

(2) النووي، م.س، ج7، ص11. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص508، 509.

(3) الشيرازي، م.س، ج5، ص26.

(4) ابن حزم، م.س، ج11، ص27.

الوجه الثاني: إنّ ما روي عن أبي هريرة من أنّ رسول الله قتل اليهودية ببشر بن البراء لا يُعتدّ به؛ لأنه روي عنه خلاف ذلك، ولو صحّ عن أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم قتلها، كما صحّ عنه أنه لم يعرض لها، لكان الكلام لا يخلو من أحد ثلاثة أوجه:

إما أن تُترك الروايتان معا لتعارضهما؛ لأنّ إحداهما وهم بلا شكّ، وهي قصة واحدة في سبب واحد، وهو الوجه الأول، أو تصحّ الروايتان، فيكون ﷺ لم يقتلها لأجل أنها سمّته، وإنما قتلها لأمرٍ آخر (1) وهذا الوجه الثاني، وإما أن يكون قول أبي هريرة: " قتلها رسول الله"، وقوله: " لم يعرض لها رسول الله"، جميعا من لفظ أبي هريرة، ولكن وهم في روايته الأولى، بدليل أنّ رواية جابر بن عبد الله وأنس بن مالك متفقتان على عدم قتلها (2) وهذا الوجه الثالث.

وأما القياس: فقد اعترض عليه أيضا بأنه قياس مع الفارق؛ لأنّ الإكراه فيه إجماع بخلاف الأكل الذي لا إجماع فيه باختلاف (3).

• القول الثالث: يرى أصحابه أنّ الجاني لا يقتصّ منه لكن تلزمه الدية على عاقلته، ويعزّر بالحبس فقط وهو قول الشافعية في الأظهر عندهم، ورواية أخرى عند الحنابلة (4).

- حُجّته:

I- ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنّ يهودية أتت النبي صلى الله عليه وسلم بشاة مسمومة فأكل منها، فجيئ بها فقيل: ألا نقتلها؟ قال: لا، فما زلت أعرفها في لهوات (*) رسول الله صلى الله عليه وسلم (5).

II- حديث أبي هريرة السابق بشأن المرأة اليهودية التي أهدت النبي صلى الله عليه وسلم الشاة المسمومة، فقال: فما عرض لها رسول الله صلى الله عليه وسلم (6).

(1) ابن حزم، م.س، ج 11، ص 27.
 (2) النمري يوسف بن عبد الله بن محمد، كتاب الكافي، دار المکتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 2، 1979م، ج 3، ص 99. الشيرازي، م.س، ج 7، ص 5، ص 26. ابن حزم، م.س، ج 11، ص 27، 28.
 (3) الرملي، م.س، ج 7، ص 255، وما بعدها.
 (4) الماوردي، الحاوي الكبير، م.س، ج 12، ص 86. النووي، م.س، ج 7، ص 12. ابن قدامة، م.س، ج 11، ص 454.

(*) اللهوات: جمع لهاة وهي سقف الفم، أو ما يتبادر من الفم عند التبسّم. البخاري، م.س، ج 2، بهامش ص 241 منه.
 (5) البخاري، م.ن، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب قبول الهدية من المشركين، حديث رقم 2617، ج 2، ص 241.
 (6) المرداوي، م.س، ج 9، ص 440.

- وجه الاستدلال: دلّت الروايتان على عدم القود ممّن سمّ طعاما لآخر قاصدا قتلّه، وما كان رسول الله ليبتلّ دم رجل من أصحابه وجب فيه القود، ثم إنّ المجني عليه تناول الطعام باختياره دون إكراه، فارتفع القصاص عن الجاني وبقيت الدية؛ لأنه قتل شبه عمد⁽¹⁾.

• المناقشة والترجيح:

سببُ اختلاف الفقهاء في هذه المسألة يرجع إلى اضطراب الرواية المتعلقة باليهودية التي أهدت الشاة المسمومة، بين قائلٍ بأنّ الرسول ﷺ اقتصّ منها لما مات بشر بن البراء وقائلٍ بأنه أمسك ولم يضمّنّها.

ثمّ إنّ الأحاديث الواردة في عدم قتل النبي ﷺ لليهودية ببشر بن البراء يمكن الجمع والتوفيق بينها وبين الأحاديث المثبتة للقتل كالاتي:

- أن يكون النبي ﷺ قد أمهل اليهودية فلم يأمر بقتلها قبل موت بشر بن البراء، فلما مات أرسل النبي إليها وسألها، فلما اعترفت قتلها.

- أن يكون أنس بن مالك رضي الله عنه الذي روى أنّ النبي عرض عنها، قد نقل صدر القصة ولم ينقل آخرها، ويتعيّن حمله عليه جمعا بين الخبرين.

- ويجوز أن يكون النبي ترك قتلها لكونها لم تقصد بشر بن البراء وإنما قصدت قتل الرسول، فاختلّ العمد بالنسبة إلى بشر، وبذلك تترجح أدلة القائلين بالقصاص من الجاني.

وفي مقام المفاضلة أرى أنّ ما ذهب الرأي القائل بالقصاص من مقدّم الطعام المسموم (القول الثاني) هو الراجح؛ لأنّ الأصل في الطعام المقدّم لمن يأكله كالضيف ونحوه أن لا يشكّ في سُمّيته، خاصة إذا قُدّم ممّن يثق فيهم ويأمن إليهم، وإلا لامتنع عن الأكل مع العلم به، فإذا تناوله بحسن نيّة ومات، يكون المقدّم له قاتل له معنّى لاتجاه نيّته إلى النتيجة هذا من جهة.

ومن جهة أخرى حتى لا يتخذ التسميم وسيلة للقتل والاعتداء على الحياة الإنسانية، وذريعة للإفلات من العقاب، ثمّ إنّ مقدّم الطعام المسموم إذا كان لا يعاقب فسوف يترتب عنه إلحاق الحرج والمشقة بالناس، ويدفعهم ذلك إلى الامتناع عن تناول طعام الآخرين مهما كانت الظروف ورغم الحاجة إليه كالمسافر والمضطر مثلا.

(1) ابن قدامة، م.س، ج11، ص454.

الحالة الثالثة: إذا كان المجني عليه صبيا أو مجنونا

اتفق الفقهاء في هذه الحالة على وجوب القصاص من الجاني سواء علم المجني عليه بحال الطعام المقدم إليه أو لم يعلم⁽¹⁾.

وحُجَّتْهم في ذلك بأن القصاص إذا كان واجبا على الجاني والمجني عليه مكلف ومختار، فإنه يجب عليه إذا كان المجني عليه صبغيا أو مجنونا من باب الأولى؛ إذ ليس لديه قدرة في الاختيار، وعليه فلا مجال للشبهة التي تدرأ القصاص عن الجاني، فضلا عن أنّ الصغير والمجنون كالألة في يد الجاني يسخرهما كيفما شاء⁽²⁾.

ب- المساعدة بالتسميم في القانون الجزائري:

اعتبر القانون الجزائري التسميم جنائية مستقلة قائمة بذاتها، ولها حكم خاص يوصف بالاعتداء، فلم يشترط لقيامها موت الضحية ولا سبق الإصرار؛ لما في هذه الجريمة من اعتداء على الحياة الإنسانية، وذلك باستعمال مواد يمكنها إحداث الوفاة مع وجود القصد، واستعمال السمّ كوسيلة للقتل يغيّر الجريمة من قتل العمد وعقوبتها السجن المؤبد، المواد من 254 ف3 - 263 ق.ع.ج، إلى جنائية التسميم وعقوبتها الإعدام طبقا لنصّ المادة 260 منه، وتقابلها المادة 398 من قانون العقوبات المغربي لفظا ومعنى وحكما⁽³⁾، والمادة 233 عقوبات مصري⁽⁴⁾ واستعملت له تعبير "جواهر"، والمادة 301 عقوبات فرنسي المعدلة بالمادة 221 فقرة 5⁽⁵⁾.

وعرّف القانون الجزائري جريمة التسميم في نص المادة 260 ق.ع بقولها: "التسميم هو الاعتداء على حياة إنسان بتأثير مواد يمكن أن تؤدي إلى الوفاة عاجلا أو آجلا أيّا كان استعمال أو إعطاء هذه المواد ومهما كانت النتائج التي تؤدي إليها".

يتضح من المادة أعلاه أنّ لهذه الجنائية ثلاثة شروط:

(1) ابن عابدين، م.س، ج10، ص181. القرافي، الذخيرة، م.س، ج12، ص284. النووي، م.س، ج7، ص11. المرادوي، م.س، ج9، ص440. ابن حزم، م.س، ج11، ص233.
(2) الحطاب، م.س، ج8، ص306. المطيعي، م.س، ج20، ص218.
(3) المادة 398 من قانون العقوبات المغربي، مجموعة القانون الجنائي.
(4) قانون العقوبات المصري وفقا لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003م.
(5) الانترنت: منتدى سنار تايمز : www.startimes.com/?t=15866522. بتاريخ: 2009/04/01.

الشرط الأول: الاعتداء على الحياة

تشترط المادة 260 ق.ع.ج لقيام جنائية التسميم وقوع الاعتداء على حياة إنسان، بتأثير مواد من شأنها أن تؤدي إلى الوفاة عاجلا أم آجلا، كما يفهم أنّ المشرع لم يشترط في هذه المواد المستعملة وصفا معينا مكتفيا بقوله: " مواد يمكن أن تؤدي إلى الوفاة...". فالاعتداء وحده كافٍ لقيام جنائية القتل بالتسميم، ويتحقق بجعل هذه المواد تحت تصرف الضحية لأجل تناولها، ولا تهمّ بعد ذلك النتيجة؛ لأنّ نص المادة 260 جاء صريحا في ذلك بقوله: " مهما كانت النتائج التي تؤدي إلى ذلك"⁽¹⁾.

ومعنى ذلك أنّ الجاني يعدّ مسؤولا طبقا لقانون العقوبات الجزائري بمجرد تمكينه المجني عليه من هذه المواد، وتبقى مسؤوليته قائمة حتى لو عدل بعد ذلك اختياريا بأن أخبر المجني عليه بفعلة وأسعفه بالعلاج.

الشرط الثاني: استعمال مواد من شأنها إحداث الوفاة

يتحقق التسميم في القانون الجزائري عندما تكون طبيعة المواد السامة إحداث الوفاة، ولا يهمّ الوقت الذي تتمّ فيه، وهو ما يُستفاد من قوله في المادة 260: " عاجلا أم آجلا"، فالتسميم يقع بتناول مواد سامة ذات تأثير فوري أو طويل المدى لا فرق بينهما، ولا تهمّ الطريقة المستعملة في إعطاء هذه المواد، وهو ما يفهم من قوله: " أيا كان استعمال أو إعطاء هذه المواد".

وقد ثار جدل واختلاف فقهي حول طبيعة المواد المستعملة في الفقه الفرنسي⁽²⁾، والراجح في الفقه والقضاء الجزائريين أنه يكفي أن تكون المادة المستعملة سامة صالحة بطبيعتها لتحقيق النتيجة المقصودة، وهو ما تؤكد المادة أعلاه، بقولها: "التسميم".

ولا يهمّ بعد ذلك وقوع النتيجة من عدمه، وهو ما يستفاد من قوله: " يمكن أن تؤدي..."، فإذا تناولت الضحية المادة السامة بنفسه أو ناولها إياه مرتكب جنائية التسميم إلا أنها نجت من الموت، نظرا لتمتعها بصحة جيّدة أو لتناولها سائلا مضادا، فإنّ الجنائية تبقى قائمة قانونا⁽³⁾، وهذا بخلاف القانون المصري الذي يشترط لقيام جريمة التسميم أن تقع الوفاة فعلا جزاء تناول المادة السامة طبقا لنص المادة 233 ق.ع.م.

(1) أ. بن شيخ لحسين، م.س، ص 39.

(2) بن شيخ لحسين، م.س، ص 39.

(3) د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومة، الجزائر، ط1، 2014، 2015م، ج1، ص33.

بمفهوم المخالفة إذا قدّم الجاني مواد غير سامة ولا ضارة وكان يعتقد أنها سامة وناولها الضحية بقصد قتله، إلا أنّ الوفاة لم تحدث بسبب عدم صلاحية المواد مثلاً، فلا يُسأل عن جريمة القتل بالتسميم، كما لا شروع فيها قانوناً؛ لاختلال أحد أهمّ شروط هذه الجنائية وهي كون المواد المقدمة صالحة لإحداث القتل، ويترتب عن عدم صلاحية الوسيلة انتفاء الجريمة، وتبعاً لذلك انتفاء المسؤولية الجنائية ولو اتجهت نية الجاني إلى القتل فعلاً.

الشرط الثالث: قصد إحداث الوفاة

ينتج القصد عن علم الفاعل بالطبيعة السامة للمواد وكذا في اتجاه نيته إلى إحداث الوفاة، بمعنى توافر القصد الجنائي بعنصره من علم الجاني بسُميّة المادة المقدّمة، واتجاه إرادته إلى تحقيق النتيجة باستخدامها، فإذا انتفى هذا القصد انتفت جريمة التسميم، وبالمقابل قد تقوم جريمة أخرى لها تكييف آخر كجريمة قتل الخطأ بسبب الإهمال، والطبيب الذي يضيف إلى الدواء مادة سامة خطأً فيتناولها المريض ويموت، أو جريمة إعطاء مواد ضارة كما إذا ناول شخصاً لآخر مادة سامة ليس لغرض القتل ومع ذلك تناولها ومات، فيُسأل عن جريمة إعطاء مواد سامة أفضت إلى الموت، طبقاً للمادة 275 ق.ع.ج.

ولا يشترط في التشريع الجزائري اتجاه هذا القصد إلى شخص أو أشخاص محدّدين وانصرافه إليهم، فإنّ الغلط في شخص المجني عليه لا يؤثر في قيام جنائية التسميم، وذلك تطبيقاً لمسألة القصد الاحتمالي، والذي يعني إمكانية مساءلة الجاني عن النتائج المحتمل وقوعها بمناسبة ارتكابه لجريمة معينة، وإن لم يقصد إتيانها طالما كان لديه نيّة القتل باستعمال مواد سامة ولوجود علاقة السببية بين الفعل والنتيجة التي حصلت⁽¹⁾.

مما سبق يمكن القول بأنّ جنائية التسميم في القانون الجزائري هي جريمة قائمة بذاتها، وتنشأ مباشرة باستعمال مواد سامة من شأنها أن تؤدي إلى إحداث الوفاة، بغض النظر عن حدوثها فعلاً من عدمه⁽²⁾.

وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها ومنها:

"حيث إنّ قانون العقوبات جعل من التسميم جريمة قائمة بذاتها يعاقب عليها بالإعدام تتميز من حيث أركانها عن جرائم القتل الأخرى، إذ عرفته المادة 260 منه بأنه: "...".

(1) د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، م.س، ص34.

(2) أ. بن الشيخ لحسين، م.س، ص38، 39.

وفستخلص من هذا التعرف أن جنافة التسمفف تقوم بإعطاء المادة السامة التي من المحتمل أن تُحدث الموت، بغض النظر عن تحقق النتيجة التي لا تدخل فف الركن المادي لهذه الجريمة⁽¹⁾.

ج- الموازنة بين الفقه الجنائف الإسلامف والقانون الجزائرف:

1- أوجه الاتفاق:

بعد عرض موقف الفقه الجنائف الإسلامف والقانون الجزائرف فف هذه المسألة، خاصة فف الحالة التي فكون ففها المجنف فله جاهلا لا فعلم بسمية الطعام المقدم إله، فمكن القول بأن القانون الجزائرف فنفق مع مذهب السادة المالكة بخصوص العقوبة المستحقة لهذه الجريمة، وهي القصاص حداً عند الفقهاء، والإعدام طبقا للمادة 261 ق.ع.ج، كما فنفقان أيضا فف عدم اشتراط مدة زمنية محددة لحصول النتيجة، ولا للكيفية التي فتم بها تقديم هذه المواد أو استعمالها.

2- أوجه الاختلاف:

فختلفان فف أن الفقه الجنائف الإسلامف ففشرط لقيام جريمة التسمفف واستحقاق الشرفك العقوبة وقوع الجريمة تامة، وفتحقق ذلك بموت المجنف فله جزاء تناول المادة السامة، وذلك بقيام علاقة السببية بين الفعل والنتيجة مع توافر القصد الجنائف، أما القانون الجزائرف ففجعل من جنافة التسمفف جريمة مستقلة تنشأ بمجرد قيام الجانف بوضع المادة السامة فف تناول المجنف فله بقصد قتله، دون اشتراط حصول الوفاة فعلا، نظرا لخصوصفة هذه الجريمة حسب المادة 260 عقوبات، بقولها: "فمكن أن تؤدي إلى الوفاة..."; والتي تحمل معنى احتمال حصول الموت والذي لا فدخل ضمن الركن المادي لها.

د- المناقشة والترجفح:

فبدو أن موقف القانون الجزائرف ففتسم بنوع من المبالغة والتشدد فف تكففف جريمة التسمفف وتحديد ضوابطها مقارنة له بموقف الفقه الجنائف الإسلامف، لا سفما أصحاب القول الأول الذين لا فوجبون شفئا على القاتل بالسّم وهم الأحناف كما سبق، إذ كفف فقتص من شخص قصد تسمفف آخر بالإعدام ولو لم فترتب عن فعله وفاة المجنف فله أصلا ؟

(1) قرار رقم 480850 الصادر بتاريخ 2008/10/23 الغرفة الجنائفة، مجلة المحكمة العلفا، العدد الأول، 2008.

وفي مقام الترجيح أختار موقف الفقه الجنائي الإسلامي، خاصة ما ذهب إليه فقهاء المالكية، وأرى أن يعاد تكييف نص المادة 260 بما يوافق هذا المذهب، وذلك بعدم إنزال عقوبة الإعدام بالجاني إلا إذا ترتبت الوفاة وكانت نتيجةً لفعله، وفي حالة عدم الوفاة أقترح أن تكون العقوبة مشددة لا تصل إلى حدّ العقوبة الأصلية، كالسجن المشدّد أو المؤبد.

وهذا الذي أخذ به قانون العقوبات المصري حين اشترط للعقاب بالإعدام حصول الموت فعلا، وذلك في نص المادة 233 بقولها: "من قتل أحدا عمدا بجواهر يتسبب عنها الموت عاجلا أو آجلا، يعدّ قاتلا بالسمّ أيا كانت كيفية استعمال تلك الجواهر ويعاقب بالإعدام".

ويكاد المشرّع الجزائري يتفق هو الآخر مع هذا الرأي لما اعتبر استخدام المواد السامة كوسيلة للقتل جدير بالتشديد مقارنة له بباقي الوسائل الأخرى وعاقب عليه بالإعدام طبقا للمادة 261 ق.ع؛ لأنّ التسميم يُتخذ طريقا إلى القتل غالبا، لما ينطوي عليه من غدر ونذالة وخطورة إجرامية، وسهولة في التنفيذ وإخفاء لمعالم الجريمة وطمس لآثارها.

وهو ما أكدته الغرفة الجنائية للمحكمة العليا في كثير من قراراتها، منها القرار رقم 218-23 الصادر بتاريخ 1980/12/09 الذي جاء فيه: "إنّ الوسيلة المستعملة في القتل لا تعدّ ظرفا مشددا فيما عدا التسميم الذي له حكم خاص"⁽¹⁾.

ثالثا: المساعدة بالامتناع في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أ- في الفقه الجنائي الإسلامي:

إذا كان التحريض كما سبق، والاتفاق كما سيأتي يتطلبان نشاطا إيجابيا يقوم به المتسبب، فإنّ المساعدة كما يتصور حدوثها بطريق الإيجاب كالقتل والسرقة والزنا، يمكن حصولها بطريق الامتناع وذلك باتخاذ موقف سلبي يُطلق عليه قانونا "الجريمة السلبية".

مثالها: حبس شخص في مكان ومنع وصول الطعام أو الشراب إليه بقصد قتله جوعا أو عطشا⁽²⁾، وكمن يشاهد جماعة يسرقون منزلا فلا يحرك ساكنا، أو يباشرون قتل شخص فلا يمنعهم، وكالأم تمتنع عن إرضاع مولودها الجائع حتى يموت لنفس الغرض... إلخ.

- فهل المساعدة بالامتناع تشكّل جريمة كالجريمة الإيجابية؟ وهل يعدّ الامتناع أو

السكوت في مثل هذه الأحوال مساعدةً لمن باشر الجريمة؟

(1) ينظر جيلالي بغدادي، م.س، ص258.

(2) الدسوقي، م.س، ج4، ص242

وخاصة إذا علم أنّ الامتناع وإن جاز اعتباره مساعدة من الناحية الأدبية إلا أنه ليس كذلك من الناحية الشرعية؛ لأنّ المساعدة تقتضي اتفاقاً مسبقاً بين المُعين والمباشر وأن يقصد الشريك من مساعدته حصول النتيجة، والسكوت عن المجرمين أو الامتناع عن تقديم المساعدة، لا يقوم على تفاهم سابق وإنما قد يكون نتيجة للخوف أو اللامبالاة⁽¹⁾.

ويفرّق الفقهاء بين الممتنع القادر على تقديم المساعدة ويريد بامتناعه حصول النتيجة، وبين من لا يقدر على منعها ولا يريد نتيجتها، أما النوع الثاني فلا مسؤولية عليه إذا سكت أو امتنع (عدم القدرة)، ولا يعتبر مُعيناً على الجريمة وهذا باتفاق الفقهاء.

أما النوع الأول فهو الذي يعتبره الفقهاء شريكاً بالمساعدة ويرتبون عليه الأحكام الشرعية، وقد اختلفوا في الحكم إلى أربعة أقوال والتي سأتناولها ببعض التفصيل:

1- القول الأول: يرى عدم اعتبار المساعدة بالامتناع جريمة بالتالي فلا قصاص ولا دية على الممتنع، لكن يَأْتَم وَيَعَاقِب تَعْزِيرًا، وهو قول الحنفية ورواية للحنابلة⁽²⁾، والإمامية⁽³⁾.

• حُجَّتُهُ: الكتاب والأثر والمعقول.

- الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَكُنِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ أَلْنَفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أنّ النفس المقصودة في الآية هي النفس القاتلة، أما الذي يمتنع عن تقديم المساعدة فهو لم يباشر القتل بنفسه ولا يعتبر قاتلاً، فكيف يقتص منه؟!

- الأثر: ما روي عن علي بن أبي طالب أنه رُفِعَ إِلَيْهِ ثَلَاثَةٌ نَفَرٍ، وَاحِدٌ مِنْهُمْ أَمْسَكَ رَجُلًا وَأَقْبَلَ الْآخَرَ فَقَتَلَهُ، وَبَقِيَ الثَّلَاثُ يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ، فَقَضَى فِي صَاحِبِ الرُّؤْيَا أَنْ تُسَمَّلَ^(*) عَيْنَاهُ وَقَضَى فِي الَّذِي أَمْسَكَ بِالسَّجْنِ حَتَّى الْمَوْتِ كَمَا أَمْسَكَهُ، وَقَضَى فِي الَّذِي قَتَلَ بَأَنْ يُقْتَلَ⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال أنّ صاحب الرؤية لم يَقْتُلْ؛ لأنه ليس قاتلاً وعقوبته تعزيرية.

(1) عودة، م.س، ج1، ص372.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص234. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص15.

(3) الطوسي محمد بن الحسين، تهذيب الأحكام، تحقيق محمد جواد الفقيه، دار الأضواء للطباعة والنشر، بيروت، ط2، 1413هـ، 1992م، ج10، ص194، 195.

(4) المائدة، آية 45.

(*) سَمَّلَتْ عَيْنُهُ: إذا فُتَّتْ بِحَدِيدَةٍ مَحْمَاةٍ.

(5) القمي محمد بن علي بن الحسين، من لا يحضره الفقيه، تحقيق حسن الأعلمي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط1، 1406هـ، 1986م، باب حكم الرجل يقتل الرجلين أو أكثر والقوم يجتمعون على قتل رجل، رقم 5237، ج4، ص93.

- **المعقول:** إن الممتنع لم يباشر القتل فعلا حتى يقاد منه، ولم يكن فيه بمعنى المتسبب حتى تلزمه الدية⁽¹⁾، وإذا كان الممسك لا يجب عليه قصاص كما في الأثر، مع أن أمره أعظم من الناظر الممتنع، فيكون سقوطه عنه من باب الأولى⁽²⁾.

جاء في الدر المختار: "ولو أدخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا، وقالوا: تجب الدية"، وفيه أيضا: "فأما إن كانوا نظارة أو مغربين أو معينين بإمساك فلا قود عليهم"⁽³⁾.

2- القول الثاني: يرى أصحابه أن الترك أو الامتناع يشكل جريمة كجريمة الفعل (الإيجابية) الذي فيه القود، وهو قول السادة المالكية ورواية للحنابلة والظاهرية⁽⁴⁾.

• **حُجَّتُه:** الأثر والمعقول.

- **الأثر:** ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى بذلك⁽⁵⁾.

- **المعقول:** إن الموت بسبب الامتناع عن تقديم المساعدة كان عن قصد، وهي وسيلة تقتل غالبا في مثل هذه الأحوال، فوجب على الممتنع القصاص كما لو قتله بمحدد⁽⁶⁾.

ثم إن المجني عليه كان في أشد الحاجة إلى المساعدة، فإذا حال الممتنع أو التارك دونها، فقد تسبب في إهلاكه بمنعه ما يستحقه فلزم ضمانه، ولما كانت النتيجة هي الهلاك فعقوبته هي القصاص، كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك⁽⁷⁾.

وفي حاشية الدسوقي: "فيقتصّ ممن منع الطعام والشراب ولو قصد بذلك التعذيب"⁽⁸⁾.

3- القول الثالث: يرى الامتناع مثل جريمة قتل شبه العمد فيها الدية، وهو قول محمد وأبي يوسف صاحبَي أبي حنيفة⁽⁹⁾ وقول عند الحنابلة⁽¹⁰⁾.

(1) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص15.

(2) الطوسي م.س، ج10، ص194، 195.

(3) **الحصكفي** محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1423هـ، 2002م، ص701، 705.

(4) الخرشبي، م.س، ج4، ص12 ابن حزم، م.س، ج11، ص232.

(5) **الطرابلسي** علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الطرفين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، (د.ب.ت)، ج2، ص274.

(6) الكاساني، م.س، ج7، ص243. الدسوقي، م.س، ج4، ص242.

(7) **الصاوي** الشيخ أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، 1995م، ج2، ص274.

(8) الدسوقي، م.س، ج4، ص242.

(9) الكاساني، م.س، ج7، ص243. ابن عابدين، م.س، ج10، ص183.

(10) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص15.

• **حُجَّتُه:** قالوا بأنّ الامتناع سبب يؤدّي إلى التلف غالباً لكن لا يجب فيه القود؛ لأنّه ليس من الآلة المعدّة للقتل العمد، لذا يجب ضمانه بالدية⁽¹⁾.

4- القول الرابع: ويرى التفصيل بين حالة ما إذا مضت مدة يقطع فيها بموت المتروك أو المحتاج للمساعدة في الغالب أو عدم مُضيها، وهو قول بعض المالكية والشافعية⁽²⁾.

الأولى: حالة مضي مدة يقطع فيها بهلاك المتروك في الغالب:

وهي التي يكون الترك فيها دليلاً على العمد فيجب فيه القود من التارك، لظهور قصد الإهلاك لديه، ويختلف الأمر هنا من شخص لآخر، ومن حالة لأخرى ومن زمن لآخر، فليس المريض كالصحيح، ولا القوي كالضعيف، ولا الصغير كالكبير، وليس وقت الصيف كوقت الشتاء، لذا يوضع في الحسبان كل شخص وما يمثله في الغالب في الأمور السابقة⁽³⁾.

فالمعيار إذن شخصي يقتضي مراعاة الخصوصية والظروف المماثلة في الغالب من الأحوال، ويُرجع فيه لأهل الاختصاص والخبرة من الأطباء الأمناء؛ لأنّ الحكم الشرعي متعلّق بهم بعد أخذ رأيهم في هذه الأحوال.

الثانية: حالة عدم مضي المدة:

إذا لم تشترك عوامل أخرى في تحقيق النتيجة مع فعل الترك، ففعل الترك أو الامتناع يشكّل جريمة قتلٍ شبه عمدي، يُعاقب صاحبها بالدية تعزيراً؛ لأنّ الترك وحده لا يقتل غالباً بل لتداخل عوامل أخرى تتعلق بالمتروك نفسه، والعبرة بمثله لا بشخصه، ويُعاقب بالدية لوجود فعل التعديّ منه وهو الامتناع الذي صادف موت المجني عليه⁽⁴⁾.

5- المناقشة والترجيح:

يتضح مما تقدّم في هذه المسألة أنّ الحنفية ومن وافقهم لا يرون الجريمة بالامتناع كالجريمة الإيجابية؛ لأنّ المعتمد عندهم هو المباشرة، ولا يدخل في معناها من يهلك بسبب ترك الغير له، إذ لا يمكن وصف صاحبها بالعدوان مع عدم صدوره منه مباشرة.

(1) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج6، ص15.
(2) البقاعي عمر بن بركات، فيض الآله المالك في حلّ ألفاظ عمدة السالك وعدّة الناسك، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط2، 1372هـ، 1953م، ج2، ص282. النووي، م.س، ج7، ص8.
(3) الدسوقي، م.س، ج4، ص246. الشافعي، الأم، م.س، ج7، ص18.
(4) البقاعي، م.س، ج2، ص501. النووي، م.س، ج7، ص8.

في حين يرى المالكية والشافعية التزك له دلالة على قصد القتل والعدوان من الجاني-التارك- وهو كافٍ لمعاقبته بعقوبة الجريمة، وأما من اعتبره بمثابة شبه عمد وأوجبوا فيه الدية، يرون مجرد الترك ليس دليلاً على قصد الإهلاك، فلا يعاقب صاحبه بالقود ما لم يتوافر القصد لديه وعليه يعاقب بالدية؛ لأنّ الترك لا يؤدي إلى الهلاك غالباً.

أما الذين نظروا إلى اعتبار المدة الزمنية وهم الشافعية ومن وافقهم، فينظرون إلى أنّ قصد الإهلاك لا يمكن تحقيقه ما لم تمض تلك المدة حسب تقدير أهل الخبرة من الأطباء الأمناء، إلا إذا علم الجاني بحال المتروك من الجوع أو العطش الشديدين أو المرض وكان قادراً على تقديم المساعدة، مما يجعل قصد الإهلاك واضحاً ليعاقب بعقوبة العمد.

وإذا لم يكن في مقدور الممتنع تقديم المساعدة اللازمة لإنقاذ المجني عليه، أو أنّ المساعدة قد تعرّض حياته للخطر إن حاول إنقاذه، كما لو كان هو الآخر لا يعرف السباحة، فالفقهاء متفقون على عدم مؤاخذة الممتنع في هذه الحالة⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿لَا يَكْفُرُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽²⁾.

وأظن بأنّ القول الثاني قد حالفه الصواب، فإذا كان الثابت شرعاً كما في الحديث الصحيح عند البخاري عن ابن عمر أنّ النبي ﷺ قال: "دخلت امرأة النار في هرة ربطتها، فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض"⁽³⁾، وهي حيوان وتركتها على هذه الحال حتى ماتت، والعقوبة أخروية، فإنّ يُعاقب الممتنع أو التارك بعقوبة الجريمة وهي القود إذا ارتكبها ضد إنسان وهو آدمي يكون من باب الأولى.

ثم إنّ الامتناع يتنافى مع المبادئ الشرعية المنظمة لعلاقة المسلم بالمسلم أو غير المسلم في المجتمع، ومن أهمّها التعاون على البر والتقوى والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والحفاظ على دماء المسلمين وأموالهم وأعراضهم يعدّ المستند في الجريمة السلبية⁽⁴⁾.

(1) ابن قدامة، م.س، ج9، ص580 وما بعدها.

(2) البقرة، الآية 286.

(3) البخاري، الجامع الصحيح، م.س، كتاب بدء الخلق، باب إذا وقع الذباب في شراب أحدكم فليغمسه فإنّ في أحد جناحيه داءً وفي الآخر شفاءً، حديث رقم 3318، ج2، ص447.

(4) أ. د. عبد المجيد محمود الصلاحين، (الجرائم السلبية أحكامها وضوابطها في الفقه الجنائي الإسلامي)، مجلة الشريعة والقانون، الأردن، العدد 36 شوال 1429 هـ، 2008م، ص115.

ب- حكم المساعدة بالامتناع في الفقه الوضعي والقانون الجزائري:

1- حكم المساعدة بالامتناع في الفقه الوضعي:

ذهب الرأي الغالب في الفقه والقضاء في مصر وفرنسا⁽¹⁾ إلى القول بأن المساعدة في كل صورها تتطلب سلوكا إيجابيا يبذله المساعد ويقدمه لفاعل الجريمة، وأن الامتناع وحده غير كاف لتحقيق المساعدة، وحقته أن الامتناع في نظر هذا الاتجاه عدم، والعدم لا ينتج إلا عدما، وبالتالي عدم صلاحية السلوك السلبي لأن يكون سببا لنتيجة إجرامية إيجابية⁽²⁾.

كامتناع الأم عن إرضاع وليدها حتى الموت، وامتناع الطبيب عن إجراء عملية جراحية تتطلبها حالة المريض الحرجة حتى الموت، فلا يسأل كلُّ منهما عن جريمة قتل؛ لعدم صلاحية السلوك السلبي لأن يكون سببا للوفاة في هذه الجرائم⁽³⁾.

لكن بالمقابل يتجه رأي آخر إلى اعتبار صورٍ أخرى والتي تتخذ شكل الموقف السلبي من قبيل الاشتراك بالمساعدة من جانب الشريك، كموقف الخادم الذي يتعمد ترك باب منزل مخدومه مفتوحا بقصد تسهيل دخول اللصوص والسرقة منه⁽⁴⁾.

وحجة هذا الرأي أن السلوك السلبي ليس عدما كما يقول الاتجاه الأول، وإنما هو إمساك إرادي عن حركة عضوية؛ أي أنه يتوافر فيه الوصف الإرادي كما هو الحال في السلوك الإيجابي، ولهذا يصلح في نظرهم اعتباره سببا للنتيجة الإجرامية في جرائم القتل، شريطة أن يكون هناك واجب قانوني أو اتفاقي يفرض عليه التدخل لمنع وقوع الجريمة⁽⁵⁾.

ويتجه بعض الشراح إلى القول بإمكان تصور تحقق المساعدة بعمل سلبي، وفي بعض الأحيان تكون المساعدة السلبية أجدى للفاعل من المساعدة بعمل إيجابي، لما تمثله من دعم معنوي للجاني يدفعه إلى الإجرام بسهولة، كمن يفرض عليه القانون التزاما بالتدخل لمنع الجريمة؛ لأن هذا الالتزام يمثل عقبةً يضعها القانون في طريق تنفيذ الجريمة⁽⁶⁾.

مثال ذلك: الشرطي يشاهد جماعة يضربون آخر أو يسرقون ماله، فيُغيّر طريقه أو يغيّر الطرف عنهم حتى يكملوا فعلتهم، رغم وجود الواجب القانوني الذي يفرض عليه

(1) د. عبد الوهاب حومد، م.س، ص 209.

(2) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية، م.س، ص 310، 311.

(3) د. القهوجي، م.س، ص 336.

(4) د. حسني، المساهمة الجنائية، م.س، ص 312، 313.

(5) د. القهوجي، م.س، ص 337.

(6) د. عبد الله حومد، م.س، ص 209.

التدخل؛ لأنه بسلوكة هذا قد ساعدهم على الجريمة، في حين لا يعدّ من قبيل المساعدة بالامتناع الجار الذي يشاهد اللصوص يسرقون بيت جاره وكان في إمكانه منعهم أو التبليغ عنهم ومع ذلك لم يفعل⁽¹⁾.

ومنه فالامتناع عن القيام بهذا الواجب في نظرهم إزالة لهذه العقبة وتسهيلا لوقوع الجريمة، وهو الرأي الراجح في الفقه والقضاء الألماني، وهو الذي رجّحه محمود نجيب حسني بقوله: "وبدوري أرجح هذا المذهب وأرى صلاحية الامتناع لتقوم به المساعدة كوسيلة للمساهمة التبعية في الجريمة"⁽²⁾، وهذا الذي أخذ به بعض الفقهاء في مصر، وهو المذهب الحديث الذي يرى صلاحية اعتبار المساعدة بالامتناع كأحد طرق الاشتراك في الجريمة⁽³⁾.

2- حكم المساعدة بالامتناع في القانون الجزائري:

لم يتعرض قانون العقوبات الجزائري كغيره من التشريعات للمساعدة كوسيلة للاشتراك باتخاذ موقف سلبي، وإنما أتى بصياغة مرنة وهو بصدد بيان صور الاشتراك بطريق المساعدة في المادة 42 المعدلة بقولها: "... ولكنه ساعد على بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك".

وعليه فالمشرع الجزائري حدّد وسائل المساعدة في الأعمال الإيجابية فقط، ومن ثمّ فلا مجال للقول بأنّ مجرد الامتناع يصلح وسيلة من وسائل الاشتراك، وهذا ما ذهب إليه الاتجاه التقليدي، وهو الراجح في الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر⁽⁴⁾.

بمفهوم المخالفة وحسب المادة أعلاه فإنّ مجرد وقوف الشخص موقفا سلبيا أثناء وقوع الجريمة أو في أي مرحلة منها، لا يعدّ اشتراكا معاقبا عليه قانونا ولو كان بمقدوره منع حدوثها، بل حتى لو ثبت أنّ امتناعه كان تعبيرا عن رغبته في وقوعها، وتطبيقا لذلك لا يعدّ شريكا بالمساعدة من يرى شخصا يتعرّض لاعتداء من قبل آخر بالضرب أو بسرقة ماله ولا يتدخل للحيولة دون ذلك، طالما لم يصدر عنه أي سلوك إيجابي من تلك الواردة في القانون على سبيل الحصر، كما لا يعدّ شريكا من يعلم بعزم الجاني على إتيان الجريمة ويمتنع عن إبلاغ السلطات العامة عنها⁽⁵⁾.

(1) د. القهوجي، م.س، ص529.

(2) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية، م.س، ص313، 314.

(3) د. جلال ثروت، م.س، ص350.

(4) عبد الله سليمان، م.س، ص219. وينظر د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية، م.س، ص310، 311.

(5) د. رضا فرج، م.س، ص334.

كما سايرت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في العديد من أحكامها ومنها:
"الاشتراك في الجريمة لا يكون إلا بفعل إيجابي يصدر من الشريك، ومجرد الامتناع لا يكفي لوجود الاشتراك حتى ولو كان الشخص عالماً بالعمل المنوي إجراؤه ولم يسع إلى منعه"⁽¹⁾.
وقضت في حكم آخر: "لا جدال في أن الاشتراك في الجريمة لا يتكوّن إلا من أعمال إيجابية، ولا ينتج أبداً من أعمال سلبية"⁽²⁾.

والإشكال الذي يمكن طرحه في هذه المسألة: - هل الموقف السلبي من الممتنع يجعله في منأى من العقاب رغم أهمية تقديم المساعدة في مثل هذه الأحوال؟

الامتناع أو اتخاذ الموقف السلبي في القانون الجزائري وإن كان لا يعتبر مقترفه شريكاً بالمساعدة، فلا يعني أنه عمل جائز لا عقاب عليه وإنما يعاقب صاحبه على أساس أنه فاعل أصلي لجريمة أخرى فيها مخالفة للقانون، خاصة إذا كان القانون يضع على عاتقه واجبا بالتدخل بفعلٍ أو قول⁽³⁾.

تنصّ المادة 181 ق.ع.ج. فقرة 1: "... يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلاً ولم يخبر السلطات فوراً"، ومثلها المادة 182 فقرة 1 التي تعاقب كل من يستطيع بفعلٍ مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير، أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جناية أو جنحة ويمتنع عن القيام بذلك.

3- الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري:

يتضح مما سبق أنّ موقف القانون الجزائري يتفق مع مذهب السادة الحنفية ومن وافقهم، من عدم اعتبار الجريمة بالامتناع أو باتخاذ موقف سلبي كالجريمة الإيجابية، وأنّ العقوبة فيها ليست هي ذاتها المقررة للجريمة محلّ الامتناع وهذا رأي مرجوح في نظري.

ويرى المالكية والشافعية أنّ الامتناع يحمل في جوانبه القصد إلى الجريمة ونتيجتها، خاصة إذا كان في استطاعة الممتنع التدخل، أو كان الواجب القانوني أو العقدي يلزمه بالتدخل ثم يمتنع، كالألم تمتنع عن إرضاع ولدها بقصد موته، ومن يرى آخر على وشك

(1) نقض 28-05-1945، مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 583، ص719. حسن محمد ربيع، م.س، ص419.

(2) نقض 28 مايو 1945، مجموعة القواعد القانونية، رقم 583، ج6، ص719. وينظر د. القهوجي، م.س، ص528.

(3) د. منصور رحمانى، م.س، ص94.

الغرق وهو بجانبه فلا ينفذه، لأنه يعدّ قرينة كافية لاعتبار امتناعه كالفعل الإيجابي في استحقاق عقوبة الجريمة محلّ الامتناع.

وكان الأحرى بالمشرع الجزائري اتباع هذا الرأي والأخذ به، خاصة وأنّ المشرّع الفرنسي قد أدرك هذا المعنى، واضطر إلى النصّ صراحة على المساواة بين الامتناع والفعل الإيجابي في المادة 312 المعدّلة، حين عاقب من يحرم قاصرا دون الخامسة عشر من عمره من التغذية أو العناية بصورة مقصودة⁽¹⁾.

أما إذا كان تقديم المساعدة يمكن أن يترتب عنه خطورة أو ضرر يصيب الممتنع، فقد اتفق الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري على عدم مؤاخذه الممتنع، وهو ما أكدته المادة 182 ف2 ق.ع، بقولها: "... وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير".

أصلُ إلى أنّ الفقه الجنائي الإسلامي يتفق عموما مع القانون الجزائري في العقاب على الجريمة بالامتناع أو الترك، لكنهما يختلفان في نوع العقوبة المطبقة، فذهب الجمهور عدا الحنفية إلى أنها هي ذات العقوبة المقررة للجريمة محلّ الامتناع، أما القانون الجزائري فقد وافق مذهب الحنفية فجعلها عقوبة مختلفة لجريمة مستقلة غير الجريمة محلّ الامتناع.

4- رأيي في الموضوع:

مما تقدّم عرضه يمكنني القول بأنّ المشرّع الجزائري وعلى الرغم من أخذه بالمذهب التقليدي حين اعتبر المساعدة بطريق الامتناع جريمة مستقلة، وأفرد لها عقوبة خاصة وحدّد المساعدة في الأعمال الإيجابية فقط، إلا أنه وتطبيقا لقاعدة: "الجمع بين الأدلة أولى من إهمالها" أرى أنه ينبغي النظر لشخص الممتنع، فإذا كان امتناعه مبني على اتفاق مسبق مع الفاعل اعتُبر شريكا بالامتناع ويعاقب بعقوبته، أما إذا لم يوجد هناك اتفاق جاز اعتبار امتناعه جريمة مستقلة، كمن يضع القانون على عاتقه واجبا بالتدخّل فيمتنع، رغبة في وقوع الجريمة كرجل الشرطة في المثال السابق.

(1) د. منصور رحمانى، م.س، ص95.

المطلب الثالث: الاشتراك بالاتفاق في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

يعتبر شريكا بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي كل من حرّض غيره أو أعانه على ارتكاب الجريمة أو اتفق مع غيره على ارتكابها، وقد تطرقت في المطلبين السابقين للتحريض والمساعدة، وبقي الاتفاق الذي أخصّص له هذا المطلب وأتاوله بالدراسة في كل من الفقه الجنائي الإسلامي وفي القانون الجزائري.

وقسمته إلى أربعة فروع خصّصت الأول منها لتعريف الاتفاق لغة واصطلاحاً، وتناولت في الفرع الثاني تمييز الاتفاق عن بعض الصور المشابهة، أما الفرع الثالث فكان لبيان حكم التصميم والعزم الجنائي باعتباره مرحلة تسبق الاتفاق، والفرع الأخير جعلته لأحكام الاشتراك بالاتفاق في كل من جرائم القصاص والحدود في الفقه الجنائي الإسلامي وما يقابله في القانون الجزائري.

الفرع الأول: تعريف الاتفاق لغة واصطلاحاً

أولاً: الاتفاق لغة

الاتفاق من الفعل وَفَقَ، ووَفَقُ الشَّيْءُ مَا لَاعَمَهُ، تقول: وافقت فلاناً في موضع كذا أي صادفته⁽¹⁾، وفي مختار الصحاح: "الوافق الموافقة، والتوافق الاتفاق والتظاهر، ووافقه صادفه"⁽²⁾، و"وقفه الله: سدّده"⁽³⁾.

وجاء في القرآن الكريم التعبير عن الاتفاق بعدة اصطلاحاتٍ تتفق معنًى منها: "التأمر"، كما في قوله تعالى: ﴿وَأْتِمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾⁽⁴⁾، وفي قوله تعالى وهو يخاطب نبيه موسى عليه السلام: ﴿قَالَ يَمْؤِسْكَ رَبُّكَ الْمَلَايَأَتِمِرُونَ بِكَ لِيَقْتُلُوكَ فَاخْرُجْ إِنِّي لَكَ مِنَ النَّاصِحِينَ﴾⁽⁵⁾؛ أي يتشاورون عليك ليقتلوك بالقبطي الذي قتلت بالأمس، وقيل يأمر بعضهم بعضاً⁽⁶⁾.

وبلفظ "أجمع" كما في قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا ذَهَبُوا بِهِ وَأَجْمَعُوا أَنْ يَجْعَلُوهُ فِي غِيَابِ الْجَبِّ﴾⁽⁷⁾،

و"أبرموا" كما في قوله: ﴿أَمْ أَبْرَمُوا أَمْرًا فَإِنَّا مُبْرِمُونَ﴾⁽⁸⁾.

(1) ابن منظور، م.س، ج6، ص4884.

(2) الرازي، م.س، ص304.

(3) الفيومي، م.س، ص256.

(4) الطلاق، آية 6.

(5) القصص، آية 20.

(6) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج16، ص254.

(7) يوسف، آية 15.

(8) الزخرف، آية 79.

ثانيا: الاتفاق اصطلاحا

أ- الاتفاق في الفقه الجنائي الإسلامي:

الاتفاق أو كما يُعبّر عنه بالتماثل عند بعض الفقهاء كالمالكية؛ هو الحالة التي يتفق فيها شخصان أو أكثر على ارتكاب جريمة معينة، بحيث يتولى المباشرة أحدهم ويقوم غيره بالأعمال الثانوية أو التحضيرية التي لا تدخل ضمن مكونات الركن المادي للجريمة⁽¹⁾.

وعرّفه عبد القادر عودة: "الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة؛ بمعنى أنهم يقصدون جميعا قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين"⁽²⁾.

والملاحظ في هذا التعريف أنه جعل الاتفاق محصورا في الشركاء المباشرين فقط.

ب- الاتفاق في القانون الوضعي:

لا يختلف التعريف القانوني للاتفاق عن تعريف فقهاء الشريعة، فهو يعني: اتحاد إرادتين أو أكثر على ارتكاب جريمة ما، بحيث تتوافق إرادة الفاعل أو الفاعلين مع إرادة الشريك أو الشركاء على ارتكاب جريمة معينة⁽³⁾.

وعرّفت المادة 40 ف 2 ق.ع. مصري الشريك بالاتفاق بقولها: "يعدّ شريكا في الجريمة: ثانيا: من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوَقعت بناء على هذا الاتفاق".

وعرّفته محكمة النقض المصرية: "اتحاد نية أطرافه على ارتكاب الفعل المتفق عليه"⁽⁴⁾.

أما قانون العقوبات الجزائري ومن خلال نص المادة 42 يتضح أنه لم يدرج الاتفاق ضمن صور المساهمة التبعية في الجريمة، وبذلك يكون قد خالف الاتجاه الغالب في القوانين الوضعية وكذلك الفقه الجنائي الإسلامي الذي يعتبر الاتفاق صورة للاشتراك غير المباشر في الجريمة إضافة إلى التحريض والمساعدة.

من التعريفات السابقة للاتفاق أستنتج أنه يشترط فيه ليكون صورة للاشتراك، أن يسبق ارتكاب الجريمة، وأن يكون موضوعه ارتكاب جريمة محدّدة بذاتها، كالقتل مثلا أو السرقة وليس مطلق الإجرام.

(1) د. الفاخري، م.س، ص 202.

(2) عودة، م.س، ج 1، ص 361.

(3) منتصر سعيد حمودة، م.س، ص 157.

(4) ن.م.و.ص.

الفرع الثاني: تمييز الاتفاق عن بعض الصور المشابهة

أولاً: الفرق بين الاتفاق والتوافق

يُفرّق أغلب فقهاء الشريعة والقانون بين الاتفاق والتوافق:

فالاتفاق يقتضي تفاهما أو تمالؤا مسبقا على ارتكاب الجريمة بين الشريك المباشر والشريك المتسبب، واتجاه إرادتهما المتحدتين معا إلى الغرض ذاته، بحيث إذا لم يكن هناك اتفاق سابق بينهما، أو وُجد لكنْ على غير الجريمة التي ارتكبت فعلا فلا اشتراك، ومثله إذا اتفق شخص مع آخر على سرقة بيت مُعيّن، فقام المباشر بقتل صاحب البيت فلا يوجد اشتراك؛ لأنّ الاتفاق بينهما لم ينعقد على القتل ولم تتجه إرادة الشريك المتسبب إليه، ومع ذلك يبقى الاتفاق في حد ذاته معاقبا عليه ما دام يشكّل معصية⁽¹⁾.

أما **التوافق**: فهو عبارة عن توارد خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما، دون أن يحصل بينهم اتفاق على ارتكابها بل تقع بمحض الصدفة وتوارد الخواطر بين الجناة، وبعد كل شريك فيها فاعلا مباشرا لها⁽²⁾، ولقد عرّف عبد القادر عودة التوافق: "أن تتجه إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها، دون أن يكون بينهم اتفاق سابق"⁽³⁾.

والتوافق في جريمة القتل كما عرّفه الخرشي: "قصد كل واحد القتل بانفراده ولم يتفق مع غيره عليه"⁽⁴⁾، ولا يفرّق أبو حنيفة بين الاتفاق والتوافق، فحكمهما واحد عنده، والجاني لا يُسأل إلا عن فعله في كليهما⁽⁵⁾، أما باقي الفقهاء فيفرّقون بينهما⁽⁶⁾.

وعليه فالاتفاق خلاف التوافق في اعتبار الأول يتطلب اتحاد الإرادات على ارتكاب الجريمة، أما الثاني فيقتضي توارد الخواطر وتعاصُرهما واتجاهها في الوقت نفسه نحو ارتكاب ذات الجريمة؛ بمعنى أنّ الجاني في حال التوافق يرتكب الجريمة لحسابه الخاص ويكون فاعلا أصليا لها ويتحمّل عقوبتها وحده، بينما في حال الاتفاق كصورة للاشتراك، فإنّ الفاعل الأصلي هو الذي يباشر الركن المادي للجريمة بمفرده، أما من اتفق معه فيكون شريكا له بالمساعدة أو التحريض، دون أن يساهم في تنفيذ مادياتها بفعلٍ منه⁽⁷⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص360، 361. وينظر د. الفاخري، م.س، ص203.

(2) د. الفاخري، م.ن، ص202.

(3) عودة، م.س، ج1، ص360.

(4) الخرشي، م.س، ج8، ص13.

(5) د. الزيني، م.س، ص109، 113.

(6) الخرشي، م.س، ج8، ص13. ينظر عودة، م.س، ج1، ص361.

(7) د. منتصر سعيد حمودة، م.س، ص159.

ثانيا: الفرق بين الاشتراك بالاتفاق والاتفاق الجنائي

الاتفاق باعتباره وسيلة للاشتراك يختلف عن الاتفاق الجنائي كجريمة⁽¹⁾، وقد وضع المشرع المصري تعريفا للاتفاق الجنائي كصورة للمساهمة التبعية في المادة 48 من ق.ع. مصري ونصّها: "يوجد اتفاق جنائي كلما اتحد شخصان فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة ما أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها"⁽²⁾، والمادة 217 ق.ع. لبناني، والتي تنصّ: "يعدّ اتفاقا جنائيا اتفاق شخصين أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة من جنح الرسقة والاحتيال والتزوير". وعاقبت أغلب التشريعات العقابية بما فيها التشريع الجزائري على الاتفاق الجنائي باعتباره جريمة مستقلة بناء على نصوص خاصة⁽³⁾.

فالاتفاق الجنائي يمكن أن يتخذ صورة النزعة الإجرامية التي تهدد الأمن العام وتنطوي على خطورة بالغة على مصالح المجتمع⁽⁴⁾، مما يحتمل معه دائما إلحاق الضرر بسلامة المواطنين في أنفسهم وأموالهم.

وقد دعا ذلك المشرع إلى التدخل للعقاب مباشرة على مجرد الاتفاق بين شخصين فأكثر على الإعداد لارتكاب جنيات أو جنح دون انتظار وقوعها فعلا، وهو ما نصت عليه المادة 176 المعدلة⁽⁵⁾ من ق.ع.ج تحت عنوان: "جمعيات الأشرار ومساعدة المجرمين" الفصل السادس "الجنيات والجنح ضد الأمن العمومي" بقولها: "كل جمعية أو اتفاق مهما كانت مدته وعدد أعضائه تُشكّل أو تُؤلف لغرض الإعداد لجناية أو أكثر، أو لجنحة أو أكثر، معاقب عليها بخمس⁽⁵⁾ سنوات حبس على الأقل، ضدّ الأشخاص أو الأملاك تكون جمعية أشرار، وتقوم هذه الجريمة بمجرد التصميم المشترك على القيام بالفعل".

يتضح من هذه المادة وتقابلها أيضا المادة 321 من قانون العقوبات الليبي فقرة 1⁽⁶⁾، والمواد 157-159 من قانون العقوبات الأردني⁽⁷⁾، أنها تختلف عن حالة الاتفاق كوسيلة

(1) يتجسّد المظهر المادي للاتفاق الجنائي في فعل الاتفاق ذاته، وأما مسألة إثباته فهي من السهولة بما كان إذا بدأ الجناة في التحضير للجرائم المنوي ارتكابها. ينظر د. القهوجي، م.س، ص348.

(2) عبد العزيز الزيني، م.س، ص422، 423.

(3) د. علاء زكي، م.س، ص297.

(4) د. الفاخري، م.س، ص304.

(5) عدلت بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004. (ج.ر. 71، ص9).

(6) د. الفاخري، م.ن، ص304.

(7) تنص المادة 157 ق.ع. أردني تحت عنوان "جمعيات الأشرار" بقولها: "إذا أقدم شخصان أو أكثر على تأليف جمعية أو عقدا اتفاقا بقصد ارتكاب الجنيات على الناس أو الأموال، يعاقبون ... إذا كانت غاية المجرمين الاعتداء على حياة الغير".

للاشتراك في بعض القوانين الأخرى، ذلك أنّ ما نصّت عليه المادة 176 ق.ع.ج تعتبر الاتفاق الجنائي جريمة قائمة بذاتها وعاقبت عليها استقلالاً، ويتبيّن منها أيضاً أنها حصرت مجال الاتفاق الجنائي في الجنايات والجنح واستبعدت المخالفات من نطاقها، ولا يشترط للعقاب عليها وقوع الجرائم محلّ الاتفاق، بل تنشأ مباشرة بمجرد انعقاد التصميم على ارتكابها وهو ما يفهم من سياق المادة: "وتقوم هذه الجريمة بمجرد التصميم على القيام بالفعل"؛ لأنّ موضوعها ينصبّ على تكوين جمعيات الأشرار لأجل الإجماع أو ارتكاب عدة جرائم غير محدّدة، وهو ما فعله أيضاً المشرع المصري واللبناني⁽¹⁾.

وقد اعتبر قانون العقوبات المصري في المادة 48 منه الاتفاق الجنائي جريمة مستقلة قائمة بذاتها، وليست صورة للاشتراك في الجريمة، وعاقب عليها بصفة عامة متى كان ارتكاب الجنايات أو الجنح هو الغرض من وراء الاتفاق، ولو لم يُفصّل إلى وقوع الجناية أو الجنحة محلّ الاتفاق، ويرجع ذلك إلى خطورة هذا الاتفاق لما ينطوي عليه من تهديد للمصالح المحمية بنصوص التجريم⁽²⁾، ومثله القانون اللبناني في المادة 335، والسوري في المادة 325 والأردني في المادة 175⁽³⁾.

كما قرر القانون المصري عقوبة أشد لمن يحرّض على الاتفاق الجنائي؛ لأنه هو الذي يحمل ضعيف الإرادة ويدفعه إلى الجريمة⁽⁴⁾، وفي ذات السياق يذهب البعض إلى اعتبار الاتفاق الجنائي استثناء من القاعدة المقررة في التشريع الجنائي، وهي قاعدة عدم العقاب على العزم والتصميم، ويرى أنه في هذه الحالة ينطوي على خطورة، ما دام قد اتخذ مظهرها مادياً⁽⁵⁾. وقد يعكّر صفو الأمن العام ويهدّد سلامة المجتمع، مما يتطلب تدخّل المشرّع بالتجريم والعقاب لاحتواء الخطر والقضاء عليه في مهده⁽⁶⁾.

(1) د. علاء زكي، م.س، ص 297.

(2) المادة 48، الباب السادس، الاتفاقات الجنائية، قانون العقوبات المصري طبقاً لأحدث التعديلات، بالقانون رقم 95، لسنة 2003م. ينظر د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، م.س، ص 272، وما بعدها.

(3) د. معن أحمد محمد الحباري، م.س، ص 290، 291.

(4) الفقرة الثالثة من المادة 48 المشار إليها.

(5) يتجسّد المظهر المادي للاتفاق الجنائي في فعل الاتفاق بحدّ ذاته، وأما مسألة إثباته فهي من السهولة بما كان إذا بدأ الجناة في التحضير للجرائم المنوي ارتكابها. ينظر د. القهوجي، م.س، ص 348.

(6) د. علاء زكي، م.س، ص 270. د. القهوجي، ن.م.و.ص.

أما الاتفاق كوسيلة اشتراك فموضوعه ارتكاب جريمة معينة مهما كان نوعها، سواء كانت جنائية أم جنحة أم مخالفة، ويشترط لعقاب الشريك فيها وقوع الجريمة محلّ الاتفاق فعلا، وإلا فلا عقوبة وبذلك يتضح الفرق بينهما.

الفرع الثالث: التصميم أو العزم الجنائي ومبررات عدم العقاب عليه

أتناول في هذا العنصر حكم التصميم أو العزم الجنائي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، ثم مبررات عدم العقاب عليه.

أولاً: حكم التصميم الجنائي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أ- حكمه في الفقه الجنائي الإسلامي:

التفكير والتصميم على الجريمة هما نواة الإرادة الإجرامية، وهذه الإرادة هي مصدر القلق والاضطراب في المجتمع وهي التي تنبعث منها دواعي الإجرام، والسؤال الذي يثور بهذا الصدد: - هل يكفي هذا القول لتبرير معاقبة الإرادة الجرمية وهي ما زالت حبيسة النفس، لم تُترجم بعدُ إلى فعلٍ ماديٍّ في العالم الخارجي؟

يتفق الفقه الجنائي الإسلامي مع التشريعات الوضعية قاطبة لاسيما الحديثة، ومنها التشريع الجزائري على أنّ العقاب لا يشمل إلا الأعمال التي تظهر في صورة مادية حسية، تخرج من حيز النفس إلى العالم الخارجي في صورة من الصور المعاقب عليها.

وبالتالي فعدم العقاب على العزم والتصميم يعتبر قاعدةً مُقرّرة منذ القدم، ففي الشريعة الإسلامية توجد تطبيقات هذه القاعدة في عدد من الآثار المتظاهرة، وتدلّ بمجموعها على عدم العقاب لا في الدنيا ولا في الآخرة عما توسوس به النفس صاحبها من أفكار، فقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: "إنّ الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم به"⁽¹⁾، وقوله في الحديث القدسي: "فَمَنْ هَمَّ بحسنة فلم يعملها كتبتُها الله له عنده حسنةً كاملة فإن هو همّ بسيئة فلم يفعلها لم يكتب له شيء"⁽²⁾.

ومن المقرر أيضا في الشريعة أنّ مَنْ هَمَّ بسيئة وتركها كتبت له حسنة كاملة ترغيبا له في الترك والرجوع، كما في الحديث القدسي الآخر عند الإمام مسلم، فعن ابن عباس عن رسول الله ﷺ فيما يرويه عن ربّه تبارك وتعالى: "إنّ الله كتب الحسنات والسيئات ثم بين

(1) الحديث سبق تخريجه.

(2) البخاري، الجامع الصحيح، م.س، باب من همّ بحسنة أو بسيئة، حديث رقم 6491، ج4، ص189.

ذلك...، وإن همّ بسيئة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة، وإن همّ بها فعلمها كتبها الله سيئة واحدة⁽¹⁾.

ومن القواعد أيضا أنّ الشريعة ظاهرية لا يكفّ فيها القاضي بالبحث عن أمور البواعث والنوايا، ولا يحكم إلا بمقتضى ما يظهر له ويترك ما بطن الله⁽²⁾.

قال الشافعي: "تولى الله السرائر وعاقب عليها ولم يجعل لأحد من خلقه الحكم إلا على العلانية...، ولا يُحلّ حاكم شيئا ولا يُحرّمه، إنما الحكم على الظاهر كما وصفنا"⁽³⁾.

ومعلوم أنّ الإسلام قد تمسك بهذا المبدأ أشدّ التمسك حتى مع المنافقين وعاملهم على أنهم مسلمون، ولم يحاول الكشف عمّا في قلوبهم ونواياهم مع أنّ أقوالهم وأعمالهم كانت تكشف عن خبيث ما تنطوي عليه، وقد استدل الشافعي من معاملة النبي ﷺ للمنافقين مع أنّ الوحي كان يُعلمه بحالهم من عدم المؤاخذه بالباطن.

ب- حكمه في القانون الوضعي:

القاعدة السابقة في الفقه الجنائي الإسلامي كانت مقرّرة هي الأخرى في القانون الروماني وكانت تُسمّى بالبيان Ulpian⁽⁴⁾، ورغم كون هذه القاعدة قديمة إلا أنه لم يكتب لها الاستقرار في القانون إلا بعد تطبيق مبدأ "الشرعية" في قوانين العقوبات والتشريعات الجنائية، التي يجد فيها القاضي نفسه ملزما قانونا بعدم العقاب على مرحلة التصميم والعزم الجنائي بسبب عدم وجود النص المجرّم، وبذلك استقرت قاعدة عدم العقاب عليها لا سيما في القوانين العقابية الحديثة، كقانون العقوبات الجزائري⁽⁵⁾ والمصري⁽⁶⁾ والعراقي⁽⁷⁾.

ثانيا: مبررات عدم العقاب على العزم والتصميم الجنائي

أ- إذا كانت أغلب الجرائم تتطلب مظهر إيجابيا، ولهذا المظهر كيان ماديّ يقوم على حركة عضوية، فإنه لا وجود لذلك حينما تكون الجريمة مجرد فكرة أو خاطرة، ومن ثمّ فلا يكون للتجريم محلّ ولا يكون للعقوبة فائدة.

(1) الحديث سبق تخريجه.

(2) أبو زهرة، م.س، ج1، ص386.

(3) الشافعي، م.س، كتاب الأفضية، ج7، ص487.

(4) د. علاء زكي، م.س، ص268.

(5) المادة 30 من قانون العقوبات الجزائري.

(6) المادة 45 من قانون العقوبات المصري.

(7) المادة 30 من قانون العقوبات العراقي.

ب- للإنسان مطلق الحرية في تخيلاته وأفكاره مهما تنازعتها عوامل الشرّ، مادامت هذه الأفكار حبيسةً بين جدران العقل لم تتجاوزها؛ لأنه لا ضرر فيها ولا خطورة، ومن ثمّ فلا موجب لتجريمها خاصة وأنّ التفكير في الجريمة لا يعني بالضرورة ارتكابها، وقد يحصل أحياناً أن يفكر الإنسان في جريمة ما ويعقد العزم عليها لدافع ما كالغضب، لكنه يتراجع ويُحجم عن تنفيذها لأسباب كثيرة، كزوال الغضب أو الندم أو الخوف من ردّ فعل المجتمع والفضيحة... إلخ⁽¹⁾.

ج- إنّ الفكرة ما دامت كامنةً في ذهن صاحبها فالسبيل إلى إثباتها متعذر؛ لأنه ليس في مقدور العقل البشري اختراق الحُجب والضمان ليعلّم ما في نوايا النفس وخواطرها من مقاصد السوء، ولذلك يُترك أمر تأثيمها إلى العدل الإلهي الذي يعلم السرائر وما تخفيه النفوس، قَالَ تَعَالَى: ﴿يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ﴾⁽²⁾.

د- يتمثل دور القانون في تنظيم علاقات الناس وهذه العلاقات لا تضطرب إلا بعمل، والفاعل في هذه المرحلة لم يصدر عنه أيّ عمل يشكّل تهديداً أو خطورة.

أستنتج بأنّ الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي متفقان على عدم العقاب على مرحلة العزم والتصميم على الجريمة، ما لم تتّرجم إلى سلوكات مادية لها مظهر خارجي، ثمّكن القضاء من إدانة الفاعل بما هو ظاهر لديها ولملموس، بحيث لا تكون موضع شك أو ظن، ولأنّ القضاء بذلك يجعل من العقاب جائراً ولا يصيب حقاً ولا يحقق عدلاً⁽³⁾.

ومن المفارقات الدقيقة بينهما أنّ الشريعة الإسلامية تتميز عن جميع القوانين وتفضلها، في كونها ترغّب الشخص الذي عقد العزم على ارتكاب الجريمة في الرجوع والإقلاع عنها، من خلال عدم العقاب عليها، والأكثر من ذلك أنها كافأت العائد بالحسنة الكاملة كما في حديث ابن عباس أنّ: "... ومن همّ بسيئة فلم يعملها كتبها الله له عنده حسنة كاملة"⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: حكم الاشتراك بالاتفاق في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أتناول في هذا الفرع حكم الاشتراك بالاتفاق في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والفقه الوضعي والقانون الجزائري، والموازنة بينهما، والسؤال الذي يطرح نفسه: - إلى أي مدى

(1) د. علاء زكي، م.س، ص 269.

(2) غافر، آية 19.

(3) د. علاء زكي، م.س، ص 268.

(4) الحديث سبق تخريجه، تُنظر الصفحة 29 من الفصل التمهيدي.

يمكن للاتفاق أن يكون وسيلة اشتراك بالتسبب، ومظهرا ماديا للتصميم والعزم الجنائي يقتضي العقاب عليه أم لا ؟

وهل تعاقب الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري على مجرد الاتفاق، أم أنه لا بدّ أن يضاف إليه وقوع الجريمة المتفق عليها فعلا لتجب العقوبة؟

أولاً: حكم الاشتراك بالاتفاق في الفقه الجنائي الإسلامي

يعني الاتفاق الجنائي كوسيلة للاشتراك بالتسبب أنّ ما كان يدور في النفس من حديث سيئ قد اتخذ مظهرا ماديا تُرجم إلى قول أو عمل، وخرج إلى حيث يمكن المؤاخذة عليه؛ لأنه والحال هذه يمكن أن يحدث ضررا لا يرغب الشارع في حدوثه في الحال أو في المآل.

ومنه فالفقه الجنائي الإسلامي يتجه إلى الأخذ بتجريم الاتفاق استقلالا، وفي هذه الحال يعاقب الجاني تعزيرا بقطع النظر عن المرحلة التي تليه، ولو لم تقع الجريمة المتفق عليها، من باب سدّ الذرائع، والذريعة عند الأصوليين ما كانت وسيلة إلى الشيء⁽¹⁾.

وتقتضي القاعدة الأصولية بأنّ ما أدى إلى الحرام كان محرما، وإلى هذا المعنى أشار ابن القيم: "إنّ الوسائل إلى الحرام حرام"⁽²⁾.

قال عبد القادر عودة: "ولكنّ انعدام الاشتراك في الجريمة المتفق عليها لا يمنع العقاب على الاتفاق مستقلا؛ لأنه معصية"⁽³⁾.

وأضاف: "ولكنه هو ومن اتفق معه مسؤولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة؛ لأنّ الاتفاق على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة معصية في حدّ ذاته، سواء وُضع موضع التنفيذ أم لم يوضع"⁽⁴⁾.

وفي نظري فإنّ السبب يعود إلى خطورة الاتفاق لما ينطوي عليه من تهديد للمصالح؛ لأنه قد تجاوز مرحلة التفكير، وبالتالي يضلّ محلاً للعقاب، على أساس أنّ مجرد الاتفاق على القتل يُعدّ معصية يستوجب عقوبة تعزيرية، سواء وُضع موضع التنفيذ أم لا، ولأنه لم يبقَ مجرد فكرة أو خاطرة تجول في النفس بل اتخذ مظهرا ماديا بمجرد حصول الاتفاق.

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط1، 1422هـ، 2012م، ج2، ص114. وينظر أبو زهرة، م.س، ج1، ص277.

(2) ابن القيم، م.ن، ج2، ص115.

(3) عودة، م.س، ج1، ص367.

(4) ن.م.و.ص.

ثانياً: حكم الاشتراك بالاتفاق في الفقه الوضعي والقانون الجزائري

أ- حكمه في الفقه الوضعي:

اختلف فقهاء القانون في تحديد التكيف القانوني للاتفاق كصورة للمساهمة التبعية، ذلك أنّ الاتفاق على ارتكاب الجريمة يتطلب تعبير المجرم عن تصميمه الجرمي بقول أو فعل أو كتابة أو حتى إشارة، وذلك يعني أنّ الفكرة لم تعد قاصرة على صاحبها وإنما عرضها على زملائه وأخذ عنهم، حتى استقرّ الرأي بينهم على إتيان الجريمة؛ أي أنّ ثمة مظهراً خارجياً يقوم عليه الركن المادي للاتفاق وهو فعل الاتفاق ذاته⁽¹⁾.

ولا ترى بعض التشريعات العقابية كالتشريع السوري الاتفاق جريمةً، وبالتالي لا يعاقب عليه وإنما حدّد بعض صور الاتفاقات الجنائية التي اعتبرها من الخطورة بما كان وعاقب عليها استثناءً، كما هو الحال في المؤامرة على أمن الدولة في نص المادة 260 ق.ع. سوري، ومثله الاتفاق الجنائي الخاص بارتكاب جنايات على الأشخاص أو الأموال في نص المادة 255 ق.ع. سوري، وما عدا ذلك فلا عقاب على مجرد الاتفاق في أي جريمة أخرى.

ب- حكمه في القانون الجزائري:

القانون الجزائري وباعتبار البدء أو الشروع في تنفيذ الجريمة يشكّل مرحلة فاصلة بين مرحلتين، مرحلة سابقة لا عقاب عليها ومرحلة لاحقة تكوّن جريمة الشروع المعاقب عليها طبقاً للمادة 30 ق.ع.ج، وطالما أنّ الاتفاق يكون في مرحلة تسبق البدء في تنفيذ الجريمة، فهو مثل التفكير فيها أو التصميم عليها لا يعاقب عليه القانون؛ لأنه من الأمور النفسية التي يصعب الكشف عنها والاستدلال بها بصورة مؤكدة عن نية إجرامية، ويمكن حصر مجاله بين مرحلة التفكير في الجريمة ومرحلة الأعمال التحضيرية⁽²⁾.

ولما كان القانون يعاقب الجاني بعد الشروع في الجريمة يكون عدم العقاب على مرحلة الاتفاق من باب تحصيل الحاصل، خاصة وأنها تأتي في مرحلة تسبق الأعمال التحضيرية غير المعاقب عليها، فهي كالتواهي ما دامت لم تترجم إلى أفعال تنطوي على مظهر خارجي يهدّد حقاً يحميه القانون، تطبيقاً للمبدأ القائل: "لا جريمة بدون فعل"⁽³⁾.

(1) د. القهوجي، م.س، ص348.

(2) أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص64.

(3) د. الزيني، نظرية الاشتراك في الجريمة، م.س، ص304 وما بعدها.

وتمت الإشارة في الفصل الثاني بأن أغلب القوانين العربية ورغم تسليمها بأن الاتفاق وسيلة للاشتراك كقانون العقوبات المصري⁽¹⁾، والليبي⁽²⁾، والأردني⁽³⁾، إلا أن التشريعات الحديثة تستبعده من بين وسائل المساهمة التبعية، منها قانون العقوبات الفرنسي؛ المادة 60، والقانون الألماني؛ المادتان 48، 49، وقانون العقوبات الجزائري؛ المادة 42⁽⁴⁾.

وهو الاتجاه الذي أقره المؤتمر الثامن لقانون العقوبات المنعقد بأثينا سنة 1957م، على أساس أن الاتفاق إذا لم يقترن بتحريض أو مساعدة لا يكون سببا مؤثرا في وقوعها؛ إذ هو مجرد التقاء بين إرادتين على مستوى واحد، دون أن تطغى إحداها على الأخرى⁽⁵⁾.

ثالثا: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أ- أوجه الاختلاف:

يتضح مما سبق أن الفقه الجنائي الإسلامي يتفق مع الاتجاه الغالب في القوانين الوضعية من اعتبار الاتفاق وسيلة من وسائل الاشتراك بالتسبب أو المساهمة التبعية بالتعبير القانوني، أما القانون الجزائري ومن خلال المادة 42 ق.ع فقد أخرج الاتفاق من وسائل الاشتراك كما فعل في التحريض، ومما سبق فإن الفقه الجنائي الإسلامي يعاقب على الاتفاق في حد ذاته بعقوبة التعزير، دون اشتراط وقوع الجريمة المتفق عليها؛ لأن الاتفاق على الجريمة في حد ذاته معصية سواء أوضع موضع التنفيذ أم لم يوضع، وكل معصية لا حد فيها ولا كفارة فعقوبتها هي التعزير⁽⁶⁾.

في حين يتجه القانون الجزائري إلى عدم العقاب على الاتفاق؛ لأنه يأتي في مرحلة تسبق البدء في التنفيذ طبقا لمعيار الشروع، فهو كالأعمال التحضيرية التي لا عقاب عليها، خلافا لجريمة الاتفاق الجنائي المعاقب عليها والتي تنشأ بعقد التصميم والعزم على ارتكابها.

ب- أوجه الاتفاق:

يتفق القانون الجزائري مع ما هو مقرر في المذهب المالكي من العقاب على الاتفاق متى كان موضوعه ارتكاب جريمة القتل على وجه الخصوص، وكان الشريك المتفق مع

(1) المادة 40 فقرة 2 من قانون العقوبات المصري.

(2) المادة 100 فقرة 3 من قانون العقوبات الليبي.

(3) المادة 80 فقرة 2، هـ. من قانون العقوبات الأردني

(4) ينظر الصفحة 209 من الفصل الثاني.

(5) د. عبد الفتاح خضر، م.س، ص 203.

(6) د. الزيني، نظرية الاشتراك في الجريمة، م.س، ص 114.

الفاعل الأصلي متواجدا على مسرح الجريمة لحظة ارتكابها، فيعاقب كفاعل أصلي وليس كشريك فيها ولو لم يقد بأي نشاط مادي، إذا كان تواجده بقصد شدّ أزر الفاعل وتقوية عزمته لارتكاب الجريمة أو التدخل وقت الحاجة.

وما عدا ذلك من الجرائم كالسرقة وغيرها فيبقى المتفق شريكا تبعا في الفقه الجنائي الإسلامي، ولو كان حاضرا مع الفاعل في مسرح الجريمة، بينما القانون الجزائري يجعل هذا الشرط عاما في كل الجرائم متى توافر القصد الجنائي لدى المتفق بعنصره العلم والإرادة.

وأتناول فيما يلي حكم الاتفاق كوسيلة للاشتراك بالتسبب في الجرائم الموجبة للقصاص، ثم في الجرائم الموجبة للحدود في المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: حكم الاشتراك بالاتفاق في الجرائم الموجبة للقصاص

اختلف في هذه المسألة عويمكن إرجاعه إلى قولين:

1- قول الجمهور: ذهب جمهور الفقهاء ما عدا المالكية إلى عدم التسوية بين عقوبة المباشر والمتسبب في الجرائم عموما⁽¹⁾.

جاء في بدائع الكاساني: "ولنا ما ذكرنا أنّ القتل تسببيا لا يساوي القتل مباشرة؛ لأنّ القتل تسببيا قتلٌ معنًى لا صورةً، والقتل مباشرة قتلٌ صورةً ومعنى"⁽²⁾، ويشترط الحنفية لوجوب القصاص أن يترتب على الاتفاق قتلٌ مباشرة أو معنى، كما في حالة الإكراه الملجئ، حيث يعتبرون المكره مباشرا والمُنْفَذَ (المكره) مجرد آله له، وعلى أن يتم بألة مُعَدَّة للقتل غالبا كالمُحَدَّد من سلاح وسيف ونحو ذلك⁽³⁾.

2- قول المالكية: يعتبر الإمام مالكٌ من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة القتل وحضر أثناء ارتكابها، مباشرا لا شريكا متسببا، ولو أنه لم يباشِر الجريمة ولم يعنُ المباشر عليها بحيث يكون إذا لم يباشرها غيره باشرها هو.

جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل: "... الجماعة المتمالئة على قتل شخص يُقتلون ...، ولو لم يلِ القتل إلا واحدٌ بشرط أن يكونوا بحيث لو استُعِين بهم أعانوا"⁽⁴⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص239. وينظر د. الفاخري، م.س، ص203.

(2) الكاساني، ن.م.و.ص.

(3) ن.م.و.ص..

(4) الخرشي، م.س، ج5، ص252.

وهذه نظرية للإمام مالك رحمه الله في الشريك المتسبب بصفة عامة، سواء كانت وسيلة التسبب هي المساعدة أو التحريض أو الاتفاق، وهي نظرية ينفرد بها فلا يوافقها عليها غيره من الفقهاء، وحجة المالكية أنّ موجب القصاص عندهم هو التماؤ (الاتفاق) وحده، ولا عبرة عندهم لصفة القتل ولا لآلة المستعملة فيه⁽¹⁾.

3- الرأي الراجح: أرى أنّ ما ذهب إليه المالكية وهو الراجح والأولى بالإتباع والأخذ، لما في الاتفاق من خطورة تستلزم أخذ المتفقين بالعقوبة والشدة، حتى يحصل الردع لهم والزجر لغيرهم، ويزول التفكير في ارتكاب الجرائم مستقبلاً، وبذلك تتحقّق حياة النفوس، وهو ما يتفق وروح الشريعة ومقاصدها من إقامة القصاص والحدود، ومنها حفظ كلية النفس.

ثم إنّ الاتفاق على الجريمة باعتباره إحدى وسائل الاشتراك يصحبه في الغالب تحريض أو مساعدة ونادراً ما يتحقق الاتفاق منفرداً، والقاعدة في القصاص أنه عقوبة مقدّرة تجب على المباشر والمتسبب على حدّ سواء كما تقدّم القول في الفصل الثاني، وبناءً عليه يمكن أن يُقتصّ ممّن يتفق مع آخر على جريمة معينة ويحظر في مسرح الجريمة وقت ارتكابها كما يرى المالكية في حال التماؤ.

المسألة الثانية: حكم الاشتراك بالاتفاق في جرائم الحدود (الحرابة)

إذا كانت القاعدة في الفقه الجنائي الإسلامي بخصوص الاشتراك في الجرائم الموجبة للحدود إذا اجتمع فيها مباشر ومتسبب، أن يضاف الحكم أو يُلحقّ بالمباشر دون المتسبب، إلا أنّ الفقهاء يستثنون من ذلك جريمة الحرابة خلافاً لباقي الحدود، فيرون أنها تقوم في الغالب بناء على اتفاق بين عدد من الجناة (فاعلين وشركاء)، مما يستوجب الأمر التسوية بينهم في العقوبة لكل من المباشر والمتسبب⁽²⁾، ويرون أنّ هذا الحكم ليس استثناءً من قاعدة أنّ الحدّ لا يجب إلا على المباشر، بل هو تطبيق لها؛ لأنّ الاتفاق في جريمة الحرابة يعدّ في حدّ ذاته مباشرةً لها، بل الاتفاق عليها والخروج لها يشكّل جريمة الحرابة ذاتها.

ولا يرى البعض الآخر وهم الشافعية هذه التسوية بينهما حتى في هذه الجريمة، ولا يعتبرون من يتواجد في مسرحها وقت التنفيذ وسط المحاربين فاعلاً مباشراً⁽³⁾.

(1) الحطاب، م.س، ج6، ص242.

(2) د. خالد بن مفلح، م.س، ص34.

(3) الشربيني، م.س، ج4، ص239.

وإذا كان الاتفاق في جرائم القصاص يتوقف العقاب عليه بوقوع الجريمة المتفق عليها، عند من يرى أنّ الاتفاق أو التمالؤ وحده علة القصاص كما ذهب إليه المالكية، فإنّ الاتفاق في جريمة الحراية لا يتطلّب ذلك، بل يقتضي معاقبة الشركاء فيها بعقوبة الجريمة ولو لم يقع منهم قتلٌ أو أخذٌ للمال؛ لأنّ الاتفاق وحده هو علة الجريمة إذا حصل الخروج إليها⁽¹⁾.

وسأكتفي في هذه المسألة بدراسة الاشتراك بالاتفاق في جريمة الحراية فقط دون باقي جرائم الحدود؛ لأنّ هذه الجريمة لا تتحقق إلا بوجود اتفاق سابق يكفي وحده لمعاقبة الشركاء فيها بعقوبة الحدّ، دون اشتراط وقوع المباشرة من قبلهم جميعاً، ذلك أنّ الشارع الحكيم قد حرّم الاتفاق على هذه الجريمة، وجعل العقوبة متوقفة عليه دون اشتراط تحقق ما يترتب عنه من نتائج، ولأنه نوع من السعي بالإفساد في الأرض.

وسبق أن تطرقت إلى تعريف الحراية عند الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة وكذا الظاهرية، وبيان ركنها المادي في الفصل الثاني، وقد أشرت أيضاً إلى أنّ الفقهاء قد اختلفوا فيما يُعتبر حرايةً من عدمه، وسبب اختلافهم يكمن في حقيقة هذه الجريمة والعناصر المكونة للركن المادي لها، وقد وقفت على الركن المادي لهذه الجريمة عند كلّ فريق من خلال تعريفاتهم للحراية، وتوصّلت إلى أنّ الركن المادي فيها يتحقق بالاتفاق والخروج لإخافة الناس أو لأخذ المال مكابرة، وهو قول المالكية والشافعية والظاهرية كما تقدّم⁽²⁾.

- فهل يأخذ الشريك المتسبب بالاتفاق في جريمة الحراية حكم الشريك المباشر فيعاقب بعقوبتها أم أنّ عقوبته تكون تعزيرية؟

الجواب عنه وإن سبقت الإشارة إليه إجمالاً في مقدّمة هذه المسألة، إلا أنّ أحكامه التفصيلية عند الفقهاء تتوقف على معرفة الأعمال المكونة للركن المادي لهذه الجريمة، وقد بيّنت أنّ الفقهاء اختلفوا في تحديد هذه الأعمال إلى ثلاثة أقوال.

1- القول الأول: يرى أنّ الركن المادي للحراية يتحقق إذا كان الدافع إلى الخروج هو أخذ المال مغالبة أو مكابرة، فإذا نتج عنه قتل أو جرح أو إخافة للمارة أو أيّ عملٍ آخر، اعتُبر فاعلاً مباشراً واستحق عقوبتها، سواء أتى هذه الأعمال وحده أو كان معه شركاء بالتسبب،

(1) الدسوقي، م.س، ج4، ص348 وما بعدها.

(2) ينظر الفصل الثاني، الفرع الرابع بحث بعنوان: الاشتراك المادي في جريمة الحراية، ص260.

فإذا لم يكن القصد من الخروج هو أخذ المال مغالبة فلا يشكّل الفعل حِرابَةً مهْمًا نجم عنه من جرائمٍ أخرى، وهو قول الحنفية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾.

ويتربّب عن هذا الشرط عندهم أنّ الخروج إذا كان القصد منه هو أخذ المال فهو حِرابَةً وتطبّق عليه أحكامها، أما إذا لم يكن الغرض هو ذلك، فلا يعتبر حِرابَةً وبالتالي فإنّ كلّ جانٍ مسؤولٌ عن فعله، فمن قَتَلَ تطبّق عليه أحكام القتل ومَنْ جرح أو أخاف السبيل تطبق عليه أحكام القتل والجرح والإخافة دون أحكام الحِرابة.

2- القول الثاني: يرى الحِرابة تتحقّق بمجرد الخروج لقطع الطريق، دون اشتراط القصد إلى أخذ المال على سبيل المجاهرة، أو أنها تتحقّق بأخذ المال عن طريق استعمال القوة أو الخداع أو موادّ مؤثرة على عقل المجني عليه وهو قول المالكية⁽³⁾.

3- القول الثالث: يوافق أصحابه رأي المالكية في شرط الحِرابة وهو الخروج لقطع الطريق، إلا أنهم لا يشترطون القصد إلى أخذ المال، وبالتالي فقد تكون نتيجة الخروج هي القتل أو أخذ المال أو مجرد إرهاب الناس وإخافتهم، فمن باشر من هذه الأعمال شيئاً اعتُبر شريكاً مباشراً، فالشريك المباشر عندهم هو الذي ترتب عن خروجه تنفيذ لواحد من هذه الأشياء طالما لم يتوسط بين فعله والنتيجة واسطة، وهو قول الشافعية والظاهرية⁽⁴⁾.

ويرى الجمهور⁽⁵⁾ أنّ المتسبّب في جريمة الحِرابة له حكم المباشر، فيلحقونه به في العقوبة، ويرون الفعل الواقع من بعضهم كأنه واقع من الجميع؛ لأنّ مسؤوليتهم تقوم على التضامن والنصرة، فالمباشر لا يتمكّن من فعله إلا بتدخل غيره، بل إنهم يوسّعون من دائرة المتسبب في هذه الجريمة، فيأخذ الطليع والردء حكم المباشر، والطلّيع هو الذي يستكشف أحوال المجني عليه، والردء هو المعين في ضبط الأموال ونحوها يلجأ إليه المحارب إذا هُزم أو قرّ، ولأنه حكم متعلّق بالمحاربة فاستوى فيه المباشر والردء مثل استحقاق الغنيمة⁽⁶⁾.

(1) ابن الهمام، م.س، ج4، ص268.

(2) البهوتي، شرح منتهى الارادات، م.س، ج3، ص376.

(3) الخرشي، م.س، ج5، ص346.

(4) الشربيني، م.س، ج4، ص180. ابن حزم، م.س، ج11، ص308.

(5) الكاساني، م.س، ج7، ص90، 91. الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص350. البهوتي، شرح منتهى الارادات، م.س،

ج3، ص376. ابن حزم، م.ن، ج11، ص308.

(6) الكاساني، م.ن، ج7، ص91.

أما الشافعية⁽¹⁾ فقد فرّقوا في الحكم بين المباشر والمتسبب، ونجم عنه اختلاف في أثره في العقوبة، فالمباشر عندهم هو من نجم عن فعله قتلٌ أو أخذٌ للمال أو إخافةٌ للسبيل، أما المتسبب فهو من كان دوره ثانويا في مثل هذه الأشياء، كالطليع والمعين والردء، فهو ليس إلا متسببا ولا يثبت له حكم المباشر، لكن يُعزّر لارتكابه معصية لا حدّ فيها. جاء في مغني المحتاج: "ومن أعانهم وكثر جمعهم عزّر بحبس وتغريب وغيرهما"⁽²⁾.

3- الترجيح:

مما سبق يتّضح أنّ الرأي الذي يقضي بالتسوية بين المباشر والمتسبب في العقوبة ولو كان ردءا أو طليعا هو الرّاجح والأولى بالاتباع، وهو رأي الجمهور؛ لأنّه يترتب عن عدم إلحاق المتسبب بالمباشر في الحكم فتح لباب قطع الطريق على الناس، وفي ذلك تعطيل لحدّ الحرابة، وبالتالي يلحق المتسبب بالمباشر كما في حدّ السرقة.

ثم إنّ ذلك يتفق مع ما يفهم من آية الحرابة، قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾⁽³⁾.

فالتجريم متعلّق بقطع الطريق فقط سواء صاحبه قتلٌ أو أخذٌ للمال أو لم يصحبه شيء من ذلك، كما أنّ الآية ليس فيها ما يدلّ على اشتراط قيام المحارب بفعل محدّد لعقابه بعقوبتها، بل تنوعت العقوبة وتُركت السلطة التقديرية فيها لحرية القاضي في اختيار نوع العقوبة المناسبة دون تمييز بين محارب وآخر.

(1) الشيرازي، م.س، ج5، ص451. وينظر د. خالد بن مفلح، م.س، ص265، 266.

(2) الشربيني، م.س، ج4، ص239.

(3) المائدة، آية 33.

المبحث الثالث

عقوبة الاختراك بالتسبب وأثر الظروف **في**

المسؤولية الجنائية للشركاء

المطلب الأول: عقوبة الاختراك بالتسبب في الجريمة.

المطلب الثاني: أثر الظروف **في** المسؤولية الجنائية للشركاء.

تلميح:

أشير في هذا المبحث لصور الاشتراك بالتسبب في الجريمة، وقد جعلها الفقه الجنائي الإسلامي وغالبية القوانين في ثلاثة صور هي: التحريض والمساعدة والاتفاق، أما القانون الجزائري وطبقا للمادة 42 ق.ع.ج المعدلة فقد حصرها في أعمال المساعدة فقط، وألحق بها ما اعتبره في حكمها في نص المادة 43 منه، وأبحث هذه المسائل كلّ على حده.

وأتي في هذا المبحث إلى بيان عقوبة الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي سواء تمّت بطريق التحريض أو المساعدة أو الاتفاق، ثم لعقوبة الاشتراك بالمساعدة في القانون الجزائري، على أن أتناول أثر الظروف على مسؤولية وعقوبة الشركاء في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: عقوبة الاشتراك بالتسبب في الجريمة

سأقسّم هذا المطلب إلى فرعين اثنين أتناول في الفرع الأول عقوبة الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي، بينما أخصص الفرع الثاني لعقوبة الشريك بالمساعدة في قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الأول: عقوبة الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي

سبق وأن ذكرت أننا تعريف الاشتراك بالتسبب وبيّنت أنه الاشتراك الذي يتوقف فيه دور الشريك عند حدّ الأعمال التحضيرية، التي ينحصر دورها في تسهيل ارتكاب الجريمة للفاعل الأصلي والتي تأتي في مرحلة تسبق وقوع الجريمة أو تعاصرها.

وتقضي القاعدة في الشريعة أنّ العقوبات المقدّرة توقع على المباشر فحسب دون المتسبب، وبمفهوم المخالفة فإنّ الشريك المتسبب إذا اشترك في جريمة من جرائم القصاص أو الحدود لا تطبق عليه ذات العقوبة المقررة للشريك المباشر، مهما كانت وسيلة الاشتراك.

لكن إذا كان دور المتسبب فعّالا ومؤثرا بحيث يتوقف عليه وقوع الجريمة اعتبر كالمباشر لها حكما ويعاقب بعقوبتها، كما لو كان المباشر آلة في يده يحركه كيفما شاء، وبالتالي يصبح فاعلا أصليا لا شريكا متسببا سواء كانت العقوبة حدّا أم قصاصا⁽¹⁾.

وفي هذا الفرع أسلط الضوء على عقوبة الاشتراك بالاتفاق والتحريض والمساعدة باعتبارها صورا للاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي كما تقدّم.

أولا: عقوبة الاشتراك بالاتفاق

اختلفت أقوال الفقهاء حول عقوبة الشريك بالاتفاق ويمكن إرجاعه إلى قولين:

أ- قول الجمهور: يرى جمهور الفقهاء عدم التسوية بين المباشر والمتسبب في حالة الاتفاق على الجريمة إذا كان موضوعه من مسائل القصاص كالقتل والجرح، وأنّ عقوبة القصاص سواء كانت في النفس أو في العضو تجب على المباشر دون المتسبب الذي يعاقب تعزيرا لارتكابه معصية ليس لها عقوبة مقدّرة⁽²⁾.

(1) عودة، م.س، ج1، ص373.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص239. وينظر د. الفخري، م.س، ص344.

قال عبد القادر عودة: "أنّ الشخص ومن اتفق معه مسؤولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة؛ لأنّ الاتفاق ... معصية في حدّ ذاته وُضع موضع التنفيذ أم لم يوضع"⁽¹⁾.

ب- قول المالكية: قاعدة الإمام مالك في الشريك المتسبب واحدة مهما كانت وسيلة الاشتراك، فهو شريك مباشر متى ظهر على مسرح الجريمة لحظة ارتكابها وكان تواجهه بقصد مؤازرة الفاعل الأصلي لتنفيذ جريمته وتقوية عزيمته، بحيث إذا لم ينفذها هذا الأخير نفذها هو، أو أن يكون بحيث لو استعين به أعان⁽²⁾.

وإذا كان موضوع الاتفاق من مسائل الحدود فتقضي القاعدة بوجود العقوبة الحدية على المباشر وحده دون المتسبب أما الشريك المتفق فعقوبته تعزيرية؛ لأنّ الاتفاق في حدّ ذاته معصية بل هو وسيلة إليها، والقاعدة الأصولية تقضي: "بأنّ ما أدى إلى الحرام كان محرّماً"، وهو رأي الجمهور⁽³⁾.

فعلى سبيل المثال في جريمة السرقة إذا اتفق اثنان على سرقة وقام أحدهما بنقب الحرز ولم يدخل بينما قام الثاني بالدخول وإخراج المال، فيرى الجمهور عدم القطع على أيّ منهما؛ لأنّ عدم إخراج المال بعد نقب الحرز لا يعدّ سرقة عندهم، كما أنّ إخراج المال من الثاني بعد نقب الأول لا يعدّ سرقة كذلك؛ لأنه إخراج له من غير حرز⁽⁴⁾.

أما المالكية فيرون قطع المخرج للمتاع في المعتمد عندهم إذا كان متفقا مع الناقب للحرز معاملة له بخلاف مقصوده وحفظا لأموال الناس في مذهب المدونة، أما إذا لم يتفقا فلا قطع على أحد، وفي غير المدونة من يوجب القطع عليهما معا وهو ما عليه ابن شاس وتبعه ابن الحاجب⁽⁵⁾.

وفي جريمة الحراية ذهب الجمهور وهم الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنّ الحدّ يقام على الرّدء والطلّيع كما يقام على المباشر، ومعلوم أنّ الرّدء والطلّيع لا يباشران الحراية بنفسيهما سواء كانت قتلا أو أخذا للمال، وإنما ألحقوا بالمباشر حكّما باعتبار أنّ الحراية لا

(1) عودة، م.س، ج1، ص367، 371. الكبيسي، م.س، ص43.

(2) الدسوقي، م.س، ج4، ص245.

(3) ابن القيم، إعلام الموقعين، م.س، ج2، ص115.

(4) ابن قدامة، م.س، ج12، ص470.

(5) الدسوقي، م.س، ج4، ص344.

تتم في الغالب إلا بمباشرة البعض ومعونة البعض الآخر، ثم إن الردء والاطيع قد اتفقا وتضامنا مع المباشر سواء كان موضوعها قتلا أم أخذا للمال أو أي جريمة أخرى، والاتفاق وحده يكفي لمعاقبة الشركاء بعقوبة الجريمة كما يقول المالكية⁽¹⁾.

ويرى الشافعية أن فعلهما من قبيل التسبب والحد إنما يجب على المباشر دون المتسبب، الذي تبقى عقوبته تعزيرية ولا تصل بحال لعقوبة الجريمة محل الاشتراك.

قال صاحب مغني المحتاج: " (ومن أعانهم) أي قُطّاع الطرق (وكثُر جمعهم) ولم يزد على ذلك (عُزِّر بحبس وتعريب وغيرهما) كسائر المعاصي"⁽²⁾.

ثانيا: عقوبة الاشتراك بالتحريض

تختلف عقوبة الاشتراك بالتحريض باختلاف وسيلته، وقد سبق القول بأن وسائل التحريض في الفقه الجنائي الإسلامي كثيرة لا تقع تحت حصر وغير محدّدة خلافا للقانون الجزائري، ومن هذه الوسائل ما يؤثر على الإرادة ويعدم الاختيار كالإكراه والأمر، وقد ذكرت أقوال الفقهاء فيهما، وأركز في هذا الفرع على ذكر عقوبة الشريك المتسبب فيهما.

أ- عقوبة التحريض بالإكراه:

إذا وقع التحريض بالإكراه وكان ملجئا وموضوعه من مسائل القصاص كالقتل والجرح، فقد وقع الخلاف بين الفقهاء ويمكن رده إلى قولين:

1- القول الأول: يرى الحنفية أن عقوبة القصاص تلحق بالمحرض وحده (المتسبب)، دون المباشر الذي ليس إلا آلة في يد مكرهه وتتحصر عقوبة هذا الأخير في التعزير⁽³⁾.

2- القول الثاني: ذهب الجمهور إلى معاقبة كل من المباشر والمتسبب بعقوبة القصاص؛ لأنّ المباشرة والتسبب استويا في تحقيق النتيجة⁽⁴⁾.

قال الرملي: " (ولو أكرهه على قتل فعليه القصاص) أي المكره بكسر الراء؛ لأنه أهلكه بما يقصد به الإهلاك غالبا، فأشبهه ما لو رماه بسيف فقتله، (وكذا على المكره في الأظهر) أيضا بفتحها؛ لأنه قتله عمدا عدوانا لاستبقاء نفسه"⁽⁵⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص91. الدسوقي، م.س، ج4، ص350. ابن قدامة، م.س، ج12، ص486.

(2) الشربيني، م.س، ج4، ص239.

(3) الكاساني، م.س، ج7، ص180، 235.

(4) الدسوقي، م.س، ج4، ص246. الرملي، م.س، ج4، ص15. ابن قدامة، م.س، ج11، ص599. ابن حزم، م.س،

ج10، ص511.

(5) الرملي، ن.م.و.ص.

أما إذا كان موضوع الإكراه من مسائل الحدود ففيه قولان أيضا:

1- القول الأول: يرى عدم وجوب الحدّ عليهما، متى كان المكره مكلفا، ويستوي عندهما أن يكون الإكراه تاما (ملجئا) أو ناقصا (غير ملجئ)؛ لأنّ الإكراه في الحدود شبيهة والشبهة تدرأ الحدّ وهو الحنفية والمالكية⁽¹⁾.

2- القول الثاني: ويرى التفرقة بين كَوْن المباشر مكلفا أو غير مكلف، فإن كان مكلفا فقد وافق الرأي الأول فيما ذهب إليه، وأما إذا كان غير مكلف لصغر سن أو جنون فقد خالفه في الحكم، وقال بأنّ المكره إذا كان مجنونا أو صبيا وباشر جريمة حدية كالسرقة مثلا، فعقوبة القطع تجب على المتسبب دون المباشر وهو قول الشافعية والحنابلة⁽²⁾.

وَحُجَّتُهُ أنّ غير المكلف سواء كان عديم الأهلية أو ناقصها ليس إلا مجرد آلة في يد المتسبب (المكره) يحركه كيف يشاء⁽³⁾.

3- الترجيح:

أرى أنّ ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني هو الراجح وعين الصواب كما يقول الدكتور غيث الفاخري؛ لأنّ الأخذ به يقطع الطريق أمام كل من تسول له نفسه الوصول إلى أغراضه الإجرامية، وذلك باللجوء إلى استعمال أشخاص من عديمي الأهلية أو ناقصيها في هتك الحرز وإخراج المتاع دون أن يناله عقاب منها، بل إنّ المنطق يقضي بمعاقبته معاملة له بنقيض مقصوده⁽⁴⁾.

ب- عقوبة التحريض بالأمر:

إذا كانت وسيلة التحريض هي الأمر وموضوعه من مسائل القصاص، فقد ذكرت أنفا أنّ من الفقهاء من يعاقب الأمر بعقوبة القصاص ومنهم من يعاقبه تعزيرا، ويفرّق الفقهاء بين كون المأمور مكلفا يعلم بحرمة ما أمر به وكان الأمر ذا سلطة على المأمور.

1- القول الأول: يرى الحنفية القصاص على الأمر؛ لأنّ أمر السلطان بمنزلة الإكراه⁽⁵⁾.

(1) الكاساني، م.س، ج7، ص39. الدسوقي، م.س، ج4، ص344.

(2) الشيرازي، م.س، ج5، ص420.

(3) عودة، م.س، ج1، ص373.

(4) د. الفاخري، م.س، ص347.

(5) الكاساني، م.س، ج7، ص236.

2- القول الثاني: وهو للمالكية وإن كانوا يوافقون الأحناف من حيث إلحاقه بحكم المكره، إلا أنهم يرون وجوب القصاص عليهما معا طبقا لأحكام الإكراه عندهم⁽¹⁾.

3- القول الثالث: إذا كان للأمر سلطة على المأمور، فقد اتفق الفقهاء على أنّ القصاص يجب على المباشر متى علم أنّ المجني عليه لا يستحق القتل، دون المتسبب الذي يعزر لارتكابه معصية⁽²⁾.

ويرى المالكية إلحاق الأمر بالمأمور في وجوب القصاص متى كان حاضرا في مسرح الجريمة لحظة ارتكابها، وتكمن الحجة في عدم التدخل لإنقاذ المجني عليه ومنع الجريمة رغم قدرته على فعل ذلك، من باب الاشتراك بالامتناع أو الجريمة السلبية⁽³⁾.

أما إذا كان المأمور حسن النية أو كان غير مكلف لصغر سنّ أو جنون، فقد اتفق الفقهاء على وجوب القصاص على الأمر وحده ولو لم تكن له سلطة على المأمور⁽⁴⁾.

ثالثا: عقوبة الاشتراك بالمساعدة

إذا كانت إعانة المتسبب ضرورية يتوقف عليها وقوع الجريمة بأن كان الجاني لا يمكنه تحقيق نتيجتها إلا بتدخل الشريك، كما في الممسك مع القاتل، والدادل الذي لولا دلالاته ما تمكّن الجاني من المجني عليه، وحفر الحفرة تعديا بقصد إهلاك معين فيها، فقد اختلف الفقهاء في حكمها إلى عدة أقوال:

أ- القول الأول: يرى الحنفية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ أنّ عقوبة القصاص تجب على المباشر وحده، أما المتسبب فإنّ عقوبته هي التعزير؛ لأنه ارتكب معصية ليس لها عقوبة مقدّرة.

ب- القول الثاني: ويرى أنّ عقوبة القصاص تجب على المباشر والمتسبب معا؛ بشرط أن يكون الممسك يعلم أنه يمسه للفاعل وهو يريد قتله، وهو قول المالكية والحنابلة في رواية عندهم⁽⁷⁾، أما إذا تخلف القصد لدى الممسك أو الدال على المجني عليه؛ بأن لم يقصدا من تدخلهما تمكين الجاني من قتل المجني عليه فعقوبتهما عند المالكية هي التعزير⁽⁸⁾.

(1) الدسوقي، م.س، ج4، ص246.

(2) الكاساني، م.س، ج7، ص176. النووي، م.س، ج7، ص20. البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص518.

(3) الخرشي، م.س، ج8، ص11.

(4) م.ن، ص9، ابن قدامة، م.س، ج11، ص598. ابن حزم، م.س، ج10، ص511.

(5) السرخسي، م.س، ج24، ص76.

(6) الشيرازي، م.س، ج5، ص23، 24.

(7) الخرشي، م.س، ج8، ص9، 10. ابن قدامة، م.س، ج11، ص596.

(8) الباجي، المنتقى، م.س، ج9، ص110.

ج- القول الثالث: وهو القول الآخر للحنابلة في المعتمد عندهم وقول الظاهرية، ويرى عقوبة القصاص من القاتل وحده، والحبس حتى الموت للمُسيك جزاءً مماثلاً لفعله⁽¹⁾.

الفرع الثاني: عقوبة الاشتراك بالتسبب في القانون الجزائري

تقدّم القول بأنّ المشرّع الجزائري طبقاً للمادة 42 ق.ع.ج جعل صور المساهمة التبعية في أعمال المساعدة فحسب بقوله: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين..."، سواء كانت أعمالا تحضيرية سابقة ومسهلة لارتكاب الجريمة، أو معاصرة لها أو متممة دون المساعدة اللاحقة التي لا تعتبر عنصرا للاشتراك، ودون التحريض الذي أصبح بموجب المادة 41 ق.ع. مساهمة أصلية، والاتفاق متى وُجد المنفق مع الفاعل في مكان وقوع الجريمة⁽²⁾.

وأكتفي هنا ببيان عقوبة الشريك بالمساعدة في القانون الجزائري فحسب:

تعتبر مسؤولية الشريك في القانون الجزائري مستقلةً عن مسؤولية الفاعل الأصلي طبقاً لنص المادة 44 فقرة 1 من ق.ع. بقولها: "يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة"، والتي تقابلها المادة 41 من قانون العقوبات المصري⁽³⁾، والمادة 220 من القانون اللبناني⁽⁴⁾.

ويشترط لمساءلة الشريك توافر الشروط الآتية:

1- الأهلية القانونية.

2- وقوع الجريمة فعلا.

3- توافر القصد الجنائي لدى الشريك بعنصره العلم والإرادة.

وعليه فالمساهمة التبعية جريمة عمدية بطبيعتها يأتيها الشريك وهو على علم بأركانها، ويتوقع النتائج التي يمكن أن تنشأ عن هذا الفعل الإجرامي؛ أي ضرورة توافر القصد الجنائي لديه⁽⁵⁾.

(1) البهوتي، كشف القناع، م.س، ج5، ص519. ابن حزم، م.س، ج10، ص513، 514.

(2) أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص77.

(3) تنص المادة 41 ق.ع.م بقولها: "من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثني بنص خاص".

(4) القهوجي، م.س، ص548.

(5) أ. بلعليات إبراهيم، م.س، ص90.

والملاحظ من خلال نص المادة 44 ف1 أنّ المشرّع الجزائري قد وضع قاعدة عامة في عقاب الشريك، حيث تقضي بالمساواة بين عقوبته وعقوبة الفاعل الأصلي، بأن يستحقّ كل منهما عقوبة الجريمة التي ساهم فيها، كما ورد النصّ عليها في قانون العقوبات؛ إذ يخضع كل منهما لقاعدة قانونية واحدة.

والسبب في ذلك أنّ واضع القانون قد أخذ بمذهب استعارة التجريم المأخوذ من القانون الفرنسي المادة 59 منه، بحيث لا تتحقق مسؤولية الشريك إلا عندما تتحقق مسؤولية الفاعل الأصلي، وهو المبدأ الذي أخذ به القانون المصري قبل ذلك لسنة 1883 المادة 67⁽¹⁾.

لكن يجب أن يفهم أنّ هذه المساواة مساواة قانونية أو تشريعية، وليست مساواة واقعية أو فعلية، ويُقصد بعدم المساواة الواقعية بين عقوبة الفاعل والشريك من حيث نوع العقوبة أو مقدارها وكذا الظروف، فرغم وحدة الجريمة إلا أنّ ظروف من ساهم فيها ليست بالضرورة واحدة، فقد تختلف ظروف الفاعل عن ظروف الشريك، فكلّ مساهم ظروفه الشخصية وخطورته، والتي على أساسها يميز القاضي بين نوع ومقدار العقوبة التي يقررها ويحكم بها على كل مساهم بناء على السلطة التقديرية لديه⁽²⁾.

وبناء على هذه السلطة يمكن أن تتحول المساواة القانونية بين الفاعل والشريك إلى عدم مساواة واقعية، بحسب ظروف كل منهما مدى تأثيرها في عقوبته، ومن شأن ذلك أن يجسّد مبدأ عقابيا هاما في السياسة العقابية وهو تفريد العقاب أو الجزاء الجنائي.

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

أولا: أوجه الاختلاف

لا يخضع الشريك بالتسبب كقاعدة عامة للنص الذي يقرر عقوبة الشريك المباشر في الشريعة الإسلامية، خلافا لما عليه الحال لدى كثير من فقهاء وشرح التشريعات الجنائية والعقابية⁽³⁾، ومنها قانون العقوبات الجزائري المادة 44، وكذلك القانون المصري المادة 41.

ويكمن السرّ وراء ذلك في أنّ الشريك بالتسبب في الشريعة الإسلامية يعاقب دائما بعقوبة تعزيرية؛ لأنّ النصوص الشرعية تقرر عقوبة الشريك المباشر فقط كما في جرائم

(1) د. الزيني، التماثل وأثره في ارتكاب جريمة القتل، م.س، ص395.

(2) د. القهوجي، م.س، ص549.

(3) يقول الدكتور سمير الجنزوري في كتابه: الأسس العامة لقانون العقوبات: "إنّ عقوبة الشريك في جريمة معينة هي عقوبة الفاعل الأصلي عن نفس الجريمة، وكلاهما يخضعان لنفس النص في القانون الجنائي"، ص403.

الحدود والقصاص، أما الشريك المتسبب فإنّ الإمام وفقا لسلطته التقديرية وبالتشاور مع أهل الحل والعقد هو من يختار العقوبة التي يراها مناسبة للجاني وتكون محققة للمصلحة.

ثم إنّ عقوبة الشريك أو المساهم التبعية في الغالب تكون أخف من عقوبة المباشر أو الفاعل الأصلي عند فقهاء الشريعة وفي أنواع الجرائم المختلفة كالحدود والقصاص.

ثانيا: أوجه الاتفاق

يتفق الفقه الجنائي الإسلامي مع ما هو مقرر في القانون الجزائري بخصوص جرائم التعازير في نوع العقوبة المقررة لها، والتي تتم بناءً على ضوء جسامه الفعل الإجرامي وخطورة المجرم، وهذا المعيار يجد تطبيقاته في الفاعل الأصلي؛ لأنّ دوره أساسي في ارتكاب الجريمة بينما دور المتسبب يكون تحضيرا أو ثانويا، إلا أنّ هذا الأخير قد تصاحبه ظروف معينة تقتضي تشديد عقوبته أو تخفيفها أو مساواتها بالفاعل الأصلي للجريمة، فيكون الحكم فيها بناء على مراعاة تلك الظروف من قبل القاضي، وهو ما أشارت إليه المادة 44 فقرة 2، 3 من ق.ع.ج وسأتولى بحث هذه الظروف في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: أثر الظروف في المسؤولية الجنائية للشركاء بالتسبب

يترتب عند اجتماع الجاني المباشر مع الشريك إمكانية توافر أحد الظروف الخاصة بأحدهما يكون لها تأثير في مقدار المسؤولية والعقوبة المستحقة، إما تشديداً أو تخفيفاً وإما إعفاءً، كما أنّ الفاعل قد يرتكب جريمة أخرى غير التي قصدتها الشريك بتدخله.

- فما مدى تأثير ظروف الجريمة على عقوبة الشريك غير المباشر؟ وما مدى مسؤولية الشريك عن الجريمة التي يأتيها الفاعل المخالفة لقصده؟

هذه الظروف قد تتصل بالجريمة ويطلق عليها الظروف المادية أو العينية، وقد تتصل بشخص الفاعل أو الشريك بالتسبب ويطلق عليها الظروف الشخصية، وأشارت في الفصل الثاني لحكم الظروف المادية والشخصية المتصلة بالفاعل الأصلي، وآتي هنا لبيان حكم هذه الظروف وأثرها في مسؤولية وعقاب الشريك المتسبب في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أثر الظروف المادية في المسؤولية الجنائية للشريك بالتسبب

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في أنه إذا توافرت في جريمة ما ظروف مادية من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها، أن آثارها تسري على كل من ساهم فيها شريكا مباشرا كان أم غير مباشر، ويستوي أن يكون الشريك عالما بها أو لا⁽¹⁾.

والأمر نفسه في القانون الجزائري إذ تنص المادة 44 ف3: "والظروف الموضوعية اللصيقة بالجريمة التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة التي توقع على من ساهم فيها، يترتب عليها تشديدها أو تخفيفها بحسب ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بهذه الظروف".

وهو ما أكدته المحكمة العليا حيث أقرت عدة مبادئ تتعلق بمسؤولية الشريك التبعي الجزائية ومنها: "إنّ الظروف العينية والموضوعية اللصيقة بالجريمة والتي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة لا تسري طبقاً للمادة 44 فقرة 3 من قانون العقوبات إلا على المساهم الذي كان يعلم بها، لذلك كان من اللازم أن يتضمن السؤال المتعلق بالإدانة عنصر العلم"⁽²⁾.

(1) د. الزلمي، م.س، ص163.

(2) قرار رقم: 27789 بتاريخ 81/12/08. ينظر جيلالي بغدادي، م.س، ص225.

ورغم الاتفاق بينهما بخصوص أثر هذه الظروف، إلا أنّ الفرق يظهر في كون الفقه الجنائي الإسلامي لم يشترط علم الشريك بها حتى يسري أثرها عليه، أما المشرع الجزائري فقد اشترط صراحة ضرورة علم الشريك بالظروف المادية حتى يسري أثرها عليه، في نص المادة 44 فقرة 3 السابقة، وبمفهوم المخالفة إذا لم يعلم بها فلا يسري أثرها عليه.

ومن وجهة نظري لا أتفق مع رأي المشرع الجزائري في اشتراط علم الشريك بالظروف المادية حتى تسري آثارها عليه تشديداً أو تخفيفاً؛ لأنه يفترض في الجماعة التي صممت العزم على ارتكاب جريمة ما أن يحضروا لها المعدات اللازمة، وحمل السلاح مثلاً ظرفاً ماديّ مشدّد في جريمة السرقة المادة 351 (معدّلة)⁽¹⁾ ق.ع وهو من مستلزماتها الأساسية؛ إذ من عادة السراق أن يصطحبوا معهم أسلحة يستعملونها في جرائمهم عند الضرورة والحاجة، لإرهاب الناس ومنعهم من المقاومة في أعمالهم الإجرامية وللدفاع عن أنفسهم. وأرى أنّ هذا الشرط لا فائدة منه، وعلم الشريك بهذه الظروف أمر مفترض بالضرورة، بل عدم اشتراطه هو عين الصواب وذلك ما يتفق مع اتجاه الفقه الجنائي الإسلامي.

الفرع الثاني: أثر الظروف الشخصية في المسؤولية الجنائية للشريك المتسبب

أولاً: في الفقه الجنائي الإسلامي

إذا كانت الظروف المادية للجريمة لا تشكل خلافاً بين فقهاء الشريعة أنفسهم في أنّ آثارها تسري على كل من ساهم فيها، إلا أنّ الخلاف بينهم قائم بخصوص تأثير الظروف الشخصية لأحد الشركاء على مسؤولية الباقين، سواء كان مباشراً أم متسبباً، وقد ظهرت ثلاثة اتجاهات، أولها يميل إلى الأخذ بالتأثير المطلق لهذه الظروف على باقي الشركاء، أما الاتجاه الثاني والثالث فيقولان بالتفصيل بين تأثير بعض الظروف دون البعض الآخر.

أ- الاتجاه الأول: وهو مذهب السادة الحنفية

يرى الحنفية أنّ الظروف الشخصية إذا كانت متوافرة بأحد الشركاء ينتقل أثرها إلى باقي الشركاء فاعلاً كان أو شريكاً متسبباً، وسواء كانت تلك الظروف تعود إلى صفة في الجاني أو لمعنى في فعله؛ لأنّ القاعدة عندهم أنه إذا اشترك في قتل شخص اثنان وكان

(1) عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (ج.ر. 84، ص25).

أحدهما ممن لا يجب عليه القصاص لصفة فيه كالصبي مع البالغ، والمجنون مع العاقل، والأجنبي يشارك الأب في قتل ابنه، فلا قصاص على شريكه الآخر⁽¹⁾.

قال أبو حنيفة: " لا قصاص على واحد منهما وكذلك إذا كان أحدهما أبا المقتول فعلى الأب والعاقل نصف الدية في ماله، والمخطئ والمجنون والصبي على عاقلته"⁽²⁾.

وفي بدائع الصنائع: " ولو اشترك اثنان في قتل رجل أحدهما ممن يجب عليه القصاص لو انفرد، والآخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا كالصبي مع البالغ والمجنون مع العاقل والخاطئ مع العاقد والأب مع الأجنبي والمولى مع الأجنبي لا قصاص عليهما عندنا"⁽³⁾.

وفيه: " ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الصبي أو المجنون هو الذي تولى إخراج المتاع دُرء عنهم جميعاً، وإن كان وليه غيرهما قُطعوا جميعاً إلا الصبي والمجنون"⁽⁴⁾.

وَحُجَّتُهُ أنه إذا ثبت حكم الخطأ للجميع وجبت الدية كاملة وإذا ثبت حكم العمد للجميع وجب القود فيه، ولا خلاف بين الفقهاء في امتناع وجوب دية كاملة في النفس ووجوب القود... فوجب بذلك أنه متى وجب للنفس المتلفة على وجه الشركة شيء من الدية لا يثبت معه قود على أحد⁽⁵⁾.

وقال أبو بكر الجصاص: " أصَلَ أصحابنا في ذلك أنه متى اشترك اثنان في قتل رجل وأحدهما لا يجب عليه القود فلا قود على الآخر"⁽⁶⁾.

ومن الأمثلة التطبيقية:

1- إذا اشترك مكلف وصبي في قتل ثالث فلا قصاص على المكلف، وتجب عليه نصف الدية وعلى عاقلة الصبي النصف الآخر.

2- إذا اشترك عامد ومخطئ في قتل ثالث فيأخذ فعل كل منهما حكم الخطأ، وبالتالي تجب الدية بدل القصاص، نصفه في مال العامد ونصفه الآخر على عاقلة المخطئ.

(1) الكبيسي، م.س، ص121.

(2) الجصاص، م.س، باب الرّجلان يشتركان في قتل رجل، ج1، ص180. الكاساني، م.س، ج7، ص235، 236.

(3) الكاساني، م.ن، ج7، ص235.

(4) م.ن، ص67.

(5) الجصاص، م.س، ج1، ص180.

(6) م.ن، ص181.

3- إذا توافرت صفة في أحد الشركاء في قتل شخص؛ بأن كان أحدهما وليا للمقتول دون الآخر، فلا قصاص عليهما؛ لأنّ صفة الأبوة تمنع من القصاص يستفيد منها الأب وكذا يستفيد من شاركه في الجريمة.

ب- الاتجاه الثاني: وهو مذهب المالكية على التفصيل الآتي:

1- إذا اشترك مكلف وصبي في قتل شخص فعلى المكلف القصاصُ ونصف الدية على عاقلة الصبي، متى وُجد بينهما اتفاقٌ مسبق؛ لأنّ الصبيّ غير مكلف وعمده كخطئه⁽¹⁾، أما إذا لم يكن هناك اتفاق أو تمالؤ وإِنما حصل بطريق التوافق وكان الموت من إحدى الرميّتين، فلا قصاص على المكلف وتجب عليه نصف الدية في ماله، ونصفها الآخر على عاقلة الصبي⁽²⁾.

وَحُجَّتْهُ احتمال حصول القتل من فعل الصبيّ غير المتمالئ دون البالغ وذلك يورث شبهة، وعقوبة القصاص أو الحدود تُدرء بالشبهات.

2- أن يتأثر عقاب العامد بالمخطئ أو شريك المجنون فاعلا كان أو شريكا فلا قصاص عليهما إذا اشتركا في قتل شخص، ويكون على عاقلة المخطئ أو المجنون نصف الدية وعلى شريكه (العامد والعاقل) النصف الآخر من الدية في ماله، والحجة في ذلك احتمال حصول الزهوق من فعل المخطئ أو المجنون وذلك يورث شبهة⁽³⁾.

جاء في المنتقى: "وإذا اشترك العامد والمخطئ، فقد قال ابن القاسم: لا يقتل العامد إذا شاركه المخطئ"⁽⁴⁾.

يُفهم مما سبق أنّ عقاب المكلف عند المالكية لا يتأثر بظروف الصبي الشخصية ولا يستفيد منها إذا وُجد بينهما اتفاق سابق على الجريمة وإلا تأثر بها، أما بالنسبة لشريك المخطئ والمجنون فيتأثر بظرفيهما، ولا يُعاقب الشريك معهما قصاصا للشك ولاحتمال حصول الموت من رمي المخطئ والمجنون دون العامد والعاقل.

(1) الدردير، الشرح الكبير، م.س، ج4، ص246.

(2) اللخمي أبو الحسن علي بن محمد، التبصرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر، (دبط، دبت)، ص6442.

(3) الدردير، الشرح الكبير، م.س، ج4، ص246، 247.

(4) الباجي، م.س، ج9، ص100.

ج- الاتجاه الثالث: وهو مذهب الشافعية على التفصيل الآتي:

1- إذا كانت الظروف الشخصية تعود إلى وصف في الفاعل كالأبوة والجنون وصغر السن، أو كحق الدفاع الشرعي (دفع الصائل) فلا يتأثر به الشريك، فإذا اشترك مع الأب أجنبي في قتل ولده، يقتص من شريك الأب وعلى الأب نصف الدية المغلظة؛ لأنّ معنى الأبوة قائم به لا ينتقل أثره إلى غيره من الشركاء، ولا شيء على من كان في حالة دفاع شرعي⁽¹⁾.

ومثله شريك الصبي والمجنون فلا يستفيد من العذر شريكه إذا كان متعديا، وبالتالي يقتص من الشريك وتؤخذ الدية من عاقلة الصبي والمجنون.

2- إذا كانت الظروف الشخصية تعود إلى معنى في الفعل كالعامد والمخطئ تأثر بها عقاب باقي الشركاء ممن لم تتوافر لديهم هذه الظروف⁽²⁾.

وَحُجَّتُهُ احتمال كون فعل أيّ منهما هو المؤدي إلى تحقيق النتيجة دون الآخر، ونظرا لتعذر معرفة صاحب السبب الأقوى أو الفاعل (العامد أو المخطئ) وهذا الاحتمال يولد شبهةً، والقاعدة أنّ الحدود تُدرء بالشبهات.

أما الحنبلة فلهم ثلاثة آراء، وكلّ رأي ينفق مع أحد الاتجاهات الثلاثة السابقة⁽³⁾.

د- المناقشة والترجيح:

يتضح مما سبق أنّ الأخذ برأي الحنفية مرجوح؛ لأنه يفتح الباب واسعا أمام الجناة لا سيما محترفي الإجرام من الاستعانة بغيرهم ممّن لا عقاب عليهم واتخاذهم كوسيلة للإفلات من الجزاء، وأنّ الاتجاه الثاني والثالث وهما للجمهور (المالكية والشافعية ورواية عند الحنبلة) هو الراجح؛ لأنّ الأخذ به يجعل كلاً من الشركاء يستقلّ بظروفه الشخصية فلا يتأثر بها إلا من توافرت في حقه دون سواه ممّن لم تتوافر فيه من الشركاء.

ثانياً: في القانون الجزائري

يُستفاد من نص المادة 44 ق.ع.ج، ف 2 والتي تنص: " لا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف"، أنّ المشرّع وضع قاعدة عامة للأحكام الخاصة بمدى تأثير الظروف الشخصية على عقوبة المساهم في الجريمة فاعلا أصليا كان أم شريكا.

(1) النووي، م.س، ج7، ص39.

(2) ن.م.و.ص.

(3) ابن قدامة، م.س، ج11، ص598.

ومفادها أنه إذا توافرت ظروف شخصية معينة في أحد الشركاء أو الفاعلين الأصليين في الجريمة، فلا يتأثر بها إلا من توافرت فيه ولا تسري آثارها إلى غيرهم من الشركاء؛ لأن هذه الظروف لصيقة بشخصية الجاني ومستقلة عن العناصر المكونة للجريمة، فإذا توافرت لدى الفاعل الأصلي لا يسري مفعولها على الشريك والعكس صحيح، وعلى أساسها تتحدد مسؤولية الشريك إما تشديداً أو تخفيفاً أو إعفاءً منها⁽¹⁾.

وأذكر فيما يلي نماذج للظروف المعفية والمُخففة وكذا المُشددة للعقوبة:

أ- الظروف المعفية والمُخففة:

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "إن الظروف المُخففة أسباب شخصية لا يستفيد منها المساهم في الجريمة إلا إذا اقتنع قضاة الموضوع بأن شروط منحها متوافرة فيه"⁽²⁾.

ومن الأعدار المُخففة للعقوبة ما جاء في قرار آخر لها: "إن القانون قرر للقتل الذي ترتكبه الأم على طفلها حديث العهد بالولادة عقوبة أخف من القتل الذي يقع على طفل أجنبي عنها، فصفاة الأمومة في القتل المذكور تعتبر عذراً قانونياً مُخففاً لا يستفيد منه إلا الأم الجانية، ولا تأثير له على عقوبة الشريك الذي ساهم بصفة غير مباشرة في الجناية"⁽³⁾، وتقابلها المادة 397 فقرة 2 من قانون العقوبات المغربي كما تشابهها صياغةً وحُكماً.

ومن موانع المسؤولية والعقاب ما نصت عليه في المادة 47 ق.ع المتعلقة بحالة الجنون: "لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة وذلك دون الإخلال بأحكام الفقرة 2 من المادة 21"، فإذا كان أحد الشركاء مجنوناً أثناء ارتكابه الجريمة فإنه يعفى من المسؤولية الجزائية، وتنتفي في حقه الدعوى العمومية دون أن يكون لحالته هذه تأثير على باقي المساهمين فاعلين أم شركاء، ومثلها حالة الضرورة أو الإكراه المادة 48 ق.ع، وحالة الحدث دون الثالثة عشر، أو ما كان سنّه بين (13-18) المادة 49⁽⁴⁾.

كذلك ما يتعلق بحالة عدول الشريك بعد تقديم المساعدة للفاعل الأصلي، فقد يُعدّل الشريك عن إتمام الجريمة نتيجة للتدم أو خوفاً من العقاب، ويكون لهذا العدول أثر على قيام

(1) د. رضا فرج، م.س، ص 346 وما بعدها.

(2) قرار رقم: 24448 بتاريخ 81/02/10، الغرفة الجنائية الأولى ينظر جيلالي بغدادي، م.س، ج 2، ص 224.

(3) قرار رقم: 69058 بتاريخ 90/07/14. ينظر جيلالي بغدادي، م.س، ص 224.

(4) د. رضا فرج، م.س، ص 347.

المسؤولية الجزائية إذا تمكّن الشريك من إزالة أثر اشتراكه باسترداد المساعدة التي قدّمها للفاعل الأصلي قبل تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها⁽¹⁾.

وهو ما نصّت عليه المادة 92 ق.ع.ج بقولها: "يُغنى من العقوبة المقررة كلّ من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضدّ أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها...". ومثلها أيضا المادة 179 التي تعفي من يكشف من الجناة للسلطات عن الاتفاق الجنائي الذي تمّ، أو عن وجود جمعية الأشرار وذلك قبل أي شروع في الجناية موضوع الاتفاق أو الجمعية وقبل البدء في التحقيق⁽²⁾.

فهذه الظروف هي بمثابة أعدار قانونية قد تتحقق إلى جانب ارتكاب الجريمة، وقد وردت على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية محدّدة، لا يجوز القياس عليها ولا يستفيد منها الشريك باعتبار أنها تتصل بشخص المتهم، وقد أشارت إليها المادة 52 ق.ع.ج في القسم الأول من الفصل الثالث تحت عنوان الأعدار القانونية بقولها: "الأعدار هي حالات محدّدة في القانون على سبيل الحصر...".

ب- الظروف المشدّدة للعقوبة:

لا يختلف حكم هذه الظروف عن حكم سابقتها إلا من حيث تشديد العقاب، ولايسري أثرها على من لم تتوافر فيه؛ لأنها ليست من عناصر الجريمة، ومن أمثلتها: حالة العود إلى الجريمة التي نصت عليها المادة 54 مكرر (جديدة)⁽³⁾ من 1 إلى 10 مكرر، والمادة 57 (معدّلة)⁽⁴⁾ والمادة 59 من ق.ع.ج، فالعود ظرف شخصي مشدّد للعقاب لا يغير من وصف الجريمة ولا يتأثر به إلا من توافر فيه، سواء كان فاعلا أم شريكا دون غيره من الشركاء⁽⁵⁾.

ثالثا: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

بعد عرض موقف كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري بخصوص أثر الظروف الشخصية في عقاب الشركاء الآخرين في الجريمة يمكن القول بأنّ كلمة فقهاء الشريعة لم تتفق على رأي واحد بشأنها؛ فالأحناف قالوا بانتقال أثر الظروف الشخصية إلى غيرهم ممّن لم تتوافر فيهم مطلقا، شركاء مباشرين أم بالتسبب، أما فقهاء المالكية فقالوا بعدم

(1) أ.بعليات إبراهيم، م.س، ص162.

(2) د. رضا فرج، م.س، ص347.

(3) أضيفت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (ج.ر.84، ص17).

(4) عدّلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (ج.ر.84، ص18).

(5) د. رضا فرج، م.ن، ص347.

انتقال أثر هذه الظروف في حال الاتفاق وانتقالها في ما سواه، في حين اتجه الشافعية إلى تفصيل المسألة بين كون الظروف تعود إلى صفة في الجاني فلا يتأثر بها غيره كشريك الصبي والمجنون، أو تعود إلى معنى فيه كالعامد والمخطئ فهي تنتقل إلى الشركاء، أما الحنابلة فلهم ثلاثة آراء، كل رأي يتفق مع أحد الاتجاهات السابقة.

أما القانون الجزائري فقد وضع قاعدة عامة تتضمن حكماً واحداً مفاده استقلال كل شريك بظروفه الشخصية، وأنها تتصل بمن توافرت فيه فقط، دون أن يتأثر بها غيره من المساهمين الآخرين ممن لم تتوافر فيهم فاعلين كانوا أم شركاء.

ومنه أستنتج أنّ القانون الجزائري يختلف مع مذهب الحنفية، ويتفق مع باقي المذاهب الأخرى في بعض الجوانب ويختلف عنها في حالاتٍ وجوانبٍ أخرى.

وبهذه الموازنة أكون قد أتيت على نهاية البحث في هذا الموضوع، وأسأل الله عز وجل التوفيق والسداد والتجاوز عما بدر من نقص أو خطأ، وعزائي في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما معناه: "من اجتهد منكم فأصاب فله أجران ومن اجتهد فأخطأ فله أجر واحد".

خاتمة

□ خاتمة

بعد توفيقٍ من الله عزَّ وجلَّ على إتمام البحث في هذا الموضوع على الوجه الذي تقدّم، فإنني لا أدعي العصمة فيما كتبت، ولكن عذري أنني قد بذلت في ذلك جهداً لا يوصف باليسير، ولعلَّ السنوات الطويلة التي بذلتها في إعدادها كانت بهدف إخراجها في أفضل صورة، فإن أصبت فمن الله وحده وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، وقد مكنتني هذه الدراسة من الوقوف على جملة من النتائج وبعض المقترحات التي عرضت لفكري وأدعو إلى الأخذ بها وهي كالاتي:

أولاً: النتائج

- 1- الاشتراك الجنائي يعني حالة تعدد الأشخاص الذين يرتكبون بقصد جريمة واحدة، ويتألف من ركنين أساسيين؛ الركن المادي ويتحدّد بالشروع في التنفيذ، والركن المعنوي ويتمثل في القصد الجنائي، فإذا اختل ركن منهما فلا يتصور وجود اشتراك.
- 2- تتفق نظرة الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري لمسألة الاشتراك في الجريمة، فكلاهما يقرّ بعدم وجود أيّ إشكالية أو غموض فيما يتعلق بالاشتراك المباشر، لوضوح أحكامه وسهولة تطبيقه، لكنّ الصعوبة تكمن في الاشتراك بالتسبب، وقد انعكس ذلك سلبياً على النوع الأول بسبب العلاقة القائمة والمتداخلة بينهما.
- 3- التقسيم الأصيل للاشتراك في الجريمة هو ذلك الذي يقسّمه بالنظر إلى معيار الأفعال المتصلة بالجريمة إلى قسمين كبيرين، هما: الاشتراك المباشر أو المساهمة الأصلية بالتعبير القانوني، والاشتراك غير المباشر ويطلق عليه في الفقه الجنائي الإسلامي الاشتراك بالتسبب، أو المساهمة التبعية بالتعبير القانوني.
- 4- الشريك المباشر هو من يتولى تنفيذ الجريمة بنفسه أو يأتي بجزء منها، ويُسمّى في القانون الجزائري **بالفاعل**، أمّا الشريك المتسبّب فهو من يتفق مع غيره أو يحرضه أو يساعد المباشر على تنفيذ الجريمة دون أن يباشرها بنفسه، ويُسمّى في القانون الجزائري **الشريك** بالمساعدة بأعمال تحضيرية أو مسهّلة أو مُنفّذة للجريمة مع علمه بذلك.
- 5- يعدّ مباشرًا للجريمة الشريك المتسبب متى كان المباشر كالآلة في يده يحركه كيفما شاء، وهو الذي يُصطلح على تسميته لدى أهل القانون بالفاعل المعنوي.

6- تعدد المباشرين لا يعدّ ظرفاً مشدداً للعقوبة في الفقه الجنائي الإسلامي، والأمر نفسه في قانون العقوبات الجزائري وفقاً للمادة 41 كقاعدة عامة، واستثناءً فإنّ المشرع قد خالف هذه القاعدة وجعل من التعدد أحيانا ظرفاً مشدداً يُغيّر من وصف الجريمة والعقوبة، كما في السرقة فهي أصلاً جنحة، لكنها تنقلب إلى جناية إذا ساهم في ارتكابها عددٌ من الجناة.

7- علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي تقوم على ركائز أساسية هي المباشرة والسبب والشرط، وأنّ تحديد المسؤولية فيها يختلف من حالة لأخرى، واتفق الفقهاء على قيام مسؤولية الجاني إذا باشر الجريمة عن عمدٍ، سواء أكان شريكاً مباشراً أم متسبباً، وقد وضع فقهاء الشريعة عند اجتماع المباشرة والتسبب من القواعد التي تتحدد بها مسؤولية كل من المباشر والمتسبب في جرائم القصاص والحدود دون التعازير، وقد ضبطوا نظرية السببية وحكّموها بدقة متناهية حتى جاز القول بأنها وُلدت محكمة منذ ظهورها.

أما التشريعات الوضعية فقد عرفت سلسلةً من النظريات التي قيلت في السببية وفي أزمنة متلاحقة، لم تسلم من النقد والمناقشة، كان آخرها نظرية السبب الملائم التي استحسناها الفقه القانوني فيما بعد واستقرّ عليها رأيه، ودعا القائمين على المؤسسات التشريعية إلى الأخذ بها، خاصة مع غياب النص القانوني الذي يحسم المسألة ويحدد النظرية واجبة التطبيق.

8- يختلف موقف القانون الجزائري عن الفقه الجنائي الإسلامي فيما يخصّ وسائل الاشتراك بالتسبب، فالفقه الجنائي الإسلامي وغالبية التشريعات الوضعية يحصرونها في الاتفاق والتحريض والمساعدة، أما القانون الجزائري فقد ضيق كثيراً من نطاقها، وجعلها في أعمال المساعدة فقط، والأعمال التحضيرية المُسهّلة أو المنفذة للجريمة.

9- ألحق المشرع الجزائري المحرّض على الجريمة بصور الاشتراك المباشر إضافة إلى الفاعل المادي والفاعل المعنوي، وهذا التوجه الجديد يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء المالكية الذين يعاقبون المحرّض كفاعل أصلي متى كان حاضراً في مسرح الجريمة وقت ارتكابها.

10- ذكر القانون الجزائري وسائل التحريض على سبيل الحصر، وجعلها في الوسائل التي يغلب وقوعه بها، أما الفقه الجنائي الإسلامي فلم يشترط في التحريض وسيلة محدّدة، وأجاز وقوعه بكل الوسائل، وبذلك يكون قد وسّع من دائرة التحريض ليشمل تلك التي

ذكرها القانون الجزائري وغيرها من الوسائل التي تخضع في تقديرها لقناعة القاضي واجتهاده وهو الذي رجّحته.

12- لم يتناول الفقه الجنائي الإسلامي فكرة **الفاعل المعنوي** مباشرة، ولم يستعمل لها ذات التعبير المتداول قانونا، ولم يُفرد لها أحكاما خاصة، وباستقراء كتبهم والقواعد التي وضعوها للمباشر والمتسبب عند اجتماعهما، تبيّن بأنّ الجمهور عدا الحنفية لا يرون المباشرة شرطا لوجوب القصاص من المباشر، بل المتسبب أحيانا يعتبر كالمباشر في استحقاق العقوبة متى قام بدور فعّال في الجريمة، وهذه نقطة اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

13- عقوبة الشريك بالتسبب ليست هي ذاتها المقررة للشريك بالمباشرة دائما، بل تختلف حسب نوع الجريمة، والقاعدة في جرائم الحدود أنّ عقوبة الحدّ توقع على المباشر دون المتسبب الذي يعاقب تعزيرا عدا جريمة الحرابة، أما في جرائم القصاص فقد ذهب الاتجاه الغالب في الفقه الجنائي الإسلامي إلى التسوية بينهما في العقوبة.

أما في القانون الجزائري فإنّ العقوبة واحدة لكل الشركاء، فاعلا أو شريكا، وللقاضي في تطبيق العقوبة بين حدّيهما الأقصى والأدنى أن يختار لكل شريك ما يراه مناسبا بحسب الظروف المتصلة بكل منهما وفق قناعته وسلطته التقديرية.

14- تتميز العقوبات الشرعية بأنها مادية توقع على جسم الجاني، ولا تخلو من الإيذاء المعنوي الشديد، وتتصف بأنها موانع قبل الفعل زواجر بعده، وهذا ما ينبغي أن تتصف به العقوبات القانونية حتى تؤدي الغرض المقصود منها.

15- وكنتيجة أخيرة فالجريمة والاشتراك فيها ظاهرة اجتماعية لازمت حياة البشرية منذ وجودها، ولا يمكن القضاء عليها نهائيا، لأجل ذلك تسعى التشريعات قاطبة سماوية كانت أم وضعية إلى إيجاد السبل والوسائل الكفيلة للحدّ أو التقليل من نسبة حدوثها، وفي شريعتنا الغزاة القدوة والمثل الأعلى، لأنها تقوم على نشر الفضيلة وتقوية الوازع الديني في النفوس لتحيا بذلك ضمائر الناس وعقولهم قبل أجسادهم، ووضعت عقوبات قاسية فيها من الزجر والردع ما يمنع من التفكير في الجريمة أو معاودة ارتكابها.

ثانيا: المقترحات

1- أقتراح مراجعة مضمون المادة 31 ق.ع.ج، والتي تعاقب على الشروع بذات العقوبة المقررة للجريمة التامة؛ لأنها بذلك لا تشجع الجاني الذي شرع في الجريمة على الرجوع عن إتمامها، بل تدعوه وتحفزه أكثر إلى إتمامها، إذ ليس هناك ما يدعوه إلى العدول، متى علم أنّ العقوبة واحدة سواء تمتّ الجريمة أم كانت في مرحلة الشروع.

والأولى مراعاة نفسية الجاني وتشجيعه على الرجوع، بجعل عقوبة الشروع أخفّ من عقوبة الجريمة التامة، وفي ذلك تحقيق لمصلحة الجاني والمجتمع، وهو ما يتفق مع ما أخذت به الشريعة الإسلامية من قبل.

2- إعادة صياغة المادة 42 من ق.ع.ج بما يتفق ومقصود المشرع؛ لأنها جاءت مبهمّة وفيها خلطٌ بين عمل الفاعل والشريك، وتدلّ بصياغتها هاته على أنّ الفاعل هو الذي يقوم بالأعمال التحضيرية أو المسهلة أو المنفّذة للجريمة، أما الشريك فيتمثل دوره في تقديم المساعدة أو المعاونة على هذه الأعمال، والفرق واضح بين المعنيين كما أنه لا يتفق ومقصود المشرع.

وتجنبنا لهذا الغموض يُستحسن أن تكون صياغتها كالاتي: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا فيها، لكنه ساعد أو عاون الفاعل أو الفاعلين بكافة الطرق بأعمالٍ تحضيرية أو مسهّلة أو منفّذة لها مع علمه بذلك".

3- إعادة النظر في نصّ المادة 45 ق.ع.ج المتعلقة بالفاعل المعنوي، حيث يلحقه شراح القانون بالفاعل الأصلي للجريمة، أما المشرع الجزائري وبعد أن عرّف فاعل الجريمة وعدّد صورته في المادة 41 من ق.ع، انتقل إلى الحديث عن الشريك في المادة 42 منه، ثم أتى بعدها إلى الحديث عن الفاعل المعنوي وأفرد له مادة خاصة وهي (المادة 45)، وكأنه حالةٌ مختلفة، وهذا ما يثير اللبس في تصنيفه قانونا وفي أيّ نوعٍ من الشركاء هو.

4- مراجعة عقوبة المساعدة بالامتناع وتكييفها بعقوبة الجريمة محلّ الامتناع، إذا تبين بأنّ الممتنع كان يقصد بامتناعه وقوع الجريمة، أو كان امتناعه نتيجة لاتفاقٍ مسبق بينه وبين الفاعل الأصلي، خاصة وأنّ المشرع الفرنسي قد اضطر إلى النص صراحة على مساواة الامتناع بالفعل الإيجابي، في نصّ المادة 312 المعدلة ق.ع. الفرنسي.

وحسب الرأي الراجح في الفقه القانوني فإنّ السلوك السلبي ليس عدما، وإنما هو إمساك إرادي عن حركة عضوية، يتوافر فيه الوصف الإرادي كما في السلوك الإيجابي، وبالتالي يصلح الامتناع سببا للنتيجة الإجرامية بالضوابط المذكورة.

5- بخصوص وسائل التحريض التي وردت على سبيل الحصر في القانون الجزائري، أرى أنّ عدم الحصر هو الأولى بالأخذ، ويترك ذلك لاجتهاد القاضي وسلطته التقديرية وفق ضوابط محدّدة قانونًا حتى لا يتعسف القضاة في تحديدها، ولمنع الجناة من الإفلات من العقاب؛ خاصة وأنّ الحياة أصبحت تسير بخطى متسارعة، والإجرام بدوره توسعت دائرته وتطورت وسائله وتعقدت، وليس صعبا على الجاني اليوم إيجاد وسائل بديلة للتحريض غير تلك المنصوص عليها في القانون.

6- أقترح أن يكون تعدّد الشركاء في القانون ظرفا مشدّدا للعقوبة في كل الجرائم لسببين:

الأول: للطابع الغالب في وقوع الجرائم اليوم، فأكثرها يتم بالاجتماع والمشاركة ولخطورته.

الثاني: للصفة التي تتسم بها العقوبات القانونية من البساطة وغياب عنصر الردع فيها إذا ما قورنت بالعقوبات الشرعية، فهي تتراوح بين السجن والحبس والغرامة، بدليل العود إلى الجريمة بعد تنفيذ العقوبة، أما عقوبة الإعدام ورغم النص عليها إلا أنها غير مطبقة في أغلب القوانين ومنها القانون الجزائري.

7- إعادة تكييف نص المادة 260 من ق.ع.ج المتعلق بجريمة التسميم، وذلك بعدم معاقبة الجاني بالإعدام إلا إذا ترتبت الوفاة فعلاً وكانت نتيجة مباشرة لفعله.

وفي حالة عدم الوفاة أقترح أن تكون العقوبة مشدّدة لا تصل إلى حدّ العقوبة الأصلية، كالسجن المشدّد أو المؤبد، وهذا ما أخذ به قانون العقوبات المصري لما اشترط للعقاب بالإعدام تحقّق الموت فعلاً، كما في نص المادة 233 ق.ع.م.

8- يُستحسن الأخذ بالعقوبات الشرعية وتطبيقها على الجناة، نظرا لما تتمتع به من خصائص ناجعة في القضاء على الظاهرة الإجرامية أو الحدّ منها، مقارنة لها بالعقوبات القانونية التي أثبتت عجزها وفشلها في مواجهة المجرمين، وإدراج قواعد وأحكام الفقه الجنائي الإسلامي ذات الصلة بالموضوع في شكل مواد ونصوص شرعية إلى جانب النصوص القانونية تُدرّس لطلبة الحقوق، خاصة مواد علم أصول الفقه والمقارنات بين الشريعة والقانون، وذلك لأهمية الخلفية الشرعية للقانوني.

هذا ما تيسر لي بحثه في هذا الموضوع، وهذه المقترحات أضعها بين يدي المشرع الجزائري للأخذ بها عند مراجعة وتعديل النصوص القانونية، وذلك لقناعتي بأنه لا قُدسية لأي عمل بشري، ولا معصوم إلا الرسول صلى الله عليه وسلم، أما ما دونه فإنه يُصيب وقد يخطئ.

ومن خلال هذا العمل المتواضع أدعوا واضعي القانون في بلادنا للبحث دائما عن الأنظمة القانونية الملائمة لمجتمعاتنا بما يتفق مع قيمنا وتراثنا الفقهي الثري، وعدم اللجوء إلى استيراد الأنظمة القانونية الغربية عنا وعن ديننا وإعلان التبعية المُذعنة للغرب.

والله ولي التوفيق

الفصل الثاني

فهارس الآيات

| الصفحة | رقمها | الآية |
|-----------------------------------------------|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| سورة البقرة | | |
| 316 ، 122 | 166 | ﴿ وَنَقَطَعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابَ ﴾ |
| 296 ، 223 ، 221 | 178 | ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ |
| 345 ، 220 ، 216 | 179 | ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ |
| 123 | 185 | ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ |
| 191 ، 120 | 187 | ﴿ وَلَا تَبشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ﴾ |
| 379 ، 376 | 194 | ﴿ فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ ﴾ |
| 145 | 229 | ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ |
| 31 | 284 | ﴿ اللَّهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَإِنْ تُبَدُّوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفَوْهُ ﴾ |
| 398 | 286 | ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ |
| سورة النساء | | |
| 106 | 21 | ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾ |
| 23 | 22 | ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ |
| 137 | 59 | ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ |
| 336 | 84 | ﴿ فَقَنْدِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا تُكَلِّفُ إِلَّا نَفْسَكَ وَحَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ |
| 219 | 93 | ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ |
| سورة المائدة | | |
| 8 | 12 | ﴿ وَلَقَدْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَبَعَثْنَا مِنْهُمُ اثْنَيْ عَشَرَ نَقِيبًا ﴾ |
| ، 298 ، 269 ، 264 418 | 33 | ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ﴾ |
| 265 | 34 | ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ ﴾ |
| 351 ، 298 | 38 | ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ |
| ، 220 ، 219 ، 218 ، 296 ، 223 ، 221 395 | 45 | ﴿ وَكُنِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ |

| | | |
|----------------------------------|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 23 | 95 | ﴿ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ ^ع وَمَنْ عَادَ فَيَنْقُصِ اللَّهُ مِنْهُ ^ق وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ ﴾ |
| سورة الأنعام | | |
| 222 | 151 | ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّيْتُكُمْ بِهِءِ ﴾ |
| 208 | 164 | ﴿ وَلَا نَزْرُورًا وَإِزْرَةً ^ع وَذَرَّ أُخْرَى ﴾ |
| سورة الأعراف | | |
| 11 | 56 | ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾ |
| سورة الأنفال | | |
| 23 | 38 | ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُعَفَّرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ |
| 368 | 40 | ﴿ وَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَوْلَانَكُمْ نِعَمَ الْمَوْلَى وَنِعَمَ النَّصِيرِ ﴾ |
| 336 | 65 | ﴿ يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ حَرَضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ ^ع ﴾ |
| سورة يونس | | |
| 5 | 13 | ﴿ وَلَا يَرُدُّ بَأْسَنَا عَنِ الْقَوْمِ الْمُجْرِمِينَ ﴾ |
| سورة يوسف | | |
| 403 | 15 | ﴿ فَلَمَّا ذَهَبُوا بِهِءِ وَأَجْمَعُوا أَنْ يَجْعَلُوهُ فِي غَيْبَتِ الْجَبِّ ﴾ |
| 5 | 110 | ﴿ وَلَا يَرُدُّ بَأْسَنَا عَنِ الْقَوْمِ الْمُجْرِمِينَ ﴾ |
| سورة الإسراء | | |
| 22 | 15 | ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ |
| ،216 ،160 ،70 ،346 ،222 ،218 378 | 33 | ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا ﴾ |
| 123 | 78 | ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ ﴾ |
| 70 | 85 | ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي ﴾ |
| سورة الكهف | | |
| 316 | 85 | ﴿ فَأَنْبَعُ سَبَبًا ﴾ |
| سورة مريم | | |
| 109 | 25 | ﴿ وَهَرَىٰ إِلَيْكَ بِمِذْحِ النَّخْلَةِ نَسْقُطُ عَلَيْكَ رَطَبًا جَنِيًّا ﴾ |
| سورة طه | | |

| | | |
|----------------------|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 52 | 32 | ﴿ وَأَشْرِكُهُ فِي أَمْرِي ﴾ |
| 22 | 134 | ﴿ وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا ... ﴾ |
| سورة الحج | | |
| 316، 109 | 15 | ﴿ مَن كَانَ يَظُنُّ أَن لَّن نَّيُصِرَّهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ﴾ |
| سورة الشعراء | | |
| 11 | 183 | ﴿ وَلَا تَعْتَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾ |
| سورة القصص | | |
| 159، 136 | 4 | ﴿ إِنَّ فِرْعَوْنَ عَلَا فِي الْأَرْضِ وَجَعَلَ أَهْلَهَا شِيَعًا يَسْتَضَعِفُ طَائِفَةً مِّنْهُمْ ﴾ ... |
| 70 | 19 | ﴿ قَالَ يَمْسُؤُاْ أَرِيدُ أَن تَقْتُلَنِي كَمَا قَتَلْتَ نَفْسًا بِالْأَمْسِ ﴾ |
| 403 | 20 | ﴿ قَالَ يَمْسُؤُاْ إِنَّكَ أَلْمَلَاءُ يَأْتِمُرُونَ بِكَ لِیَقْتُلُوكَ ﴾ |
| 70 | 33 | ﴿ قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَن يَقْتُلُونِ ﴾ |
| سورة العنكبوت | | |
| 70 | 57 | ﴿ كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ ۗ ثُمَّ إِلَيْنَا تُرْجَعُونَ ﴾ |
| سورة لقمان | | |
| 70 | 34 | ﴿ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ ۖ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ |
| سورة فاطر | | |
| 91، 12 | 18 | ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ ﴾ |
| 22 | 24 | ﴿ إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا ۖ وَإِن مِّنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ ﴾ |
| سورة طه | | |
| 410 | 19 | ﴿ يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ ﴾ |
| 317، 122 | 36 | ﴿ وَقَالَ فِرْعَوْنُ بِنَهْمَتْنِي أَيْنَ لِي صَرْحًا لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ ﴾ |
| سورة الزخرف | | |
| 403 | 79 | ﴿ أَمْ أَمْرُؤُاْ أَمْرًا فَإِنَّا مُبْرِمُونَ ﴾ |
| سورة الأحقاف | | |
| 341 | 15 | ﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ ۗ ﴾ |
| سورة محمد | | |

| | | |
|----------------------|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 128 | 18 | ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ ^ع |
| سورة الحجرات | | |
| 23 | 6 | ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾..... |
| 23 | 12 | ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْرٌ ^ط ﴾..... |
| سورة العنكبوت | | |
| 277 | 12 | ﴿كَمَثَلِ الشَّيْطَانِ إِذْ قَالَ لِلْإِنسَانِ اكْفُرْ فَلَمَّا كَفَرَ قَالَ إِنِّي بَرِيءٌ مِّنكَ﴾..... |
| سورة الطلاق | | |
| 403 | 6 | ﴿وَاتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ^ط ﴾..... |
| سورة المائدة | | |
| 5 | 29 | ﴿إِنَّ الَّذِينَ أُجْرِمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾..... |
| سورة الاحزاب | | |
| 191، 120 | 24 | ﴿فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾..... |

| صفءة | نص الءءبء |
|--------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| ءرفء الألفء | |
| 350 | " اءرؤوا الءءوء بالشبءاء"..... |
| 343، 32، 23 | " اءرؤوا الءءوء عن المسلمفن ما اسءءءءم، فإن كان له مءرء فءلوا"..... |
| 387 | " اءنوا فءءشوا وءناول رسول الله الءراء"..... |
| 33 | " إذا ءءقء المسلمان بسففبهما فكلاهما من أهل النار"..... |
| 379، 377 | " إذا أمسك الرءل الرءل وءقله الآخر فءقءل الءف فءل وءءبس"..... |
| 123 | " إذا رأفءم الهلال فصوموا وإذا رأفءموه فأءطروا"..... |
| 386 | " ارءعوا أءءفكم فأنها أءبرءءف أنها مسمومة"، فمء بشر بن البراء"..... |
| 341 | " إسباف الوضوء على المكاره"..... |
| 341 | " ألا أءلكم على ما فمءو الله به الءطافا ورفءع به الءرءاء"..... |
| 136 | " السمع والءطاعة ءق ما لم فؤمر بمعصفة، فإذا أمر"..... |
| 136 | "السمع والءطاعة ءق ما لم فؤمر بمعصفة، فإذا أمر"..... |
| 359 | "السمع والءطاعة على المسلم ففما أحب وكره ما لم فؤمر بمعصفة"..... |
| 140 | " العءء قوء إلا أن فءفو ولف المءقول"..... |
| 51 | " الناس شركاء فف ءلاء فف الماء والكلأ والنار"..... |
| 265 | " أن قوما من عكل أو قال من عربفة قءموا على رسول الله"..... |
| 337 | " إن الشفطان قء أفس أن فعبءه المصلون فف ءزفرة العرب"..... |
| 32 | " إن الله ءءاوز لأءف فمأ ءءءء به أنفسها"..... |
| 408 | " إن الله ءءاوز لأءف ما ءءءء به أنفسها مالم ءعمل به أو ءءكلم به"..... |
| 408، 349، 345 | " إن الله قء ءءاوز عن أمءف الءطأ والنسففان وما اسءكرهوا علىه"..... |
| 409، 408، 32 | " إن الله ءءبء الءسناء والسففاء ءم بفن ذلك، فمن هم ءءسنة"..... |
| 377 | " إن من أءءى الناس على الله ءلاءة ورجل قءل رفر قاءله"..... |
| 350 | " أنء ومالك لأبفك"..... |
| 212 | " والله ما قءلء عءمان ولا مالآء علىه"..... |
| ءرفء الءاء | |
| 298 | "ءقءع فء السارق فف ربع ءفنار فصاءءا"..... |
| ءرفء الءاء | |
| 216 | " ءم إنكم معشر ءزاعة قءلءم هذا الرءل من هءفل وإنف عاقله"..... |
| ءرفء الءال | |
| 398 | " ءءلء امرأة النار فف هرءة ربءءها، فلم ءءعمها ولم ءءعها"..... |
| ءرفء البراء | |
| 363 | " رفء القلم عن ءلاءة: عن الصبف ءءف ففلف، وعن النائف"..... |
| 355 | " رفء عن أمءف الءطأ والنسففان وما اسءكرهوا علىه"..... |
| ءرفء الءاء | |
| 123 | " صوموا لرؤفءه وأفطروا لرؤفءه"..... |
| ءرفء العفن | |

| | |
|------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
| 26 | "عُذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعاً"..... |
| 217 | "عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قتل جماعة بواحد"..... |
| 217 | "عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلاً"..... |
| حرفه الراء | |
| 388 | "فما عرض لها رسول الله صلى الله عليه وسلم"..... |
| 349 | "فقال علي: هذه مضطرة أرى أن تخلي سبيلها"..... |
| 349 | "فأعطاهما عمر شيئاً وتركها"..... |
| 408 | "فمن هم بحسنة فلم يعملها كتبها الله له عنده حسنة كاملة"..... |
| 388 | "قال: لا، فما زلت أعرفها في لهوات رسول الله صلى الله عليه وسلم"..... |
| حرفه القاف | |
| 234 | "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في رجل أمسك رجلاً"..... |
| حرفه الكاف | |
| 191 | "كان النبي صلى الله عليه وسلم يُقبل ويُباشر وهو صائم"..... |
| 386 | "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة"..... |
| حرفه الهمزة | |
| 11 | "لا ضرر ولا ضرار"..... |
| 136 | "لا طاعة في المعصية إنما الطاعة في المعروف"..... |
| 359 | "لا طاعة في معصية إنما الطاعة في معروف"..... |
| 289 | "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"..... |
| 376 | "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان"..... |
| 164، 264، 266، 269 | "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله"..... |
| 298 | "لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل"..... |
| 128 | "لا يجوز شيطان في بيع"..... |
| 296 | "لو أن أهل السماء والأرض اشتركوا في دم مؤمن لأكّبه الله"..... |
| 380، 212 | "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدتهم به"..... |
| 290، 217 | "لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتهما"..... |
| 208، 216، 235، 296، 302، 378 | "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً"..... |
| 353، 253 | "ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع"..... |
| حرفه الميم | |
| 216 | "من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى، وإما أن يُقاد"..... |
| 436 | "من اجتهد منكم فأصاب فله أجران"..... |
| 384 | "من قتل نفسه بحديدة فحديده في يده يتوجأ بها في بطنه"..... |
| 410 | "من هم بسينة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة"..... |
| حرفه الميم | |
| 192 | "هل باشرت؟ قال: نعم"..... |
| حرفه الواو | |
| 316 | "وإذا سبب واصل من الأرض إلى السماء"..... |
| 290، 158 | "وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"..... |

| حرفه الباء | |
|------------|------------------------------------------------------------------------------|
| 379 | " يُحَبَسُ الصَّابِرُ الْمَمُوتُ وَيُقْتَلُ الْقَاتِلُ"..... |
| 379 ، 234 | " يُقْتَلُ الْقَاتِلُ وَيُحَبَسُ الْآخَرُ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَمُوتَ"..... |

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولاً: كتب التفسير

- 1- ابن كثير أبو الفداء اسماعيل، تفسير القرآن العظيم، دار ابن حزم، ط1، 1423هـ، 2002م.
- 2- الزجاج أبو إسحاق إبراهيم بن السري، معاني القرآن وإعرابه، تحقيق: د. عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1408هـ، 1988م.
- 3- الشافعي محمد بن إدريس، أحكام القرآن، جمعه: الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، دار إحياء العلوم، بيروت، ط1، (د.ت).
- 4- الطبري محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل آي القرآن، دار الفكر، (د.ط، د.ت).
- 5- القرطبي محمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ، 2006م.

ثانياً: كتب السنة

- 6- الباجي أبو الوليد، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط4، 1420هـ، 1999م.
- 7- ابن أبي شيبَةَ العسبي، المصنف، تحقيق: أبي محمد بن أسامة بن إبراهيم، الفاروق الحديثة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1429هـ، 2008م.
- 8- ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1421هـ، 2001م.
- 9- ابن رجب زين الدين عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي، جامع العلوم والحكم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1419هـ، 1999م.
- 10- ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وغيره، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 1430هـ، 2009م.
- 11- أبو داود السجستاني سليمان ابن الأشعث، سنن أبي داود، تعليق: ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، (د.ط)، 1424هـ.
- 12- البخاري محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق: محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية ومكتباتها، القاهرة، ط1، 1403هـ.
- 13- البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ، 2003م.

- 14- الترمذي محمد بن عيسى، الجامع الكبير، تحقيق: د. بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996م.
- 15- الدارقطني علي بن عمر، سنن الدارقطني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1432هـ، 2011م.
- 16- الصنعاني محمد بن اسماعيل الأمير، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، حققه ووظبطه وخرّج أحاديثه: محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط2، 1421هـ.
- 17- مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط3، 1418هـ، 1998م.
- 18- مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، (م.ع.س)، ط1، 1427هـ، 2006م.
- 19- الهندي علاء الدين البرهان فوري المتقي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1405هـ، 1985م.

ثالثاً: كتب أصول الفقه

- 20- ابن السبكي تاج الدين عبد الوهاب، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1411هـ.
- 21- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: د. محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، سورية، ط4، 1426هـ، 2005م.
- 22- الآمدي أبو الحسن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، (م.ع.س)، ط1، 1424هـ، 2003م.
- 23- البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
- 24- الجويني أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم الديب، طبع أمير دولة قطر، ط1، 1399هـ.
- 25- الدارقطني علي بن عمر، سنن الدارقطني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1432هـ، 2011م.
- 26- السيوطي جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ، 1983م.
- 27- الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1427هـ.
- 28- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1993م.
- 29- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، (القواعد الكبرى)، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ، 2000م.

30- الغزالي أبو حامد محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة، (د.ط، د.ت)،

31- القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، (د. ط، د. ت).

32- الكفوي أبو البقاء الحسيني، الكليات، تحقيق: عدنان الدرويش، مؤسسة الرسالة، (د.ط)، 1413هـ.

رابعاً: كتب الفقه الإسلامي

أ- الفقه الحنفي:

33- ابن الهمام كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ، 2003م.

34- ابن عابدين محمد أمين، ردّ المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، (م.ع. س)، طبعة خاصة، 1423هـ، 2003م.

35- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1997م.

36- الحصكفي محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1423هـ، 2002م.

37- الحموي السيد أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، (د. ط)، 1405هـ.

38- الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ط1، 1315هـ.

39- السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1409هـ، 1985م.

40- السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ، 1984م.

41- الطرابلسي علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردّد بين الطرفين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، (د.ط، د.ت).

42- الطوري الحنفي محمد بن حسين، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، ط1، (د.ت).

43- العيني أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، 1411هـ، 1990م.

44- الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1417هـ، 1996م.

45- المرغيناني برهان الدين أبي الحسن، الهداية شرح بداية المبتدئ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط1، 1417هـ.

ب- الفقه المالكي:

- 46- ابن رشد القرطبي أبو الوليد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل، تحقيق: أ. أحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ، 1988م.
- 47- ابن رشد محمد بن أحمد القرطبي (الشهير بالحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الغد الجديد، المنصورة، القاهرة، ط1، 1433هـ، 2012م.
- 48- ابن فرحون برهان الدين اليعمرى المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، 1301هـ.
- 49- الأزهرى صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، 1366هـ.
- 50- البقاعي عمر بن محمد بن بركات، فيض الآله المالك في حلّ ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط2، 1372هـ، 1953م.
- 51- الحطاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المالكي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ط)، 1423هـ، 2002م.
- 52- الخرشى سيدي أبي عبد الله محمد، شرح الخرشى على المختصر الجليل لسيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي رحمهم الله، المطبعة الكبرى الأميرية، ببلاق، مصر، ط2، 1317هـ.
- 53- الدردير أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف النيل، القاهرة، (د.ط، د.ت).
- 54- _ _ _ _، الشرح الكبير، وهو شرح على مختصر خليل، دار إحياء الكتب العربية، (د.ط، د.ت).
- 55- الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، (د.ط، د.ت).
- 56- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، 1994م.
- 57- الصاوي الشيخ أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، 1995م.
- 58- القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
- 59- اللخمي أبو الحسن علي بن محمد، التبصرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر، (د.ط، د.ت).
- 60- المواق محمد بن يوسف العدوي، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1329هـ.

61- النمري يوسف بن عبد الله القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1979م.

ج- الفقه الشافعي:

62- الرملي الشافعي الصغير شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، ط3، 1424هـ، 2003م.

63- الشافعي محمد بن إدريس، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة مصر، ط1، 1422هـ، 2001م.

64- الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض، وأحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط)، 1421هـ، 2000م.

65- الشرقاوي عبد الله بن حجازي، حاشيته على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح الألباب للأنصاري، مطبعة البابي الحلبي، (د.ط، د.ت).

66- الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: د. محمد الزحيلي، دار القلم الشامية، دمشق، ط1، 1417هـ، 1996م.

67- الغزالي أبو حامد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، طبع الكتب العربية، القاهرة، (د.ط، د.ت).

68- الفداني المكي ابن الفيض محمد ياسين، الفوائد الجنية، حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1417هـ، 1996م.

69- الماوردي أبو الحسن علي بن حبيب، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: د. أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1409هـ، 1989م.

70- _ _ _ _ _ ، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ، 1994م.

71- المطيعي محمد نجيب، تكملة المجموع شرح المهذب للشيرازي، مكتبة رشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، (د.ط، د.ت)، 1410هـ، 1990م.

72- النووي أبي زكرياء يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، الرياض، (م.ع.س)، طبعة خاصة، 1423هـ، 2003م.

د- الفقه الحنبلي:

73- ابن قدامة المقدسي موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، تحقيق: عبد الفتاح الحلوي، دار عالم الكتب، الرياض، (م.ع.س)، ط3، 1417هـ، 1997م.

74- ابن تيمية أحمد، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، (م.ع.س)، (د.ط)، 1425هـ، 2004م.

- 75- ابن قيم الجوزية أبو عبد الله، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن حمد الحمد، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، (د.ط، د.ت).
- 76- _ _ _ _ ، بدائع الفوائد، تحقيق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، (د.ط، د.ت).
- 77- ابن مفلح المقدسي شمس الدين محمد، كتاب الفروع ويلييه تصحيح الفروع لعلي المرادوي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، دار المؤيد، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م.
- 78- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، (د.ط)، 1403هـ، 1983م.
- 79- _ _ _ _ ، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ، 2000م.
- 80- المرادوي علاء الدين، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، (د. د)، ط1، 1375هـ، 1956م.

هـ- الفقه الظاهري:

- 81- ابن حزم علي بن أحمد، المحلي بالآثار، إدارة الأعمال المنيرية، مصر، (د.ط)، 1352هـ.

و- الفقه الإمامي:

- 82- الطوسي محمد بن الحسين، تهذيب الأحكام، تحقيق: محمد جواد الفقيه، دار الأضواء للطباعة والنشر، بيروت، ط2، 1413هـ، 1992م.
- 83- القمي محمد بن علي بن الحسين، من لا يحضره الفقيه، تحقيق: حسن الأعلمي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط1، 1406هـ، 1986م.

خامساً: كتب التراجم والسير

- 84- الواقدي محمد بن سعد كاتب، الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).

سادساً: الموسوعات

- 85- أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، (د.ط)، 1412هـ، 1991م.
- 86- إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة لأحكام محكمة النقض، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط2، (د.ت).
- 87- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ط2، 1409هـ، 1989م.

سابعاً: كتب اللغة والمصطلحات

- 88- ابن سيده علي بن اسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ، 2000م.
- 99- ابن فارس أبي الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ط، د.ت).
- 90- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: نخبة من الأساتذة، دار المعارف، (ج. م.ع)، القاهرة، (د.ط، د.ت).
- 91- التهاوني المولدي محمد علي، كشاف مصطلحات الفنون، دار صادر، (د.ط، د.ت).
- 92- الجرجاني علي بن محمد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، (د.ط، د.ت).
- 93- الجوهري إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط4، 1990م.
- 94- الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، (د.ط)، 1986م.
- 95- الزاوي الطاهر أحمد، ترتيب القاموس المحيط، دار الفكر، ط3، (د.ت).
- 96- الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، (د. ط)، 1385هـ، 1965م.
- 97- الفراهيدي الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق: د. عبد الوهاب هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م.
- 98- الفيروز آبادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 1426هـ، 2005م.
- 99- الفيومي أحمد بن محمد المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، (د.ط)، 1987م.

ثامناً: كتب فقهية متنوعة

- 100- بهنسي أحمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط4، 1404هـ، 1988م.
- 101- _ _ _ _ _، الجرائم في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق، ط6، 1409هـ، 1988م.
- 102- _ _ _ _ _، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط4، 1409هـ، 1989م.
- 103- خالد بن مفلح آل حامد، اجتماع المباشر والمتسبب في الجنايات والحدود والتعازير، دار ابن حزم، الرياض، السعودية، ط1، 1431هـ، 2010م.
- 104- سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر دمشق، سورية، ط5، 1414هـ، 1993م.

- 105- **عبد الفتاح خضر**، الجريمة أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقهاء الإسلامي، إدارة البحوث، المملكة العربية السعودية، (د.ط)، 1405هـ، 1985م.
- 106- **عبد القادر عودة**، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الكاتب العربي، بيروت، (د. ط، د.ت).
- 107- **عبد الله أحمد هلالى**، أصول التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 1995م.
- 108- **علي حيدر**، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسني، دار عالم الكتب، الرياض، (م.ع.س)، (د. ط)، 1423هـ، 2003م.
- 109- **عماد أحمد أبو صد**، مسؤولية المباشر والمتسبب دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية والقانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1432هـ، 2011م.
- 110- **عماد علي عبد اللطيف جمعة**، الاشتراك في جريمة السرقة وعقوبته في الشريعة الإسلامية، عمان، الأردن، (د.ط)، 1990م.
- 111- **غيث محمود الفاخري**، الاشتراك الجنائي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، منشورات جامعة قار يونس، بينغازي، ط1، 1993م.
- 112- **محمد أبو زهرة**، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د. ط)، 1998م.
- 113- **محمد أبو زهرة**، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط، د.ت).
- 114- **محمد أحمد المشهداني**، الوجيز في التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2004م.
- 115- **محمد الشحات الجندي**، جريمة اغتصاب الأنثى في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، (د.ط)، 1410هـ، 1990م.
- 116- **محمد بن حسن البخاري الفنوجي**، الروضة الندية شرح الدرر البهية، مكتبة الكوثر، (د. ط) 1416هـ.
- 117- **محمد شلال حبيب العاني**، التشريع الجنائي الإسلامي، دراسة تأصيلية مقارنة بأحكام القانون الجنائي الوضعي ونظرياته الفقهية المعاصرة، دار المكتبة الوطنية، اليرموك، إربد، الأردن، (د.ط) 1416هـ، 1996م.
- 118- **محمود محمد عبد العزيز الزيني**، التماثل وأثره في ارتكاب جريمة القتل، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، (د.ط) 2004م.
- 119- **محمود محمد عبد العزيز الزيني**، نظرية الاشتراك في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، (د.ط)، 1993م.
- 120- **مصطفى أحمد الزرقا**، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ، 2004م.

- 121- موفق الدين بن الحسن الرحبي، متن الرحبية في علم المواريث والفرائض على المذاهب الأربعة، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، (د. ط)، 1992م.
- 122- النواوي عبد الخالق، جرائم القتل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، (د. ط، د. ت)، بيروت، لبنان.
- 123- هاني محمد كامل المنايي، عظمة العقوبات في التشريع الجنائي الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الزقازيق، (د. ط)، 2009م.
- 124- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط1، 1389هـ، 1970م.
- 125- _ _ _ _ _، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405هـ، 1985م.

تاسعا: النصوص القانونية

- 126- الدستور الجزائري 28 نوفمبر 1996 رقم: 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية عدد 76 الصادرة سنة 1996. المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية عدد 25، الصادرة سنة 2002، والمعدل بموجب القانون رقم 08-19، المؤرخ في: 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.
- 127- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ، الموافق 8 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات الجزائري. المعدل والمتمم.
- 128- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.
- 129- الأمر رقم 95-11 المؤرخ في 25- فبراير - 1995م (الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 11 مؤرخة في 01 مارس 1995) المتعلق بالجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية.
- 130- الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ، الموافق ل 27 فبراير سنة 2005. المتضمن قانون الأسرة الجزائري، طبعة دار الجزيرة، 2010 - 2011.
- 131- قانون العقوبات الأردني رقم 60/16 وجميع تعديلاته بتاريخ 01-01-1960، (الجريدة الرسمية رقم 1487)، المعدل بالقانون رقم 8-11 الصادر بتاريخ 02-05-2011، والمنشور في (الجريدة الرسمية رقم 5090).
- 132- قانون العقوبات العراقي المعدل، رقم 111 لسنة 1969، (الوقائع العراقية رقم العدد 1778، تاريخ 15-12-1969م).
- 133- قانون العقوبات الليبي.
- 134- قانون العقوبات المصري طبقا لأحدث التعديلات، بالقانون رقم 95، لسنة 2003م.
- 135- قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 3 لسنة 1987م، (الجريدة الرسمية، العدد 182، بتاريخ 17-03-2012).

136- قانون العقوبات لدولة الكويت، رقم 12 لسنة 1960م، بإصدار قانون الجزاء (1960/16).

137- مرسوم اشتراعي رقم 340، صادر بتاريخ 01-03-1943، المتضمن قانون العقوبات اللبناني.

138- المرسوم التشريعي رقم 92-03 المؤرخ في 30-09-1992 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب، (الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 70 بتاريخ 05-10-1992).

مأهرا: المراجع القانونية

139- إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب، لبنان، (د.ط) 1981م.

140- إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 1991م.

141- أبو الوفا أحمد أبو الوفاء، التأصيل الشرعي والقانوني لمكافحة الجماعات الإرهابية، فكريا وترويجيا وتنظيما، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، (د.ط)، 2007م.

142- أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، ط1، 2014م، 2015م.

143- _ _ _ _ _، الوجيز في القانون الجنائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2002م.

144- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، (د.ط) 1981م.

145- بكر عبد المهيم، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، (د.ط، د.ت).

146- بلعيات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، (د.ط)، 1433هـ، 1012م.

147- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ، 2008م.

148- تواتي نصيرة، محاضرات في القانون الجنائي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2014م- 2015م.

149- جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، نظرية الجريمة، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د. ط)، 1989م.

150- جميل عبد الباقي الصغير، قانون العقوبات - القسم العام- المساهمة الجنائية وموانع المسؤولية، دار النهضة العربية، (د.ط)، 1998م.

151- جيلالي بغداددي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2002م.

- 152- حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، القسم العام، المبادئ العامة للجريمة، أكاديمية شرطة دبي، ط1، 1993م.
- 153- حسين بني عيسى، د. قندح خلدون، أ.علي طوالبه، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الاشتراك الجرمي والنظرية العامة للجزاء، دار وائل للنشر، الأردن، ط1، 2002م.
- 154- رامز أحمد العايدي، قانون العقوبات، أكاديمية فلسطين للعلوم الأمنية، (د.ط)، 1431هـ، 2010م.
- 155- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، (د.ط، د.ت).
- 156- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، (د.ط)، 1995م.
- 157- رؤوف عبيد، السببية في القانون الجنائي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر العربي، بيروت، ط3، 1974م.
- 158- السعيد مصطفى السعيد، في الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار المعارف، ط2، 1957م.
- 159- سمير عالية، المحامي هيثم سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1431هـ، 2010م.
- 160- عادل قورة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 1999م.
- 161- عبد الحميد عمارة، ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق، دار المحمدية، الجزائر، ط1، 1998م.
- 162- عبد الرحمن خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د.ط)، 2012م.
- 163- عبد الفتاح الصيفي، الاشتراك بالتحريض، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط) 1965م.
- 164- عبد الفتاح حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، (د.ط)، 2007م.
- 165- عبد الله أحمد هلال، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دار الكتاب الحديث، ط1، 1987م.
- 166- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الجريمة، ط6، 2005م.
- 167- عبد الوهاب حومد، شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، مطبوعات جامعة الكويت، ط2، 1975م.
- 168- عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، منشورات جامعة دمشق، المطبعة الجديدة، دمشق، (د.ط)، 1404هـ، 1984م.
- 169- عدلي خليل، جرائم القتل العمد علما وعملا، المكتبة القانونية، القاهرة، ط1، 1986م.
- 170- عدنان الدوري، أصول علم الإجرام، الكتاب الأول، أسباب الجريمة وطبيعة السلوك الإجرامي، منشورات ذات السلاسل، الكويت، ط3، 1984م.

- 171- **علاء زكي**، الاشتراك بالتحريض والاتفاق والمساعدة في قانون العقوبات، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ط1، 2015م.
- 172- **علي حسين الخلف**، **سلطان عبد القادر الشاوي**، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، (د.ط، د.ت).
- 173- **علي عبد القادر القهوجي**، شرح قانون العقوبات - القسم العام - نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقيقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008م.
- 174- **عوض محمد عوض**، قانون **عمر خوري**، محاضرات في شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزائر، 2007م - 2008م.
- 175- العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، (د.ط)، 2000م.
- 176- **فايز الإيعالي**، قواعد الإجراءات الجزائية أو أصول المحاكمات الجزائية على ضوء القانون والفقهاء والقضاء، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 1414هـ، 1994م.
- 177- **كامل السعيد**، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني والقانون المقارن، الأحكام العامة للجريمة والاشترك الجرمي، دار الفكر، عمان، الأردن، ط2، 1983م.
- 178- **لحسين بن شيخ**، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط6، 2009م.
- 179- **محمد الرازقي**، محاضرات في القانون الجزائري، القسم العام، دار الكتاب الجديد، المتحدة، ط3، 1999م.
- 180- **محمد الفاضل**، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، مطبعة الإحسان، دمشق، ط3، 1393هـ، 1973م.
- 181- **محمد زكي أبو عامر**، **سليمان عبد المنعم**، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، (د.ط)، 2008م.
- 182- **محمد صبحي نجم**، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1990م.
- 183- _ _ _ _ _، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط4، 2003م.
- 184- **محمد علي السالم عياد الحلبي**، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن، (د.ط)، 1401هـ، 1981م.
- 185- **محمد عيد الغريب**، شرح قانون العقوبات، مطبعة أبناء وهبة، (د.ط)، 1994م.
- 186- **محمود محمود مصطفى**، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1970م.
- 187- _ _ _ _ _، شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية، ط10، 1989م.

- 188- محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1992م.
- 189- _ _ _ _ _، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، (د.ط)، 1967م.
- 190- _ _ _ _ _، شرح قانون العقوبات- القسم الثاني- دار النهضة العربية، ط4، 1977م.
- 191- _ _ _ _ _، علاقة السببية في قانون العقوبات، (د.ط، د.ت).
- 192- مصطفى إبراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون، نشر إحسان للنشر والتوزيع، إيران، طهران، ط1، 1435هـ، 2014م.
- 193- مصطفى بك، مجموعة القواعد القانونية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، (د.ط)، 1942م.
- 194- معن أحمد محمد الحيارى، الركن المادي للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010م.
- 195- منتصر سعيد حمودة، المساهمة الجنائية دراسة مقارنة بالتشريع الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2012م.
- 196- منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، (د.ط)، 2006م.
- 197- نائل عبد الرحمن صالح، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د.ط، د.ت).

أحد عشر: البحوث الجامعية

أ- الدكتوراه:

- 198- محمد العساكر، نظرية الاشتراك في الجريمة في قانون العقوبات الجزائري المقارن، معهد العلوم القانونية الإدارية والسياسية، جامعة الجزائر، 1398هـ، 1978م.

ب- الماجستير:

- 199- بركاني سكيبة، الاشتراك في جرائم الاعتداء على النفس أو ما دونها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 1422هـ، 2001م.
- 200- سعدي الربيع، المساهمة الجنائية في قانون العقوبات الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2001م.
- 201- فهد بن مبارك العرفج، التحريض على الجريمة في الفقه الإسلامي والنظام السعودي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1427هـ، 2006م.
- 202- كامل محمد حسين عبد الله حامد، أحكام الاشتراك في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة مع القانون الوضعي)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010م.

إثنا عشر: المجلات والمقالات العلمية

- 203- أسامة على مصطفى الربابعة، (أثر جسامة العقوبة في تقسيم الجرائم في الفقه الإسلامي)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الرابع، عدد1، (د.ط)، 1429هـ، 2008م.
- 204- عبد المجيد محمود الصلاحيين، (الجرائم السلبية أحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي)، مجلة الشريعة والقانون، الأردن، العدد 36 شوال 1429هـ، 2008م.
- 205- عماد محمود عبيد، (نظرية المساهمة الجرمية دراسة مقارنة)، مجلة الإدارة العامة، دورية علمية متخصصة ومُحكّمة، الرياض، السعودية، مجلد49، عدد1(د. ط)، 1430هـ، 2009م.
- 206- المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، العدد الأول، السنة: 1993م.
- 207- مجلة المحكمة العليا الجزائرية، قسم الوثائق، العدد 01، السنة: 2008.
- 208- مجلة اليقظة الكويتية، عدد رقم 1050، الصادرة في 03 ديسمبر 1987م.
- 209- محمد علي الهواري، (التحريض على الجريمة في الفقه الإسلامي)، مجلة علوم الشريعة والقانون، مجلة علمية مُحكّمة، الجامعة الأردنية، العدد الثاني، 1420هـ، 1999م.
- 210- نشرة القضاة، وزارة العدل، المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد67، السنة: 2012م.

ثلاثة عشر: المواقع الإلكترونية

- 211- موقع: <http://www.islamtoday.net/albasheer/artshow-12-5112.htm>
- 212- موقع: <http://www.france24.com/ar/2012123>. تاريخ التحديث: 2012-12-23.
- 213- موقع: <http://www.france24.com/ar/2012123>
- 214- موقع: <http://lhvnews.com/ar/news/13021>. تاريخ النشر: 10 جانفي 2015.
- 215- موقع: ستار تايمز www.startimes.com/?t=15866522. بتاريخ: 2009/04/01.
- 216- موقع: www.mohamoon.com/montada، تاريخ النشر: 11-07-2004.

| | |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | الفصل التمهيدي: ماهية الاشتراك في الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي |
| 3 | المطلب الأول: مفهوم الجريمة |
| 5 | المطلب الأول: تعريف الجريمة |
| 5 | الفرع الأول: الجريمة لغة |
| 6 | الفرع الثاني: الجريمة اصطلاحاً |
| 6 | أولاً: تعريف الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 9 | ثانياً: الجريمة عند علماء الإجماع |
| 9 | ثالثاً: الجريمة لدى فقهاء القانون |
| 11 | الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي |
| 11 | أولاً: أوجه الاتفاق |
| 11 | ثانياً: أوجه الاختلاف |
| 12 | المطلب الثاني: التمييز بين الجريمة والجنابة |
| 12 | الفرع الأول: الجنابة لغة |
| 12 | الفرع الثاني: الجنابة اصطلاحاً |
| 12 | أولاً: الجنابة في الفقه الإسلامي |
| 14 | ثانياً: الجنابة لدى فقهاء القانون |
| 15 | ثالثاً: الجنابة في القانون الجزائري |
| 17 | الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي |
| 17 | أولاً: أوجه الاتفاق |
| 17 | ثانياً: أوجه الاختلاف |
| 18 | المطلب الثالث: أركان الجريمة |
| 19 | الفرع الأول: الركن الشرعي للجريمة |
| 19 | أولاً: خضوع الفعل لنص التجريم |
| 20 | ثانياً: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أو تدابير الأمن |
| 24 | الفرع الثاني: الركن المادي للجريمة |
| 24 | أولاً: المظهر الإيجابي |
| 25 | ثانياً: المظهر السلبي |
| 29 | الفرع الثالث: الركن المعنوي |
| 29 | أولاً: العلم |
| 30 | ثانياً: الإرادة |
| 31 | المطلب الرابع: المراحل التي يمر بها ارتكاب الجريمة |
| 31 | الفرع الأول: مرحلة النشاطات التي تسبق ارتكاب الجريمة |
| 31 | أولاً: المراحل التي تسبق ارتكاب الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي |

| | | |
|----|-------|----------------------------------------------------------------------|
| 34 | | ثانيا: المراحل التي تسبق الجريمة في القانون الوضعي. |
| 35 | | ثالثا: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي. |
| 37 | | الفرع الثاني: مرحلة الشروع في تنفيذ الجريمة |
| 37 | | أولا: الشروع في القانون الجزائري |
| 45 | | ثانيا: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من مبدأ الشروع والجريمة المستحيلة |
| 49 | | المبحث الثاني: مفهوم الاشتراك |
| 51 | | المطلب الأول: الاشتراك لغة |
| 53 | | المطلب الثاني: الاشتراك اصطلاحا |
| 53 | | الفرع الأول: في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 53 | | أولا: اشتراك بالمباشرة |
| 53 | | ثانيا: اشتراك بالتسبب |
| 54 | | الفرع الثاني: استعمالات الشريك في الفقه والقانون الوضعيين |
| 54 | | أولا: في الفقه الوضعي |
| 55 | | ثانيا: في القوانين الوضعية |
| 57 | | الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي |
| 57 | | أولا: أوجه الاتفاق |
| 58 | | ثانيا: أوجه الاختلاف |
| 58 | | الفرع الرابع: المناقشة والترجيح |
| 60 | | المطلب الثالث: أركان الاشتراك في الجريمة |
| 60 | | الفرع الأول: تعدد الجناة |
| 61 | | أولا: التمييز بين الاشتراك في الجريمة والجريمة متعددة الاشخاص |
| 62 | | ثانيا: التعدد الاحتمالي والتعدد الضروري للجناة |
| 64 | | ثالثا: حكم تعدد الجناة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 69 | | الفرع الثاني: وحدة الجريمة |
| 70 | | أولا: ضابط وحدة الجريمة |
| 71 | | ثانيا: موقف الفقه القانوني من شرط الاتفاق المسبق ونقده |
| 73 | | ثالثا: موقف المشرع الجزائري |
| 75 | | المطلب الرابع: أقسام الاشتراك في الجريمة وأهميته |
| 75 | | الفرع الأول: أقسام الاشتراك في الجريمة |
| 75 | | الفرع الثاني: أهمية التقسيم |
| 78 | | المبحث الثالث: حدود الاشتراك الجرمي |
| 80 | | المطلب الأول: مذهب المساواة بين الشركاء ونقده |
| 80 | | الفرع الأول: مذهب المساواة بين الشركاء |
| 80 | | أولا: العنصر المادي |
| 80 | | ثانيا: العنصر المعنوي |
| 81 | | الفرع الثاني: نقد المذهب |
| 82 | | المطلب الثاني: مذهب تعدد الجرائم بتعدد الشركاء |
| 82 | | الفرع الأول: عرض أفكار المذهب |
| 82 | | الفرع الثاني: مزايا المذهب |
| 83 | | الفرع الثالث: عيوب المذهب |

| | |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------|
| 84 | المطلب الثالث: مذهب التسليم بقيام الاشتراك مع إنكار المساواة بين الشركاء |
| 85 | المطلب الرابع: أهمية التمييز بين الفاعل والشريك ومعايير التمييز بينهما |
| 85 | الفرع الأول: أهمية التمييز بين الفاعل والشريك |
| 86 | الفرع الثاني: معايير التمييز بين الفاعل الأصلي والشريك |
| 87 | أولاً: المذهب الشخصي |
| 88 | ثانياً: المذهب الموضوعي |
| 89 | ثالثاً: المذهب المختلط |
| 90 | رابعاً: الرأي الراجح |
| 92 | الفرع الثالث: طبيعة العلاقة بين نشاط الفاعل والشريك |
| 92 | أولاً: نظرية الاستعارة |
| 94 | ثانياً: نظرية الاستقلالية |
| 96 | المطلب الخامس: موقف الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري من المذاهب الفقهية |
| 96 | الفرع الأول: موقف الفقه الجنائي الإسلامي |
| 96 | أولاً: مذهب الحنفية والشافعية |
| 97 | ثانياً: مذهب المالكية والحنابلة |
| 98 | الفرع الثاني: في الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري |
| 99 | أولاً: مظاهر تأثيره بنظرية الاستعارة |
| 99 | ثانياً: مظاهر تأثيره بنظرية الاستقلالية |
| 101 | الفصل الأول: علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي |
| 104 | المبحث الأول: مفهوم علاقة السببية وبيان أهميتها وإشكالياتها |
| 106 | المطلب الأول: تعريف علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي |
| 106 | الفرع الأول: في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 106 | الفرع الثاني: في الفقه الوضعي والقانون الجزائري |
| 106 | أولاً: في الفقه الوضعي |
| 107 | ثانياً: في القانون الجزائري |
| 107 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي |
| 107 | أولاً: الإسناد المادي |
| 108 | ثانياً: الإسناد المعنوي |
| 109 | المطلب الثاني: الأهمية القانونية لعلاقة السببية وإشكالياتها |
| 109 | الفرع الأول: الأهمية القانونية لعلاقة السببية |
| 111 | الفرع الثاني: إشكالية علاقة السببية |
| | المطلب الثالث: علاقة السببية بين نشاط الشريك والجريمة وموقف القانون الجزائري منها |
| 113 | الفرع الأول: علاقة السببية بين نشاط الشريك والجريمة المرتكبة |
| 114 | الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري |
| 115 | الفرع الثالث: اشتراط إستظهار علاقة السببية في الحكم |
| 115 | أولاً: في الفقه والقضاء |
| 116 | ثانياً: في القضاء الجزائري |
| 118 | المبحث الثاني: علاقة السببية في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 120 | المطلب الأول: تعريف المباشرة والسبب والشرط |

| | |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------|
| 120 | الفرع الأول: تعريف المباشرة لغة وفقها وقانونا |
| 120 | أولاً: المباشرة في اللغة |
| 120 | ثانياً: المباشرة في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 122 | ثالثاً: المباشرة قانوناً |
| 122 | الفرع الثاني: تعريف السبب وبيان أقسامه |
| 122 | أولاً: السبب لغة واصطلاحاً |
| 125 | ثانياً: أقسام السبب |
| 128 | الفرع الثالث: الشرط لغة واصطلاحاً |
| 128 | أولاً: الشرط لغة |
| 128 | ثانياً: الشرط اصطلاحاً |
| 130 | المطلب الثاني: التمييز بين المباشرة والسبب والشرط |
| 130 | الفرع الأول: أوجه الاختلاف بينها |
| 132 | الفرع الثاني: أوجه الاتفاق بين المباشرة والسبب |
| 133 | المطلب الثالث: حكم المباشرة والسبب والشرط وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية |
| 133 | الفرع الأول: حكم اجتماع المباشرة والسبب في الجريمة |
| 164 | الفرع الثاني: تعدد الأسباب وأثرها على المسؤولية الجنائية |
| 165 | الفرع الثالث: توالد العلة وأثرها على المسؤولية |
| 165 | أولاً: الحكم في تعدد العلة المحدثة للجريمة |
| 166 | ثانياً: توالد العلة والمسببات |
| | المبحث الثالث: علاقة السببية في القانون الوضعي وموقف الفقه الجنائي الإسلامي |
| 169 | منها |
| 171 | المطلب الأول: نظريات السببية عند فقهاء القانون الوضعي |
| 171 | الفرع الأول: نظرية تعادل الأسباب أو تكافئها |
| 171 | أولاً: عرض النظرية |
| 173 | ثانياً: نقد النظرية |
| 174 | الفرع الثاني: نظرية السبب الأقوى أو الفعّال |
| 174 | أولاً: عرض النظرية |
| 174 | ثانياً: تقييم النظرية ونقدها |
| 176 | الفرع الثالث: نظرية السبب المباشر |
| 176 | أولاً: عرض النظرية |
| 177 | ثانياً: نقد النظرية |
| 177 | الفرع الرابع: نظرية السبب الملائم أو الكافي |
| 177 | أولاً: عرض النظرية |
| 179 | ثانياً: نقد النظرية |
| 180 | ثالثاً: الترجيح |
| 181 | المطلب الثاني: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من نظريات السببية |
| 184 | المطلب الثالث: موازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي |
| 184 | الفرع الأول: أوجه الاتفاق |
| 185 | الفرع الثاني: أوجه الاختلاف |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| الفصل الثاني: الاشتراك المباشر في الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي | |
| 188..... | والقانون الجزائري |
| 189..... | المبحث الأول: مفهوم الاشتراك المباشر في الجريمة: |
| 191..... | المطلب الأول: تعريف المباشرة لغة واصطلاحاً: |
| 191..... | الفرع الأول: تعريف المباشرة لغة |
| 192..... | الفرع الثاني: المباشرة اصطلاحاً |
| 194..... | المطلب الثاني: تعريف الاشتراك المباشر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري: |
| 194..... | الفرع الأول: تعريف الاشتراك المباشر في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 195..... | الفرع الثاني: تعريف المساهمة الأصلية في القانون الجزائري |
| 197..... | المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري: |
| 198..... | المبحث الثاني: صور الاشتراك المباشر |
| 200..... | المطلب الأول: الاشتراك المادي في الجريمة: |
| 200..... | الفرع الأول: الاشتراك المادي في الجرائم الواقعة على النفس |
| 200..... | أولاً: حالة الفاعل الواحد |
| 203..... | ثانياً: حالة تعدد الفاعلين المباشرين للجريمة |
| 240..... | الفرع الثاني: الاشتراك المادي في الجرائم الواقعة على ما دون النفس |
| 240..... | أولاً: معنى الاشتراك في الجناية على ما دون النفس |
| 242..... | ثانياً: أحكام الاشتراك المادي في الجناية على ما دون النفس في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 246..... | ثالثاً: أحكام الضرب والجرح العمديين في القانون الجزائري |
| 249..... | رابعاً: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي |
| 250..... | الفرع الثالث: الاشتراك المادي في جرائم السرقة |
| 250..... | أولاً: تعريف السرقة لغة واصطلاحاً |
| 253..... | ثانياً: حكم الاشتراك المباشر في السرقة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 260..... | الفرع الرابع: الاشتراك المادي في جريمة الحراقة |
| 260..... | أولاً: تعريف الحراقة لغة وفقها ودليلها |
| 266..... | ثانياً: أحكام الاشتراك بالمباشرة في جرائم الحراقة في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 267..... | ثالثاً: حكم اجتماع المحاربين المباشر والمتسبب |
| 270..... | رابعاً: جرائم الإرهاب في ضوء أحكام الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 274..... | خامساً: التمييز بين السرقة والحراقة |
| 275..... | المطلب الثاني: الاشتراك الحكمي في الجريمة: |
| 275..... | الفرع الأول: المحرّض على الجريمة مساهم أصلي في القانون الجزائري |
| 276..... | أولاً: تعريف التحريض في القانون الجزائري |
| 277..... | ثانياً: شروط التحريض |
| 279..... | ثالثاً: أركان المساهمة بالتحريض |
| 281..... | رابعاً: موقف المشرع الجزائري من وسائل التحريض وتقييمه |
| 284..... | الفرع الثاني: الفاعل المعنوي للجريمة |
| 285..... | أولاً: تعريف الفاعل المعنوي |
| 286..... | ثانياً: أركان الفاعل المعنوي في القانون الجزائري |
| 286..... | ثالثاً: شروط الفاعل المعنوي في القانون الجزائري |
| 287..... | رابعاً: التمييز بين الفاعل المعنوي وبعض الصور المشابهة |

- 289.....خامسا: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من فكرة الفاعل المعنوي
- 290.....سادسا: موقف المشرع الجزائري من فكرة الفاعل المعنوي
- 291.....سابعا: موقف التشريعات الأجنبية من فكرة الفاعل المعنوي
- 293.....ثامنا: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري

294.....المبحث الثالث: عقوبة الاشتراك المباشر وأثر الظروف في مسؤولية الشركاء

- 296.....المطلب الأول: عقوبة الاشتراك المباشر
- 296.....الفرع الأول: عقوبة الاشتراك المباشر في الفقه الجنائي الإسلامي
- 296.....أولا: عقوبة الاشتراك المباشر في جريمة القتل العمد
- 297.....ثانيا: العقوبة الاشتراك المباشر في جرائم الضرب والجرح
- 298.....ثالثا: عقوبة الاشتراك المباشر في جرائم السرقة
- 298.....رابعا: عقوبة الاشتراك المباشر في جرائم الحراية
- 299.....الفرع الثاني: عقوبة الاشتراك المباشر في القانون الجزائري
- 300.....الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري
- 301.....المطلب الثاني: أثر الظروف في المسؤولية الجنائية للشركاء المباشرين
- 301.....الفرع الأول: الظروف المادية وأثرها في عقوبة الشركاء المباشرين
- 301.....أولا: تعريف الظروف المادية
- 301.....ثانيا: أثرها في عقوبة الشركاء المباشرين
- 303.....الفرع الثاني: الظروف الشخصية وأثرها في عقوبة الشركاء المباشرين
- 303.....أولا: تعريف الظروف الشخصية
- 304.....ثانيا: أثرها في عقوبة الشركاء المباشرين
- 310.....الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري
- 310.....أولا: بالنسبة للظروف المادية
- 310.....ثانيا: بالنسبة للظروف الشخصية

الفصل الثالث: الاشتراك بالتسبب في الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي

- 312.....والقانون الجزائري
- 313.....المبحث الأول: مفهوم الاشتراك بالتسبب
- 316.....المطلب الأول: تعريف الاشتراك بالتسبب
- 316.....الفرع الأول: التسبب لغة وفقها
- 316.....أولا: التسبب لغة
- 317.....ثانيا: التسبب في الفقه الإسلامي
- 318.....الفرع الثاني: تعريف الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي
- 319.....الفرع الثالث: تعريف المساهمة التبعية في الفقه والقانون الوضعيين
- 319.....أولا: المساهمة التبعية لدى فقهاء القانون الوضعي
- 320.....ثانيا: مدلول المساهمة التبعية في القانون الجزائري
- 322.....ثالثا: مدلول المساهمة التبعية في قوانين الدول العربية
- 323.....الفرع الرابع: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري
- 323.....أولا: أوجه الاتفاق
- 323.....ثانيا: أوجه الاختلاف
- 325.....المطلب الثاني: أركان الاشتراك بالتسبب
- 325.....الفرع الأول: الركن الشرعي

| | |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------|
| 326 | الفرع الثاني: الركن المادي |
| 326 | أولاً: النشاط الإجرامي للشريك |
| 328 | ثانياً: وقوع فعلٍ معاقب عليه |
| 328 | ثالثاً: علاقة السببية بين نشاط الشريك والفعل المعاقب عليه |
| 329 | الفرع الثالث: الركن المعنوي |
| 329 | أولاً: العلم |
| 330 | ثانياً: الإرادة |
| 331 | المطلب الثالث: شروط الاشتراك بالتسبب وخصائصه |
| 331 | الفرع الأول: شروط الاشتراك بالتسبب |
| 331 | أولاً: وجود فعل معاقب عليه |
| 331 | ثانياً: حصول الاشتراك بإحدى وسائله |
| 332 | ثالثاً: توافر القصد إلى الاشتراك لدى المتسبب |
| 332 | الفرع الثاني: خصائص الاشتراك بالتسبب |
| 334 | المبحث الثاني: صور الاشتراك بالتسبب |
| 336 | المطلب الأول: الاشتراك بالتحريض على الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 336 | الفرع الأول: مفهوم التحريض |
| 336 | أولاً: تعريف التحريض لغةً وفقهاً |
| 339 | ثانياً: أقسام التحريض |
| 341 | ثالثاً: وسائل التحريض في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 341 | الفرع الثاني: أحكام التحريض على الجريمة في حالتي الإكراه والأمر |
| 341 | أولاً: حالة التحريض بالإكراه |
| 357 | ثانياً: حالة التحريض بالأمر |
| 364 | الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من حالتي التحريض بالإكراه والأمر |
| 364 | أولاً: موقفه من حالة التحريض بالإكراه |
| 365 | ثانياً: موقفه من حالة التحريض بالأمر |
| 366 | الفرع الرابع: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 366 | أولاً: أوجه الاتفاق |
| 366 | ثانياً: أوجه الاختلاف |
| 368 | المطلب الثاني: الاشتراك بالمساعدة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 368 | الفرع الأول: تعريف المساعدة لغةً واصطلاحاً |
| 368 | أولاً: المساعدة لغةً |
| 368 | ثانياً: المساعدة اصطلاحاً |
| 370 | الفرع الثاني: صور المساعدة في ارتكاب الجريمة |
| 370 | أولاً: صور المساعدة حسب وقت تقديمها |
| 375 | ثانياً: صور المساعدة بحسب الموضوع |
| 375 | الفرع الثالث: أحكام الاشتراك بالمساعدة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 375 | أولاً: المساعدة بالإمساك |
| 382 | ثانياً: المساعدة بالتسميم في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 394 | ثالثاً: المساعدة بالامتناع في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 403 | المطلب الثالث: الاشتراك بالاتفاق في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 403 | الفرع الأول: تعريف الاتفاق لغةً واصطلاحاً |

| | |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------|
| 403 | أولاً: الاتفاق لغة |
| 404 | ثانياً: الاتفاق اصطلاحاً |
| 405 | الفرع الثاني: تمييز الاتفاق عن بعض الصور المشابهة |
| 405 | أولاً: الفرق بين الاتفاق والتوافق |
| 406 | ثانياً: الفرق بين الاشتراك بالاتفاق والاتفاق الجنائي |
| 408 | الفرع الثالث: التصميم أو العزم الجنائي ومبررات عدم العقاب عليه |
| 408 | أولاً: حكم التصميم الجنائي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 409 | ثانياً: مبررات عدم العقاب على العزم والتصميم الجنائي |
| 410 | الفرع الرابع: حكم الاشتراك بالاتفاق في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 411 | أولاً: حكم الاشتراك بالاتفاق في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 412 | ثانياً: حكم الاشتراك بالاتفاق في الفقه الوضعي والقانون الجزائري |
| 413 | ثالثاً: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |

المبحث الثالث: عقوبة الاشتراك بالتسبب وأثر الظروف في المسؤولية الجنائية

| | |
|-----|-----------------------------------------------------------------------|
| 419 | المركب: |
| 421 | المطلب الأول: عقوبة الاشتراك بالتسبب في الجريمة |
| 421 | الفرع الأول: عقوبة الاشتراك بالتسبب في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 421 | أولاً: عقوبة الاشتراك بالاتفاق |
| 423 | ثانياً: عقوبة الاشتراك بالتحريض |
| 425 | ثالثاً: عقوبة الاشتراك بالمساعدة |
| 426 | الفرع الثاني: عقوبة الاشتراك بالتسبب في القانون الجزائري |
| 427 | الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 427 | أولاً: أوجه الاختلاف |
| 428 | ثانياً: أوجه الاتفاق |
| 429 | المطلب الثاني: أثر الظروف في المسؤولية الجنائية للشركاء بالتسبب |
| 429 | الفرع الأول: أثر الظروف المادية في المسؤولية الجنائية للشريك بالتسبب |
| 430 | الفرع الثاني: أثر الظروف الشخصية في المسؤولية الجنائية للشريك المتسبب |
| 430 | أولاً: في الفقه الجنائي الإسلامي |
| 433 | ثانياً: في القانون الجزائري |
| 435 | ثالثاً: الموازنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري |
| 437 | خاتمة |
| 444 | المصادر |
| 445 | فهرس الآيات |
| 449 | فهرس الأحاديث والآثار |
| 452 | فهرس المصادر والمراجع |
| 466 | فهرس الموضوعات |

ملخص البحث

تعالج هذه الأطروحة موضوعاً يمثل أحد أهم صور ارتكاب الجريمة وأكثرها شيوعاً وخطورة على المجتمع، وهو "الاشتراك في الجريمة وأثره على المسؤولية الجنائية"، وتمت دراسته بالمقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري، وتم تقسيم الدراسة فيه إلى فصل تمهيدي وثلاثة فصول أساسية إضافة إلى مقدمة وخاتمة.

وتناولت الدراسة في الفصل التمهيدي الإطار المفاهيمي للموضوع وتحديد مصطلحاته الأساسية بالتطرق لماهية الاشتراك الجنائي ببيان مفهوم كل من الجريمة والاشتراك وتحديد أركانها ثم لأقسام الاشتراك وأهميته، وتم التوصل لتحديد ضابط الاشتراك بأنه يتألف من عنصرين أساسيين هما؛ تعدد الجناة واتحاد الجريمة، كما تمت الإشارة إلى أهم المذاهب والنظريات الفقهية الوضعية التي قيلت في التمييز بين نوعي الشركاء في الجريمة، وكذا موقف الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري منها.

وتم تخصيص الفصل الأول لعلاقة السببية باعتبار أن موضوع الاشتراك ذو صلة مباشرة بالركن المادي للجريمة، والسببية هي التي تربط بين عنصريه الفعل والنتيجة، وتختلف القاعدة في الفقه الجنائي الإسلامي عند اجتماع المباشرة والسبب باختلاف نوع الجرم المرتكب.

وأما في الفقه القانوني فقد ظهرت وعبر أزمنة متلاحقة عدّة نظريات متباينة بشأن علاقة السببية لم تسلم من النقد، منها نظرية تعدد الأسباب ونظرية السبب الأقوى والسبب المباشر، ونظرية الملاءمة التي استحسناها كثير من الفقهاء، أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على اتباع أيّ منها، وإن كان الاجتهاد الفقهي والقضائي الجزائريين يميلان إلى الأخذ بهذه النظرية.

وتناولت الدراسة في الفصل الثاني والثالث نوعي الاشتراك في الجريمة وأثره على المسؤولية الجنائية للشركاء في كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري، وهما الاشتراك المباشر والاشتراك بالتسبب، وقد فصلت الرسالة في هذين النوعين من خلال تعريفهما وبيان صورهما وأحكامهما من حيث العقوبة المقررة لكل منهما، ثم لأثر الظروف المختلفة على مسؤولية وعقوبة الشركاء بالمباشرة أو بالتسبب.

وخلصت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات المتضمنة في خاتمة هذا البحث.

Research Abstract:

This dissertation addresses a topic considered as one of the most important forms of crime, as well as the most common and dangerous to the society "Complicity and its impact on criminal Liability." It was studied in comparison between Islamic jurisprudence and Algerian law. The research was divided into an introductory chapter, three basic chapters and a conclusion.

In the introductory chapter, the study dealt with the conceptual framework of the topic and the definition of its basic terminology, addressing the nature of the criminal complicity starting by the concept of both the complicity and then identifying the parts of complicity and its importance. We reached to determine the complicity standard that consists of two main components; the multiplicity of perpetrators and the unity of crime; we also referred to the most important Doctrines and theories that were expressed in the distinction between the two types of partners in the crime, as well as the position of Islamic jurisprudence and the Algerian law.

The first chapter was allocated to the causal relationship, as the subject of complicity is directly related to the material element of the crime, and the causal that is a link between the act and the result, the rule differs in Islamic criminal Fiqh at the meeting of the commission and the reason depending on the offense type;

As for the legal doctrine, several different theories have emerged through the successive times about the causal relationship which have not been spared criticism, including the theory of multiple causes and the theory of the strongest cause and the direct cause, and the theory of relevance approved by many scholars; the Algerian legislator did not provide expressly to follow any of them, though The Algerian Fiqh and judiciary tended to adopt this theory.

In the second and third chapters, The study was addressed to two qualitative complicity in the crime and its impact on the criminal liability of the partners in both the Islamic criminal jurisprudence and the Algerian law, namely direct complicity and participation by causing; I detailed these two types through a definition, statement of their forms and their provisions in terms of the penalty prescribed for each, then the effect of different circumstances on the liability and punishment of partners by commission or causing.

The dissertation was concluded with a set of findings and recommendations included in the conclusion of this research.